



## Positivismo e totalitarismo\*

### *Positivism and totalitarianism\*\**

David Dyzenhaus\*\*\*

#### REFERÊNCIA

DYZENHAUS, David. Positivismo e totalitarismo. Tradução por Arthur Cristóvão Prado. Revisão por Martin Magnus Petiz. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 53, p. 3-26, dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.137692>.

#### RESUMO

O artigo argumenta que o positivismo jurídico de H. L. A. Hart é vulnerável à crítica de dar sustentação a regimes autoritários ou totalitários. Para isso, se reconstrói o argumento de Hart em seu artigo “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, mostrando que, nele, Hart nega uma conexão necessária entre direito e moral e, ao mesmo tempo, afirma uma conexão necessária entre direito e autoridade. Com isso, seu positivismo jurídico assume características do positivismo ideológico, ao implicar que pessoas sujeitas ao poder de um soberano *de facto* precisam compreender o direito daquele soberano como dotado de autoridade, qualquer que seja o seu conteúdo. Esse resultado, rejeitado por Hart, emerge especialmente de suas respostas a Fuller e Radbruch. Conclui-se com uma exortação à retomada do projeto teórico de Radbruch e outros autores, que consiste em compreender o direito como uma ordem jurídica que pode fazer jus à sua pretensão de autoridade legítima, o que exige abandonar a tese da separação entre direito e moral.

#### PALAVRAS-CHAVE

Positivismo. Autoritarismo. H. L. A. Hart. Jursnaturalismo. Direito e moral.

#### ABSTRACT

*The article argues that H.L.A. Hart's legal positivism is vulnerable to criticism for supporting authoritarian or totalitarian regimes. To do this, it reconstructs Hart's argument in his paper “Positivism and the Separation of Law and Morals”, showing that Hart denies a necessary connection between law and morals and, simultaneously, affirms a necessary connection between law and authority. His legal positivism thus takes on the characteristics of ideological positivism by implying that subjects to the power of a de facto sovereign must understand that sovereign's law as endowed with authority, whatever its content. This result, rejected by Hart, emerges especially from his responses to Fuller and Radbruch. This paper concludes with an exhortation to take up the theoretical project of Radbruch and other authors, which consists of understanding law as a legal order that can live up to its claim to be a legitimate authority, which requires abandoning the separation thesis.*

#### KEYWORDS

*Positivism. Authoritarianism. H. L. A. Hart. Natural law. Law and morality.*

---

\* Texto original, publicado em língua inglesa: DYZENHAUS, David. Positivism and totalitarianism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. (Eds.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. Tradução diretamente do original para a língua portuguesa por Arthur Cristóvão Prado (Mestre e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP). Revisão da tradução por Martin Magnus Petiz (Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP). Notas do Tradutor foram indicadas com asterisco (“\*\*”) ao longo do texto.

\*\*Agradeço aos participantes da oficina de filosofia do direito da Uppsala University, e também, por seus úteis comentários escritos e correspondências, a Nicola Lacey, Patricia Mindus, Thomas Mertens, Torben Spaak e Kenneth Winston. Também agradeço a Ken Winston por me fornecer a tradução de Gustav Radbruch no *Jurisprudence Materials*, de Lon Fuller, i.e., os materiais que ele preparou para seu curso na época em que H. L. A. Hart estava visitando Harvard.

\*\*\*Professor de Direito e Filosofia na Universidade de Toronto. *Fellow* da Royal Society of Canada, e *Corresponding Fellow* da British Academy. Email: david.dyzenhaus@utoronto.ca.





## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Fuller como a frustração de “*Positivism*.” 3. Hart sobre Radbruch. 4. A teoria jusnaturalista de Hart. 5. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

## 1 INTRODUÇÃO

Os críticos do positivismo jurídico acusaram-no de ter uma propensão a favorecer o totalitarismo ou, pelo menos, de enfraquecer a resistência a esse regime. Líderes totalitários governam em nome apenas da parte do povo que se enquadra nas suas ideias substantivas de bem. Uma vez no poder, esses líderes toleram as instituições democráticas liberais apenas enquanto elas servirem aos seus interesses. Essa é uma definição grosseira, -mas capta o que os regimes nazistas e fascistas têm em comum com as ditaduras do pós-guerra na América Latina, o Estado do *apartheid* e as “democracias iliberais” da atualidade.

O debate a respeito dessa propensão é fundamentalmente marcado pela obra “*Positivism and the Separation of Law and Morals*” (doravante “*Positivism*”).<sup>1</sup> Ele também moldou a história da filosofia do direito, apesar de haver pouco reconhecimento do impacto filosófico da tentativa de Hart de refutar a acusação de que uma “insistência na separação entre direito como é e direito como deveria ser”, por parte dos positivistas, tenha “contribuído poderosamente para os horrores”<sup>2</sup> do regime nazista ao estimular juristas alemães a acreditar que tudo com a forma de lei deveria ser obedecido. De fato, embora Hart apresente seu ensaio como uma defesa da “tese da separação”, segundo a qual não há conexão conceitual necessária entre direito e moral, e defenda que o positivismo reforça a resistência ao totalitarismo, seus alunos passaram a afirmar que o positivismo aceita várias conexões necessárias entre direito e moral, e até a negar que Hart já tenha aceitado a tese da separação.<sup>3</sup>

“*Positivism*” começou como uma aula na Harvard Law School em 1957 e, como Hart apontou, o “fedor” das sociedades totalitárias ainda estava em “nossas narinas.”<sup>4</sup> Ele estava, portanto, preocupado com o impacto de uma acusação vinda do “testemunho” daqueles que haviam vivido a “experiência terrível” do horror nazista – que haviam “descido” a um “inferno” terreno e “trazido de volta uma mensagem para os seres humanos.”<sup>5</sup> Hart acreditava ser fácil demonstrar que a acusação era um “disparate total” exatamente por causa da luz lançada pela

<sup>1</sup> HART, H. L. A. *Positivism and the separation of law and morals*. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>3</sup> GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 221.

<sup>4</sup> HART, H. L. A. *Positivism and the separation of law and morals*. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 81.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 72.





tese da separação.<sup>6</sup> Mas, em sua demonstração, ele chamou a atenção da filosofia do direito fora da Alemanha para Gustav Radbruch – o acadêmico que atraiu a ira de Hart – e provocou o debate sobre a conexão entre positivismo e totalitarismo.

É que a acusação de Radbruch partia de uma posição jusnaturalista que atribui ao direito um caráter moral necessário, e nem essa acusação, nem o jusnaturalismo desapareceram na sequência da “refutação” de Hart. Lon L. Fuller defendeu que a ordem jurídica tem uma “moralidade interna”<sup>7</sup> e reafirmou a acusação. Ronald Dworkin defendeu que juízes que buscavam no direito positivo uma fundamentação calcada em princípios para suas interpretações tornavam o direito moralmente melhor, ao passo que juízes positivistas o tornavam pior, sendo este último argumento respaldado por pesquisa sobre a África do Sul do *apartheid*.<sup>8</sup> Robert Alexy procurou reabilitar a posição de Radbruch no contexto das respostas jurídicas às atividades do regime alemão oriental logo depois da reunificação alemã.<sup>9</sup> Por fim, Carlos Nino defendeu, com base em sua experiência nos regimes totalitários da América Latina, que o “positivismo ideológico” contribuiu para o totalitarismo. Essa doutrina sustenta que “*todo poder se justifica a si mesmo, e que as prescrições promulgadas por aqueles que detêm o monopólio da força em uma sociedade são, por si sós, razões para justificar a ação.*”<sup>10</sup>

Nino reconheceu que positivistas rejeitam a afirmação de que “todo poder justifica a si mesmo”, o que levanta a questão de saber por que a acusação persiste. A resposta é a seguinte. Primeiro, Hart defende que o direito não é nada além do direito positivo com o conteúdo que ele por acaso venha a ter, o que ajuda o bom cidadão liberal a evitar as armadilhas jusnaturalistas de supor tanto que, só porque X é o direito, X tem um caráter moral, quanto que X deixa de ser direito simplesmente por ser moralmente ruim. Segundo, ele defende que o direito deve ser compreendido a partir da questão da autoridade. Como Hart explicou ao distanciar-se de seus antecessores positivistas e de sua teoria do direito como comando: “*o direito seguramente não é a situação do pistoleiro em larga escala.*”<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 73.

<sup>7</sup> FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–72, 1958.

<sup>8</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Steegstraat: Fontana, 1986, e, para a África do Sul, ver DYZENHAUS, David. *Hard cases in wicked legal systems: pathologies of legality*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

<sup>9</sup> Ver ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

<sup>10</sup> NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. New Haven: Yale University Press, 1996, p. 156.

<sup>11</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 59.





Mas Hart, dessa forma, colocou o positivismo jurídico diante do seguinte quebra-cabeça: como é possível, consistentemente, negar a conexão necessária entre direito e moral e afirmar a conexão necessária entre direito e autoridade? Porque se essa segunda conexão existir, parece que o positivismo é positivismo ideológico. Aqueles sujeitos ao poder de um soberano *de facto* precisam compreender o direito daquele soberano como dotado de autoridade, qualquer que seja seu conteúdo.

Em trabalhos posteriores, Hart confessou francamente que não tinha os recursos para lidar com o quebra-cabeça, mas insistiu que a autoridade do direito não é moral.<sup>12</sup> Essa sugestão fundamenta-se na crença, tanto em “*Positivism*” quanto em trabalhos posteriores, de que não há conexão conceitual necessária entre direito e moral. Quaisquer concessões ao jusnaturalismo dependem de fatos contingentes sobre seres humanos e o mundo em que eles por acaso vivem.

Eu defenderei que o quebra-cabeça criou um dilema para Hart e seus alunos: eles precisariam ou aceitar a acusação de que o positivismo favorece o totalitarismo, ou aceitar que a autoridade do direito é sempre, em alguma medida, legítima. A segunda alternativa para o dilema exige abandonar não apenas a tese da separação, mas também uma distinção rígida e simples entre autoridade *de facto* e *de jure* ou legítima; e essa distinção permanece central ao trabalho até mesmo daqueles alunos de Hart que afirmam rejeitar a tese da separação.

Para mostrar que esse dilema existe, eu recupero, na própria teoria de Hart, recursos fundados em princípios – sua versão de uma moralidade interna do direito – que vão bem além das conexões necessárias entre direito e moral anunciadas pelos alunos de Hart. O positivismo jurídico só será capaz de evitar ser também positivismo ideológico caso esses recursos desloquem-se das margens da teoria de Hart, onde ele os manteve por razões de segurança, para seu centro. Esses recursos foram ocluídos, primeiro, pela insistência de Hart na tese da separação e, segundo, pela maneira com que ele estruturou seu argumento em “*Positivism*.”

Pois Hart adiou até a penúltima seção de seu ensaio (seção 5) sua discussão sobre o desafio jusnaturalista ao positivismo em nível mais geral. Entretanto, quando o assunto da seção 3 – como compreender o papel de uma teoria da decisão judicial dentro de uma teoria geral do direito – e o da seção 4 – como juízes devem responder ao direito injusto – são colocados no contexto do desafio jusnaturalista em seu nível mais geral, seus argumentos contra posições jusnaturalistas nas seções 3 e 4 tornam-se ineficazes. Em outras palavras, a estratégia argumentativa de Hart tornou muito mais fácil apresentar suas respostas como refutações, ao

---

<sup>12</sup> HART, H. L. A. *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 266-268.





tratar cada uma delas como distinta das demais, para que ele as pudesse “refutar” isoladamente. Mas ela também levou à conclusão de que direito tem autoridade qualquer que seja seu conteúdo.

## 2 FULLER COMO A FRUSTRAÇÃO DE “POSITIVISM”

A seção 1 de “*Positivism*” estabelece as virtudes morais da tese da separação como a ideia central da tradição positivista legada por Bentham e Austin a seus herdeiros. A seção 2 defende que a teoria do direito deve afastar-se da teoria do direito como comando, não apenas porque o direito não é um pistoleiro gigante, mas também porque a ideia de direito como o conjunto dos comandos de um soberano juridicamente ilimitado falha em explicar boa parte da ordem jurídica, inclusive o fato de que “*nada que legisladores fazem produz direito a menos que eles cumpram regras fundamentais especificando os procedimentos legislativos essenciais.*”<sup>13</sup>

Porque a aula de Hart destinava-se à audiência da Harvard Law School, na seção 3 ele respondeu a um argumento dos realistas jurídicos americanos contra a posição supostamente positivista de que juízes deveriam usar métodos formais e dedutivos para revelar aquilo que o direito factualmente exige. Entretanto, realistas não eram jusnaturalistas, e não defendiam que a sua crítica a essa espécie de abordagem da decisão judicial demonstra uma conexão necessária entre direito e moral. A resposta principal de Hart a eles só diz respeito à tese da separação na medida em que ele argumenta, primeiro, que a distinção positivista entre direito como é e direito como deveria ser não implica a tese de que interpretação judicial consiste em juízes determinando fatos sobre o que o direito exige. Ao contrário, por não haver resposta factual a respeito de o que o direito exige em tais casos “penumbrais”, juízes precisam recorrer ao seu próprio senso de certo e errado e legislar uma resposta. Os demais casos “nucleares” – em que as pessoas sabem o que o direito factualmente exige – não chegam a tribunais exatamente por serem “nucleares”, o que explica como o direito pode cumprir sua tarefa de organizar as nossas vidas. Essa característica do direito conduz à segunda tese de Hart: que realistas costumam equiparar direito aos casos penumbrais que, embora não sejam “o feijão-com-arroz” das faculdades de direito, não deveriam ser confundidos com o “núcleo duro do significado estabelecido” que é “o direito em um certo sentido de central importância.”<sup>14</sup>

<sup>13</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 59.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 71.





Portanto, o objetivo de Hart na seção 3 que é importante para uma defesa da tese da separação é outro. Ele queria cortar pela raiz o tipo de posição jusnaturalista que Fuller estava desenvolvendo, que não torna padrões morais externos ao direito o teste para a sua validade, já que se baseia em um argumento sobre princípios internos à ordem jurídica, que condicionam o seu conteúdo. Embora Hart mencione Fuller apenas no final, sua posição está implícita ao longo do texto todo. Ele é o alvo principal da seção 3 porque sua explicação sobre a decisão judicial adota a premissa de que interpretação judicial na penumbra é baseada em valores, mas ele nega que a ação aconteça em uma penumbra.<sup>15</sup> Da maneira como Dworkin viria a elaborar esse tipo de argumento, o juiz está explicitando o que até então estava implícito, ou seja, os recursos morais, contidos no direito, que são inteiramente capazes de responder à pergunta colocada diante do juiz. A resposta de Hart foi e continuou a ser que valores sociais não são o mesmo que moralidade. Se o direito é comumente utilizado como instrumento de fins moralmente detestáveis, os valores que lhe são inerentes serão detestáveis.<sup>16</sup>

Além disso, foram as primeiras sugestões de Fuller de que existe uma moralidade interna ao direito, com a qual o direito deve estar de acordo, que preocupavam Hart na seção 5<sup>17</sup>, e foi sua crítica ao positivismo jurídico que mais incomodou Hart. Pois, quando Hart iniciou sua defesa da tese da separação retratando o positivismo jurídico como estando sob ataque por suas tendências a cegar “*homens à verdadeira natureza do direito e suas raízes na vida social*”, por ser “*corruptor na prática*”, “*em sua pior versão, sujeito a enfraquecer a capacidade de resistência à tirania do Estado ou ao absolutismo*”, “*em sua melhor versão sujeito a desacreditar o direito*”<sup>18</sup>, ele tinha muito pouca evidência dessa afirmação além de “*The Law in Quest of Itself*” e outro ensaio curso de Fuller<sup>19</sup>, além de dois ensaios curtos de Radbruch.<sup>20</sup>

Agora, vou argumentar que a distância entre a versão hartiana do positivismo e uma versão moderna e laica do jusnaturalismo, tendo Radbruch como exemplo, se reduz a ponto de desaparecer quando o positivismo jurídico é confrontado com o fantasma jusnaturalista que assombra “*Positivism*.” Podemos, então, reconfigurar a teoria do direito de Hart de tal modo a preservar os seus elementos mais importantes e, ao mesmo tempo, explicar por que, na ausência

<sup>15</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 68-71.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>17</sup> FULLER, Lon L. *The law in quest of itself*. Boston: Beacon Press, 1940, p. 34-41.

<sup>18</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 50-51.

<sup>19</sup> FULLER, Lon L. Human purpose and natural law. *Journal of Philosophy*, vol. 53, pp. 697-705, 1956.

<sup>20</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1-11, 2006.





dessa reconfiguração, o positivismo como uma teoria do direito que insiste na tese da separação transforma-se em positivismo ideológico.

### 3 HART SOBRE RADBRUCH

Radbruch defendia que o bordão positivista “lei é lei” foi adotado por juristas alemães e que isso explica sua complacência com a ascensão dos nazistas ao poder. Seu antídoto, que ficou conhecido como “fórmula Radbruch”, consistia na tese de que a injustiça extrema não é direito. Hart rejeitava veementemente as afirmações de Radbruch. No seu entender, Radbruch, por conta de sua experiência com o nacional-socialismo, havia se retratado de seu endosso ao positivismo anterior à guerra e “ingenuamente” abraçado uma posição jusnaturalista, que Hart expôs da seguinte maneira:

Suas reflexões ponderadas o levaram à doutrina de que os princípios fundamentais da moralidade humanitária seriam parte do próprio conceito de *Recht* ou juridicidade\*, e que nenhuma lei ou ato normativo positivos, por mais claramente expressos e por mais claramente conformes aos critérios formais de validade de um determinado sistema jurídico, poderiam ser válidos se violassem os princípios básicos de moralidade.<sup>21</sup>

Hart acrescenta que essa “doutrina só pode ser inteiramente compreendida se as nuances importadas pela palavra alemã *Recht* forem captadas”. Ele tinha em mente a distinção, que a língua inglesa elide, entre lei promulgada, *Gesetz*, e *Recht*, com sua conotação de direito jurídico ou justiça. Mas ele não achou que valia a pena explorar essas nuances na seção 4, porque ele pensava que Austin havia demonstrado que posições jusnaturalistas são um “disparate total” ao dar o exemplo de um homem condenado à morte por uma contravenção trivial, que afirma que o direito não é direito por ser imoral, mas que é refutado já que “o tribunal de justiça demonstrará a inconclusão” de seu “raciocínio ao enforcar” o homem “de acordo com a lei cuja validade [ele havia] impugnado.”<sup>22</sup>

Para o caso de seus leitores não se deixarem persuadir por essa “discussão acadêmica”<sup>23</sup>, Hart oferece o exemplo da decisão de um tribunal alemão do pós-guerra que ele acreditava demonstrar tanto os males do emprego da Fórmula quanto as virtudes de uma abordagem

\* N.T.: o termo em inglês é “*legality*”, cuja tradução literal seria “legalidade”. Esse termo, no entanto, tem o sentido de “referente à lei”, às vezes com conotação de “lei em sentido estrito”, como em “princípio da legalidade.” Em inglês, porém, “*legality*” é a propriedade daquilo que é jurídico; de todo o direito, e não apenas da lei. Assim, traduzo “*legality*” por “juridicidade” aqui.

<sup>21</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 74.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 75.





baseada na tese da separação. Nesse caso, o tribunal julgou culpado pelo crime de privação ilegal de liberdade um “informante rancoroso” – uma mulher que havia entregado seu marido às autoridades durante a guerra porque ele havia insultado nazistas, um ato criminalizado por duas leis nazistas. A posição de Hart, baseada em um relato incorreto da decisão, era de que o tribunal havia empregado a Fórmula Radbruch para negar validade às leis, desse modo contornando o argumento de que o que a mulher fizera fora perfeitamente legal e obnubilando o fato de que o tribunal estava violando o “*preciosíssimo princípio de moralidade endossado pela maioria dos sistemas jurídicos*”<sup>24</sup> – a vedação à punição retroativa. Se, como defendeu Hart, acreditarmos que o informante rancoroso deveria ser punido, a única forma honesta de fazê-lo seria enfrentar o fato de que as leis nazistas eram direito válido. Isso exigiria que a legislatura promulgasse uma “lei francamente retroativa” criminalizando o ato dos de entregar alguém às autoridades.<sup>25</sup> O fato de que a Fórmula obnubilava esse dilema ao fingir que direito válido não é direito simplesmente em razão de sua injustiça era, para Hart, uma razão conclusiva para rejeitá-la, e ele prosseguiu com sua discussão sobre as nuances da “juridicidade” na seção seguinte de seu ensaio como se fosse um assunto separado.

Essa adiamento foi deliberado. O argumento de Hart depende de apagar da posição de Radbruch as suas nuances, ao concebê-la como o positivismo jurídico de Hart com o sinal trocado: o direito da ordem jurídica é seu direito positivo, conforme certificado pelos critérios de validade jurídica em suas regras mais fundamentais, menos aquelas leis positivas que julgamos ser extremamente injustas por padrões de uma posição moral externa ao direito. Radbruch, então, diferiria de Hart apenas na medida em que Hart diz que cidadãos devem desobedecer leis extremamente injustas, enquanto para Radbruch não há lei a ser desobedecida, o que o torna vítima das atrozidades confusões que só podem ser evitadas se “*falamos claramente*”, dizendo “*que leis podem ser direito, embora más demais para que sejam obedecidas.*”<sup>26</sup>

Mas Hart não estava respondendo à posição que Radbruch de fato detinha. Em sua Fórmula, Radbruch formulava três proposições, e vou inserir “*Recht*”, “*Unrecht*” e seus derivativos entre colchetes para indicar onde Radbruch deliberadamente queria dizer lei no sentido de justiça jurídica ou direito.

[1] O direito [*Recht*] positivo sustentado por legislação e poder tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto [*ungerecht*] e falha em beneficiar o povo, a

<sup>24</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 77.

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Idem.*





menos que o conflito entre lei posta e justiça [*Gerechtigkeit*] alcance um grau tão intolerável que a lei, como ‘lei falha’ [*unrichtiges Recht*], deva ceder à justiça.

[2] Quando não há sequer uma tentativa de justiça [*Gerechtigkeit*], quando a igualdade, que é o núcleo da justiça [*Gerechtigkeit*], é deliberadamente traída na promulgação da lei posta [*positiven Recht*], então o direito não é só ‘falho’; falta-lhe completamente a própria natureza de direito [*Rechtsnatur*].

[3] Pois o direito, incluindo o direito positivo [*positives Recht*], não pode ser definido de outra maneira que não um sistema e uma instituição cujo próprio sentido é o de servir justiça [*Gerechtigkeit*].<sup>27\*</sup>

Discussões sobre a Fórmula frequentemente ocupam-se da questão de se saber se as proposições (1) e (2) contêm fórmulas distintas, tendo a primeira a ver com o problema complicado do direito promulgado que tem um conteúdo tão injusto que não deve ser aplicado, e a segunda com o direito promulgado que explicitamente afirma seu compromisso com a injustiça de um tipo que claramente trai a missão “nuclear” do direito de proteger a igualdade, caso em que ele deixa de ser direito. Mas atenção ao uso de *Recht* por Radbruch, no contexto da discussão imediatamente precedente, sugere que essas duas proposições podem ser melhor compreendidas como os dois extremos de um gradiente de juridicidade.

Quando Radbruch se queixou que o pensamento positivista dominara os juristas na Alemanha Nazista, ele tinha em mente o positivismo ideológico, a posição de que “lei é lei”, e, portanto, que tudo o que tem a forma de lei deveria ser exigido ou obedecido. Essa posição, segundo ele, excluía as ideias de “antijuridicidade [*Unrecht*] legislativa” e “direito [*Recht*] supralegal.” Mas, como ele apontou, obrigação e validade não podem se basear simplesmente em poder e compulsoriedade. Eles devem basear-se em “um valor inerente à lei.”<sup>28</sup>

Esse é o valor da justiça, que é a razão pela qual valorizamos a certeza que a lei nos dá. Mesmo o fato de valorizarmos a certeza que só a lei promulgada pode dar deve ser compreendido como um requisito da justiça – como um serviço ao bem público dos sujeitos jurídicos – porque, sem a certeza trazida pela lei promulgada, não poderíamos ter esse serviço. Esse bem é o que Radbruch denominou “propósito.”<sup>\*</sup> Mas, como ele enfatizou, “*o que beneficia*

<sup>27</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1–11, 2006, p. 7. Para o original em alemão, ver RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. In: RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1973, p. 345–346.

\* N.T.: todos os termos em alemão entre colchetes são inclusões do autor. Esta tradução opta por traduzir do inglês para preservar o sentido dado pelo próprio autor ao texto de Radbruch. O original em alemão (na seguinte versão: RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, ano 1, n. 5, ago. 1946, p. 105-108) foi consultado apenas para solucionar ambiguidades, como a palavra “*meaning*”, que poderia concebivelmente ser traduzida em português como “sentido” ou “significado”; como o original em alemão emprega “*Sinn*” (e não “*Bedeutung*”), optou-se por “sentido”, que tem uma equivalência mais próxima em português.

<sup>28</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1–11, 2006, p. 6.





o povo é, no longo prazo, apenas aquilo que o direito é, ou seja, aquilo que cria segurança jurídica e visa à justiça.”<sup>29</sup> Como a proposição (3) afirma, parte da luta do direito pela justiça consiste em que a “igualdade” – o “próprio núcleo da justiça” – seja respeitada.

Assim, Radbruch vê três valores inerentes no direito – certeza, propósito e justiça – com a certeza ocupando uma “curiosa posição intermediária”, já que está lá para produzir tanto propósito quanto justiça.<sup>30</sup> As proposições (1) e (2) podem, então, não estabelecer fórmulas distintas, tanto quanto, na verdade, pressupor um contínuo de conflitos de valor, de menor para maior; e é só no caso excepcional de injustiça extrema e gritante que um juiz deveria tornar a justiça o critério de validade do direito. O que dá ao caso excepcional essa característica é que o direito não seja interpretável de modo que permita evitar constatar que seu propósito é ser um instrumento de injustiça extrema. Antes desse limite, o juiz buscará encontrar uma interpretação que reconcilie a certeza que o direito positivo traz com as demandas de justiça tanto quanto possível, assim preservando a igualdade, o “núcleo da justiça.”

Minha tese, aqui, fundamenta-se, primeiro, no fato de que, dentro da proposição (1), Radbruch refere-se ao “*Recht positivo sustentado por legislação e poder.*” A tradução de “*das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht*” como “*o direito positivo, sustentado pela legislação e pelo poder*” não só torna essa parte da frase redundante ao lê-la como “o direito positivo sustentado pelo direito positivo”, mas também elimina dela exatamente as nuances de *Recht* que Radbruch procurou preservar. O ponto de Radbruch era que o direito que poderíamos condenar como injusto porque nossa posição moral geral o considera assim continua a ser direito apenas se seu conteúdo puder ser compreendido como capaz de preservar algum elemento de justiça jurídica.

Segundo, Radbruch desejava compreender, de um ponto de vista jurídico, os argumentos que juristas e juízes alemães já estavam elaborando, que não dependiam da afirmação de que injustiça extrema não é direito, mas, ao contrário, de encontrar uma interpretação do direito que lhes permitisse alcançar aquilo que eles viam como conclusões

---

\* N.T.: o termo original em alemão é *Zweckmäßigkeit*, que costuma ser traduzido para o português como “utilidade” ou “conveniência.” Entretanto, o autor rompe aqui com a convenção do seu próprio idioma, que frequentemente traduz o termo alemão por “*utility*” ou “*expediency.*” “*Purposiveness*”, que é o termo utilizado no artigo, retoma a raiz da palavra alemã, *Zweck*, que significa finalidade ou propósito. Assim, julgou-se preferível traduzir o termo por “propósito”, alinhando-se a tradução com a escolha do próprio autor em relação às convenções em seu idioma. Ver a nota 34 (infra), em que o próprio autor comenta esse problema de tradução.

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Idem.*





justificadas tanto jurídica quanto moralmente.<sup>31</sup> Eles buscavam encontrar no direito alemão os recursos interpretativos necessários para chegar à conclusão que conduzia à justiça, mas sem invalidar as leis nazistas. Sob essa luz, Radbruch não estava oferecendo uma “fórmula” para uso por juízes, mas tentando explicar juridicamente argumentos judiciais em resposta à injustiça do passado.

Esses argumentos foram expressos em uma longa citação, feita por Radbruch, à opinião jurídica de um promotor em um caso de informante rancoroso, que formava parte dos materiais que Hart leu em preparação para a sua aula.<sup>32</sup> Há uma questão interessante, então, sobre por que Hart não só distorceu a posição de Radbruch ao eliminar dela as suas nuances, mas também a situação enfrentada por juristas e juízes alemães na Alemanha do pós-guerra. Além disso, caso Hart tivesse consultado o “Filosofia do Direito” de Radbruch, de 1930, com uma tradução disponível em inglês, de 1950, ele teria descoberto que Radbruch, longe de retratar-se de seu positivismo do pré-guerra, fez pouco além de extrair uma de suas implicações, pela qual ele já havia afirmado que

mesmo a validade do direito positivo que é injusto e errado não pode ser mantida sem qualificações; portanto, a questão da validade pode ser considerada não só sob a perspectiva da segurança jurídica, mas também [da] perspectiva da justiça e [do propósito].<sup>33</sup>

Fuller achou que Hart entendeu incorretamente tanto Radbruch quanto a situação, porque ele simplesmente não enxergou que havia mais equívocos no direito nazista do que o fato de que ele era usado como um instrumento de fins malignos. Hart não se deu conta de que o sistema nazista era tão marcado por abusos de juridicidade que seria plausível supor que não se tratava realmente de uma ordem jurídica.<sup>34</sup> Há uma boa dose de razão nesse argumento. Mas é ainda mais notável que Hart, na seção 5 de “*Positivism*”, não pôde evitar reconhecer que uma

<sup>31</sup> Para uma discussão sobre os casos em si, ver DYZENHAUS, David. The Case of the Grudge Informer revisited. *New York University Law Review*, vol. 83, pp. 1000–1034, 2008 e PAPPE, H. O. On the validity of judicial decisions in the Nazi Era. *Modern Law Review*, vol. 23, pp. 260–274, 1960.

<sup>32</sup> RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1–11, 2006, p. 2-4.

<sup>33</sup> RADBRUCH, Gustav. Legal philosophy. In: PATTERSON, E. W. (Ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1950. O tradutor usa “*expediency*” para traduzir o *Zweckmäßigkeit* de Radbruch (Ibid., p. 168-169) e eu prefiro “*propósito*” da tradução de RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1–11, 2006. Hart refere-se a esse trabalho na quarta edição alemã, de 1950, em HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 50, nota 8, mas só como uma fonte dos ensaios do pós-guerra, que ele discute na seção 3, usando a tradução no “*Jurisprudence materials*” de Fuller.

<sup>34</sup> FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–72, 1958, p. 650-657, 660.





posição jusnaturalista laica, como a de Radbruch, é necessária para se compreender o direito como uma questão de autoridade, ainda que ele não chegasse ao reconhecimento completo porque isso teria levado a um abandono da tese da separação.

#### 4 A TEORIA JUSNATURALISTA DE HART

Na seção 5 de “*Positivism*”, Hart explorou o desafio à tese da separação que surge quando se analisa um “*sistema jurídico considerado como um todo.*”<sup>35</sup> Citando Austin, ele afirmou que há certas “*noções fundamentais*” que são “*necessárias*” e “*fundadas na natureza comum do homem*”, que qualquer sistema jurídico deve levar em consideração. Elas consistem, na visão de Hart, em “*simples afirmações de fato*”, por exemplo, que um sistema jurídico deve “*estipular sanções para algumas de suas regras*”, e que “*a suposição, geralmente atendida, de que um sistema jurídico visa a alguma forma de justiça colere toda a maneira com que interpretamos regras específicas em casos concretos*”, de modo que

se essa suposição geralmente atendida não fosse atendida[,] ninguém teria qualquer razão para obedecer exceto medo (e provavelmente nem isso) e menos ainda, é claro, qualquer obrigação moral de obedecer.<sup>36</sup>

Como resultado disso,

[a] conexão entre direito e padrões morais e princípios de justiça é [...] tão pouco arbitrária e tão ‘necessária’ quanto a conexão entre direito e sanções, e a busca pela questão [de] saber se essa necessidade é lógica (parte do “significado” de direito), ou meramente factual ou causal, pode, com segurança, ser deixada para os filósofos como um passatempo inocente.<sup>37</sup>

Hart disse que gostaria de “ir além”, identificando mais duas características da ordem jurídica. Primeiro, dados os fatos sobre a vulnerabilidade e as necessidades humanas, encontram-se em toda ordem jurídica regras “*proibindo o uso livre da violência e regras constituindo a forma mínima de propriedade.*” Tais regras “fundamentais”

coincidem com princípios morais básicos [...], de modo que podemos acrescentar à afirmação factual de que todos os sistemas jurídicos de fato coincidem com a moralidade em tais pontos vitais a afirmação de que isso é, nesse sentido, necessariamente o caso.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 78.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 79.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 80.





Entretanto, Hart pensava que poderia facilmente distinguir sua posição do jusnaturalismo porque este pretende “levar o argumento” ainda “além” do que escreve sobre “sobrevivência” e “afirmar que seres humanos são igualmente comprometidos com e unidos por suas concepções de fins”, por exemplo, “a busca do conhecimento, justiça para os seus iguais.” Hart retrucou que os “objetivos que homens têm para viver em sociedade são conflitantes e variáveis demais”<sup>39</sup> para dar apoio e tal extensão.

A segunda característica é que há, “na própria noção de direito como constituído por regras gerais, algo que nos impede de tratá-lo como se fosse completamente neutro moralmente.” Generalidade, disse Hart, exige “justiça natural procedimental”, que consiste em “princípios de objetividade e imparcialidade na administração do direito”, que são projetados para assegurar que as regras são aplicadas apenas a casos genuínos da regra ou, ao menos, para minimizar os riscos de desigualdades nesse sentido. Isso é a justiça na administração do direito, não justiça no direito. Então há, na própria ideia de direito constituído por regras gerais, algo que nos impede de tratá-lo como moralmente neutro, sem qualquer contato necessário com princípios morais.<sup>40</sup>

Mas isso não ameaça a tese da separação porque:

um sistema jurídico que satisfaça esses requisitos mínimos pode aplicar, com a mais pedante imparcialidade quanto às pessoas afetadas, leis que são hediondamente opressoras, e pode negar à vasta população escrava sem direitos os benefícios mínimos de proteção contra a violência e o roubo. O fedor dessas sociedades ainda está, afinal, em nossas narinas, e argumentar que elas não têm (ou tinham) um sistema jurídico só envolveria repetir o argumento. Só caso as regras não oferecessem esses benefícios e proteções para ninguém – mesmo para ao grupo proprietário de escravos – o mínimo deixaria de ser satisfeito, e o sistema afundaria para o estado de um conjunto de tabus sem significado. É claro que ninguém a quem fossem negados esses benefícios teria qualquer razão para obedecer exceto o medo e teria toda razão moral para se revoltar.<sup>41</sup>

Mas, contrariando suas intenções, essa passagem acaba por empurrar o argumento de Hart para “mais longe” do que o argumento sobre “sobrevivência”, na direção da “busca pela justiça”, exatamente porque esse movimento é necessário dado que os “fins que os homens têm para viver em sociedade” são tão “conflitantes e variados.” Afinal, por que deveríamos pensar que o direito – partindo da suposição de que ele o faz mais do que a situação do pistoleiro em larga escala – governa as vidas daqueles no grupo que não recebe proteção e que estão privados dela por “comandos hediondamente opressores”, sustentados pela força?

<sup>39</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 81-82.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>41</sup> *Idem.*





Ademais, se houver razões jurídicas para acreditar que, no caso normal, “*alguma forma de justiça colore toda a maneira com que interpretamos regras específicas em casos concretos*”, parece seguir daí que juízes confrontados com uma lei injusta enfrentam um problema jurídico, não apenas uma colisão entre um dever jurídico e outro moral. Esse problema exige que eles se perguntem se o direito realmente tem aquele conteúdo apesar de o legislador aparentemente tê-lo estipulado. Se sua resposta for “sim”, eles são levados, por dever jurídico, a se confrontar com a situação de injustiça extrema de Radbruch, já que, se aplicarem aquele conteúdo ao grupo oprimido, eles estão executando os comandos de um pistoleiro, não implementando o direito.

Essas questões tornam-se ainda mais agudas quando Hart afirma, perto do final de “*The Concept of Law*”, no Capítulo 9, sobre direito e moral (“*Laws and Morals*”), que “*um mínimo de justiça é realizado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por juízes*”; se o direito deve funcionar como um sistema de controle social, as suas regras “*precisam ser inteligíveis e estar dentro da capacidade da maioria de obedecer, e em geral elas não podem ser retroativas.*”<sup>42</sup> Ele argumenta que tanto o direito quanto a moral precisam ter um “conteúdo mínimo” para que sejam capazes de “*levar a cabo o propósito mínimo de sobrevivência que os homens têm ao se associarem uns aos outros*” e que “*na ausência desse conteúdo*”, homens não teriam “*razão para obedecer voluntariamente qualquer regra.*”<sup>43</sup> O argumento sobre razão é importante porque temos que entender o direito como operando com razões, não causas.<sup>44</sup> Essas razões devem ser dirigidas, no mínimo, aos fatos naturais da vulnerabilidade humana, igualdade aproximada, recursos limitados e vontade e compreensão limitadas.<sup>45</sup> Essa “*necessidade natural*”, ele diz, portanto, deve qualificar a “*tese positivista de que ‘o direito pode ter qualquer conteúdo.*”<sup>46</sup>

Hart também afirma que os juízes “*podem, frequentemente, apresentar*” o que ele chama de “*as virtudes judiciais características*”:

imparcialidade e neutralidade ao avaliar as alternativas; consideração pelos interesses de todos aqueles que serão afetados; e uma preocupação em implementar algum princípio aceitável como a fundamentação racional de uma decisão.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> HART, H. L. A. *The concept of law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 206-207.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 194-200.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 205.





Hart é, segundo penso, deliberadamente tímido quanto à importância dessas virtudes dentro de seu argumento geral sobre o conteúdo mínimo necessário do direito natural, do mesmo modo como, em “Positivism”, ele referiu-se ao princípio da irretroatividade de penas como “um preciosíssimo princípio de moralidade endossado pela maioria dos sistemas jurídicos”. Essa descrição permitiu-lhe evitar reconhecê-lo como um preciosíssimo princípio jurídico, que, se o ordenamento jurídico não endossasse, nos daria razões para acreditar que o ordenamento tem uma pretensão fraca à juridicidade. Mas suponho que ele veja as virtudes como características do papel de um juiz que se compreende como operando em um sistema de autoridade ao invés de estar na situação do pistoleiro, e que compreende seu ordenamento jurídico como atendendo ao conteúdo mínimo do direito natural.

Na exposição de Hart na seção 5 de “*Positivism*”, como desenvolvido em “*The Concept of Law*”, esses juízes deveriam formular uma resposta para a questão jurídica que atenda a dois critérios. Primeiro, que mostre como o direito responde aos sujeitos de direito de uma maneira que respeite sua subjetividade – sua habilidade de responder a razões. Segundo, que se assenta em um princípio geral de justiça (ou algo próximo a isso) lastreado pelos materiais jurídicos relevantes; um princípio que demonstre que os sujeitos jurídicos o são porque não estão fora da classe cujos interesses são protegidos pelo direito, ainda que a proteção seja mínima.

Agora, imagine esse juiz confrontado por uma lei que exige o tratamento discriminatório de um grupo inteiro de pessoas, por exemplo uma das leis segregacionistas do regime do *apartheid*.<sup>48</sup> Por força de dever jurídico, o juiz deve esforçar-se para encontrar uma interpretação que demonstre consideração pelo interesse de todos que serão afetados e uma preocupação em aplicar algum princípio geral aceitável, derivado dos materiais jurídicos relevantes, como uma base fundamentada para a decisão. Isso demanda esforço porque o direito que institucionaliza a discriminação, à primeira vista, não apresenta essa consideração e é difícil de interpretar de uma maneira que apresente algum princípio geral aceitável. Isso cria uma tensão interna à perspectiva jurídica do juiz, já que as virtudes judiciais são proeminentes entre as normas que definem o papel judicial. Colocando mais concretamente, o juiz terá dificuldades em responder à pergunta do sujeito de direito que pergunta: “*ora, como esse direito pode ser para mim?*”.

Pode-se parafrasear essas passagens dizendo que se os comandos dos poderosos forem incapazes reivindicar que sejam um exercício de direito jurídico sobre aqueles sujeitos ao seu

---

<sup>48</sup> Ver DYZENHAUS, David. *Hard cases in wicked legal systems: pathologies of legality*. Oxford: Oxford University Press, 2010.





poder, o comando não tem autoridade e, portanto, sua pretensão a ser um comando jurídico perde força. Pois tais comandos minam a relação mútua de proteção e obediência que Hobbes delineou ao final de “*Leviathan*”<sup>49</sup> e que Hart caracteriza da seguinte maneira, ao antecipar, no Capítulo 8 de “*The Concept of Law*”, o argumento a ser desenvolvido no Capítulo 9:

Parece claro que o sacrifício de interesses pessoais que tais regras *exigem* é o preço a ser pago para viver com outras pessoas em um mundo como o nosso, e a proteção que ele *proporciona* é o mínimo que, para seres como nós, faz viver com outros valer a pena. Esses fatos simples constituem [...] um núcleo de verdade indisputável nas doutrinas jusnaturalistas.<sup>50</sup>

O tratamento dado pelo próprio Hart para essa questão pressupunha uma distinção clara entre o grupo interno, que recebe proteção do direito, e um grupo externo, que não a recebe. Em “*The Concept of Law*”, ele sugeriu que o grupo interno poderia ser pequeno, limitado às autoridades públicas do sistema, e que o sistema ainda seria jurídico, conquanto em um estado “deplorável.”<sup>51</sup> Só caso não houvesse absolutamente ninguém no grupo interno se trataria de um sistema em que há a aparência de direito, mas em que aquilo que se passava por direito teria afundado ao “*estatuto de um conjunto de tabus sem sentido.*” Hart, portanto, não se ocupou das importantes questões que surgem para a filosofia do direito quando alguém está no grupo interno para certos fins mas para não outros; quando, portanto, alguém é um cidadão de segunda classe.<sup>52</sup>

Não obstante, parece justo afirmar que Hart deve sustentar a tese de que o caso normal de uma ordem jurídica é aquele em que o poder é exercido com autoridade. Ser um cidadão de primeira classe, ou um sujeito jurídico pleno, em uma tal ordem, significa aceitar que a ordem jurídica como um todo e as suas leis específicas oferecem o tipo de razão que é compreensível como dirigido aos interesses do sujeito. Ainda que esses sujeitos discordem fortemente do conteúdo da lei, eles devem poder reconhecer que a ordem jurídica atende a interesses do tipo

<sup>49</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 491.

<sup>50</sup> HART, H. L. A. *The concept of law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 181 (ênfase do autor).

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 117. Compare com *Ibid.*, p. 90-91.

<sup>52</sup> De fato, ele não parecia acreditar que houvesse um problema – veja seu tratamento de uma lei segregacionista em *Ibid.*, p. 161. O estatuto de segunda classe é muito mais problemático juridicamente, em certo sentido, do que o estatuto da escravidão, com a ressalva de que os escravos são implacavelmente relegados ao estatuto de objetos ou coisas. Mas sociedades escravocratas, em que a instituição da escravidão é constituída juridicamente, geralmente têm enorme dificuldade em manter o grupo escravizado além da moralidade e do direito, e, portanto, além da dignidade. Ver BUCKLAND, W. W. *A text-book of roman law: from Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1932, p. 62-66. Pense também nas dificuldades que nossa sociedade tem em manter seres humanos, como crianças, em um estatuto menos que pleno, ou animais não-humanos com o estatuto de coisas, dando a alguns deles, ao mesmo tempo, alguma proteção jurídica contra vários tipos de mau tratamento porque reconhecemos que eles compartilham certos atributos conosco, animais humanos, incluindo a capacidade de se sofrer.





que uma ordem jurídica deve atender, e que suas leis são interpretáveis à luz desses interesses. Quando eles perguntam: “ora, como pode essa lei ser para mim?”, um juiz consciente das virtudes judiciais pode dar uma resposta.

Se a única resposta disponível for a de que a pessoa deve entender que é um cidadão de segunda classe, então, como sugerido, juízes são colocados em uma posição problemática, porque não fica claro que eles podem desempenhar seus papéis como juízes, o que, como sugeri, também torna problemática a afirmação de que a pessoa é governada pelo direito. Neste ponto, que é precisamente a situação-limite de injustiça extrema de Radbruch, a natureza problemática da relação daquela pessoa com seus concidadãos de primeira classe desperta questões não apenas sobre a “justiça na administração do direito”, mas também sobre a “justiça do direito”, questões sobre o estatuto do direito enquanto direito.

Esse argumento parece minado pela insistência de Hart de que, em qualquer caso no qual o juiz precise apresentar essas virtudes ao responder uma questão jurídica levantada pelas partes, o juiz precisa exercer discricionariedade extrajurídica, já que uma questão dessa espécie seguramente surgirá exatamente porque o juiz está na “penumbra” em que o “núcleo” do direito positivo não determina resposta alguma. Essas questões foram a preocupação dos debates em teoria do direito que Dworkin iniciou sobre “casos difíceis.” Ele procurou mostrar que, no fim das contas, o que estava em jogo nesses casos é a questão do ideal político que o direito persegue. Para ele, juízes positivistas buscarão “meros fatos” sobre intenção legislativa para evitar impor suas próprias perspectivas sobre o direito.<sup>53</sup>

Porque positivistas responderam a Dworkin tanto rejeitando qualquer teoria da decisão judicial desse tipo, quanto afirmando uma distinção categórica entre uma teoria do direito e uma teoria da decisão judicial, a teoria do direito aparenta estar há muito tempo diante de um impasse. Além disso, as críticas positivistas de Dworkin seguiram Hart em afirmar que a decência moral de uma ordem jurídica é contingente em relação à sua história política. Entretanto, essas respostas pressupõem exatamente o modelo estático da ordem jurídica que subjaz à distorção que Hart fez de Radbruch. O direito da ordem jurídica é o seu direito positivo, como atestado pelos critérios de validade em suas regras mais fundamentais, o que leva à perspectiva de que a posição de Radbruch é apenas positivismo com o sinal trocado – uma posição que subtrai do direito positivo vigente todas as leis que são extremamente injustas pelos padrões de uma posição moral externa ao direito.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Steegstraat: Fontana, 1986.





Como indiquei, Radbruch tinha um modelo dinâmico da ordem jurídica, em que o direito sempre está em um processo de devir, conforme as autoridades jurídicas procuram manter sua “fidelidade ao direito”.<sup>54</sup> Nele, compreende-se que o direito tem uma estrutura de valores composta de justiça e propósito, além de certeza. Para tais autoridades, especialmente juízes, a tese de separação não é de nenhuma ajuda. Enquanto juízes precisam compreender que seu dever é interpretar o direito como ele é, não como eles gostariam que fosse, eles também devem compreender que a lei – *Gesetz* – deve ser interpretada conforme a justiça de acordo com o direito – *Recht*.

## 5 CONCLUSÃO

É irônico, então, que Radbruch, em seu “*Legal Philosophy*”, tenha comentado que

a última era do positivismo só viu a positividade e a certeza do direito e causou uma longa paralisação no exame sistemático [...] [do propósito], sem falar na justiça, do direito promulgado.<sup>55</sup>

Pois esse comentário aplica-se com grande força ao positivismo, já que se aplica às teorias desenvolvidas por Hart e seus alunos desde 1958, porque eles sustentam o aspecto estático de sua teoria do direito ao expelir tudo o que for dinâmico, inclusive a busca da justiça por meio do direito, para um espaço extralegal onde ela pode ser considerada como se fosse um ato legislativo que parte do zero, dada sua compreensão da decisão judicial como tendo natureza *quasi-legislativa*.<sup>56</sup>

Em Bentham e Austin, essa expulsão fazia sentido porque sua teoria do direito como comando explicava o direito como mera coerção. O direito, poder-se-ia dizer, não tem autoridade, mas, no máximo, legitimidade, que ele terá quando transmitir juízos apropriados sobre a utilidade, feitos fora do direito, do ápice da hierarquia jurídica para a base. Juízes precisam, nessa perspectiva, igualar a justiça de acordo com o direito com fatos brutos sobre o conteúdo dos juízos de valor legislados por quem está no poder. É por essa razão que Austin, depois de formular a frase que inspirou a tese da separação – “*a existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra*” – pôde usar seu exemplo do homem condenado à morte como uma ilustração do porquê pensadores jusnaturalistas estarem falando um “disparate

<sup>54</sup> FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–72, 1958.

<sup>55</sup> RADBRUCH, Gustav. Legal philosophy. In: PATTERSON, E. W. (Ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1950, p. 111.

<sup>56</sup> Pode não se aplicar à estranha corrente do positivismo, chamada de positivismo jurídico “inclusivo.”





completo.”<sup>57</sup> Pois, nessa teoria, o direito não é mais do que os comandos de um comandante não-comandado, sustentados por ameaças. Mas seria algo completamente diferente para Hart, que rejeitava a teoria do comando, dizer sobre a pessoa dessa forma objetificada que ela deveria ver como dotada de autoridade a diretiva que a condena à prisão e execução.

Essa não foi a única vez em “*Positivism*” em que Hart se viu nas garras da teoria do comando. Na seção 3, ao explicar por que uma teoria fulleriana da decisão judicial está errada, Hart afirmou que um juiz na Alemanha nazista poderia perguntar, em um caso penal,

qual sentença aterrorizaria o público como um todo e manteria os amigos e família do prisioneiro em suspense, de tal modo que esperança e medo cooperariam como fatores para levar à subserviência?<sup>58</sup>

Ele notou que o “*prisioneiro de um tal sistema seria visto simplesmente como um objeto a ser utilizado na persecução desses fins.*” Mas, disse ele, isso ainda “seria” uma decisão “*inteligente e propositada*” e “*de um certo ponto de vista a decisão seria como deveria ser.*”<sup>59</sup>

O ponto de Hart é que uma teoria fulleriana da decisão judicial sugere, absurdamente, que os valores ou propósitos implícitos no direito positivo de uma ordem jurídica acabarão sendo morais, um ponto que ele repetiria contra Dworkin. Mas, nesse raro exemplo de vazamento de uma parte de “*Positivism*” para a outra – da discussão de Hart sobre os casos dos informantes rancorosos para seu tratamento inicial da decisão judicial –, ele de fato expõe sua inabilidade em escapar da teoria do direito como comando. Pense do ponto de vista do prisioneiro que tem que se ver como, nas palavras do próprio Hart, “*um objeto para ser usado na persecução desses fins.*” Por que, como o condenado no exemplo de Austin, o prisioneiro não pode sorver nos recursos da teoria de Hart e dizer que ele é a vítima de um pistoleiro, não da ordem jurídica que pretende exercer autoridade sobre ele?

Ademais, colocando de lado a afirmação sobre legislação judicial que está mais em casa na teoria do direito como comando, pode-se, em ambos esses exemplos problemáticos, retroceder um passo em relação à situação do homem já condenado pelo juiz e perguntar sob qual teoria o juiz deveria decidir condená-lo.<sup>60</sup> Se juízes aceitarem a teoria do direito de Radbruch, ou uma teoria fulleriana ou dworkiniana da decisão judicial, ou a explicação de Hart

<sup>57</sup> AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. London The LawBook Exchange LTD., 1885, p. 214-215.

<sup>58</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 70.

<sup>59</sup> *Idem*.

<sup>60</sup> MERTENS, Thomas. Radbruch and Hart on Grudge Informer: a reconsideration. *Ratio Juris*, vol. 15, n. 2, pp. 186–205, 2002, p. 202-204.





sobre as virtudes judiciais, eles procurarão encontrar os recursos interpretativos dentro do direito para evitar concluir que eles encontraram a situação-limite em que o conteúdo do direito é tão extremamente injusto que seu estatuto como direito é posto em dúvida. Tirando essa situação, o direito terá em si um caráter moral que o coloca em tensão com a tese da separação.

Da maneira algo paradoxal, então, é a tese da separação que estabelece uma conexão entre o positivismo como teoria do direito e o positivismo ideológico. O positivismo ideológico é o produto de dois elementos: primeiro, uma versão da tese da separação – a afirmação de que o direito que nos governa é o direito com o conteúdo que ele acontece de ter; segundo, a afirmação de que o direito com esse conteúdo deve ser compreendido como dotado de autoridade. Ademais, da perspectiva das autoridades de uma ordem jurídica, assim como dos demais participantes dela, incluindo juristas e aqueles que estão sujeitos ao direito, a tese da separação, compreendida como exigindo que vejamos o direito como “normativamente inerte”<sup>61</sup>, não é uma opção. O direito pretenderá ter autoridade sobre eles, e, como defendeu o aluno mais influente de Hart, Joseph Raz, é necessário não só que o direito reivindique autoridade, mas também que ele necessariamente reivindique ter autoridade legítima.<sup>62</sup>

Essa é uma tese sobre a autoridade prática. Quando o juiz diz a um sujeito de direito o que o direito o obriga a fazer, ele deve ser compreendido como afirmando não só que tem autoridade, mas também que essa autoridade é legítima.<sup>63</sup> Hart reconheceu a força dessa tese. Mas ele via com preocupação que a explicação de Raz pressupusesse “*uma explicação cognitiva do juízo moral em termos de razões objetivas para a ação.*”<sup>64</sup> “*Bem melhor adaptada ao caso do direito*”, ele defendia, seria uma teoria não-cognitiva, de acordo com a qual “*afirmar que um indivíduo tem a obrigação jurídica de agir de uma certa maneira é dizer que essa ação pode ser, com propriedade, exigida dele de acordo com as regras ou princípios jurídicos regulando esses requisitos de ação.*”<sup>65</sup> Ele então confessou que a ideia de uma autoridade normativamente inerte é insatisfatória, mas continuou insistindo na tese da separação.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 23.

<sup>62</sup> RAZ, Joseph. Authority, law, and morality. In: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 194. Concordo, portanto, com Raz que a perspectiva que o teórico tem sobre o direito pressupõe a perspectiva do participante, mas discordo dele sobre como compreender essa relação.

<sup>63</sup> RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 146.

<sup>64</sup> HART, H. L. A. *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 158-159.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 159-160.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 267. Em um trabalho ainda não publicado, “*The Long Arc of Legality*”\*, estou elaborando uma explicação sobre a autoridade legítima que não depende de pressupostos realistas sobre a moral e que é próxima, em seu espírito, do não-cognitivismo de Hart e de sua concepção formal da moralidade social no Capítulo 8 de HART, H. L. A. *The concept of law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. Outros estão trabalhando com a mesma





Como é possível essa insistência apesar dos fatos sobre ordens jurídicas que Hart reconhece na seção 5 de “*Positivism*” e aqueles sobre o “conteúdo mínimo” do direito natural no Capítulo 9 de “*The Concept of Law*”, e apesar da força do argumento de Raz sobre autoridade jurídica quando exercida na prática? A explicação é a convicção de Hart de que a tese da separação joga uma luz valiosa sobre situações moralmente complexas com juristas e sujeitos de direito se defrontam na prática. Que ela possa sequer sobreviver, por sua vez, é explicado pelo fato de se tratar de uma afirmação conceitual que flutua sobre a contingência bagunçada do mundo que encontramos ao nosso redor, e isso a torna imune às objeções desses fatos que poderiam ser inconvenientes.

Mas vimos que a tese da separação, longe de jogar luz, nem começa a explicar como o direito complica qualquer situação moral. De que modo, como perguntaram Fuller e Dworkin, a mera existência do direito pode introduzir complexidade moral se o direito é normativamente inerte?<sup>67</sup> Em contraste, as concessões de Hart ao jusnaturalismo são, de fato, esclarecedoras. Mas ele supõe que elas não são concessões sérias porque elas só se aplicam ao mundo empírico e aos seus habitantes humanos, com as vulnerabilidades que eles por acaso venham a ter. Mas o próprio Hart não se atém e não se pode ater ao lado conceitual da distinção entre o conceitual e o empírico. A maior parte de seus argumentos sobre as virtudes da tese da separação se dão em nosso mundo humano, e suas afirmações conceituais são tão misteriosas quanto qualquer das confusões jusnaturalistas que ele tinha em mente quando se aliou ao objetivo de Bentham de “arrancar a máscara de Mistério”<sup>68</sup> da face da teoria do direito.

Tenha em mente que, em “*Positivism*”, para dar apoio a seu apelo ao conceitual, Hart sugere que poderíamos imaginar um mundo em que somos caranguejos gigantes com armaduras, de modo que não teríamos as vulnerabilidades de seres humanos de pele macia, que nos levam a fazer regras proibindo a violência e por aí vai.<sup>69</sup> Mas o que está em questão é o que é o direito no nosso mundo como o conhecemos, populado por seres como nós, com as vulnerabilidades que de fato temos. Simplesmente não damos a mínima para o direito dos

---

finalidade, explorando o trabalho de Hart como a obra de um “expressivista.” . TOH, Kevin. Hart’s expressivism and his Benthamite project. *Legal Theory*, vol. 11, no. 2, pp. 75–123, 2005. Mas, na minha perspectiva, essa concepção da moralidade é melhor compreendida como pragmática.

\*N.T.: o trabalho citado pelo autor na nota 67 (supra) veio a ser publicado como livro em 2022, pela Cambridge University Press: DYZENHAUS, David. *The long arc of legality: Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

<sup>67</sup> FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–72, 1958, p. 656; DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*. Steegstraat: Fontana, 1986, p. 327.

<sup>68</sup> HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 49.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 80.





caranguejos. E Hart também não, na maior parte do tempo, porque ele estava profundamente preocupado em analisar tanto os benefícios quanto os perigos para os indivíduos que se veem sujeitos não só ao poder bruto do Estado moderno regulado pelo direito, mas também à sua pretensão de governar com autoridade.

Meu apelo neste artigo é pelo retorno da filosofia do direito ao projeto que Radbruch e outros tentaram implementar, qual seja, o de tentar entender como uma ordem jurídica pode fazer jus à sua pretensão de ser uma ordem de autoridade legítima, uma tarefa que o próprio Hart entendia bem, embora pela lente distorcida da tese da separação. Uma vez removida essa lente, a filosofia do direito pode seguir adiante com uma teoria do direito que fomenta esse ideal. Ela pode, então, perquirir sobre os recursos morais que são oferecidos ao se exigir o governo pelo direito ao invés de algum outro meio. E, com essa teoria, será possível desenvolver os pormenores sobre o papel do judiciário e de outras instituições no serviço desse ideal.

Em outras palavras, o lugar para começar é onde Hart terminou sua discussão principal sobre a verdade que ele concede ao jusnaturalismo na seção 5 de “*Positivism*”. De lá, pode-se retornar pela seção 4 – como a ordem jurídica deveria responder aos problemas causados pela percepção de injustiça – até a seção 3 – o papel do judiciário e da interpretação. Mas é importante ir ainda além para incluir o assunto da seção 2 – como entender o direito como uma questão de autoridade relaciona-se à maneira pela qual, em qualquer ordem jurídica, os princípios jurídicos fundamentais condicionam o poder político de tal modo que, como Kelsen uma vez colocou, “*poder se transforme em direito jurídico.*”<sup>70</sup>

Mas deve-se parar antes da seção 1 – a insistência na tese da separação – por dois motivos a que meu argumento aqui dá suporte. Primeiro, ela tem o efeito perverso de transformar direito em poder pela afirmação de que o direito, como tal, tem autoridade, qualquer que seja seu conteúdo. Segundo, posições jusnaturalistas sobre o caráter moral do direito não são, como acusou Hart, ingênuas. Ao contrário, cada uma a seu modo, essas posições buscam elaborar os recursos morais do governo sob a lei, que tornam plausível a afirmação de que a ordem jurídica deveria ser compreendida não como a situação do pistoleiro em larga escala, mas como uma ordem que resulta em autoridade legítima.

---

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (Eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*: Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross. Vienna: Europa Verlag, 1968, p. 339.





## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. London The LawBook Exchange LTD., 1885.

BUCKLAND, W. W. *A text-book of roman law: from Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press, 1932.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Steegstraat: Fontana, 1986.

DYZENHAUS, David. The Case of the Grudge Informer revisited. *New York University Law Review*, vol. 83, pp. 1000–1034, 2008.

DYZENHAUS, David. *Hard cases in wicked legal systems: pathologies of legality*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DYZENHAUS, David. Positivism and totalitarianism. In: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. (Eds.). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

DYZENHAUS, David. *The long arc of legality: Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

FULLER, Lon L. *The law in quest of itself*. Boston: Beacon Press, 1940.

FULLER, Lon L. Human purpose and natural law. *Journal of Philosophy*, vol. 53, pp. 697–705, 1956.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 630–72, 1958.

GARDNER, John. *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, H. L. A. *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. In: H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.





KELSEN, Hans. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. In: KLECATSKY, H.; MARCIC, R.; SCHAMBECK, H. (Eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule: Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Vienna: Europa Verlag, 1968.

MERTENS, Thomas. Radbruch and Hart on Grudge Informer: a reconsideration. *Ratio Juris*, vol. 15, n. 2, pp. 186–205, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. New Haven: Yale University Press, 1996.

PAPPE, H. O. On the validity of judicial decisions in the Nazi Era. *Modern Law Review*, vol. 23, pp. 260–274, 1960.

RADBRUCH, Gustav. Legal philosophy. In: PATTERSON, E. W. (Ed.). *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1950.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. In: RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1973.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, ano 1, n. 5, ago. 1946, p. 105-108.

RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, pp. 1–11, 2006.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

RAZ, Joseph. Authority, law, and morality. In: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

TOH, Kevin. Hart's expressivism and his Benthamite project. *Legal Theory*, vol. 11, no. 2, pp. 75–123, 2005.

## DADOS DA PUBLICAÇÃO

**Categoria:** artigo submetido ao *double-blind review*.

**Recebido em:** 01/11/2023.

**Aceito em:** 30/11/2023.

