

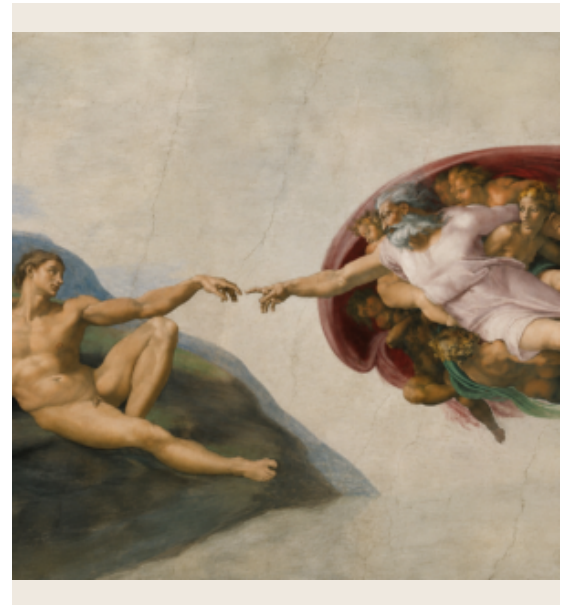
Crônicas da Lei e dos Clássicos: onde o Direito e a moral se encontram

06/06/2026

O destino das palavras

Assim como acontece com as pessoas, a história não é gentil com todas as palavras. Enquanto algumas envelhecem com dignidade, outras se deformam aos poucos, até virarem um corpo estranho dentro da própria língua. Foi o que ocorreu com o ceticismo, por exemplo. Na origem, não designava alguém que negava tudo, mas, sim, alguém que procura a verdade e que resiste à tentação de julgar que sabe tudo. Com o tempo, virou sinônimo de descrença barata, como se duvidar fosse covardia.

Nesse sentido, algo semelhante se deu com o cinismo. Antes de nomear um sujeito dissimulado, a palavra designava aquele que não temia expor a hipocrisia alheia nem esnoabar a vaidade dos “grandes homens” — como Diógenes, que, diante de Alexandre, o Grande, pediu apenas que o imperador saísse da frente do sol. Nesse sentido, há aqui um traço comum: foram posturas que incomodaram os escribas da história tradicional. E foi precisamente por incomodarem que pagaram o preço de serem mal ditas, no duplo sentido da expressão. Portanto, reabilitar uma palavra nunca é um capricho. Antes, é recuperar a angústia que um dia ela nos causou.



Essa também é a biografia do positivismo jurídico. De há muito, o positivismo é caricaturado por diversas razões. Dentre elas, duas merecem registro porque se sustentam menos na realidade e mais na ficção. A primeira, a falsa imputação de que o positivismo teria sido culpado pelo nazismo, como se a obediência cega às leis do *Terceiro Reich* fosse sua culpa — quando o próprio Kelsen foi um dos maiores adversários de Carl Schmitt, o jurista do partido. A segunda, o falso elogio de que o juiz positivista seria aquele que aplica a fria letra da lei. Nada mais errado (*cf. aqui*). Tanto a acusação quanto o “elogio” descrevem o mesmo erro: útil para quem precisa de um inimigo ou de um conto de fadas, mas inútil para quem deseja compreender.

Seja como for, a origem de tudo tem certidão de nascimento, numa distinção aparentemente singela, escrita por John Austin, em 1832: “*A existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra*” [1]. Com o tempo, essa separação se tornou a assinatura que o positivismo carrega até hoje. Contudo, reduzi-lo a ela seria como descrever um país apenas por sua fronteira. Isso porque o positivismo não é uma tese única, mas, sim, uma tradição — e toda tradição viva guarda divergências internas, heresias e cismas. Há o exegetismo francês, o normativismo de Kelsen, o convencionalismo de Hart; e há, depois deles, autores que discordam de quase tudo isso sem deixar de ser positivistas. Assim, *confundir o todo e as suas partes é um erro comum de quem nunca leu o suficiente*.

Nesse ponto, é justo reconhecer que o Brasil tem se tornado um pouco mais distinto. Dentre outros, Lenio Streck e Leonel Severo Rocha — de trincheiras teóricas distintas — têm insistido em reler o conceito e em desfazer a caricatura que o senso comum dos juristas cultiva com tanto carinho. Em especial, porque compreender corretamente o positivismo é *condição de possibilidade* até para quem deseja superá-lo. É ao lado dessa tradição de cuidado que este texto se coloca: não para canonizar o positivismo, tampouco para sepultá-lo, mas para devolvê-lo à conversa sem a mortalha que lhe vestiram. Afinal, quem quiser brigar com uma ideia que ao menos brigue com a ideia certa.

A partir daqui esta crônica segue um arranjo simples. Primeiro, veremos por que o positivismo é um conceito que se recusa a caber numa só definição. Depois, chegaremos a Matthew Kramer [2], para quem o Direito e a moral podem se encontrar. E aqui repousa a pergunta que nos guiará até o fim: *se o Direito e a moral de fato se encontram*, isso importa de alguma forma ou *também não seria essa uma discussão sobre o sexo dos anjos?*

O positivismo que não cabe no espantalho

O positivismo jurídico é um conceito que não se deixa aprisionar e talvez por isso tenha sido tão maltratado. Como toda palavra que atravessou o tempo, carrega mais história do que parece. Dizer “sou contra o positivismo” pode significar muita coisa: uma crítica ao exegetismo francês, uma objeção à pureza metodológica de Kelsen ou uma discordância quanto à regra de reconhecimento de Hart.

Apesar disso, há alguns elementos comuns. Em suas versões mais influentes, o positivismo costuma sustentar que a existência e o conteúdo do Direito dependem de fatos sociais, fontes reconhecidas e práticas institucionais — e não da sua correção moral. Não obstante, isso não significa que o positivista considere a moral irrelevante, nem que deva obedecer a qualquer comando estatal como quem cumpre uma ordem divina. Antes, significa que a pergunta sobre a validade jurídica não pode ser confundida imediatamente com juízos de valor. Nas palavras de Streck, “*todas as formas de positivismo jurídico têm um ponto em comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo*”^[3].

E aqui está uma sutileza importante: ao distinguir validade e justiça, o positivismo não necessariamente protege a injustiça. Na realidade, pode até mesmo expô-la em certos casos. Afinal, *se toda norma injusta fosse expulsa do conceito de Direito, bastaria dizer que as leis que nos envergonham nunca foram jurídicas e a História do Direito seria purificada por decreto*. Portanto, dizer que uma lei injusta pode ser juridicamente válida não é reverência à injustiça. Na realidade, é reconhecer algo mais desconfortável: a injustiça pode vir de dentro, com carimbo e em forma de súmula vinculante. Por isso o positivismo, em sua melhor versão, é menos ingênuo do que muitos imaginam: não diz que a validade basta, mas que confundi-la com a justiça nos impede de compreender a própria estrutura da injustiça institucional.

Historicamente, essa preocupação assume formas diferentes. Em Hobbes, a autoridade aparece como tentativa de conter o medo e a guerra; em Bentham e Austin, o Direito é pensado a partir de comando, soberania e sanção; em Kelsen, a pureza metodológica não torna o Direito moralmente puro, mas separa a ciência jurídica da política, da moral e da teologia. Em Hart, o problema ganha nova forma: o Direito deixa de ser mera ameaça respaldada por sanção e passa a ser união de regras primárias e secundárias, com a regra de reconhecimento no centro dos critérios de validade.

Contudo, a história não parou em Hart. Ela continuou quando Ronald Dworkin entrou no debate como quem abre as janelas de uma casa há muito fechada. Sua crítica (*cf. aqui*) mostrou que o Direito não funciona apenas como um conjunto de regras aplicadas de modo tudo ou nada. Sobretudo nos casos difíceis, juízes recorrem a princípios, padrões de justiça e moralidade política. E mais, esses princípios não seriam enfeites retóricos, mas, sim, razões que participam da prática jurídica. A partir disso, Dworkin colocou uma pergunta incômoda aos positivistas: se os princípios morais fazem parte do raciocínio jurídico, o positivismo ainda consegue explicar o Direito sem trair a si mesmo?

A resposta dividiu a tradição (*cf. aqui*). De um lado, o positivismo jurídico exclusivo sustentou que os critérios de validade não podem depender da moral e o Direito deveria ser identificável por suas fontes sociais. De outro, o positivismo jurídico inclusivo passou a sustentar algo mais flexível: nada impede que um sistema, por meio de suas próprias práticas e critérios de reconhecimento, incorpore padrões morais como critérios de validade. Nesse último caso, a moral não entra porque o juiz acordou iluminado, mas, sim, porque o próprio sistema jurídico abriu a porta e é nesse território intermediário que Matthew Kramer passa a interessar.

Matthew Kramer e a complexidade do encontro

Matthew Kramer ocupa lugar relevante no debate contemporâneo não porque tenha encontrado a última palavra sobre o problema da inter-relação entre o Direito e a moral, mas porque ajuda a recolocá-lo em outro nível. Professor em Cambridge com obras recém traduzidas para o Brasil e representante importante do positivismo jurídico inclusivo, ele se move numa região conceitual delicada: não trata a moral como inimiga do Direito, mas tampouco permite que ela seja convertida em senha para dissolver a institucionalidade jurídica. Na verdade, sua preocupação parece ser outra: compreender como Direito e moral podem se encontrar sem que esse encontro termine em confusão conceitual.

Esse ponto já afasta duas leituras simplistas. A primeira, de que todo positivista seria moralmente indiferente. E a segunda, de que reconhecer a moral no Direito destruiria o positivismo. Bem por isso, o subtítulo desta crônica é um assumido tributo ao autor.

Em suma, Kramer leva adiante uma das possibilidades abertas por Hart. Para o segundo, todo sistema jurídico guarda regras que ensinam como criar, alterar e reconhecer as demais regras. Estas últimas são as regras secundárias e a mais importante delas é a regra de reconhecimento: uma espécie de crivo que separa o que é Direito daquilo que apenas se

parece com ele. A proposta de Kramer não consiste em afirmar que toda norma injusta deixa automaticamente de ser Direito. Sua tese é mais sutil. Em determinados ordenamentos, a própria regra de reconhecimento pode incorporar padrões morais como critérios de validade jurídica. Quando isso ocorre, a moral não ingressa no Direito por vontade do intérprete, mas porque o próprio sistema jurídico decidiu atribuir relevância institucional a determinados valores. Assim, Direito e moral podem encontrar-se sem que a identificação do Direito deixe de depender de fatos sociais. Isso é algo a ser visto de jurisdição a jurisdição.

Em matiz inclusivista, essa é a chamada *tese da incorporação*. Em Kramer, a moral não aparece como uma força externa que invade o Direito pela consciência do julgador, mas como um possível critério interno de validade quando o próprio ordenamento a incorpora por suas práticas institucionais. Por isso, seu positivismo continua sendo positivismo: mesmo quando a moral importa, ela importa porque foi juridicamente reconhecida e não porque alguém se julgou autorizado a decidir em nome dela.

Importa sublinhar, contudo, que essa operação não é prescritiva, mas, sim, descritiva. O positivismo jurídico de Kramer não pretende dizer como o Direito deve ser, nem o que faz de um ordenamento um ordenamento bom. Sua ambição é anterior e mais modesta: descrever como o Direito opera de fato, como ele se estrutura e como funciona enquanto fenômeno social. A distinção é central para o escopo da filosofia do direito e frequentemente negligenciada. Para Kramer, questões como teoria da decisão judicial ou critérios de legitimidade normativa não pertencem propriamente à Filosofia do Direito — pertencem à filosofia política e à filosofia moral. O papel da Filosofia do Direito é, antes de qualquer prescrição, compreender o fenômeno jurídico tal como ele se apresenta.

No fundo, seu positivismo inclusivo talvez possa ser lido como uma teoria da cautela — não no sentido de recomendar cautela, mas no sentido de mapear os limites do que uma teoria jurídica pode, descritivamente, afirmar. Nesse sentido, Kramer incomoda mais pelo que complica do que pelo que conclui: incomoda os antipositivistas apressados, porque o positivismo contemporâneo não cabe na acusação de legalismo tosco, e incomoda os voluntaristas, porque desconfia — analiticamente, não moralmente — da decisão que se apresenta como justiça quando talvez seja apenas preferência bem redigida.

Onde o Direito e a moral se encontram

Retomando os fios deste texto, vimos que algumas palavras envelhecem mal. Enquanto o ceticismo virou negação banal e o cinismo virou falta de pudor, o positivismo virou aplicação cega da lei, como um verdadeiro slogan de quem nunca estudou Hart, Raz ou Kramer para saber o que realmente é o positivismo. No Brasil, não faltam juristas que dizem analisar decisões judiciais “de forma positivista”, com a tranquilidade de quem não desconfia do próprio desconhecimento. Contudo, essa realidade seria apenas curiosa se não fosse sintomática: o positivismo jurídico é tudo menos uma teoria da decisão judicial. Dizer que se analisa decisões “de forma positivista” é como dizer que se dirige “de forma newtoniana”. Com efeito, não é errado de um jeito interessante, mas é errado de um jeito que revela que a física nunca foi o problema.

Por tudo isso, a pergunta final não é se a moral importa, pois ela importa, sim. A pergunta é outra: como importa?

A primeira provocação que advém dessa pergunta é esta: quando alguém disser que o positivismo foi superado, pergunte qual positivismo. Quando disser que o juiz positivista aplica a letra fria da lei, pergunte de onde saiu essa certeza. E quando disser que a moral deve corrigir o Direito, pergunte qual moral, por quais critérios e sob qual controle. Afinal, as grandes confusões jurídicas quase sempre começam quando conceitos difíceis são transformados em palavras de guerra.

A segunda provocação é ainda mais incômoda. Talvez o problema contemporâneo não esteja apenas em termos “moral” demais no Direito, mas em termos “moral” de menos na nossa atividade intelectual. E, se isso for verdade, então o desafio não é expulsar a moral do Direito, mas impedir que ela seja sequestrada pela vontade de quem decide e de quem pensa o Direito.

Em chave hermenêutica, a lição de um positivismo bem compreendido talvez não seja em expulsar a moral do Direito, mas, sim, em tratá-la como se trata tudo que é poderoso demais: com método, com limite e com uma boa dose de discernimento. Afinal, a moral é como o fogo e é capaz de iluminar o pensamento jurídico tanto quanto é capaz de colocá-lo em chamas, conforme a mão de quem comanda. E desconfiar de quem se diz paladino da moral talvez seja a forma mais sóbria de estudar o Direito.



[1] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001 [1832], p. 157

[2] O subtítulo deste texto é uma referência ao livro homônimo de Matthew Kramer: KRAMER, Matthew H. **Onde o Direito e a moral se encontram**. Tradução, comentários e notas de Francisco Kliemann a Campis. São Paulo: Dialética, 2026

[3] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 265

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-06/onde-o-direito-e-a-moral-se-encontram/>