

REVISTA JURÍDICA DA UEMG

inova jur



ISSN: 2965-6885

V. 4, N. 2
Jul./Dez. 2025

REVISTA JURÍDICA DA UEMG

inovajur

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS
GERAIS

REITORA

LAVÍNIA ROSA

RODRIGUES

VICE-REITOR

THIAGO TORRES

COSTA PEREIRA

EDITORES-CHEFES

JOÃO HAGENBECK

PARIZZI

LUIZA MARIA DE

ASSUNÇÃO

VANESSA DE CASTRO

ROSA

VINÍCIUS FERNANDES

ORMELES

PROJETO GRÁFICO VANESSA DE CASTRO ROSA E
THALLES RICARDO ALCIATI VALIM

editora | UEMG

ISSN: 2965-6885

O DEBATE ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO E EXCLUSIVO: uma introdução

THE INCLUSIVE-EXCLUSIVE LEGAL POSITIVISM DEBATE: an introduction

Submissão: 27/08/2025
Aceite: 05/11/2025
Publicação: 11/11/2025

**Vinicius Fernandes
Ormelesi**

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestre e graduado em Direito pela UNESP. Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, unidade Frutal e da Faculdade de Educação São Luis de Jaboticabal.
Contato:
vinicius.ormelesi@uemg.br.

Resumo: O debate entre o positivismo jurídico inclusivo e exclusivo representa uma das mais significativas divisões teóricas na filosofia do direito contemporânea. Este debate emergiu principalmente como resposta à crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico de H.L.A. Hart, evoluindo para duas vertentes teóricas distintas do positivismo jurídico, cada qual com uma abordagem diferente da natureza da relação entre direito e moral. Em sua essência, essa discussão acadêmica gira em torno da possibilidade de critérios morais funcionarem como condições de validade jurídica e das circunstâncias em que isso se daria. Esta revisão de literatura examina as origens históricas desse debate, contrasta as principais teses e argumentos de ambas vertentes teóricas, e analisa o estado atual do discurso acadêmico sobre esta importante questão filosófica. Considerando que essa discussão ainda é pouco explorada no contexto brasileiro, este artigo assume a tarefa de sistematizar os aspectos mais relevantes do debate e apresentá-los à comunidade acadêmica nacional.

Palavras-chave: filosofia do direito; positivismo jurídico; correntes teóricas.

Abstract: The debate between inclusive and exclusive legal positivism represents one of the most significant theoretical divides in contemporary legal philosophy. At its core, this scholarly discourse examines the fundamental relationship between law and morality, particularly whether moral criteria can function as conditions of legal validity. This debate emerged primarily as a response to Ronald Dworkin's critique of H.L.A. Hart's legal positivism evolved into two distinct theoretical positions with substantively different approaches to understanding the nature of law. This literature review examines the historical origins of this debate, contrasts the main theses and arguments of both theoretical camps, and analyzes the current state of scholarly discourse on this important philosophical question. Since this discussion is not

well debated in the Brazilian context, this paper assumes the task of systematizing the debate's most significant aspects and presenting them to a national academic audience.

Keywords: Philosophy of Law, Legal Positivism, Theoretical Approaches.

Introdução

No campo da filosofia do direito, o positivismo jurídico representa uma das correntes de pensamento mais influentes (Marmor, 2004; Dimoulis, 2006; Woodbury-Smith, 2018). Para alguns autores, a tese central do positivismo jurídico poderia ser condensada na ideia de que a existência e o conteúdo do direito dependem de fatos sociais e não de seus méritos morais. Segundo a formulação lapidar de John Austin (1790–1859): “*The existence of law is one thing; its merit and demerit another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry.*” (1995 [1832], p. 157). Nesse sentido, os positivistas não afirmam que as virtudes morais do direito sejam incompreensíveis ou irrelevantes para a filosofia do direito, mas apenas que tais méritos não determinam se leis ou sistemas jurídicos existem.

O fato de uma sociedade possuir um sistema jurídico está relacionado à presença de certas estruturas de governança, não ao grau em que essas satisfazem ideais políticos ou valores morais, de forma que o direito seria simplesmente uma questão daquilo que foi posto (positivado, ordenado, decidido, praticado, etc.) (Green; Adams, 2019). Assim, a tese positivista compreende tanto a afirmação da origem do direito em suas fontes sociais quanto o reconhecimento da separação entre direito e moral (*separation thesis*) (Hart, 1958).

Contudo, a posição positivista nunca esteve isenta de críticas, a exemplo das clássicas acusações feitas ao positivismo pelos defensores do direito natural. No entanto, na década de 1960, novas investidas contra o positivismo jurídico voltaram a aparecer, sobretudo após as críticas de Ronald Dworkin a Herbert Hart. Dworkin argumentou que o conceito de direito de Hart, baseado na distinção entre regras primárias e secundárias, era insuficiente para compreender a prática jurídica, especialmente em casos difíceis, em

virtude do papel essencial desempenhado pela moral na configuração do direito (Soares; Maciel, 2017). Como resposta a isso, o positivismo jurídico foi compelido a refinar suas posições. Esse processo de reação do positivismo resultou em uma cisão interna, originando duas vertentes principais: o positivismo jurídico inclusivo (ou moderado) e o positivismo jurídico exclusivo (ou forte) (Priel, 2005). Esta revisão de literatura analisa essas duas posições, explorando as teses, os argumentos e as críticas de cada uma dessas correntes, com base em uma seleção de textos acadêmicos informativos sobre o debate. Espera-se que esse estudo possa contribuir para difundir a discussão na academia brasileira, ainda pouco familiarizada com o tema (Dimoulis, 2006).

1 O Debate Hart-Dworkin: a origem do desacordo teórico

A contenda contemporânea entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo tem suas raízes naquilo que ficou conhecido como "Debate Hart-Dworkin", um ponto de inflexão da filosofia do direito anglo-americana da segunda metade do século XX. A maior parte dos estudos sobre o assunto identifica a existência de visões antagônicas sobre a relação entre direito e moralidade como a grande celeuma geradora da discussão (Culver, 2001; Shapiro, 2007).

Por outro lado, Van Der Burg (2009) indica que a natureza essencialmente ambígua dos conceitos envolvidos no debate também contribuiu para os desentendimentos entre os interlocutores, ou seja, não seria apenas um debate, mas uma discussão sobre o que estava sendo efetivamente discutindo. De todo modo, pode-se dizer que a questão teve início com a publicação do texto de Dworkin, intitulado "The Model of Rules I", em 1967, no qual ele apresentava sua crítica à teoria jurídica de Hart. Dworkin (1977; 1986) identificou e contestou várias teses-chave atribuídas ao positivismo de Hart: a tese da linhagem (*pedigree thesis*), a tese da obrigação (*obligation thesis*) e a tese da discricionariedade (*discretion thesis*).

Para Dworkin (1977), a tese da linhagem se baseia na ideia de que a validade do direito depende exclusivamente de sua origem em fontes sociais reconhecidas como legítimas (como a legislação ou os costumes), das quais decorrem as obrigações exigíveis (tese da obrigação) (Shapiro, 2007). Nos "casos difíceis" (*hard cases*), ou seja, quando não

existem regras jurídicas aplicáveis ou não se tem clareza sobre elas, o que Hart (1994) denominou "zona de penumbra", os juízes exerceriam discricionariedade forte ao decidir. Contra essas três teses do positivismo jurídico hartiano, Dworkin (1977) formulou sua noção de princípio, hoje clássica na teoria do direito. Para ele, o direito possuiria padrões que não funcionam como regras: os princípios. Tanto os princípios quanto as regras apontam para decisões específicas, mas as regras são aplicáveis numa forma de "tudo ou nada" (*all-or-nothing*). Se os fatos previstos em uma regra ocorrem e a regra é válida, então a resposta que ela fornece deve ser acatada, do contrário, a regra não contribui para a decisão e é descartada. Os princípios funcionariam de uma forma completamente diferente, sendo pensados numa dimensão de peso. Assim, não estabelecem consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições previstas são cumpridas, e o fato de existirem contraexemplos de um princípio não significa que um princípio não seja válido (Ormelesi, 2012).

Para fundamentar seu argumento, Dworkin (1977, p. 40-44) cita exemplos como o caso *Riggs v. Palmer* (1889), os quais teriam o condão de demonstrar que juízes muitas vezes invocam princípios, como "ninguém pode beneficiar-se da própria ilicitude", para julgar e que tais princípios são juridicamente vinculantes mesmo não possuindo "linhagem" positiva (não são direito positivo). Desse modo, a tese da linhagem seria falha pelo fato de o direito incluir também princípios morais implícitos que não derivam de atos institucionais formais, os quais permeiam o sistema jurídico e servem como base para interpretações. Em relação às obrigações, esses mesmos princípios conferem direitos e estipulam deveres, merecendo respeito em virtude de sua conexão com a justiça. Por fim, no que tange à discricionariedade, os juízes nunca criariam direito novo, já que formulam respostas para lacunas ou ambiguidades com base nesses princípios morais (justiça, igualdade, dentre outros) previamente existentes em sistemas jurídicos complexos.

Posteriormente, Dworkin (1986, p. 225-228) desenvolveu essa ideia na teoria do direito como "integridade" (*law as integrity*), propondo que juízes tratem o direito como um todo coerente e justificado por valores morais comunitários, eliminando a necessidade de discricionariedade judicial ou escolhas subjetivas. Portanto, com sua noção de princípio, Dworkin pretendeu, ao mesmo tempo, negar as três ideias de Hart, pois os princípios não necessitariam do teste de pedigree e mesmo sem uma regra poderia haver

uma obrigação vinculante com base na existência de um princípio, o que negaria a ideia da discricionariedade nos casos de ausência de regras aplicáveis.

Hart planejava responder a essas críticas de Dworkin e de outros ao seu trabalho principal em um pós-escrito que seria adicionado a uma nova edição de *O Conceito de Direito*. Contudo, com seu falecimento em 1992, apenas a primeira parte do manuscrito, aquela direcionada às críticas de Dworkin, foi incorporada postumamente na segunda edição do livro em 1994 (Stavropoulos, 2016). Nesse texto, Hart (1994) procura desviar das críticas de Dworkin argumentando que os dois possuem projetos teóricos distintos, pois enquanto o filósofo estadunidense estaria preocupado com a questão de como os casos jurídicos deveriam ser resolvidos, Hart estaria propondo apenas uma abordagem descritiva do direito baseada na análise conceitual. Portanto, Hart (1994) reafirma sua famosa distinção entre o ponto de vista interno (do participante do sistema que aceita as regras como obrigatórias) e o ponto de vista externo (do observador do sistema que não aceita as regras como obrigatórias, apenas descreve o comportamento de quem as segue).

Dworkin, por sua vez, em tréplica apresentada num ensaio publicado em 2004, argumenta que Hart não teria compreendido plenamente a natureza interpretativa do direito, pois continuava a tratar o fenômeno jurídico de uma perspectiva "arquimediana" (Dworkin, 2004, p. 2). Para ele, o arquimedianismo consistiria na ideia de adotar um ponto de vista supostamente neutro, externo e independente a partir do qual se pretende julgar, descrever ou justificar práticas normativas sem se envolver nelas, o que seria impossível. Dworkin enxerga o direito antes de tudo como uma prática interpretativa, isto é, uma atividade na qual juízes e juristas procuram oferecer a melhor justificativa moral possível para o conjunto de normas e decisões existentes, de modo a apresentar o direito em "sua melhor luz", como um sistema de princípios coerentes, sendo uma "interpretação construtiva" da prática jurídica (Dworkin, 1986; 2004). Assim, Dworkin sustenta que Hart não reconhece o papel inevitável dos juízos morais na identificação e aplicação do direito, reduzindo a complexidade do raciocínio jurídico a uma questão de convenções sociais, e não de integridade moral e política (Dworkin, 2004; Stavropoulos, 2016).

É de se mencionar também, que Hart (1994) chega a reconhecer a relevância de algumas das objeções de Dworkin. No pós-escrito, ele buscou esclarecer que, embora o direito dependa de regras de reconhecimento estabelecidas socialmente, essas regras

podem, em certos sistemas jurídicos, incorporar valores morais como parte de seus critérios de validade, possibilitando que princípios éticos possam ser reconhecidos como fontes jurídicas se o sistema permitir. Essa explicação pretendia contornar a crítica dworkiniana de que o positivismo não seria capaz de justificar decisões baseadas em princípios, mostrando que a discricionariedade judicial não significa necessariamente arbitrariedade, sendo uma atuação orientada pelos padrões que o próprio sistema jurídico consagra (Hart, 1994; Coleman, 2001; Raz, 2009). Nesse sentido, Hart (1994, p. 250) reapresenta sua teoria como uma forma de "positivismo jurídico moderado" (*soft positivism*), o que será discutido adiante quando da análise do debate entre o positivismo jurídico inclusivo e o positivismo jurídico exclusivo.

Tendo em vista essa breve análise da discussão, é possível afirmar com Shapiro (2007) que o debate se organizaria em torno de uma das questões mais profundas da filosofia do direito: a relação entre legalidade e moralidade. Mais especificamente: a controvérsia concerne à existência ou não de uma conexão necessária entre direito e moral. Para ele, a estratégia fundamental de Dworkin ao longo do debate foi argumentar que a legalidade não é determinada apenas por fatos sociais, mas seria, em última análise, determinada também por fatos morais.

Em outras palavras, a existência e o conteúdo do direito positivo seriam regidos pela existência e pelo conteúdo da lei moral. Essa afirmação, portanto, desafia diretamente a concepção positivista sobre a natureza do direito, para a qual a legalidade nunca é determinada pela moralidade. Como se poderia esperar, a resposta de Hart e de seus seguidores foi argumentar que essa dependência da legalidade em relação à moralidade ou é meramente aparente (positivismo jurídico exclusivo) ou não prejudica, de fato, os fundamentos sociais do direito e dos sistemas jurídicos (positivismo jurídico inclusivo).

2 Positivismo Jurídico Inclusivo: a possibilidade de incorporação de critérios morais

O desenvolvimento do positivismo jurídico inclusivo (*inclusive legal positivism*), às vezes também denominado de "positivismo brando" (*soft positivism*), foi, em grande

medida, uma resposta direta aos ataques de Dworkin à teoria de Hart. Como visto acima, Dworkin argumentou que, em casos difíceis, os juízes recorrem a princípios morais que consideram juridicamente vinculantes, mesmo que tais princípios não possuam reconhecimento formal, ou seja, não derivem de uma fonte social estabelecida. Para o filósofo estadunidense, isso demonstraria uma falha do positivismo em descrever o modo de funcionamento do direito (Shapiro, 2009). Autores como Wilfrid Waluchow (1994), o responsável por cunhar a expressão "positivismo jurídico inclusivo", e Jules Coleman (2001), seguidores de Hart, contra-argumentaram que o positivismo jurídico poderia perfeitamente acomodar essa situação sem abdicar de seus fundamentos teóricos principais. Assim, bastaria que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico incluísse uma cláusula que remetesse a princípios morais e eles se tornariam parte do direito.

Nesse sentido, a tese central do positivismo jurídico inclusivo seria a "tese da separabilidade" (*separability thesis*), segundo a qual direito e moral são distinguíveis no plano conceitual (Himma, 2005), mas podem ou não estar efetivamente separados na realidade de um sistema jurídico (Woodbury-Smith, 2018), ou seja, a validade de uma norma jurídica pode depender, mas não depende "necessariamente" de seu mérito moral (Bix, 1999, p. 19). Isso significa que a exigência da adequação a critérios morais é um fato "contingente", estando relacionada às convenções e às práticas sociais presentes entre os operadores do direito em uma determinada comunidade (Coleman, 2009, p. 367).

Logo, mesmo a moralidade não sendo um fator essencial do direito, é "logicamente possível que um sistema jurídico incorpore critérios morais de legalidade" (Himma, 2014, p. 77, tradução nossa). Essa ideia ficou conhecida como "tese da incorporação moral" (*moral incorporation thesis*), tendo sido adotada pelo próprio Hart no famoso pós-escrito à obra *O conceito de direito*: "[...] a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou valores substantivos." (Hart, 1994, p. 250, tradução nossa).

Nessa linha de raciocínio, Himma (2014) desenvolveu um argumento positivo para a tese da incorporação moral usando lógica modal e experimentos mentais, inspirado na ideia de Joseph Raz sobre a possibilidade de um sistema jurídico sem mecanismos coercitivos, baseada na ideia de que mesmo uma "sociedade de anjos teria a necessidade de autoridades para assegurar a coordenação" entre seus membros (Raz, 1999, p. 159,

tradução nossa). Himma começa imaginando um mundo no qual todos sabem qual é a ação moralmente correta, contudo, frequentemente agem em prol de seus interesses egoístas. Nesse mundo, um sistema jurídico que simplesmente estipulasse a necessidade de a moral ser observada, já seria suficiente para regular o comportamento dos sujeitos submetidos a ele. Para Himma (2014, p. 98), esse experimento mental demonstraria a "possibilidade conceitual" da tese da incorporação.

Outro dos principais argumentos a favor do positivismo jurídico inclusivo é sua adequação descritiva. A título de exemplo, Waluchow (1994) afirma que essa posição teórica possui uma visão mais fiel da realidade dos sistemas jurídicos modernos, como o dos Estados Unidos da América e o do Canadá, onde cartas de direitos formuladas em termos morais ("*cruel and unusual punishment*" e "*procedural fairness*") são usadas para avaliar a validade de leis ordinárias (Bix, 1999, p. 23; Shapiro, 2009, p. 326).

Portanto, ignorar essa realidade seria um fracasso descritivo do positivismo jurídico. De forma análoga, Moreso (2015, p. 199-200) julga que a concepção inclusiva do positivismo jurídico explica melhor o direito, pois conseguiria captar com maior precisão o modo como as dimensões "substancial" e "procedimental" do direito interagem. A primeira "regula o comportamento" e "estabelece deveres e direitos dos cidadãos", assim, "ao exercer essa função, o direito às vezes remete à argumentação moral". A segunda dimensão "estabelece por meio de quais procedimentos e quais são as autoridades jurídicas que põem fim às controvérsias". No entendimento de Moreso (2015, p. 200, tradução nossa), a dimensão procedimental "não pode estar aberta à moralidade, porque, caso contrário, seria virtualmente impossível encerrar as controvérsias", uma vez que ela "confere a necessária estabilidade na qual repousam as múltiplas controvérsias e desacordos sobre questões substantivas".

Por outro lado, Coleman (2001, p. 109) entende que não é o poder explicativo do positivismo jurídico inclusivo que faz dele uma teoria jurídica relevante, sendo que a discussão com o positivismo exclusivo nem se daria num "nível descritivo". Para ele, a tese da separabilidade, a regra de reconhecimento e a ideia de critérios de legalidade representam três noções equivocadas ou não essenciais ao direito, de modo que o positivismo jurídico inclusivo seria simplesmente "a tese de que, por força de necessidade, fatos sociais determinam os determinantes do conteúdo jurídico" (Coleman, 2009, p. 359,

tradução nossa). Isso significa que a conexão entre direito e moral é sempre socialmente mediada e contingente, não sendo nunca um atributo essencial ou uma relação necessária fora de um determinado contexto social.

As principais críticas ao positivismo jurídico inclusivo provêm fundamentalmente dos defensores do seu adversário principal, o positivismo jurídico exclusivo. Uma das críticas mais relevantes afirma que ele não seria compatível com a função de autoridade que o direito precisa desempenhar. Na acepção de "autoridade como serviço", desenvolvida por Raz (2009), o direito pretende ter autoridade, motivo pelo qual suas diretivas precisam funcionar como "razões excludentes" para a ação, substituindo a deliberação dos indivíduos sobre as razões (morais) subjacentes. Para que o direito possa cumprir essa função mediadora, suas normas devem ser identificáveis sem recurso à própria deliberação moral que visam substituir. Se a validade de uma norma dependesse de um teste moral, o direito não conseguiria prover essa orientação "autoritativa" (Marmor, 2004, p. 109). Scott Shapiro (2009, p. 328) ofereceu uma crítica similar ao compreender a atividade jurídica como uma forma de "planejamento" social. Segundo ele, o propósito de um plano é resolver questões de antemão para evitar a necessidade de debate posterior. Ora, se para identificar o conteúdo do plano (o direito) fosse necessário engajar na mesma deliberação moral que o plano visava resolver, sua função seria frustrada.

Himma (2005) também havia formulado uma crítica significativa, focada na questão da autoridade final e dos erros morais. Mesmo que a ideia do positivismo jurídico inclusivo possa ser conceitualmente plausível, em sistemas jurídicos reais, uma corte suprema costuma ter a autoridade final para decidir se uma norma viola um princípio moral constitucional. Mesmo que essa corte cometa um erro moral objetivo em sua interpretação, sua decisão é juridicamente vinculante. Isso demonstraria que o verdadeiro critério de validade não é o princípio moral em si, mas a decisão da autoridade (uma fonte social). Portanto, mesmo em sistemas que aparentam ser inclusivos, na prática, eles "funcionam" de maneira exclusiva, pois a fonte social (a decisão judicial) prevalece sobre o mérito moral (Himma, 2005, p. 15).

3 Positivismo Jurídico Exclusivo: a separação estrita entre direito e moralidade

O positivismo jurídico exclusivo (*exclusive legal positivism*), também conhecido como "positivismo rígido" (*hard positivism*), mantém uma compreensão mais estrita da relação entre direito e moralidade. Sua tese central é que a validade de uma norma jurídica pode sempre ser determinada tendo por referência exclusivamente as fontes sociais do direito (*sources thesis*), sem necessidade de se recorrer a argumentos morais. Na afirmação de Andrei Marmor (2004, p. 104, tradução nossa), “todo direito é baseado em fontes, e qualquer coisa que não se baseie em fontes não é direito”.

Para Jiménez Cano (2013, p. 118, tradução nossa), a tese da separação e a tese das fontes sociais estão diretamente interligadas, pois o “direito pode existir independentemente de ser justo ou injusto”, ou seja, “o valor moral do direito é contingente”, do que se conclui que “a tese da separação, esta não pode ser mais do que um corolário da tese social [...] o que o direito é não pode depender da sua adequação à moralidade objetiva, ideal ou correta”. Portanto, os defensores do positivismo jurídico exclusivo sustentam que padrões morais nunca são parte do direito em si, mesmo quando sistemas jurídicos referenciam explicitamente considerações morais em disposições constitucionais ou legais. Assim, quando textos jurídicos apresentam termos morais como "justiça" ou "igualdade", eles necessariamente direcionam os agentes jurídicos e os cidadãos a padrões morais externos e não jurídicos, em vez de incorporar tais padrões ao próprio direito.

Nesse sentido, a tese central do positivismo jurídico exclusivo seria uma versão forte da "tese da separação" (*separation thesis*), segundo a qual, existe uma impossibilidade conceitual de incorporar padrões morais ao próprio direito, de modo que a moralidade nunca pode ser uma condição de validade jurídica. Diante de textos jurídicos que empregam linguagem moral, o positivismo jurídico exclusivo oferece outra explicação no lugar da incorporação. Assim, quando uma lei determina que um contrato não pode ser contrário à "moral" e aos "bons costumes", por exemplo, o direito não está incorporando a moralidade como critério de validade. Ao invés disso, o direito estaria simplesmente delegando poder ao juiz (ou a outra autoridade) para decidir o caso

utilizando padrões externos. A norma moral, portanto, torna-se aplicável por força de uma diretiva jurídica, mas não passa a pertencer ao sistema jurídico em si, de maneira análoga ao que acontece nos conflitos de leis típicos do direito internacional privado com a "técnica de reenvio" (Jiménez Cano, 2013, p. 103-104).

Um dos principais sustentáculos do positivismo jurídico exclusivo é o argumento da autoridade formulado por Raz (2009), já esboçado acima. Na concepção dele, “a pretensão do direito à autoridade legítima não é meramente uma alegação de que as regras jurídicas são razões. Ela inclui a alegação de que são razões excludentes [*exclusionary*] para desconsiderar razões para a não conformidade” (Raz, 2009, p. 30, tradução nossa). Na explicação de Jiménez Cano (2013, p. 101, tradução nossa), a tese da autoridade afirma que “é uma condição necessária do direito, ou seja, é uma verdade conceitual que o direito tem autoridade de fato e exige ou pretende autoridade moral ou legítima.” Desse modo, ao se colocar como autoridade legítima, o direito reivindica que as regras jurídicas são razões para conformidade da ação que excluem outras razões. Uma autoridade é legítima se seus subordinados tiverem maior probabilidade de agir em conformidade com as razões corretas seguindo as diretivas da autoridade do que tentando deliberar por si mesmos. Isso só é possível se as diretivas da autoridade forem identificáveis sem que se precise recorrer às mesmas razões que a autoridade deve avaliar (Jiménez Cano, 2013). Logo, a moral não pode ser um critério de validade, pois isso exigiria que os cidadãos fizessem o próprio balanço de razões morais para identificar a lei, minando o “papel essencialmente mediador da autoridade” (Marmor, 2004, p. 109, tradução nossa).

A principal crítica ao positivismo jurídico exclusivo está relacionada à sua aparente inadequação descritiva da prática jurídica. Waluchow (1994), por exemplo, afirma que a visão exclusiva é "simplesmente contraintuitiva" quando comparada à compreensão ordinária de documentos como a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (Priel, 2005, p. 679). Nesse sentido, a explicação do positivismo jurídico exclusivo, de que os juízes estão na verdade criando direito quando aplicam cláusulas morais, contradiz a retórica e a autocompreensão dos próprios juízes, que se veem como aplicando o direito existente (Himma, 2005). Esse argumento é reforçado por estudos empíricos recentes, os quais revelam que a maioria das pessoas considera o direito como algo mais do que uma mera questão de circunstância política. Desse modo, contrariando as expectativas de boa

parte dos filósofos contemporâneos, a moralidade (tanto substantiva quanto processual) emerge como uma influência fundamental nos julgamentos de validade jurídica, uma vez que “muitas pessoas dizem que a conduta proibida por leis imorais não é verdadeiramente ilegal e que a conduta imoral que nunca foi explicitamente proibida é verdadeiramente ilegal” (Flanagan; De Almeida, 2024, p. 507).

Além disso, críticos questionam a rigidez do conceito de autoridade de Raz, argumentando que a autoridade não precisa ser exclusiva para ser eficaz. Coleman (2009), por exemplo, sustenta que a deliberação moral exigida por uma norma inclusiva não é necessariamente a mesma das razões de primeira ordem que a autoridade visa substituir. Por exemplo, avaliar se uma lei de homicídio é "igualitária" em seus efeitos é uma questão moral diferente das razões morais para proibir o homicídio em primeiro lugar (Bix, 1999, p. 26; Woodbury-Smith, 2018). No mesmo sentido, Waluchow (2000) argumenta contra Raz que a autoridade do direito não pode ser reduzida à ideia de que sua função principal seja criar razões que excluam as demais motivações para agir. Isso porque a autoridade jurídica pode se manifestar de diversas maneiras, sendo a capacidade de gerar essas "razões de exclusão" (*exclusionary reasons*) apenas uma de suas possíveis facetas. Em suas palavras: “[...] a autoridade do direito não consiste necessária, ou exclusivamente, em seu poder normativo de fornecer razões exclusivas para a ação. Existem diferentes tipos de autoridade (ou formas pelas quais a autoridade pode ser exercida) e o poder de criar razões exclusivas para a ação é apenas um tipo possível.” (Waluchow, 2000, p. 46, tradução nossa).

4 Os principais pontos da controvérsia teórica

Antes de oferecer duas considerações sobre o problema do debate em si, é importante recapitular seus principais movimentos. Na visão sintetizadora de Moreso (2001), pode-se compreender o núcleo duro do positivismo jurídico hartiano em três teses:

1) a *tese das fontes sociais* afirma que a existência e o conteúdo do direito em uma determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais resultado das ações dos membros dessa sociedade;

2) a *tese da separabilidade* estipula que a validade jurídica de uma norma, ou seja, se tal norma pertence ou não a um sistema jurídico, não implica necessariamente em sua validade moral, assim como a validade moral de uma norma não implica necessariamente em sua validade jurídica;

3) a *tese dos limites do direito*, também chamada de *tese da discricionariedade*, estabelece que as normas juridicamente válidas não regulam claramente todas as condutas, de modo que quando o direito é indeterminado, os juízes possuem discricionariedade.

Portanto, para Moreso (2001), a discussão reside na forma como essas três teses são interpretadas. Assim, o positivismo jurídico exclusivo interpreta a tese das fontes sociais restritivamente: a existência e o conteúdo do direito em uma determinada sociedade dependem apenas de um conjunto de fatos sociais, resultado das ações dos membros dessa sociedade e que *podem ser identificados sem recorrer à moralidade*. Por outro lado, o positivismo jurídico inclusivo interpreta a mesma tese afirmando que a existência e o conteúdo do direito em uma determinada sociedade dependem de um conjunto de fatos sociais, resultado das ações dos membros dessa sociedade, mas que *podem, contingentemente, recorrer a padrões morais, tornando-os juridicamente válidos*.

No que tange à segunda tese, a da separabilidade, o positivismo jurídico exclusivo entende que a validade jurídica de uma norma *necessariamente não depende* de sua validade moral, enquanto que o positivismo jurídico inclusivo acredita apenas que a validade jurídica de uma norma *não depende necessariamente* de sua validade moral (pode depender). Finalmente, em relação à tese dos limites do direito ou da discricionariedade, o positivismo jurídico exclusivo enxerga que quando o direito recorre à moralidade, os juízes *necessariamente possuem* discricionariedade, ao contrário do positivismo jurídico inclusivo, para o qual, *ao menos em alguns casos*, quando o direito recorre à moralidade, ele regula claramente certas condutas, não atribuindo qualquer discricionariedade aos juízes (Moreso, 2001).

Como visto, o debate entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo centra-se em várias questões teóricas interconectadas sobre a natureza do direito e sua relação com a moralidade. Elas incluem divergências sobre os critérios de validade jurídica, sobre a

natureza da regra de reconhecimento e sobre a compreensão adequada da tese da separação entre direito e moral. No que concerne à possibilidade de critérios morais funcionarem como condições de validade jurídica, os positivistas inclusivos sustentam que sistemas jurídicos podem incorporar critérios morais em suas regras de reconhecimento, tornando considerações morais relevantes para a identificação de normas jurídicas válidas, ao contrário dos positivistas exclusivos que argumentam que os critérios de validade jurídica devem estar baseados unicamente em fatos sociais, sem referência à avaliação moral.

Coleman (2009) interpreta o problema da separação entre direito e moral distinguindo entre versões positivas e negativas desta tese. A versão positiva sustenta que a validade jurídica é exclusivamente uma questão de fatos sociais, enquanto a versão negativa mantém apenas que o mérito moral não é uma condição necessária para a validade jurídica. O positivismo jurídico inclusivo tipicamente endossa a versão negativa, enquanto o exclusivo defende a versão positiva. Nesse sentido, o positivismo jurídico exclusivo defende uma versão forte da tese da separação ao estipular que a moral nunca pode ser uma condição de validade do direito, enquanto o inclusivo endossa uma versão fraca dessa tese (separabilidade), admitindo a moral como condição de validade se o sistema jurídico assim estipular.

De um modo geral, pode-se afirmar que essa controvérsia gerou muita discussão na literatura acadêmica, em especial na filosofia do direito anglo-americana. Talvez por isso, Dan Priel (2005, p. 676) considere provocativamente em seu artigo "*Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate*" ser "exagerada" a quantidade de textos dedicados a essa discussão, já que ela não teria sequer "implicações práticas". Com isso em vista, ele propõe uma crítica que visa dissolver o próprio debate, alegando que ambas as vertentes partem de uma premissa falsa: a de que quando a lei usa palavras como "justiça", "igualdade" ou "crueldade", ela está se referindo a conceitos morais. Priel argumenta que esses termos no contexto jurídico se referem, na verdade, a conceitos jurídicos distintos, os quais, mesmo que possam estar relacionados, são logicamente independentes de seus correlatos morais. No exemplo de Priel, se a palavra "cruel" na Oitava Emenda da Constituição dos EUA se refere ao conceito jurídico cruel, cujo conteúdo é determinado pela prática jurídica (precedentes, história institucional etc.), e não pelo conceito moral de crueldade, então a

questão da incorporação da moralidade no direito perderia o seu objeto. O debate estaria, portanto, fundamentado em um "equivoco" sobre a "semântica" dos termos com conotação moral no discurso jurídico (Priel, 2005, p. 683-684). Essa crítica é interessante, mas dificilmente atingirá o objetivo de transpor o debate ou de torná-lo irrelevante.

Uma consideração sobre a pertinência do debate, talvez mais perspicaz, foi feita por Stanley Paulson (2011) ao analisar a tese da separação na filosofia do direito. Ele acredita que a discussão entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo é redundante, defendendo que a verdadeira divisão no positivismo jurídico estaria entre uma abordagem do positivismo como naturalismo (*"legal positivism qua naturalism"*) e outra do positivismo sem naturalismo (*"legal positivism without naturalism"*), tomando as teorias de John Austin (1790–1859) e de Hans Kelsen (1881-1973) como exemplos paradigmáticos (Paulson, 2011, p. 141). Segundo ele, a separação entre direito e moral não desempenha um papel relevante na teoria positivista de Austin. Nela, a grande questão é a redução do direito aos fatos, exemplificando que Austin explica a figura do soberano por meio do hábito da obediência e a obrigação do súdito por meio da existência de um comando e do medo da sanção, todas questões factuais. Nesse sentido, Austin daria uma explicação naturalista do direito, sem sequer precisar mencionar a questão da moralidade. O positivismo jurídico sem naturalismo encontraria sua manifestação na teoria de Kelsen, quem ofereceria uma tese da normatividade nomológica contra o naturalismo dominante na ciência do direito de sua época, baseada na ideia de imputação, ou seja, a atribuição de uma consequência jurídica a um fato. Assim, a explicação de Kelsen não seria naturalista por rejeitar o princípio da causalidade (Paulson, 2011, p. 164-165).

Considerações finais

O exame do debate entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo permite constatar que, embora ambas as vertentes compartilhem dos pressupostos centrais do positivismo jurídico hartiano, elas divergem profundamente quanto à interpretação da linguagem moral no direito. Enquanto o positivismo inclusivo interpreta a relação entre direito e moral por meio da possibilidade de incorporação da moralidade como um fato contingente, o positivismo exclusivo insiste em uma separação conceitual estrita entre

validade jurídica e mérito moral.

Os teóricos envolvidos na discussão insistem que a divergência não é apenas terminológica, refletindo concepções distintas sobre a natureza da autoridade do direito, a função das normas jurídicas e o papel da moralidade no processo de justificação das decisões jurídicas. Não obstante, críticas como as de Priel (2005) e Paulson (2011) apontam que o debate pode estar assentado em premissas problemáticas, seja por confundir a semântica jurídica e o discurso moral, seja por reduzir a filosofia do direito a uma disputa naturalista em torno da tese da separação. Contudo, ainda que se reconheça a pertinência dessas objeções, a controvérsia entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo parece estar longe de ser superada, permanecendo relevante, sobretudo diante da realidade dos sistemas jurídicos contemporâneos, marcados pela constitucionalização de direitos e pelo uso frequente de linguagem moral nos textos normativos.

Por fim, consigne-se apenas uma breve observação sobre o contexto brasileiro. No Brasil, a recepção acadêmica das ideias dos positivistas jurídicos inclusivos parece ser ainda bastante incipiente, com exceção, é claro, da obra de Hart, a qual já era conhecida e razoavelmente difundida no Brasil bem antes de sua reapresentação como positivista inclusivo. Com uma rápida consulta à Plataforma OASIS do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT), é possível perceber que, enquanto trabalhos sobre as teorias de Waluchow e Coleman não somam uma dezena, há mais de cinquenta trabalhos dedicados à obra de Joseph Raz. Essa diferença talvez possa ser explicada pelo fato de que muitos juristas brasileiros que consideram essencial a relação entre direito e moralidade se aproximaram, predominantemente, das teorias não-positivistas de Dworkin e Alexy, os quais possuem ampla influência na academia nacional. Com isso, parece ter restado pouco espaço para o positivismo jurídico inclusivo.

Assim, tendo em vista que a Constituição brasileira de 1988 manifesta uma forte dimensão axiológica, analisar esse debate pode contribuir para fazer avançar a compreensão teórica sobre a normatividade dos princípios constitucionais, a função da jurisdição constitucional e os limites da discricionariedade judicial. Por isso, a apresentação aqui proposta não pretende encerrar a discussão, mas sim estimular a reflexão crítica e o aprofundamento do tema no ambiente acadêmico nacional.

Referências

- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Wilfrid E. Rumble (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995. (Publicado originalmente em 1832).
- BIX, Brian H. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 12, n. 1, p. 17-33, 1999.
- COLEMAN, Jules L. Beyond Inclusive Legal Positivism. **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 359-394, 2009.
- COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle**: In defence of a pragmatist approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CULVER, Keith. Leaving the Hart-Dworkin debate. **The University of Toronto Law Journal**, v. 51, n. 4, p. 367-398, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 1, p. 1-37, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FLANAGAN, Brian, DE ALMEIDA, Guilherme. Lawful, but not Really. The Dual Character of the Concept of Law. **Law and Philosophy**, v. 43, p. 507-548, 2024.
- GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. "Legal Positivism". In: ZALTA, Edward N. (ed.). **Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2019 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> Acesso em: 13 ago. 2025.
- HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.
- HART, Herbert L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HIMMA, Kenneth Einar. Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism. **Law and Philosophy**, v. 24, n. 1, p. 1-45, 2005.

HIMMA, Kenneth Einar. The Logic of Showing Possibility Claims. A Positive Argument for Inclusive Legal Positivism and Moral Grounds of Law. **Revus**, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, n. 23, p. 77-104, 2014.

JIMÉNEZ CANO, Roberto M. Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). **Isonomía**, n. 39, p. 83-126, 2013.

MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth E.; SHAPIRO, Scott J. (eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 104-124.

MORESO, José Juan. In defense of inclusive legal positivism. **Diritto & questioni pubbliche**, v. 1, p. 99-119, 2001.

MORESO, José Juan. Positivismo jurídico contemporáneo. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015, v. 1, p. 177-206.

ORMELES, Vinicius Fernandes. Princípios jurídicos e realidade normativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 393-413, 2012.

PRIEL, Dan. Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 4, p. 675-696, 2005.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. New York: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. (Publicado originalmente em 1979).

SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin Debate**: a short guide for the perplexed. March 5, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657> Acesso em: 11 fev. 2023.

SHAPIRO, Scott J. Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake? **Ratio Juris**, v. 22, n. 3, p. 326-338, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. O debate entre Hart e Dworkin: a controvérsia acerca da existência de divergências teóricas sobre o direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 70, p. 307-332, jan.-jun. 2017.

ORMELES, Vinicius Fernandes. O debate entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo: uma introdução. **Revista Inova Jur**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. G1-G20, jul./dez. 2025.

STAVROPOULOS, Nicos. The Debate that never was. **Harvard Law Review**, v. 130, p. 2082-2095, 2016.

VAN DER BURG, Wibren. Essentially ambiguous concepts and the Fuller-Hart-Dworkin debate. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, v. 95, n. 3, p. 305-326, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALUCHOW, Wilfrid J. Authority and the practical difference thesis: A defense of inclusive legal positivism. **Legal Theory**, v. 6, n. 1, p. 45-81, 2000.

WOODBURY-SMITH, Kara. Inclusive Legal Positivism. In: SELLERS, Mortimer; KIRSTE, Stephan (eds.). **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Dordrecht: Springer, 2018. p. 1-7.

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE
MINAS GERAIS**

REVISTA INOVA JUR

v. 4, n. 2

Jul./Dez.

2025

ISSN: 2965-6885