

A mão de Midas: quando conceitos se tornam jurídicos ou esvaziam o debate Hart-Dworkin¹

The hand of Midas: When concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate

Ralf Poscher²

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha
rechtsphilosophie@jura.uni-freiburg.de

Resumo

O Direito compartilha muitos de seus conceitos com outras áreas do discurso. Que a maioria desses conceitos possui um significado jurídico específico quando usado dentro do Direito é um fato linguístico bem estabelecido. O Direito desenvolve suas próprias concepções de conceitos que compartilha com outras disciplinas. Assim como o Rei Midas, que transformava tudo o que tocava em ouro, o Direito transforma seus conceitos em jurídicos. A razão profunda para a qualidade de Midas do Direito está na especificidade da prática jurídica, de seus métodos, de seus padrões doutrinários e de seu ambiente institucional. Isso vale também para a área em que conceitos compartilhados desencadearam uma das principais controvérsias na teoria jurídica: a relação entre conceitos jurídicos e morais. Dworkin, inicialmente, atacou a tese da separação de Hart com a observação de que o Direito emprega princípios morais em casos difíceis. Os positivistas têm lutado desde então para acomodar essa observação. No entanto, se o Direito tem uma qualidade de Midas, todo o debate se esvazia. Mesmo em casos difíceis, o Direito aplica concepções jurídicas acerca de conceitos que compartilha com a moralidade. Estas são especificamente jurídicas e não devem ser confundidas com concepções morais.

Palavras-chave: Teoria do Direito, Positivismo, debate Hart-Dworkin, Direito e moralidade, decisão.

¹ Translated by permission from Springer Nature: Springer. *Concepts in Law*. Law and Philosophy Library, vol. 88, by J.C. Hage and D. von der Pfordten (eds.). "The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate" by R. Poscher © (2009) https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_7. Agradecemos à Springer Nature Press pela autorização para uso do original na versão em português. Tradução de Rafael Giorgio Dalla Barba (PPGD/Unisinos).

² Professor de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade Albert Ludwigs Freiburg, Alemanha. Eu agradeço a Dennis Patterson, Tamanaha e Stanley Paulson pelo seu encorajamento, críticas e os sempre valiosos comentários de ajuda na elaboração desse artigo, assim como aos participantes do workshop especial sobre conceitos gerais no Direito no XXIII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social na Cracóvia pelos seus comentários em uma conversa na qual a ideia centra desse artigo foi apresentada. Meu agradecimento também vai para os membros do Rutgers Law School em Camden e da Cardozo Law School em Nova Iorque, que assistiram à apresentação do artigo pelos seus comentários, nos quais apontaram questões das quais eu não havia esclarecido suficientemente. Albert-Ludwigs-Universität. Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie. Abteilung 2 (Rechtsphilosophie). KG II - 5. OG - Raum 2572. 79098 Freiburg im Breisgau/Germany.

Abstract

The law shares many of its concepts with other areas of discourse. That most of these concepts have a specific legal meaning when used inside the law is a well established linguistic fact. The law develops its own conceptions of concepts it shares with other disciplines. Like King Midas, who turned anything he touched into gold, the law turns its concepts into legal ones. The deep reason for the Midas quality of the law lies in the specificity of the legal practice, its methods, doctrinal standards, and institutional setting. This holds also for the one area where shared concepts have triggered one of the main controversies in legal theory: the relation of legal and moral concepts. Dworkin initially attacked Harts separation thesis with the observation that the law employs moral principles in hard cases. Positivists have struggled ever since to accommodate this observation. But if the law has a Midas quality the whole debate deflates. Even in hard cases, the law applies legal conceptions of concepts it shares with morality. These conceptions are specifically legal and not to be confounded with their moral counterparts.

Keywords: Legal theory, Positivism, Hart-Dworkin debate, Law and morality, adjudication.

Introdução

O que sempre confunde os leigos quando são confrontados com documentos jurídicos é que, diferentemente dos diagnósticos de físicos ou relatórios de analistas do mercado de ações, textos jurídicos quase invariavelmente não usam termos técnicos. Todavia, apesar da familiaridade da linguagem usada, os leigos ainda têm a impressão de que eles realmente não entendem os textos jurídicos. O que eles notam é um fator linguístico bem-estabelecido. Diferentes áreas do discurso têm sua linguagem própria. E ainda que diferentes áreas do discurso empreguem o mesmo termo, ele pode muito bem ter um conteúdo distinto.

No Direito Penal alemão, as marcas em um porta-copos podem transformá-lo em um documento oficial passível de falsificação, enquanto que o senso comum tem uma imagem muito mais fantasiosa do que são documentos oficiais (RG, 1916, p. 77; Fischer *et al.*, 2008, p. 267, Rn 7). Na interpretação jurídica o fato de que certos termos podem ter um sentido diferente no Direito do que na vida cotidiana significa que o sentido claro de uma expressão jurídica é apenas um aspecto da interpretação – um aspecto importante com certeza, mas ainda apenas um aspecto. Frequentemente, o desenvolvimento do conteúdo de um conceito jurídico tem como seu ponto de partida um conceito comparável àquele do discurso cotidiano e, em algumas instâncias, assim deve permanecer. Mais frequentemente ainda,

ele modifica o conceito cotidiano, fazendo com que se justifiquem as exigências da doutrina especializada. Por isso que os leigos têm suas dificuldades.

Normalmente, a discrepância entre a compreensão cotidiana mais despreocupada de um termo e o significado técnico-jurídico é mera recreação. Mas às vezes pode ter sérias implicações. Recentemente as Nações Unidas enviaram uma comissão internacional para investigar o conflito em Darfur. A comissão teve que avaliar os crimes cometidos na área com base no Direito Penal Internacional, este que estabelece genocídio e crimes contra humanidade como ofensas criminais distintas. A comissão entendeu que tais atrocidades massivas e disseminadas foram cometidas em Darfur, as quais configuram crimes contra a humanidade. Entretanto, pela ausência da intenção de extinguir um grupo étnico, a comissão não pode corroborar a tese de que fora cometido um genocídio em sentido jurídico. Esse entendimento técnico-jurídico foi o estopim para a diplomacia internacional e grupos ativistas empreenderem esforços no sentido de parar o “genocídio” em Darfur³. Ignorando as sutilezas técnico-jurídicas, o público geral recebeu a notícia como uma evidência de que a situação em Darfur não deveria ser tão ruim a ponto de sugerir a ação interventiva sugerida, na medida em que não fora cometido nenhum “genocídio”. Por parte de seus críticos, a notícia foi considerada particularmente responsável pela inércia internacional no conflito (Luban, 2006-2007, p. 304).

³ Em uma profunda análise cultural da discrepância nas diferentes compreensões de “genocídio” em Wastell, *How do we know a genocide when we see it? Rethinking the most freighted of terms inside and outside of the law* (no prelo).

O significado técnico-jurídico de expressões não apenas desvia as atenções do uso deficiente de conceitos junto ao público geral. O Direito tampouco mostra um grande respeito por elaborações técnicas de expressões em áreas específicas do conhecimento. Se uma sinalização em uma rodovia estipula um limite de velocidade especial em caso de neblina, o desenvolvimento do conceito jurídico de neblina deve se inspirar em um conceito meteorológico de neblina, o qual descreve e define a noção ao apelar a uma certa *ratio* de umidade, temperatura e pressão barométrica. Mas o mesmo deve também modificar o conceito meteorológico ao levar em consideração o fator da visão que, para a racionalidade do limite de velocidade especial, implica no prejuízo da visão. Até mesmo se conceitos são sistematicamente desenvolvidos em outras disciplinas, o Direito não simplesmente os adota, mas deve modificá-los para adequá-los às suas especificidades.

Os conceitos e as concepções

Para clarificar terminologicamente a relação entre conceitos jurídicos e extrajurídicos, pode ser interessante realizar uma distinção entre conceitos e concepções. A distinção foi implementada por W.B. Gallie (1956, p. 167) para descrever “conceitos essencialmente contestados”⁴. Gallie distinguiu certos conceitos morais e políticos como “bom”, “correto”, “justo” ou “democracia” em um campo no qual embora eles pareçam ter alguns significados compartilhados comuns, os critérios para sua aplicação eram contestados de tal forma que não podiam ser resolvidos. Filósofos políticos poderiam concordar que a democracia – um dos exemplos de Gallie – é centrada na noção de uma acentuada igualdade política. À parte desse acordo, no entanto, Gallie (1956, p. 184-185) ressalta que o conflito sobre quais as formas de governo poderiam ser consideradas como democráticas persiste. Gallie (1956, p. 176) descreve essa constelação ao empregar – ainda que não endosse sistematicamente – a distinção entre conceito e concepção: em diferentes teorias políticas, em última análise, são apresentadas concepções não-comensuráveis para o conceito de “democracia”, o que torna o conceito essencialmente contestado.

Embora Gallie empregue a distinção com os olhos na disputa sobre conceitos em um determinado

campo de investigação, denominado Filosofia Moral e Política, ela pode ser empregada em um fenômeno similar em diferentes áreas de investigação, até mesmo se as diferentes concepções não colocarem o conceito como essencialmente contestado no sentido de Gallie. Isso se aplica também para conceitos materiais empregados em diferentes áreas de investigação; eles podem ter uma significação parcialmente compartilhada no sentido que correspondem em parte às mesmas entidades, mas estão amparados por – em algumas instâncias apenas levemente – concepções diferentes.

Ainda mais precisa seria a postura que emprega uma triplíce distinção entre um termo, sua extensão e sua intenção⁵. Um termo pode compartilhar o núcleo de sua extensão por meio de diferentes campos na medida em que têm intenções leves ou até radicalmente diferentes. Devido ao núcleo comum de extensão, é possível considerar determinado termo como algo que abrange diversos campos assim como um conceito no sentido da distinção dúplíce entre conceitos e concepções. O termo “neblina” compartilha seu núcleo de extensão entre discurso meteorológico e jurídico na medida em que tem uma intenção diferente em cada um deles. Isso é diferente no caso de haver algo homônimo, onde o mesmo termo não apenas tem intenções diferentes, mas também não compartilha extensões (Pethö, 2001, p. 178). Nos contextos financeiro e geográfico, o termo “banco” tem uma intenção totalmente diferente e também nenhuma extensão compartilhada. A distinção entre conceitos e concepções a seguir será aplicada nessa maneira. Eu vou falar de um conceito compartilhado se um termo, empregado em diferentes áreas do discurso, compartilha um núcleo de extensões, mas deve ter intenções diferentes. Esse último deve ser referido como concepções distintas.

Conceitos compartilhados

É fácil perceber que o Direito emprega conceitos que são usados em contextos cotidianos e técnicos, e o Direito, ao menos em certas instâncias, desenvolve concepções para esses conceitos que se afastam de seus correlatos cotidianos ou técnicos. Isso pode acontecer até mesmo em diferentes conceitos dentro do Direito, onde são desenvolvidas diferentes concepções para um conceito singular. No Direito alemão, o conceito de ser

⁴ A distinção foi adotada por Rawls (1999, p. 5, *passim*); Dworkin (1986, p. 70-72); para uma breve discussão da distinção, ver Solum (2007); para uma discussão mais formal, ver Ezcurdia (1998, pp. 187-192).

⁵ A distinção é comumente usada na moderna lógica semântica, Lorenz (2004, p. 776-778), tomando a distinção entre ‘Significado’ (*meaning*) e ‘Sentido’ de Frege (1892, p. 25-50).

humano é explicado de forma diferente no Direito Penal e no Direito Privado. No Direito Penal, um ser humano começa a existir apenas após certo ponto no processo de nascimento (BGHSt 10, p. 291-293; 13, p. 21-24; 31, p. 348-352; Eser, 2006, p. 13; Kühn, 2007, p. 3), enquanto que no Direito Civil, a sua existência já é reconhecida desde determinado momento após a fecundação (BGH, 1972, p. 1126; Bamberger, 2007, p. 13; Ellenberger e Heinrichs, 2008, p. 7). Ambas as concepções recorrem às concepções médicas e biológicas de vida humana. A diferença entre as concepções de ser humano no Direito Penal e no Direito Privado não é devido ao fato de que ambos seguem diferentes concepções médicas ou biológicas. Pelo contrário, a diferença é explicada por exigências diferentes e sistemáticas dos Códigos de Direito Penal e de Direito Privado. Em contraste ao Direito Privado alemão, o Direito Penal alemão contém normas especialmente designadas para proteger o embrião durante a gravidez (§§ 218-219b do Código Penal alemão, StGB). Ao se adotar a concepção de Direito Privado no Direito Penal, estar-se-ia derogando a lei penal que trata do aborto. Seria redundante se o embrião já estivesse protegido pela legislação geral no tipo penal do homicídio culposo. O desenvolvimento da concepção jurídica é dirigido não por preocupações médicas ou biológicas, mas por exigências legais e doutrinárias específicas – como nesse caso, por um perfil sistemático de diferentes leis penais protegendo a vida humana.

Isso não quer dizer que o Direito não leva em consideração as concepções de outras disciplinas. Por meio de desenvolvimento de concepções os conceitos servem como locais de armazenamento de conhecimento, e o Direito geralmente tenta desenvolver suas concepções de maneira razoavelmente sensível aos conhecimentos formados por concepções da vida cotidiana e de disciplinas especializadas. Levando-as em consideração, ele tentará ficar sincronizado, por exemplo, com as ciências. Ele não tentará desenvolver uma concepção de ser humano que contradiga conhecimentos médicos ou biológicos consolidados. A razão para a responsabilidade do Direito em relação a outras concepções é não apenas informativa por natureza, mas também funcional: para funcionar bem, o Direito não pode estar totalmente fora do ritmo do conhecimento na sociedade que ele pretende governar. Entretanto, essas considerações funcionais são apenas negativas, gerais e graduais. O Direito pode sempre modificar concepções cientí-

ficas, até mesmo se elas são consolidadas; ele pode inclusive aderir a concepções que foram superadas pelo conhecimento científico em algumas instâncias. As exigências funcionais do Direito afetam as condições empíricas de sua eficácia, mas não sua validade normativa.

A qualidade de Midas do Direito

Que o Direito desenvolve suas próprias concepções de conceitos compartilhados com outras disciplinas é algo inquestionável. A acomodação das exigências doutrinárias do Direito produz concepções jurídicas e ao mesmo tempo modifica as concepções usadas em outros campos. Linguisticamente, isso leva à polissemia ou ao mesmo a uma variação de significado⁶. Polissemia e variações de significado são geralmente causadas pelo uso em diferentes discursos específicos, onde o significado de conceitos se torna específico e, por causa disso, modificável. Polissemia nesse sentido é o que acontece com conceitos utilizados no Direito. Filosoficamente, esse fenômeno linguístico corresponde a teorias pragmáticas da linguagem, as quais enfatizam o uso das expressões⁷. Na perspectiva de tais teorias, não há qualquer surpresa que expressões adquiram um significado relacionado, mas diverso em diferentes áreas de atuação. Práticas diferentes, como o Direito e a Medicina, geram significados diferentes. As exigências pragmáticas da prática determinam o significado, e elas são diferentes de um lado no Direito, e do outro na Medicina e Biologia.

Em um sentido qualificado, a especificidade das concepções jurídicas não é apenas universal, mas penetrante. Mesmo que o desenvolvimento de uma concepção jurídica levasse à mesma concepção de uma área do discurso para a qual o Direito está recorrendo, isso não desqualifica a concepção jurídica de sua especificidade. Em primeiro lugar, seria específica do Direito no sentido que poderia ser assumida apenas aí, devido a sua correspondência com as exigências específicas do Direito, e não apenas porque é cientificamente convincente. Em segundo lugar, porque uma vez assumida, permaneceria de pé sob diferentes condições de uso, como se evidência no caso de uma alteração no material jurídico. Se existisse apenas um rol limitado de tipos penais sobre assassinato e homicídio culposo, a concepção que o Direito Penal tem do ser humano teria que ser adotada

⁶ O que é considerado como "polissemia" depende de quão forte dois significados precisam divergir, para ser considerados diferentes e não apenas variações. A fronteira é estabelecida diferentemente por abordagens linguísticas diferentes, ver Pethö (2001, p. 178). Polissemia deve ser empregada assim em um contexto liberal ou até perde sentido que também cobre variações devido à especialização.

⁷ Para uma breve análise das teorias pragmáticas, ver Lycan (2000, p. 88-99); para uma elaboração contemporânea, ver Horwich (1998).

com base em uma certa definição médica que incluía o feto para proteger a vida não nascida. Se o legislador pretendesse introduzir leis sobre o aborto, isso necessariamente afetaria a concepção criminal, mas não afetaria a médica ou biológica.

O Direito é como Rei Midas na mitologia antiga. O Rei Midas hospedou o mestre e pai de criação de Dionísio, o sátiro Sileno, quando se perdeu do caminho após tomar muito vinho. Midas hospedou Sileno por dez dias. No décimo primeiro dia, ele o trouxe de volta para Dionísio. Como gratidão, Dionísio concedeu ao Rei Midas a satisfação de um desejo. Midas desejou que tudo que ele tocasse se tornasse ouro. E assim aconteceu: tudo aquilo que Midas tocava se tornava ouro (Ovidius Naso e Albrecht, 1994, p. 568-573; Ranke-Graves, 1999, p. 255-258). Da mesma forma com que tudo que Midas tocava se tornava ouro, qualquer conceito considerado pelo Direito torna-se um conceito jurídico, no sentido que uma concepção específica deve ser adotada pelo Direito⁸. O Direito só pode desenvolver suas concepções com respeito a métodos específicos, *standards* doutrinários, valores específicos e condições institucionais do sistema jurídico no qual a concepção tem de ser aplicada.

Concepções jurídicas e morais

Jusfilósofos têm se preocupado pouco com as relações entre conceitos jurídicos e meteorológicos, biológicos e médicos. A especificação de conceitos que o Direito compartilha com outras áreas do discurso é bastante conhecida. É até possível haver chacota sobre a linguagem jurídica enquanto uma linguagem especializada com distorções em relação ao significado cotidiano, mas em geral não há debates teóricos. No entanto, até mesmo nas ciências existem exceções a essa relação geralmente monótona com o Direito. Um bom exemplo é a recente redescoberta do caso *James Maurice vs. Samuel Judd* (Burnett, 2007). No início do século XIX, em Nova Iorque, havia denúncias em relação à compra de óleo de peixe. Especialmente em barris de óleo de fígado, grandes quantidades de peixes marinhos foram encontradas debaixo de óleo. Em 1817, sob iniciativa da indústria de couro que sofria com o óleo impuro, o Estado de Nova Iorque passou a requerer inspeções em barris de “óleo de peixe” (Burnett, 2007, p. 151-153).

O Sr. Judd, artesão de velas e vendedor de óleo, objetou contra os fiscais de três barris de óleo de baleia que estava em seu estoque sob o argumento de que baleias eram mamíferos e a lei apenas autorizava a inspeção para óleos de peixes. O julgamento resultante do caso do óleo de baleia não inspecionado de Judd atingiu enorme atenção do público, tendo em vista que com ele se percebeu de forma emblemática como as ciências suplantaram os meios comuns nos quais as pessoas representam seu mundo através de categorias teológicas, mitológicas e tradicionais – e em todas essas as baleias foram consideradas peixes (Burnett, 2007, p. 4-5). Com base em uma avaliação do Direito *à la* Midas, o julgamento não teve nenhuma surpresa. Após numerosos *experts* testemunharem pelas ciências, baleias, vendedores de óleo e indústria de couro, o júri decidiu que para o Direito as baleias permanecem como peixes, na contramão da evidência científica e das classificações dos *experts* das ciências (Burnett, 2007, p. 178).

A provocação teórica de *Maurice v. Judd* sobre a relação do Direito com as ciências teve uma natureza um tanto episódica. Neste caso, apresenta-se uma relação muito diferente daquela com a qual a Teoria do Direito está permanentemente preocupada: a relação entre conceitos jurídicos e morais. Em um sentido mais amplo, a relação entre Direito e Moralidade tem sido o foco central da Filosofia do Direito mais ou menos desde o seu início. Desde a metade do século passado ela tomou a forma do debate sobre o Positivismo, que ocupou e dominou a Teoria do Direito anglo-americana desde então. Mas a postura geral em relação a conceitos compartilhados que ocorre entre Direito e Moral dá-se da mesma forma entre o Direito e a Meteorologia, a Medicina, a Biologia, e assim por diante. A relação entre conceitos jurídicos e morais é especial apenas na medida em que surgem conceitos centrais do Direito, como igualdade, liberdade e dignidade, para nomear apenas estes, que são também centrais no discurso moral. Todavia, a centralidade compartilhada em ambos os campos não afeta os mecanismos polissêmicos gerais descritos acima. Conceitos morais, assim como quaisquer outros conceitos, são desenvolvidos como conceitos jurídicos genuínos quando introduzidos no Direito.

Um ponto similar foi feito por Hermann Kantorowicz. Em seu *The definition of Law*, ele dedicou um

⁸ Kelsen (1925, p. 44; 1928-30, p. 81) já havia utilizado a lenda de Midas: em um contexto para ilustrar a sua tese da identidade do Estado e do Direito (tudo aquilo que ele toca se transforma em Direito); em outra ocasião, para explicar a anulação retrospectiva de normas, o que legalmente pressupõe a existência da norma: “Assim como tudo que Midas toca se transforma em ouro, tudo com o que o Direito se refere torna-se Direito, i.e., algo legalmente existente” (Kelsen, 1945, p. 161). O segundo uso da lenda de Midas é, geralmente (ver Green, 2003), trazido em conexão com a reivindicação de Kelsen (1945, p. 132) de que “é possível para o ordenamento jurídico, ao obrigar, respeitar ou aplicar certas normas morais ou princípios políticos ou opiniões de *experts*, para transformar essas normas, princípios ou opiniões em normas legais”. Para a diferença entre a incorporação pela qual Kelsen estava ocupado e o fenômeno de conceitos compartilhados, ver Kayes (2004, p. 180-195).

capítulo inteiro para defender a distinção entre Direito e Moralidade contra o argumento de que muitas proibições jurídicas simplesmente reduplicam seus correspondentes morais. Uma de suas respostas à tese da reduplicação suscitou brevemente a ubiquidade do fenômeno no qual o Direito compartilha regras com outras disciplinas. “Se assim fosse, até mesmo regras da tabela de multiplicação tornar-se-iam jurídicas se fossem incorporadas, se nos permite dizer, a um ato do parlamento contendo tarifas de impostos” (Kantorowicz, 1958, p. 45). Seu principal argumento era o de que a diferença entre Direito e Moralidade reside na distinção kantiana entre normas de obrigação internas e externas – a moralidade atinge as atitudes internas de ação, enquanto o Direito apenas atinge o comportamento factual. Disso se segue que as obrigações morais que são transformadas em obrigações jurídicas mudam seu caráter no curso da sua transformação: “Aqui uma regra ético-religiosa transformou-se em jurídica; pelo preço, no entanto, de perder sua internalidade característica” (Kantorowicz, 1958, p. 45). Seu ponto sobre a transformação de regras morais em regras jurídicas – ainda que focado na distinção interno-externo – é similar àquela sobre conceitos compartilhados. Elas só podem tornar-se jurídicas sob o preço de mudar seu conteúdo.

Ainda mais próximo da leitura de “Midas” do Direito é a observação de Max Weber sobre a relação entre conceitos no Direito e nas Ciências Sociais, examinando o fenômeno sob outro viés. Em seus escritos metodológicos ele estava preocupado em estabelecer as especificidades das ciências sociais comparadas às ciências naturais, mas também comparadas ao Direito. No nível dos conceitos, ele foi confrontado com o fato de que muitos dos conceitos empregados nas ciências sociais foram importados do Direito. Como observou em seu *Crítica a Stammler*, os conceitos compartilhados eram um dos fatores que levava a confusões metodológicas que falhavam no que diz respeito à distinção entre Ciências Sociais e Direito.

Na outra mão [...] importantes ramos das ciências empíricas socioculturais, especialmente ciências políticas e disciplinas econômicas, empregam conceitos jurídicos em suas propostas terminológicas. [...] Elas também empregam esses conceitos para a proposta do que pode ser chamado de uma análise preliminar de seu próprio tema em questão. [...] Esse uso de conceitos jurídicos é devido ao estado avançado do desenvolvimento do pensamento jurídico. Nesse sentido, é sempre necessário manter o seguinte ponto claro em mente. Suponha que uma investigação política ou econômica se comprometa a conceber seu tema em questão da “problemática” da política ou da economia.

Neste caso, conceitos jurídicos adquirem uma faticidade que necessariamente muda seu significado. Sempre que isso acontece, a investigação não está mais no nível em que a análise preliminar é realizada por meio do emprego de conceitos jurídicos (Weber, 1977, p. 136).

A mudança de significado que Weber observou no lado das Ciências Sociais implica logicamente um significado distinto pelo lado do Direito; por analogia, implica a mesma relação entre Direito e Moralidade. As concepções jurídicas diferem dos seus correspondentes nas Ciências Sociais ou na Moral, até mesmo se eles empregam o mesmo conceito e até mesmo se elas os usaram para uma “análise preliminar”.

Recentemente, Danny Priel (2005, p. 682) aduziu um argumento similar no debate sobre positivismo inclusivo e exclusivo. Ele sustenta que: “Em geral, instâncias nas quais palavras morais são mencionadas no Direito, a referencia é a um conceito jurídico no qual geralmente gera uma relação próxima ao conceito moral... mas é logicamente independente dele”.

Ele baseia seu ponto de vista em um argumento metaético e epistemológico. O ponto de partida no debate inclusivo-exclusivo é que é menos concebível que o Direito requeira conceitos compartilhados entre Direito e Moralidade para serem interpretados “sob a luz da melhor compreensão moral” (Raz, 1986, p. 1110) do conceito (Priel, 2005, p. 681). Ainda, Priel (2005, p. 681) argumenta que a história da Filosofia Moral mostrou que não há de maneira alguma um melhor conceito moral ou, de qualquer forma, não temos um modo de conhecê-lo: “Eu acho que há boas razões para pensar que a visão de que nós devemos descobrir ou conhecer a ‘melhor’ ou ‘correta’ moralidade é equivocado”. Priel argumenta que se não há tal possibilidade, ou ao menos nenhum conhecimento de tal “melhor compreensão moral”, o conceito jurídico não pode ser o mesmo que o “melhor conceito moral”, mas deve ser específico do Direito. E mesmo que a melhor compreensão moral fosse conhecida hoje em dia – o então argumento de Priel – ela não afastaria as decisões judiciais já tomadas, âmbito em que nenhum conhecimento de tal tipo foi considerado ilegal. Mesmo se concebêssemos hoje em dia como moralmente verdadeiro que a pena de morte constitui uma punição cruel e incomum, julgamentos passados decididos de forma contrária ainda assim teriam que ser considerados legais, ao menos do ponto de vista positivista:

No momento em que o juiz toma sua decisão, sob o olhar do conhecimento geral, o juiz estava agindo conforme a lei, incluindo suas proibições de punições

cruéis e excêntricas assim entendidas pela comunidade jurídica, requeridas. [...] Eu acho que os positivistas estão comprometidos com a visão de que o conteúdo do Direito de uma comunidade é em alguma maneira fixado pelo que a maioria da comunidade jurídica pensa que é. Se fosse de outra maneira, poderia ser o caso de uma comunidade jurídica inteira entender a lei equivocadamente (Priel, 2005, p. 683).

Isso mostra, na visão de Priel, que – ao menos para os positivistas – um conceito jurídico específico de “cruel ou excêntrico” teria que ser reconhecido mesmo se conhecermos a verdade moral. Ao contrário de Priel, entretanto, a especificidade das concepções jurídicas em relação a conceitos compartilhados com a Filosofia Moral ou política não depende nem da metaética ou epistemologia, nem se sustenta pelo elemento positivo por si só. Não é a inexistência da objetividade moral ou seu *status* epistêmico que contam para o desenvolvimento da diferenciação das concepções jurídicas. Antes, esse desenvolvimento se deve ao método jurídico e às exigências doutrinárias e institucionais do Direito que lhe são peculiares.

No desenvolvimento de concepções jurídicas de liberdade, igualdade, dignidade, o Direito pode se auto-informar sobre concepções similares à Filosofia Moral ou Política no sentido da “análise preliminar” de Weber. Ele o faz assim como se auto-informa de uma maneira preliminar em relação à Meteorologia, Medicina e Biologia. Qualquer intuição (*insight*) tal como uma consideração de concepções em outras áreas do discurso devem ter como resultado que essas intuições sempre terão que ser construídas em uma concepção jurídica específica que leve em consideração a história jurídica específica, metodologia, formas de argumentação e recursos institucionais do Direito⁹. Por exemplo, qualquer que seja a resposta à questão moral da tortura em cenários de bomba-relógio, o desenvolvimento de uma concepção jurídica da dignidade humana para uma Constituição na qual ela é protegida¹⁰ deve levar em conta as condições institucionais que acompanham um poder jurídico de usar tortura dentro de serviços de segurança pública. Isso deve levar em consideração o fato de que uma concepção jurídica da dignidade humana que permita tortura não pode fazê-lo sem custos específicos decorrentes dos recursos institucionais nos quais a concepção jurídica, em oposição à concepção

moral, deve operar. Alguém pode referir aqui a tendência inflacionária da autorização jurídica da tortura na qual há evidências empíricas¹¹ de que derivam do manuseio jurídico de erros factuais, regras sobre discricionariedade administrativa e prerrogativas executivas. Assim, há razões peculiares para o sistema jurídico falar em favor de uma concepção de dignidade humana que levaria a uma proteção absoluta contra tortura. Essas razões devem ser consideradas para a concepção jurídica, não para a concepção moral, e podem produzir concepções divergentes como consequência (Poscher, 2006a, p. 75-87; 2006b, p. 215-231).

Outros exemplos podem ser adicionados facilmente: para a questão de se a pena capital é uma violação da dignidade humana, a concepção jurídica deve levar em conta se – como na Alemanha – a Constituição tem um artigo especial (art. 102) banindo a pena capital –, um fato que não tem importância no discurso moral. A diferença entre aspectos internos de moralidade e aspectos externos do Direito, a diferença que Kantorowicz insistiu acima, foi colocada de lado na decisão alemã sobre o aborto. Mesmo se de um ponto de vista moral – diga-se, o ponto de vista da Igreja Católica romana – o aborto não pode ser justificado, sua regulação jurídica deve levar em consideração dados empíricos sugerindo que uma melhor proteção da vida intra-uterina é alcançada ao se regulamentar a questão de modo a não forçar mulheres à ilegalidade e providenciar a possibilidade de disseminar suporte e conselhos profissionais (BVerfGE 88, 203 ff.). Essas especificidades do jurídico em oposição à regulação moral do aborto devem ser analisadas nas concepções jurídicas de vida e dignidade humanas. Não é apenas em sistemas jurídicos pertencentes a uma tradição jurídica jurisprudencial que um conceito jurídico de liberdade deve levar em conta as decisões passadas das altas Cortes juntamente com a história jurídica dos direitos fundamentais na sua tradição a fim de desenvolver uma concepção jurídica específica de liberdade. Tal conceito deve se inspirar no debate positivo *versus* negativo sobre liberdade em Filosofia Política (por exemplo, Berlin, 1959), mas não pode simplesmente entregar o conceito jurídico aos filósofos (ver Poscher, 2003, p. 109-143).

O fato linguístico de que o Direito desenvolve suas próprias concepções de conceitos que compartilha com outras disciplinas possui uma profunda causa na estrutura da prática institucional e doutrinária do Direito,

⁹ Para uma posição mais detalhada das particularidades do instrumental jurídico, ver Poscher (2005, p. 127, 132-145); para uma posição refletindo sobre a divisão de poder, ver Poscher (2006c, § 8 sec. 51-64).

¹⁰ Como no caso na Alemanha no Art. 1 Sec. 1: ‘Dignidade Humana será inviolável. Respeitá-la e protege-la será o dever de toda autoridade estatal’.

¹¹ Para a experiência em Israel, ver Imseis (2001, p. 339-349).

a qual desenvolve métodos, *standards* doutrinários e instituições que estabelecem os parâmetros para concepções jurídicas. Esses parâmetros são distintos não apenas dos parâmetros nas ciências, mas também dos parâmetros na moralidade e na política. O argumento para a distintividade das concepções jurídicas não é linguístico por natureza. O fato coloquial da polissemia e variação de significado é apenas a consequência da especificidade da prática jurídico-doutrinária. A comparação com outras disciplinas, em que o *insight* de que o Direito desenvolve e precisa desenvolver suas próprias concepções conforme suas necessidades doutrinárias parece trivial, faz com que se torne visível o que vale também para a relação do Direito com a Moralidade, mas tende a ser ignorado devido a seriedade e centralidade das questões materiais envolvidas. A diferença entre a relação do Direito com a Filosofia Moral de um lado, e as outras disciplinas do outro, não é estrutural, mas quantitativa e qualitativa: quantitativamente, muitas, embora não todas, questões jurídicas têm um equivalente na Teoria Moral e Política; qualitativamente, as duas disciplinas compartilham, por um lado, alguns dos seus conceitos mais importantes e cruciais, não apenas aqueles corriqueiros, como no caso da meteorologia; por outro, são ambas disciplinas normativas. Então há boas razões para o fato de que o Direito é muito mais interessado na Teoria Moral e Política do que na meteorologia. No entanto, o interesse é no sentido de Weber, denominado de uma “análise preliminar”. Compartilhar conceitos com outras disciplinas não libera o Direito da tarefa de desenvolver suas próprias concepções.

Consequências para a Teoria do Direito

Qual é a importância jurídica da intuição monótona e superficial, mas crucial em um nível mais profundo, de que o Direito deve desenvolver sua própria concepção de conceitos compartilhados?

Priel (2005, p. 683) usa a qualidade jurídica genuína das concepções jurídicas para trazer em questão o debate do positivismo inclusivo-exclusivo. E embora o seu argumento de metaética e epistemologia para sustentar as especificidades das concepções jurídicas caminhe paralelamente do ponto mais geral e importante, qual seja, o de que os métodos jurídicos e doutrinários e as exigiên-

cias institucionais do Direito são responsáveis pela sua qualidade de Midas, ele está correto na conclusão a que chega. Tanto os inclusivistas como os exclusivistas compartilham pressuposições de que conceitos morais são significativos para o Direito. O ponto pelo qual diferem é se conceitos morais podem ser integrados ao Direito. Positivistas inclusivos acreditam que o Direito pode incorporar conceitos morais ao se referir a eles, e assim estabelecer o *pedigree* essencial ao conceito positivista de Direito (Himma, 2001, p. 125). De outro lado, positivistas exclusivos não pensam que conceitos morais podem se tornar parte do Direito. A postura mais proeminente dessa última posição, realizada por Joseph Raz (1979, p. 37-52; 1994, p. 210-237), sustenta-se sob o argumento da autoridade (ainda ver Marmor, 2001, p. 104-124). Ao referir conceitos morais, o Direito estaria flexibilizando sua reivindicação de autoridade, tendo em vista que estaria dando uma razão independente a si próprio para que a Moral possa agir. Nos casos em que o Direito refere conceitos morais, não é o Direito, mas a moralidade que providencia as razões para agir e expressa autoridade. Na medida em que a reivindicação de autoridade é um elemento essencial do Direito, conceitos morais não podem se tornar parte do Direito.

No entanto, se conceitos que o Direito compartilha com a moralidade não são introduzidos no Direito com suas concepções morais, mas com concepções jurídicas distintas, o debate inclusivo-exclusivo perde seu ponto (Priel, 2005, p. 677). Ambos estão, nesse sentido, equivocados. De um lado, o Direito não integra concepções morais, como os positivistas inclusivistas teriam que acreditar. O Direito emprega apenas conceitos que são compartilhados com a moralidade¹². Deve, no sentido da análise preliminar de Weber, inspirar-se em concepções morais para tais conceitos, mas apenas no sentido de desenvolver concepções jurídicas específicas. Apenas esses conceitos jurídicos é que fazem parte do Direito.

Do outro lado, o Direito não flexibiliza sua autoridade frente à moralidade, pois as razões independentes que fornece para agir não se baseiam em concepções morais, mas em concepções jurídicas de conceitos que o Direito compartilha com a moralidade. O problema da autoridade pode surgir quando o Direito incorpora normas de referência no sentido técnico, como no conflito de regras, onde o Direito trabalha com regras de uma ordem jurídica alheia¹³. Mas em primeiro

¹² Para um argumento similar ver Sebok (1998, p. 307-312), com a ideia de que o complexo das regras de reconhecimento não leva a que seus elementos morais façam com que se torne um julgamento puramente moral.

¹³ Até mesmo nos casos de incorporação por referência a questão-da-autoridade deve ser respondida diferentemente por diferentes tipos de incorporações – incorporações estáticas que são majoritariamente consideradas meramente como uma questão editorial, ou incorporações dinâmicas ou ambulatoriais, que também incorporam alterações futuras.

lugar, as incorporações técnicas de normas de referência não é o que ocorre quando o Direito desenvolve concepções de conceitos que ele compartilha com a moralidade; e em segundo lugar, incorporações técnicas de referência não são os incidentes que incentivaram o debate positivismo interno-externo. O debate interno-externo surge do fato de que o Direito emprega – proeminentemente nas garantias dos direitos fundamentais, mas também em leis, precedentes e argumentações – conceitos como liberdade, dignidade, equidade e assim por diante, que são usados também no discurso moral. O debate não surge sobre regulamentações em que é tecnicamente incorporado um *codex* moral especial de referência, por exemplo, um *codex* do Vaticano, e isso seria uma ideia errônea dos conceitos que o Direito compartilha com a moralidade para assim entendê-los. Referência de incorporação é um caso muito limitado e especial no Direito, onde é também identificado doutrinariamente como um caso muito limitado e especial (Kayes, 2004, p. 180-195). Isso não deve ser confundido com a questão de que o Direito compartilha conceitos com a moralidade¹⁴.

Mas um olhar atento na especificidade das concepções jurídicas tem consequências muito além do positivismo¹⁵. O debate Hart-Dworkin inteiro (Dworkin, 1977; Hart, 1994, p. 238-276; Dworkin, 2004, p. 1), com o qual a Teoria do Direito anglo-americana se preocupou por quase 40 anos¹⁶, concentra-se ao menos em grande medida no ataque de Dworkin a Hart com a ideia de que nos casos difíceis o Direito deve se inspirar em conceitos morais de liberdade, equidade, dignidade e outros, e que ele poderia mostrar que é isso o que os tribunais de fato realizam (Dworkin, 1977, p. 22-31). O argumento de Dworkin desafiou ao menos dois dogmas do positivismo: primeiro, estabeleceu-se uma conexão entre Direito e moralidade que colocou em questão a tese positivista da separação¹⁷. Se o Direito precisa recorrer a princípios morais para decidir casos difíceis, parece haver uma conexão necessária entre Direito e moralidade, a qual os positivistas negam, evidentemente (Green, 2008).

Segundo, isso desafiou o modelo de decisão de Hart (1994, p. 173-204): de acordo com o modelo positivista de decisão, moralidade ou política entram em campo quando o material jurídico em um caso não

fornece uma resposta clara para uma questão jurídica. Em julgamentos difíceis, advogados e doutrinadores não estão mais praticando Direito, mas estão se refugiando em decisões morais ou políticas. Ademais, há um lugar para uma Teoria Moral ou Política no modelo positivista de decisão, mas apenas, por assim dizer, além do Direito, quando as razões jurídicas foram esgotadas e nenhuma decisão pode ser solucionada no solo jurídico. Dworkin quis mostrar que esse modelo é equivocado, pois, para ele, juízes e advogados compreendem seus debates nos casos difíceis envolvendo conceitos como liberdade, equidade e dignidade como debates jurídicos¹⁸. Isso era apenas para adaptar a crítica de Dworkin e a prática jurídica que Dworkin se referiu à questão de que o positivismo – e, de fato, o próprio Hart (1994, p. 250-254) – endossou o “positivismo inclusivo” como a ideia que o Direito pode trazer explícita ou implicitamente certos *standards* morais para o Direito.

Todavia, se o Direito é como o Rei Midas, então o debate inteiro se estabelece sobre um erro comum e se esvazia. O Direito e a moralidade apenas compartilham conceitos, mas não concepções comuns. É a tarefa central do Direito, ou mais precisamente, de qualquer um que trabalha com o instrumental jurídico – juízes, advogados, doutrinadores e assim por diante – elaborar concepções jurídicas genuínas ao observar os métodos que são próprios do Direito, que respeitam a história de dada tradição jurídica e que levem em conta os recursos institucionais específicos do Direito. Inspirar-se na argumentação moral nesse processo faz a moralidade a tornar-se parte do Direito nem faz com que a relação entre Direito e moralidade seja estruturalmente única se compararmos com a sua relação com outras disciplinas. O Direito se inspira em concepções morais como se inspira na Meteorologia, Medicina ou Biologia – sem qualquer necessidade de ativar intensos debates filosóficos sobre o Direito ser necessariamente meteorológico ou ter incorporado a biologia.

Assim como o Direito se relaciona com as Ciências, a relação com a moralidade é, entretanto, não apenas informativa, mas também em um certo nível funcional. Como o Direito pode apenas se distanciar em um certo grau do conhecimento científico estipulado em concepções científicas reconhecidas, ele só pode

¹⁴ Ver por exemplo Green (2003) que nem faz uma diferença entre incorporação e o fenômeno dos conceitos compartilhados, nem entre diferentes formas de incorporação, nem entre normas incorporadas ao Direito e normas usadas na formulação do Direito, i.e. *standards* gramaticais.

¹⁵ Contrário a Priel (2005, p. 683), o argumento da especificidade das concepções jurídicas não depende que premissas genuínas sejam positivadas.

¹⁶ O sentimento de que o debate é antiquado é amplamente disseminado, como em Waldron (2001, p. 381): ‘flat and repetitive’; mais julgamentos ao longo dessa linha em Tamanaha (2007, p. 36-37); ver também Leiter (2003, p. 17).

¹⁷ Para a variedade de aspectos da tese da separação ver Green (2008). O aspecto referido aqui é a separação do Direito e Moral na dimensão da validade. Na medida em que a tese da separação sustenta que não há conexão necessária entre a validade de uma regra jurídica e sua conformidade com a moralidade.

¹⁸ Para o argumento do dissenso, ver Dworkin (1986), ver Endicott (2001, p. 209-211).

se distanciar das concepções morais de sua sociedade em um certo grau sem com isso correr o risco de afetar as condições de sua efetividade empírica. Mas essas considerações são apenas gerais e graduais. O Direito pode sempre modificar concepções morais, até mesmo se elas são amplamente compartilhadas. Como a sua relação com as Ciências, a relação funcional se mantém apenas em um nível geral e, como no caso das Ciências, não é uma relação que afeta a dimensão normativa da validade, mas apenas a dimensão empírica da eficácia do Direito. A relação funcional flexível que o Direito tem com outros campos do conhecimento não estabelece uma conexão normativa necessária entre o Direito e moralidade que desafie a tese da separação.

Para defender seu argumento, Dworkin parte da prática jurídica atual. Fazendo alguns exageros teóricos a respeito, positivistas pretendem demonstrar a viabilidade teórica de suas posições ao formarem sistemas jurídicos fictícios a partir de uma única regra, por exemplo, “faça o que é justo” (ver Tamanaha, 2007, p. 31). No entanto, até mesmo nesse caso, em um sistema jurídico desenvolvido, o conceito de “justo” teria que ser transformado em uma concepção jurídica, a qual adquire exigências específicas das instituições jurídicas, da história jurídica, dos precedentes, métodos etc. tomados em consideração, em que todos esses são diferentes da moralidade. Historicamente, o desenvolvimento do Direito como uma prática social distinta teve um processo gradual. Esse processo incluiu o desenvolvimento de um leque específico de instituições, mas também o desenvolvimento de um sistema específico de significados jurídico-doutrinários^{19,20} em que ambos estão relacionados um com o outro e tiveram de desaparecer de indistintas práticas religiosas, morais, políticas e econômicas. Nesse processo de diferenciação social, o Direito adquiriu não apenas uma autonomia para suas instituições, mas também uma autonomia do sistema jurídico no sentido que dá orientação para a ação social das instituições jurídicas²¹. Ao menos em sistemas jurídicos desenvolvidos, como aqueles que as civilizações ocidentais estabeleceram, a complexidade das instituições e o material jurídico que essas instituições têm produzido alcançaram um nível no qual o toque de Midas no Direito se torna impregnante. Ainda que a qualidade de Midas do Direito seja contingencial ao longo da perspectiva

histórica da diferenciação social, é uma característica definidora de sistemas jurídicos desenvolvidos em sociedades funcionalmente diferenciadas.

Se a posição do Rei Midas do Direito é correta, há duas conclusões principais a serem colocadas a partir do esvaziamento do debate Hart-Dworkin: primeiro, Dworkin estava certo ao apontar que ao desenvolver algumas de suas concepções, o Direito se inspira na Teoria Moral ou Política. No entanto, disso não se segue que a tese da separação positivista seja equivocada. Nem no sentido que Dworkin sugeriu e muito menos em uma maneira ainda mais fundamental. O Direito não necessariamente depende de concepções morais nos casos difíceis, pois ele deve providenciar uma concepção jurídica especial em cada instância. Ele teria que desenvolvê-la se não houvesse nenhuma concepção moral presente, mas ele também deve desenvolvê-la se a concepção moral estiver presente, de modo que, pelo menos, se ajuste às exigências específicas do Direito. Há uma relação fraca até que o Direito possa considerar concepções morais no processo de seu próprio desenvolvimento. Essa, no entanto, é uma relação fraca que existe entre o Direito e muitas outras disciplinas também. Isso não põe em perigo a tese da separação.

Além disso, os conceitos compartilhados entre o Direito e moralidade não afetam nem o componente da suficiência nem o da necessidade da tese da separação²². O componente da suficiência da tese da separação nega que para que a norma seja legalmente válida ela tenha que reproduzir um conteúdo de um princípio moral. A negação não é desafiada pelos conceitos compartilhados. Concepções morais ou regras são simplesmente usadas para desenvolver concepções jurídicas, que são próprias ao sistema jurídico. Elas não se tornam Direito como tal, muito menos simplesmente pela virtude de cunhar um princípio moral. Falar na necessidade da separação significa negar que há constrangimentos morais impostos na validade do Direito. Uma norma não é inválida simplesmente porque contradiz certos *standards* morais. Essas concepções morais – como meteorológicas ou médicas – podem servir como um recurso para desenvolver concepções jurídicas, mas isso não implica que concepções jurídicas precisam depender delas. A relação informacional entre concepções jurídicas e morais de conceitos compartilhados não impli-

¹⁹ Para o Direito Romano ver Frier (1985, p. 184-196), que descreve como um pensamento jurídico específico lentamente iniciado para pode estabelecer-se no primeiro século antes de Cristo juntamente com as instituições romanas.

²⁰ Para a distinção entre o Direito como um sistema doutrinário de significação e um sistema de ação social que recebe sua identidade de sua orientação no sistema doutrinário de significação, ver Weber (1977, p. 112).

²¹ Para uma descrição detalhada do Direito moderno como um sistema autopoiético, ver Luhmann (2004).

²² Uma posição compreensiva da distinção aplicada ao debate inclusive-exclusivo em Himma (2001, p. 136-141).

ca que a validade de uma regra jurídica dependa que a mesma esteja em acordo com uma concepção moral. Concepções morais podem ser fontes de informação para construir seus correspondentes jurídicos, mas não impõem constrangimentos na validade do Direito. Os constrangimentos no desenvolvimento das concepções jurídicas derivam de métodos jurídicos e das exigências doutrinárias e institucionais do próprio Direito.

Segundo, o modelo positivista de decisão, um elemento do positivismo jurídico que Hart compartilha com Kelsen (1990, p. 130; 1960, p. 242-247, 346-354)²³, é defeituoso²⁴. De acordo com a posição positivista de decisão, não há solução jurídica para casos difíceis²⁵. Nos casos difíceis, juízes estariam autorizados a decidir seguindo seus próprios critérios extrajurídicos²⁶. Se eles precisam decidir conceitos vagos que também são usados na Teoria Moral ou Política, eles precisariam escolher um *standard* moral ou político de sua preferência para tomar a decisão. Esse modelo divide o processo de decisão dos casos difíceis em duas fases: em primeiro lugar, uma fase jurídica, em segundo lugar, uma fase não-jurídica na qual os juízes utilizam *standards* morais ou políticos. Ao invés disso, quando juízes, advogados ou doutrinadores utilizam teorias morais ou políticas para desenvolver concepções jurídicas de conceitos compartilhados, eles não mudam de área. Eles realmente não produzem Direito até um caso ficar difícil e então trocam de área para fazer decisões morais ou políticas. Não há fronteira do discurso jurídico que eles atravessam quando decidem casos difíceis. Eles não abandonam o Direito e se tornam filósofos morais ou teóricos políticos quando recorrem a teorias morais e políticas. Eles fazem o que é sempre feito no Direito. O Direito leva em conta o conhecimento de outras disciplinas e o adapta às suas necessidades específicas. Isso é o que trata a maior parte do trabalho duro no campo do Direito. Em relação a outros campos do conhecimento, não é algo especial a relação do Direito com a teoria moral ou política, mas algo geral. O conhecimento que o Direito se utiliza é construído dentro das concepções jurídicas, que têm um conteúdo, qualidade e vida próprias.

Dworkin estava correto ao criticar o modelo positivista de decisão e ele também estava correto ao insistir na qualidade jurídica das disputas inclusive nos

casos difíceis. Ele está equivocado, no entanto, ao sugerir que isso pressupõe que princípios e teorias morais precisam ser introduzidos ao Direito (Dworkin, 1996, p. 331, 343). Ele ignora a diferença entre conceitos e concepções que ele mesmo ajudou a estabelecer na Teoria Política. Que o Direito emprega conceitos que são também discutidos na Teoria Moral e que o Direito pode se auto informar sobre concepções morais não leva à conclusão de que essas concepções fazem parte do Direito. A orientação providenciada por métodos, doutrina e instituições jurídicas específicas produzirá, assim, sempre concepções jurídicas específicas. Como o Rei Midas, o Direito não pode evitar isso.

Referências

- BAMBERGER, H.G. 2007. Commentary to § 1'. In: H.G. BAMBERGER; H. ROTH (eds.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 2nd ed., München, Beck, 1:13.
- BERLIN, I. 1959. *Two concepts of liberty*. Oxford, Clarendon Press, 57 p.
- BGH. 1972. *Neue juristische Wochenschrift*, 25:1126.
- BURNETT, D.G. 2007. *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century New York Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature*. Princeton, University Press, Princeton, 288 p.
- DWORKIN, R.M. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 293 p.
- DWORKIN, R.M. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Harvard University Press, 470 p.
- DWORKIN, R.M. 1996. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 427 p.
- DWORKIN, R.M. 2004. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(1):1-37. <https://doi.org/10.1093/ojls/24.1.1>
- ELLENBERGER, J.; HEINRICHS, H. 2008. Commentary to § 1. In: O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*. 67th ed., München, Beck, p. 2-8.
- ENDICOTT, T. 2001. Are there any Rules? *The Journal of Ethics*, 5(3):119-220. <https://doi.org/10.1023/A:1012703223987>
- ESER, A. 2006. Vorbemerkungen zu den § 211 ff. In: A. SCHÖNKE; H. SCHRÖDER (ed.), *Strafgesetzbuch*. 27th ed., München, Beck, p. 1122-1123.
- EZCURDIA, M. 1998. The Concept-Conception Distinction. *Philosophical Issues: Concepts*, 9:187-192. <https://doi.org/10.2307/1522969>
- FISCHER, T.; TRONDLE, H.; SCHWARZ, O. 2008. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München, Beck, 55th ed., 2594 p.
- FREGE, G. 1892. Über Sinn und Bedeutung NF 100. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100:25-50.
- FRIER, B. 1985. *The Rise of the Roman Jurists*. Princeton, Princeton University Press, 303 p. <https://doi.org/10.1515/9781400854905>
- GALLIE, W.B. 1956. Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56(1):167-198. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>

²³ Sobre as diferentes fases da perspectiva de Kelsen, ver Paulson (1990, p. 136).

²⁴ Hart (1994, p. 259), em qualquer caso sabido do deficiente caráter de suas ideias sobre decisão: "Mas eu certamente gostaria de confessar agora que eu disse muito pouco no meu livro sobre o tópico da decisão e argumentação jurídica e, em particular, sobre argumentos dos quais meus críticos chamam de princípios jurídicos. Eu agora concordo que é um defeito desse livro que princípios são abordados apenas de passagem". A teoria da decisão de Kelsen é amplamente considerada como não-desenvolvida, também, Paulson (1990, p. 136).

²⁵ Que o positivismo não é restrito ao seu conceito de decisão é um ponto que Gardner (2001, p. 211-214), insiste corretamente. Mais precisamente deve-se falar da teoria da decisão da qual a figura mais proeminente que o positivismo endossou com muita influência.

²⁶ Para uma tentativa de reativar esse aspecto do positivismo jurídico como uma teoria da autorização normativa, ver Jestaedt (2005, p. 25, 75-79; 2006, p. 43-85).

- GARDNER, J. 2001. Legal Positivism: 5 ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, **46**(1):199-227. <https://doi.org/10.1093/ajj/46.1.199>
- GREEN, L. 2003. Legal Positivism. In: E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/legal-positivism/>.
- GREEN, L. 2008. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *New York University Law Review*, **83**(4):1035-1058.
- HART, H.L.A. 1994 [1961]. *The Concept of Law*. 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 263 p.
- HIMMA, K.E. 2001. Inclusive Legal Positivism. In: J. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 125-165.
- HORWICH, P. 1998. *Meaning*. Oxford, Clarendon Press, 258 p. <https://doi.org/10.1093/019823824X.001.0001>
- IMSEIS, A. 2001. "Moderate" Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods. *Berkeley Journal of International Law*, **19**(2):328-349. <https://doi.org/10.1080/714003725>
- JESTAEDT, M. 2005. Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive. In: V. ERBGUTH; J. MASING (eds.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*. Stuttgart, Boorberg, p. 75-79.
- JESTAEDT, M. 2006. *Das mag in der Theorie richtig sein...: vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*. Tübingen, Mohr Siebeck, 98 p.
- KANTOROWICZ, H. 1958 [1939]. *The Definition of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 45 p.
- KAYES, J.M. 2004. Incorporation by Reference in Legislation. *Statute Law Review*, **25**(3):180-195. <https://doi.org/10.1093/slr/25.3.180>
- KELSEN, H. 1945. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Harvard University Press, 516 p.
- KELSEN, H. 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Springer, Berlin, 433 p.
- KELSEN, H. 1928-30. Justiz und Verwaltung. *Zeitschrift für soziales Recht*, **1**-2:81 p.
- KELSEN, H. 1960 [1934]. *Reine Rechtslehre*. 2nd ed., Leipzig/Wien, Deuticke. Wien, Deuticke, 534 p.
- KELSEN, H. 1990. On the Theory of Interpretation. *Legal Studies*, **10**:130 p.
- KÜHL, K. 2007. Vorbemerkung § 211. In: K. LACKNER; K. KÜHL; DREHER, E. (eds), *Strafgesetzbuch*. 26th ed., München, Beck.
- LEITER, B. 2003. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem. *The American Journal of Jurisprudence*, **48**(1):17-51. <https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.17>
- LORENZ, K. 2004. Semantik, logische. In: J. MITTELSTRAß (ed.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*. Stuttgart, JB Metzler, p. 776-778.
- LUBAN, D. 2006-2007. Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word Darfur and the UN Report. *Chicago Journal of International Law*, **7**(1):303-320.
- LUHMANN, N. 2004. *Law as a Social System*. Oxford, Oxford University Press, 498 p.
- LYCAN, W.G. 2000. *Philosophy of Language: A contemporary introduction*. London/New York, Routledge, 243 p.
- MARMOR, A. 2001. Exclusive Legal Positivism. In: J. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 104-124. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268970.003.0003>
- OVIDIUS NASO, P.; ALBRECHT, M. 1994. *Metamorphosen*. Stuttgart, Reclam.
- PAULSON, S. 1990. Kelsen on Legal Interpretation. *Legal Studies*, **10**(2):136-152. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.1990.tb00596.x>
- PETHÖ, G. 2001. What is Polysemy? A Survey of Current Research and Results. In: E.T. NÉMETH; K. BIBOK (eds.), *Pragmatics and the Flexibility of Word Meaning*. Amsterdam, Elsevier, p. 175-224.
- POSCHER, R. 2003. *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Ordnung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen, Mohr Siebeck, 449 p.
- POSCHER, R. 2005. Rechtsprechung und Verfassungsrecht. In: W. ERBGUTH; J. MASING (eds.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*. Stuttgart, Boorberg, p. 127-145.
- POSCHER, R. 2006a. Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter. In: G. BEESTERMÖLLER; H. BRUNKHORST (eds.), *Rückkehr der Folter*. München, Beck, p. 75-87.
- POSCHER, R. 2006b. Menschenwürde im Staatsnotstand. In: P. BAHR; M. HEINIG (eds.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*. Tübingen, Mohr Siebeck, p. 215-231.
- POSCHER, R. 2006c. Funktionen Ordnung des Grundgesetzes. In: W. HOFFMANN-RIEM; E. SCHMIDT-ABMANN; A. VOBKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*. München, Beck, § 8 sec. 1: p. 51-64.
- PRIEL, D. 2005. Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate. *Oxford Journal of Legal Studies*, **25**(4):675-696. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi033>
- RANKE-GRAVES, R.V. 1999. *Griechische Mythologie*, 12th ed., Rowohlt, Reinbek bei Hamburg.
- RAWLS, J. 1999 [1971]. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 560 p.
- RAZ, J. 1979. Legal Positivism and the Sources of Law. In: J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford, Clarendon Press, p. 37-52. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.003.0003>
- RAZ, J. 1986. Dworkin: A New Link in the Chain. *California Law Review*, **74**(3):1103-1119. <https://doi.org/10.2307/3480404>
- RAZ, J. 1994. Authority, Law, and Morality. In: J. RAZ, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, Clarendon Press, p. 210-237.
- RG. 1916. *Deutsche Strafrechtszeitung*. Berlin, Liebmann, **3**:77.
- SEBOK, T. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. New York, Cambridge, 317 p. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511527456>
- SOLUM, L.B. 2007. Legal Theory Lexicon 028: Concepts and Conceptions. Disponível em: http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/03/legal_theory_le_1.html.
- TAMANAH, B. 2007. The Contemporary Relevance of Legal Positivism. *Australian Journal of Legal Philosophy*, **32**(2):1-38.
- WALDRON, J. 2001. Legal and Political Philosophy. In: J.C. COLEMAN; S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 352-381.
- WASTELL, S. [no prelo]. *How Do We Know a Genocide When We See It? Rethinking the Most Freighted of Terms Inside and Outside of the Law*.
- WEBER, M. 1977. *Critique of Stammler*. New York, The Free Press, 184 p.

Submetido: 02/03/2018

Aceito: 16/04/2018