



CURSO DE DIREITO

PEDRO DE CASTRO ARRAIS

**O RELATIVISMO DE PROTÁGORAS COMO PRESSUPOSTO REMOTO PARA O
POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: POSITIVISMO NÃO INCLUSIVO E
POSITIVISMO INCLUSIVO**

FORTALEZA

2021

PEDRO DE CASTRO ARRAIS

**O RELATIVISMO DE PROTÁGORAS COMO PRESSUPOSTO
REMOTO PARA O POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: POSITIVISMO
NÃO INCLUSIVO E POSITIVISMO INCLUSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em (nome
do curso de Direito) da Faculdade Ari de
Sá.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Tavares
Cavalcanti Liberato

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A773o Arrais, Pedro de Castro.

O relativismo de Protágoras como pressuposto remoto para o positivismo contemporâneo: positivismo não inclusivo e positivismo inclusivo / Pedro de Castro Arrais. – 2021.

46 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Me. Prof. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

1. Relativismo. Protágoras. Teoria Pura Do Direito. Kelsen. Positivismo Contemporâneo. Moral. I.
Título.

CDD 340

PEDRO DE CASTRO ARRAIS

**O RELATIVISMO DE PROTÁGORAS COMO PRESSUPOSTO REMOTO PARA O
POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO: POSITIVISMO NÃO INCLUSIVO E
POSITIVISMO INCLUSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em (nome
do curso de Direito) da Faculdade Ari de
Sá.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Tavares
Cavalcanti Liberato

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me./Dr. (Nome do Orientador(a))
Faculdade Ari de Sá

Prof. Me./Dr. (Nome do Avaliador Externo)
Nome da Faculdade/Universidade do Avaliador 1

Prof. Me./Dr. (Nome do Avaliador Externo)
Nome da Faculdade/Universidade do Avaliador 2

Dedico esta monografia à minha família, orientador e principalmente esposa por ter me dado todo o apoio necessário para que eu chegasse aqui.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato por todos os ensinamentos, pela condução deste trabalho.

A Faculdade Ari de Sá e seu magnifico corpo docente pelos cinco anos memoráveis de muito aprendizado que desfrutei.

Ao meu pai, que sempre esteve ao meu lado me apoiando incondicionalmente.

A minha esposa e companheira de vida, Ana Luiza, por acreditar, torcer por mim e não medir esforços para que eu alcance meus objetivos.

Aos meus filhos, razões do meu viver.

A vida, por todo seu esplendor que inebria, mas não menos solene, por toda a dor que excrucia, transmudando essa mesma vida em sabedoria.

No momento em que realmente nos decidimos, então o universo começa a agir também. Todo tipo de coisa começa a ocorrer, coisas que não ocorreriam normalmente, mas que acontecem porque você tomou a decisão. Uma série de eventos flui dessa decisão, levantando a nosso favor todo tipo de imprevistos, encontros e assistência material que nenhuma pessoa no mundo poderia planejar que ocorresse na sua vida. Seja lá o que você possa fazer, ou tenha o sonho de fazer: comece. O arrojado tem

dentro de si inteligência, poder e mágica. Então
comece agora

Quando uma criatura humana desperta para um
grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua
alma, todo o universo conspira a seu favor”.
(Goethe)

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como escopo investigar as origens e formação do relativismo protagórico, bem como qual a sua contribuição na construção do positivismo contemporâneo. Examinou-se também, como a teoria pura do direito de Kelsen parte da perspectiva do relativismo para a compreensão do direito como fenômeno social. E por fim, intencionou-se perscrutar qual o dilema do positivismo contemporâneo em sua relação com a moral. A metodologia utilizada foi de caráter teórico-bibliográfica, pois tratou do tema pesquisado, ou seja, o Relativismo de Protágoras como Pressuposto Remoto para o Positivismo Contemporâneo, com base em pensadores específicos. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa foi pura, pois teve como intento ampliar a base do conhecimento científico acerca do tema. No que tange à finalidade, a pesquisa se demonstrou exploratória, uma vez que propôs uma hipótese acerca da teoria do relativismo protagórico como pressuposto remoto para o positivismo contemporâneo, e buscou a sua comprovação. Quanto à abordagem, a pesquisa classifica-se como qualitativa, pois tem como premissa a compreensão e a interpretação do tema, com atribuição de significado aos dados obtidos.

Palavras-chave: Relativismo. Protágoras. Teoria Pura Do Direito. Kelsen. Positivismo Contemporâneo. Moral

ABSTRACT

This monographic work aimed to investigate the origins and formation of protagorical relativism, as well as its contribution to the construction of contemporary positivism. It was also examined how Kelsen's Pure Theory of Law departs from the perspective of relativism for the understanding of law as a social phenomenon. And finally, it was intended to investigate the dilemma of contemporary positivism in its relationship with morality. The methodology used was theoretical-bibliographic in nature, as dealt with the researched theme, that is, Protagoras' Relativism as a Remote Assumption for Contemporary Positivism, based on specific thinkers. As for the use of the results, the research was pure, as it was intended to broaden the base of scientific knowledge on the subject. Regarding the purpose, the research proved to be exploratory, as it proposed a hypothesis about the theory of protagorical relativism as a remote assumption for contemporary positivism, and sought to prove it. As for the approach, the research is classified as qualitative, as it is premised on the understanding and interpretation of the theme, assigning meaning to the data obtained.

Keywords: Relativism. Protagoras. Pure Theory of Law. Contemporary Positivism. Moral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PROTÁGORAS E SEU RELATIVISMO: AS RAÍZES DO "HOMEM MEDIDA"	15
2.1 Origens e Formação De Protágoras: O tempo dos sofistas	15
2.1.1 A formação da doutrina do "Homem como Medida de Todas as coisas"	19
2.1.1.1 Críticos e herdeiros da tradição relativista de Protágoras	22
3 A FORMAÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SEUS VÍNCULOS COM O RELATIVISMO	26
3.1 O POSITIVISMO KELSENIANO E SEU CONTESTO HISTÓRICO: A DISPUTA PELA CIENTIFICIDADE DO DIREITO	26
3.1.1 A formação da "teoria pura do direito"	28
3.1.1.1 A análise estrutural do direito como espaço de relativismo substantivo acerca do conteúdo das normas jurídicas	31
4 O POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO E SEU DILEMA: POSITIVISMO INCLUSIVO OU POSITIVISMO NÃO INCLUSIVO	34
4.1 Do Positivismo Kelseniano ao Positivismo de Hebert Hart: A base para a formação do dilema acerca do papel da moral ante o direito	35
4.1.1 O positivismo não inclusivo e seus contornos	38
4.1.1.1 Positivismo inclusivo e seus contornos	39
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O relativismo é definido como a corrente filosófica onde as verdades, os valores, os costumes variam de época a época, de sociedade a sociedade, assim como no interior das mesmas, de classe a classe, de grupo a grupo social, de etnia a etnia (QUEIROZ, 2011). O relativismo atesta, portanto, que os pontos de vista não têm uma verdade absoluta ou validade intrínsecas, mas eles têm apenas um valor relativo, subjetivo, e de acordo com diferenças na percepção e consideração. Essa corrente de pensamento teve em seus primórdios, como principal corifeu, o sofista grego, Protágoras de Abdera. Sua teoria baseava-se na premissa de que o homem é a referência de tudo. Dizia: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são” (WOODRUFF, 2015, p. 42).

A principal implicação deste axioma, é que a crença é subjetiva e relativa. O positivismo jurídico atingiu seu apogeu no início do século XX. Uma das principais obras sobre o positivismo jurídico, a “Teoria Pura do Direito”, foi escrita pelo filósofo do direito austríaco Hans Kelsen. Para Kelsen (2000) o direito deveria ter uma função meramente descritiva sendo entendido como norma despida de qualquer concepção social ou de valores (valores, para o referido pensador, são objeto de estudo da Sociologia, Psicologia e Filosofia). O positivismo jurídico contemporâneo em busca de uma solução para o dilema acerca do papel da moral ante o direito, acabou por se dividir em duas correntes teóricas, quais sejam: positivismo jurídico exclusivo e positivismo jurídico inclusivo. Diante do contexto supracitado, formula-se a seguinte pergunta: qual a contribuição do relativismo de Protágoras na construção do positivismo contemporâneo?

O presente trabalho tem como escopo investigar as origens e formação do relativismo protagórico, bem como qual a sua contribuição na construção do positivismo contemporâneo. Examinar-se-á também, como a teoria pura do direito de Kelsen parte da perspectiva do relativismo para a compreensão do direito como fenômeno social. E por fim, intenciona-se perscrutar qual o dilema do positivismo contemporâneo em sua relação com a moral.

Esta pesquisa tem caráter teórico-bibliográfica, pois trata do tema pesquisado, ou seja, o Relativismo de Protágoras como Pressuposto Remoto para o Positivismo Contemporâneo, com base em pensadores específicos. Quanto à utilização dos

resultados, a pesquisa será pura, por ter como intento ampliar a base do conhecimento científico acerca do tema. No que tange à finalidade, a pesquisa é exploratória, uma vez que propõe uma hipótese acerca da teoria do relativismo protagórico como pressuposto remoto para o positivismo contemporâneo, e busca a sua comprovação. Quanto à abordagem, a pesquisa classificar-se-á como qualitativa, pois tem como premissa a compreensão e a interpretação do tema, com atribuição de significado aos dados obtidos.

2 PROTÁGORAS E SEU RELATIVISMO: AS RAÍZES DO "HOMEM MEDIDA"

Neste capítulo, examinam-se as origens e formação de Protágoras, observando o contexto social e político em que se inseria, bem como a sua doutrina e legado do “*homem-mensura*”.

Por conseguinte, passar-se-á a análise dos críticos e sucessores do relativismo protagórico, como também, sua conexão com o realismo e positivismo posterior.

2.1 ORIGENS E FORMAÇÃO DE PROTÁGORAS: O TEMPO DOS SOFISTAS

A princípio, se faz necessário entender as circunstâncias em que Protágoras se inseria, dito isso:

Na Grécia do século V a.C. ocorreram, em muitos aspectos da sociedade, mudanças e transformações importantes. Do ponto de vista econômico, os gregos vivenciaram uma rica produção sem precedentes da agricultura, da indústria e do comércio; iniciaram um programa de restauração dos templos e dos prédios, antes destruídos pela grande guerra entre gregos e persas, as Guerras Médicas. Já por meados do séc. V. a.C. um estado de polarização entre atenienses e espartanos recrudescia em meio à guerra, momento histórico que ficou marcado como a Guerra do Peloponeso (SANTOS, 2017, p.6).

Ressalta-se que dentro desse contexto histórico-político:

No século V a.c., no período compreendido entre as guerras persas (490 a 480-479 a.c.) e a derrota de Atenas na guerra do Peloponeso (404 a.c.), a cultura helênica atingiu seu máximo esplendor e, ao mesmo tempo, a democracia foi implantada com êxito na maior parte das cidades-Estados. Esta realização, numa época distanciada somente por uma ou duas gerações do pensamento primitivo, mágico-animista, que ainda predominava em Heráclito, sempre causou a maior admiração nas pessoas. No domínio da arte, da literatura, da ciência e da filosofia, esse povo, pouco expressivo numericamente, produziu obras que se constituiriam paradigmas dos séculos vindouros. Aqui nos interessa, somente, um aspecto dessa época culturalmente explosiva: a abolição das crenças mágico-religiosas, o abandono da crença no absoluto e eterno em matéria de conhecimento e moral, a fundamentação de um ponto de vista científico baseado na relatividade de toda apreensão racional e a evolução de uma nova moralidade segundo amplas linhas humanistas. Tudo isto se encontra intimamente conectado entre si (ROSS, 2007, p. 273-274).

Ainda no que concerne às mudanças sociopolíticas da época:

A crise da aristocracia comportou também a crise da *areté* antiga, dos valores tradicionais. A crescente afirmação do *demos* e o alargamento em círculos mais vastos da possibilidade de acesso ao poder fizeram desmoronar a convicção de que a *areté* estivesse ligada ao nascimento, isto é, que as

peças nascessem virtuosas, e não se tornassem tais, e pôs em primeiro plano o problema de como se adquire a 'virtude política'. A ruptura do estreito círculo da *polis* e o conhecimento de hábitos opostos, usos e leis deviam constituir a premissa do relativismo, produzindo a convicção de que aquilo que era considerado eternamente válido fosse pelo contrário privado de valor em outros ambientes e circunstâncias. Os sofistas souberam captar de modo perfeito as instâncias da época conturbada em que viveram, e tiveram condições para explicitá-las, dando-lhes forma e voz. Isso explica por que angariaram tão grande sucesso, sobretudo entre os jovens: eles respondiam às reais necessidades do momento e ofereciam, a quem já não estava mais satisfeito nem com os valores tradicionais nem com as formas e modos com que eram propostos, a novidade que esperavam (REALE, 2017, p. 72).

Santos (2017) diz que, era preciso uma educação (que passou a ser de certo modo "complementar" à tradicional) que capacitasse o cidadão a dominar muitos assuntos e a discursar bem. O requisito da educação (*paideia*) desse período era o conhecimento capaz de preparar o cidadão para participar na vida política. Nesta concepção Santos (2017, p. 15) afirma que:

[...] na segunda metade do séc. V a.C., afloraram no território ateniense e nas demais democracias gregas os sofistas, chamando a atenção do povo com suas exposições públicas. Onde é afirmado por Platão que os sofistas passavam de cidade em cidade, para comercializar seus ensinamentos (Apologia de Sócrates); ainda diz que esse ofício de sofista era muito arriscado, pois um sofista precisava viajar para grandes cidades, que, muitas vezes, lhes eram hostis (Protágoras); o que acabava resultando na expulsão deles (Menon). Apesar disso, nem todos eram estrangeiros, pois alguns eram cidadãos.

Neste sentido, Castilho (2019, p. 45-46) observa um forte traço de ceticismo na formação dos sofistas, por oposição aos pré-socráticos, os quais buscavam respostas definitivas sobre a natureza das coisas; para aqueles, por outro lado, as construções humanas sobre verdade, moral e justiça pouco se sustentavam em bases transcendentais, apresentando-se mais próximas de construções culturais:

Enquanto os pré-socráticos queriam entender a natureza das coisas, os sofistas discutiam as convenções que o homem, em sociedade, havia estabelecido. Para esses pensadores, verdade, moral, justiça e todos os demais preceitos sociais não passavam de invenções humanas. Em outras palavras, não seriam coisas verdadeiras, mas apenas juízos sobre as coisas. Diga-se, em defesa deles, que consideravam que os pré-socráticos se ocupavam de assuntos irrelevantes para o dia a dia dos cidadãos, e por isso buscavam analisar temas de maior aplicação na vida prática das pólis (CASTILHO, 2019, p.45-46).

Destarte, com a mudança social que então era observada, a noção de que o direito seria um conjunto de normas que os deuses haviam enunciado, para

organização da polis, passou a ser questionada. Passaram, assim, a pregar a responsabilidade do homem no cumprimento do que fosse realmente justo, ou seja, a dike. Segundo Nader, (2018, p.151):

Com o aparecimento dos sofistas houve um giro copernicano na filosofia grega, que abandonou as investigações cosmológicas em prol de indagações centralizadas no homem, iniciando-se a fase antropológica da Filosofia. Os sofistas eram cidadãos cultos, bons oradores, que desejavam ensinar a arte e a técnica política e por isso dedicavam especial atenção à Retórica, visando ao preparo de novos dirigentes. Outro fato que motivava os sofistas e valorizava as suas orientações era a circunstância de que, na Ágora, os cidadãos expunham oralmente, diante dos juízes, as suas próprias causas. Os sofistas não chegaram a formar uma escola, pois não adotaram uma linha única de pensamento, embora convergissem seu estudo para idêntico alvo: o homem e seus problemas psicológicos, morais e sociais.

Nesse diapasão, os sofistas surgem a propósito de satisfazer um novo requisito importante para qualquer cidadão com objetivos políticos: basicamente, a obtenção do conhecimento prático da política e da arte retórica. Ensinavam a argumentar com propriedade sobre qualquer assunto, daí a necessidade de um conhecimento enciclopédico, pois quem conhecesse bem variados assuntos teria certa propriedade para falar sobre qualquer tema em questão. Propunham também ensinar a virtude, ou melhor, a ser virtuoso, conceito este que corresponde ao ideal aristocrático, que é a, isto é, ser nobre, belo e bom.

Saber defender os próprios interesses, saber discursar de modo eloquente e ser persuasivo, quando necessário, eram ferramentas fundamentais que os sofistas conheciam e dominavam bem o suficiente para ensiná-las em troca de dinheiro. Havia essa demanda proporcionada pela democracia: especializar-se na arte retórica e no conhecimento de caráter moral e cívico era preciso para participar ativamente do regime democrático (SANTOS, 2017).

É importante salientar, que os sofistas não foram apenas pessoas que comerciavam seus conhecimentos como professores e oradores. Também desenvolveram teorias filosóficas a respeito da vida do homem em sociedade. O fator positivo dos sofistas – o que de longe supera a sua infâmia de “vendedores de conhecimento” – é que representaram a diversidade, propiciada por uma grande mudança social que se operava na cidade de Atenas (e, de resto, em toda a Grécia). Mais que tudo, esses filósofos foram os primeiros a apresentar a ideia de que o destino

do homem está nas mãos do próprio homem, contribuindo inclusive para a construção e consolidação da democracia grega (CASTILHO, 2019).

Nesse mesmo sentido, Dario Antiseri e Giovanni Reale (2017, p.71) fazem uma análise acurada acerca do “legado sofístico”:

Com efeito, os sofistas provocaram autêntica revolução espiritual, deslocando o eixo da reflexão filosófica da *physis* e do cosmo ao homem e àquilo que concerne à vida do homem como membro de uma sociedade e, portanto, centralizando seus interesses em ética, política, retórica, arte, língua, religião, educação, ou seja, naquela que hoje chamaríamos a cultura do homem. Portanto, é exato afirmar que, com os sofistas, inicia-se o período humanístico da filosofia antiga.

Decerto a figura humana de múltiplas funções que rigorosamente correspondia ao sofista, o estereótipo do profissional remunerado do conhecimento que combinava numa só pessoa o professor, o orador, o advogado, o magistrado, o diplomata, desvaneceu no tempo. Os sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles foram responsáveis em obliterar a relevância sofística do mundo grego, nesse sentido, Ross, (2007, p. 269) destaca:

É possível seguir o desenvolvimento que vai desde uma primitiva concepção mágico-mítica do direito até uma florescente atitude humanista e científica que teve sua mais notável expressão nos círculos dos sofistas durante o período de grandeza de Atenas no século V a.c. É significativo o fato desse desenvolvimento ter encontrado seu paralelo na transformação da primitiva comunidade cênica em democracia. Entretanto, assim como a liberdade política não pôde se conservar, tampouco perdurou a liberdade de pensamento. Os sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles significaram uma reação fatal. Nestes dois homens todas as forças se uniram para reforçar a crença minguante no absoluto numa ordem cósmica e moral do mundo.

Dessa maneira, com o passar do tempo, o sofista foi decomposto em mais de um indivíduo e mais de um profissional, embora possa ser excepcionalmente encontrado em sua completude. Se um professor conferencista, um jurista, um ministro de estado são parcialmente sofistas, ao se imaginar um professor e/ou advogado que ingressa na carreira política, nela ocupa cargos ascendentes e termina como embaixador, teremos simultaneamente, mas ao menos cumulativamente no tempo, *quase* um sofista. Assim, como em boa medida também, o *sofista* representa o paradigma do advogado ocidental, além de constituir sua origem institucional (ROSS, 2007).

Foi nesse contexto supramencionado que “Protágoras” surgiu. Protágoras nasceu, em Abdera, no nordeste da Grécia, possivelmente, em 492 a.C., dois anos antes da invasão das tropas do rei Dario, da Pérsia (atual Irã), na Magna Grécia. Viveu

até 422 a.C. Sua existência tem algo de lendária, mas de acordo com referências de Aristóteles, que escreveu a obra intitulada de: Sobre a educação, teria vindo de família modesta, tendo, inclusive, desempenhado funções de auxiliar em estabelecimentos de transporte de cargas. Chegou a ser amigo íntimo do dirigente ateniense Péricles, que o chamou para escrever a constituição de Thurii. Protágoras escreveu duas obras importantes, como observado por Castilho (2019, p. 46-47)

Na primeira, as antilogias, trata da natureza recíproca dos contrários (visível e invisível, crença e descrença), o que o levou a duvidar da existência de um ser divino. No livro seguinte, A verdade, afirma que o homem é que devia ser o centro de todos os contrários. Por causa disso, foi expulso de Atenas e suas obras foram queimadas.

Aponta-se, a propósito, que tendo sido acusado de impiedade, tais obras tenham sido queimadas em praça pública, restando, apenas, poucos fragmentos e o quanto se encontra sobre (nem sempre a partir de uma perspectiva “amigável”) Protágoras em outros autores, como Platão.

Protágoras defendia o agnosticismo. Diz a lenda que foi posteriormente acusado de impiedade e que seus livros acabaram queimados em público. Apenas fragmentos de seus textos sobreviveram, embora Platão, em seus diálogos, trate detalhadamente das concepções de Protágoras. Acredita-se que ele viveu até os setenta anos, mas a data e o local exatos da sua morte são desconhecidos (VV.AA., 2016, p. 43).

Lançadas vistas sobre o contexto de origem do pensamento protagórico, deve-se avançar com a análise de sua doutrina do “Homem como medida de todas as coisas.

2.1.1 A Formação da Doutrina do “Homem como Medida de Todas as Coisas”

É importante destacar que nenhuma obra escrita por Protágoras chegou à sociedade em sua integridade e delas restaram apenas fragmentos preservados por doxógrafos, filósofos e historiadores que nos mostram sínteses do pensamento do sofista, testemunhos, relatos e supostas citações literais de suas obras. No entanto, pelo que se depreende, tendo por base, em boa medida, os “Diálogos Platônicos”, o pensamento de Protágoras se mostra extremamente coerente na sua doutrina.

Dito isso, com relação a doutrina de Protágoras, Ross, (2007, p. 274) certifica:

Protágoras ensinou *skepsis* - *skepsis* no conhecimento e na moralidade - resumida na fórmula: 'o ser humano é a medida de todas as coisas'. Porém, é imperioso lembrar que o conhecimento em relação ao qual Protágoras era cético era aquele que até então fora a meta dos filósofos: 'a percepção absoluta do imutável'; e que a moral em relação à qual era cético era a lei absoluta, a validade divina. Protágoras se deu conta da inutilidade [e fatuidade] das tentativas dos filósofos de conhecer a essência absoluta da existência e das coisas e ensinou que todo conhecimento reside na percepção de nossos sentidos e é, por conseguinte, necessariamente relativo e individual.

Nesse sentido, como observa Salgado (2014, p. 418), o pensamento protagórico não se ocupa com a cogitação de essências, trazendo uma preocupação de maior pragmatismo com o fito em alcançar respostas para desafios imediatos:

Sua preocupação primeira não é dizer o que existe, na sua essência, ou o que não existe, com pretensão ontológica, mas como se dá o conhecimento comumente e cientificamente, segundo uma perspectiva gnosiológica, especificamente o da *techné política*. Desde o início adverte que o objeto de seu estudo é a prudência, entendida como virtude do decoro e da justiça. Não lhe interessa imediatamente investigar a natureza ou o cosmos, embora o fizesse. A ele, Protágoras, interessava saber o que torna possível a sociedade política e sua conservação e como ensinar as virtudes da justiça e do decoro para que ela possa existir do melhor modo possível. Essas são as virtudes ensináveis, diferentemente das aptidões inatas nos animais. O homem é a medida *prima facie* da comunidade política, pois criada por ele, cuja argamassa são aquelas virtudes.

No *Teeteto*, Platão reproduz o pensamento de Protágoras, que embasa a sua posição com relação à Teologia e à Metafísica, da seguinte forma: O homem é a medida de todas as coisas, das que existem enquanto existem e das que não existem enquanto não existem. Trata-se da conhecida teoria do *homo mensura*. Com o pensamento citado diz-se, introduzido o relativismo e o subjetivismo na teoria do conhecimento, por se entender o homem nesta frase, separadamente, considerado individualmente: "O que é para mim é para mim, o que é para ti é para ti" (a frase é de Platão no *Teeteto*, e não de Protágoras).

A verdade seria substituída pela opinião e esta é medida pelos sábios segundo a utilidade: "Ensino a sagacidade nos negócios públicos e privados". O homem é a medida da realidade. O que aparece ao homem é, o que não aparece não é. Tanto é verdadeiro dizer o doente que o alimento é amargo, quanto dizer o são que é doce. Interessam as percepções úteis e estas são as que produzem os sábios. Assim, "os bons oradores fazem parecer como justas à cidade as coisas úteis". A mesma

concepção se dá no campo estético, já que nada é absolutamente feio, nem absolutamente belo (SALGADO, 2014, p.414).

Com relação a doutrina de Protágoras, nas palavras de Dario Antiseri e Giovanni Reale (2017, p. 74):

A proposição basilar do pensamento de Protágoras é o axioma seguinte: 'O homem é a medida de todas as coisas, das que são por aquilo que são e das que não são por aquilo que não são' (princípio do *homo mensura*). A 'medida' da qual fala Protágoras é a 'norma de juízo', e as coisas são todos os fatos e as experiências em geral. O axioma, tornado celeberrimo, foi considerado, e efetivamente é, como que a *magna charta* do relativismo ocidental. De fato, com esse princípio Protágoras pretendia negar a existência de um critério em condições de discriminar ser e não ser, verdadeiro e falso. Critério é somente o homem, cada homem: 'Como cada uma das coisas parecem para mim, tais são para mim, como a ti, tais para ti'. Esse vento que sopra, por exemplo, é frio ou quente? A resposta, permanecendo no critério protagórico, é esta: 'Para quem sente frio é frio, para quem não, não'. E então, se assim é, ninguém está no falso, mas todos estão no verdadeiro (no seu verdadeiro).

Essa linha de pensamento apresentava-se de grande utilidade para os debates no plano político e jurídico, o que logo fez com que alcançasse certa 'popularidade' e fosse ofertado com muito menos rigor do que as formações em escolas filosóficas:

Protágoras ensinava legislação e retórica para qualquer um que pudesse pagar. Seus ensinamentos eram objetivos e preparavam alguém para debater e ganhar uma causa, em vez de provar um ponto de vista; mas ele conseguia ver as implicações filosóficas do que ensinava. Para Protágoras, todo argumento tem dois lados e ambos podem ser válidos. Ele afirmou que podia 'transformar' o argumento mais fraco em mais forte, provando não o valor do argumento, mas a persuasão de seu proponente (VV.AA., 2016, p. 42).

Dessa forma, reconheceu que a crença é subjetiva: o homem, mantendo um ponto de vista ou opinião, é que dá a medida de seu valor. Esse estilo de raciocínio, comum na justiça e na política daquele tempo, era novo na filosofia. Ao colocar seres humanos em seu centro, seguiu a tradição de retirar a religião do argumento filosófico e mudou o foco da filosofia: da compreensão da natureza do universo para a investigação do comportamento humano (REALE, 2017).

Protágoras voltou-se principalmente para questões práticas. Especulações filosóficas sobre a substância do cosmos ou a existência dos deuses soam sem sentido para ele, que considerava tais coisas incognoscíveis (VV.AA., 2016, p. 42).

Para Protágoras tudo é relativo: não há um "verdadeiro" absoluto e sequer há valores morais absolutos: "O que é certo para mim, pode não ser para ti". Isso levou

Protágoras a rejeitar a existência de definições absolutas de verdade, justiça ou virtude. Acerca de sua doutrina e sua conflitualidade com a filosofia, salienta-se: Para Protágoras, nada é inerentemente bom em si mesmo. Algo é ético ou certo apenas porque uma pessoa (ou sociedade) o julga assim.

Ainda no tocante a sua doutrina, vale destacar algumas contribuições do eminente sofista no campo jurídico. Desenvolveu no Direito relevantes importantes doutrinas sobre a responsabilidade e a pena. Nesse particular, sua teoria da pena como reeducação do cidadão mostra excepcional avanço com relação não só ao seu tempo, mas também no que diz respeito à evolução do Direito Penal nesse aspecto, a permitir ter ele chegado a uma concepção da responsabilidade ou culpabilidade limitada às pessoas numa época em que se discutia se podia ser imputada também a seres irracionais e até mesmo a inanimados (SALGADO, 2014).

Protágoras foi o mais influente de um grupo de professores itinerantes de legislação e retórica que se tornou conhecido como sofistas (do grego *sophia*, sabedoria). Sócrates e Platão ridicularizaram os sofistas como meros retóricos, mas com Protágoras a ética avançou significativamente rumo à visão de que não há absolutos e de que todos os julgamentos, incluindo os morais, são subjetivos (VV.AA., 2016, p. 43).

2.1.1.1 Críticos e herdeiros da tradição relativista de Protágoras

Talvez o maior crítico de Protágoras, bem como dos sofistas em geral, tenha sido Platão. Em seus diálogos desfere duros golpes contra o movimento *sofístico*, acusando-os de sublevação do pensamento grego da época. Entre as críticas do “mestre da academia”, é possível destacar, segundo Bini (2007, p. 20):

Não sustentam nem defendem nenhuma doutrina que vise à verdade, pois para eles nem a verdade nem a falsidade existem – tudo o que existe são opiniões individuais particulares e, nesse caso, todas verdadeiras, uma vez que o conceito universal de verdade é inconcebível; a função precípua da retórica praticada pelos sofistas é persuadir o interlocutor, o opositor, o público ou o júri, de uma opinião particular qualquer, de preferência daquela do próprio sofista, ou de seu discípulo ou cliente que melhor o remunere; o sofista é, com frequência, um estrangeiro oportunista itinerante, cujo interesse é acumular fortuna, prestígio e poder em Atenas; como não se baseia no rigor dos conceitos e na observação da verdade, o discurso do sofista é elaborado sem compromisso com a verdade, o que lhe faculta recorrer a raciocínios capciosos e mesmo falhos e falsos. Resultado: o sofista é um hábil e sutil embusteiro; o sofista tende a reduzir a retórica à erística, ou seja, o embate de proposições antagônicas pelo mero embate, posto que a consecução de uma verdade universal, ou sequer um consenso, não é

contemplada; o sofista é incapaz de participar do debate dialógico, pois sempre é demolido ou reduzido à perplexidades pela dialética; o sofista nem sequer possui efetivamente tantos conhecimentos amplos e profundos que, na sua vaidade ou prepotência, alardeia.

No entanto, é pertinente consignar que as críticas desferidas em desfavor dos sofistas, principalmente contra Protágoras, partiram exclusivamente de seus opositores, nesse sentido:

Poder-se-ia quase defini-los como professores particulares de retórica. Logo granjearam a reputação de imorais e intelectualmente desonestos, o que ainda hoje se vincula à palavra *sofística*, o que, entretanto, é um erro facilmente dissipável se atentarmos para o fato de que nosso conhecimento das doutrinas dos sofistas provém exclusivamente das descrições dos seus adversários mais cáusticos, especialmente Platão. Os críticos da moral e das doutrinas absolutistas sempre foram estigmatizados por seus opositores como imorais e perigosos para a civilização. No que diz respeito a isso, os sofistas não tiveram melhor sorte que os adeptos da filosofia empirista de nossos dias, os quais têm submetido nossas ideias morais a um exame crítico (ROSS, 2007 p.274).

A maioria das fontes antigas atestam que os sofistas foram professores que cobravam por seus ensinamentos. Segundo Xenofonte (*Memoráveis*, I, 6, 13), aqueles que vendem sua sabedoria por dinheiro “chamam-lhes sofistas” e chega a qualificá-los, por venderem sabedoria (σοφία), de prostitutas (πόρνος). Já Aristófanes, referindo-se a eles numa passagem de sua comédia *As Nuvens*, diz que, pagando dinheiro aos sofistas, eles ensinavam a vencer com discursos nas causas justas e injustas (SANTOS, 2017).

Em defesa do legado sofístico, que tem como seu maior representante Protágoras de Abdera, Dante Antiseri e Giovanni Reale (2017, p. 71) pontificam:

Por muito tempo, os historiadores da filosofia levaram a sério, além das informações fornecidas por Platão e Aristóteles a respeito dos sofistas, também seus julgamentos, de modo que o movimento sofístico foi geralmente desvalorizado e considerado preponderantemente como momento de grave decadência do pensamento grego. Somente no século passado foi possível uma revisão sistemática desses julgamentos e, conseqüentemente, radical revalorização histórica dos sofistas, e as conclusões tiradas por Jaeger já são compartilhadas por todos: ‘Os sofistas são fenômeno tão necessário como Sócrates e Platão; mais ainda, sem aqueles, estes são totalmente impensáveis’.

Ademais, é possível perquirir a herança deixada pelo pensamento “protagórico”, em sua conexão com as demais correntes de pensamento:

Nesse sentido: “As sensações são o que determina as coisas para o conhecimento e que se dão em nós na sensibilidade. Daí não se pode dizer se os

deuses existem ou não. Não se trata de “sensismo” ou simplesmente de pragmatismo epistemológico ou utilitarismo ético; talvez um fenomenismo no sentido de Kant, evidentemente sem o *a priori* e a transcendentalidade, mas com a crítica ao que está além do fenômeno dado pelos sentidos. O fenômeno da coisa em nós, sem preocupação com a coisa em si, se essa coisa em si é buscada no plano do inteligível apenas (o que está vetado), é que dá sua verdade. Esta nasce da experiência e com a experiência, o que o põe como precursor do realismo aristotélico, sem se estender para uma metafísica no plano puramente inteligível (SALGADO, 2014).

Em uma contribuição do pensamento de Protágoras, ao que viria se tornar o “método científico” moderno, Ross, (2007, p. 275) assim exorta:

Protágoras ensinou que todo conhecimento reside na percepção de nossos sentidos e é, por conseguinte, necessariamente relativo e individual. As coisas são tal como as vemos, mas os seres humanos as veem de maneiras diferentes. Mas o homem cuja mente esteja sã as vê da mesma maneira que outros que se acham na mesma condição. Este é, substancialmente, o ponto de vista da ciência moderna: a relatividade de toda ciência e sua dependência da observação através dos sentidos.

Partindo dessa leitura Gnosiológica, de uma percepção sensível ou da experiência, como única fonte possível de conhecimento, Protágoras pode ser lembrado como o filósofo que cunhou “o empirismo” na teoria do conhecimento, abrindo caminho para toda uma corrente de pensadores posterior.

Ao revés, Platão, em seu *Teeteto*, busca refutar ser possível um conhecimento científico baseado na aparência ou percepção das coisas, pois estas seriam subjetivas. Platão atesta que a *epistème* procura a unidade e a permanência das coisas, não a aparência, mas a essência que se realiza na ideia, o que vai ao encontro de sua “Teoria das Formas”. Talvez essa seja a grande crítica de Platão ao pensamento de Protágoras, inaugurando o “clássico embate” no campo da Teoria do conhecimento: empirismo versus racionalismo.

É de bom alvitre destacar, que Protágoras entendeu a justiça como o que é útil à cidade e o útil à cidade é garantir sua existência e conservação em primeiríssimo lugar, segundo seu pensamento. Dir-se-ia hoje: o que é de interesse público. Fica clara a grande importância da doutrina de Protágoras para a política, inclusive no mundo contemporâneo. Aliás, o conceito de útil na política é que todos estão em pé de igualdade quando se trata de coisas justas e injustas etc., não havendo superioridade de um ou outro indivíduo para aconselhar. O que é justo em primeiro

lugar é garantir a existência da cidade, sem a qual não se pode falar da existência do cidadão.

Por fim, Protágoras pode ser considerado o pensador que antecipou as ideias positivistas da contemporaneidade, sustentando que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral.

3 A FORMAÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SEUS VÍNCULOS COM O RELATIVISMO

O presente capítulo, tratará da construção do Positivismo Kelseniano: de como o Direito era visto como a-científico e como passaria a ser visto como ciência, provida de objeto próprio.

Consequentemente, explora-se a formação da “Teoria Pura do Direito” de Kelsen, bem como uma análise estrutural do Direito como espaço de Relativismo Substantivo acerca do conteúdo das Normas Jurídicas.

3.1 O POSITIVISMO KELSENIANO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO: A DISPUTA PELA CIENTIFICIDADE DO DIREITO

Primeiramente, se faz necessário contextualizar o que vem a ser o positivismo jurídico, assim como suas origens. Desde os tempos imemoriais do código de Hamurabi até a presente era contemporânea, o homem vem codificando suas normas de convívio em sociedade. A busca incessante por regras de conduta que objetivem um ideal de “justiça”, representa fator primordial nas diversas civilizações no decurso da história.

Destarte, o homem precisou de leis para disciplinar a sua própria selvageria e para domar os seus próprios instintos. Com a evolução das sociedades, surgiram as leis e os códigos. Esse impulso histórico para a legislação, desde Hamurabi, conduziu a uma doutrina que hoje é conhecida como positivismo jurídico, doutrina na qual a lei é a fonte exclusiva do direito. Nesse sentido, toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino (BOBBIO, 1995, p. 15).

Quanto a sua origem, a distinção entre positivo e natural, para Bobbio (1995, p.15):

A contraposição entre ‘positivo’ e ‘natural’ é feita relativamente à natureza não do direito, mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*), e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*). O problema que se põe pela linguagem, isto é, se algo é ‘natural’ ou ‘convencional’, põe-se analogamente também para o direito.

Em suma, como observa Castilho (2019, p. 190), “A filosofia positivista rejeita a ideia de que a explicação dos fenômenos naturais ou sociais tenha origem em um só princípio. Em outras palavras, contrariava a visão dominante da época, que considerava Deus, ou a natureza, como causa de todos os fenômenos”. Nesse diapasão, “O direito positivo é um dado da experiência, e, enquanto tal, pode ser compreendido e explicado como fenômeno natural, coerentemente inserto na série dos outros factos da natureza” (DEL VECCHIO, 1979, p. 576).

Ainda com relação a clássica contrariedade entre direito positivo e direito natural, afirma Reale (2002 p. 97): “que ao lado de um direito empírico, baseado na experiência, existe um direito ideal, ou natural, pois inerente à razão, como conjunto de princípios inatos em todos os homens”. Assim, ao revés, para os defensores de um direito empírico (que mais tarde desembocaria no positivismo jurídico), não há ideias ou direitos inatos, bem como todo conhecimento ou direito, partem da experiência. Nesse sentido, também em Reale (2002, p.18). observa-se que:

O direito empírico, aquele que a humanidade vive em casos particulares e concretos e se exprime em leis ou em regras costumeiras, é por sua natureza mutável, variando de lugar para lugar, de época para época. Acima desse direito existiria um tipo ideal de valores jurídicos, como expressão daquilo que é constante, universal na razão humana, sendo correspondente à natureza do homem em sua universalidade. Esta concepção de um Direito Natural é tão antiga como as primeiras cogitações científicas sobre o direito. Se surgiram logo empiristas do direito, também apareceram, paralelamente, racionalistas do direito.

Assim sendo, o direito contemporâneo se divide a partir de duas grandes correntes: o juspositivismo e o jusnaturalismo. Apresentando essa distinção preliminar, Castilho (2019, p. 191) pontua:

O jusnaturalismo acredita que o direito independe da vontade humana, uma vez que é preexistente ao homem e, portanto, não se submete às leis humanas, mas a leis superiores. Os pressupostos do direito são os valores, que ajudam na busca de um ideal de justiça. Por sua vez, o juspositivismo acredita que a vida social deve ser governada por princípios e regras que dependem do povo e do momento histórico que esse povo vive. Por isso mesmo, o direito deve ser flexível, devendo as leis ser alteradas conforme a conjuntura do momento.

Partindo de uma abordagem mais ampla, o positivismo jurídico foi uma reação ao jusnaturalismo dominante nos séculos XVIII e XIX. O direito até o século XIX era visto como a-científico. Nesse contexto, pontifica Bobbio (1995, p.135-136):

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características

das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: O juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: 'O céu é rubro', formulo um juízo de fato; se digo 'este céu rubro é belo', formulo um juízo de valor). A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade. A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade. O positivismo jurídico representa, portanto, O estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor.

Nessa medida, a crítica do positivismo jurídico contra a doutrina do direito natural, de matriz ético-política, se apresenta justamente em uma necessidade deste, de valorar a norma com base no direito ideal (metafísico). Assim, embora o direito houvesse passado a ser visto como ciência, ainda carecia de um método criterioso, bem como de objeto delimitado (próprio).

Destarte, partindo do contexto supramencionado, no início do século XX, o austríaco Hans Kelsen “constitui a mais elaborada e refinada teoria geral do direito” (NADER, 2018) em resposta a esse dilema.

Hans Kelsen nasceu em 1881, na cidade de Praga, atual capital da República Tcheca, que à época pertencia ao Império Austro-Húngaro. Formou-se na Universidade de Direito de Viena. Depois foi professor em Viena, Colônia, Genebra e Praga (CASTILHO, 2019, p. 273).

3.1.1 A Formação da “Teoria Pura do Direito”

O eminente jusfilósofo, já no introito de sua mais célebre obra, procura delimitar o campo de conhecimento do direito, como assim atesta:

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são

estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente. Porém, um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2009, p. 1-2).

Para Kelsen, uma Teoria Pura Do Direito deve, antes de tudo, determinar seu objeto, nesse sentido:

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo 'norma' se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira (KELSEN, 2009, p. 5).

De acordo com Paulo Nader (2018, p. 239):

Ao eleger a norma como *eidós* jurídico, Kelsen pretendeu fazer, na Ciência do Direito, o expurgo de elementos estranhos ao seu objeto. Sob este ângulo, oportuna a sua intervenção, pois coincidiu com um período crítico na história do Direito, em que se lhe negavam, especialmente os humanistas, foro de ciência. Dada a variedade do Direito no tempo e no espaço, faltavam-lhe universalidade e elementos necessários, que forçosamente deveriam integrar qualquer ramo científico. A estas objeções havia respostas na Teoria Pura de Kelsen.

Ao determinar o Direito como “norma”, Kelsen, em sua Teoria Pura, apresenta a distinção entre Direito e as outras ciências da natureza, por meio da passagem do princípio da Causalidade (natureza) para o da Imputação (ciência normativa), como forma de construção do Direito em uma genuína Ciência.

Assim, detalhando a distinção entre “Causalidade” e “Imputação”, Coelho (2011) assinala:

A ciência jurídica, neste sentido, é uma ciência social, do dever ser, em contraste com a ciência da natureza, que é ciência do ser. O direito, desta maneira, é um fenômeno social cujo objetivo é regular a conduta do homem, não se confundido, contudo, com a conduta humana em si, já que esta seria um fenômeno natural. A diferença fundamental está no fato de que o direito não está submetido ao princípio da causalidade, com uma relação de causa e efeito, mas sim, segundo Kelsen, ao princípio da imputação, reflexo de uma relação de condição e consequência, só possuindo esta significação jurídica.

Nesse mesmo sentido para Kelsen, (2009, p. 85), “Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural”. Por fim, o elemento distintivo que se apresenta no âmago da teoria de Kelsen, é a coerção. De onde decorre que a essência do direito só se evidencia quando a regra de direito é violada. Nessa medida, o elemento coerção, consubstanciado em uma sanção, é chave para distinguir uma norma jurídica de uma norma moral:

É, por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social, e porque, com o elemento coação, se toma por critério um fator sumamente significativo para o conhecimento das relações sociais e altamente característico das ordens sociais a que chamamos ‘Direito’ (KELSEN, 2009, p. 60).

Para Kelsen, (2009) o Direito distingue-se de outras ordens sociais, pois a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e - em caso de resistência - mediante o emprego da força física, é o critério decisivo. Em uma brilhante síntese em defesa do legado da “Teoria Pura” de Kelsen, o insigne jusfilósofo dinamarquês Alf Ross (2007, p. 93) pontifica:

A Reine Rechtslehre (Teoria Pura do Direito) é uma conquista singular na moderna filosofia do direito. Distingue-se por sua notável agudeza, dialética brilhante e lógica inexorável. A doutrina de Kelsen, mais do que qualquer outra realização individual, criou uma escola de pensamento e exerceu uma profunda influência na teoria jurídica recentemente. São poucos os filósofos do direito de nosso tempo que, direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, não estão em débito com Kelsen. O poder de inspiração de sua obra não se deve a quaisquer ideias revolucionárias, mas à coerência por meio da qual ele desenvolve as premissas do positivismo jurídico. Estas podem ser formuladas em duas proposições básicas: 1a) o direito é um conteúdo ideal normativo estabelecido mediante atos históricos humanos, mas que em si difere destes; 2a) o direito possui validade por direito próprio, isto é, independentemente de sua concordância com postulados éticos. Sobre estas bases Kelsen desenvolveu sua teoria pura do direito, ou seja, uma teoria independente da sociologia e da ética e da política. A ciência do direito é uma doutrina normativa específica, e não é nem conhecimento da realidade nem direito natural.

Vistas as linhas gerais que orientam a formação da “Teoria Pura do Direito”, observar-se-á, a seguir, o espaço para o trato do relativismo substantivo.

3.1.1.1 A análise estrutural do direito em Kelsen, como espaço de relativismo substantivo acerca do conteúdo das normas jurídicas

Em Kelsen, a norma, objeto precípua de estudo do direito, tem uma função meramente descritiva. “Não é preciso atentar para os efeitos sociais ou para o conteúdo, mas para a sua forma” (KELSEN, 2011, p. 17).

Dessa maneira, o conteúdo da norma é aberto, não cabendo ao direito emitir qualquer “juízo de valor” (essa valoração caberia às outras ciências como sociologia, ética, entre outras) sobre seu conteúdo. Segundo Castilho (2019, p. 275), “A validade do direito, para Hans Kelsen, não está condicionada a valores. Validade (ou vigência) é o termo utilizado para significar que as regras jurídicas são obrigatórias e que os homens devem se conduzir de acordo com o que as normas prescrevem”.

Primordial para uma melhor compreensão acerca do relativismo Kelseniano, se faz, em uma distinção entre “Direito e Moral”. Para Ross (2007, p.90):

O direito e a moral diferem consideravelmente quanto aos seus efeitos na vida social. Visto que o direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que colima a manutenção da paz. Em certo sentido, pode-se afirmar que o propósito do direito é a paz, na medida em que todo ordenamento jurídico, qualquer que seja seu conteúdo, é produtor de paz - embora não passe de paz da prisão. A moral, por outro lado, é um fenômeno individual, podendo com a mesma facilidade arrastar os seres humanos ao conflito ou uni-los. Ideias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos controlável.

Em sua teoria, Kelsen atesta ser inconciliável uma norma moral (campo da Ética) com a norma jurídica (campo da Ciência do Direito), ante a impossibilidade de uma moral “absoluta”, isto é, que seja universalmente aceita, excluindo a possibilidade de qualquer outra, bem como invariável no tempo e espaço. A norma moral é impregnada de um valor relativo, o que por si, afasta sua incidência do direito. Por conseguinte, partindo desse aspecto do “relativismo moral”, exorta o autor:

Se, do ponto de vista de um conhecimento científico, se rejeita o suposto de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular - pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade - e se aceita, por isso, que desse ponto de vista não há uma Moral absoluta, isto é, que seja a única válida, excluindo a possibilidade da validade de qualquer outra; se se nega que o que é bom e justo de conformidade com uma ordem moral é bom e justo em todas as circunstâncias, e o que segundo esta ordem moral é mau é mau em todas as circunstâncias; se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios

entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos - então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas, para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça (KELSEN, 2009, p. 72-73).

Dessa forma, a validade de uma norma jurídica posta, se demonstra independente de uma “moral”, não cabendo ao direito aprovar ou desaprovar seu conteúdo, mas apenas descrevê-la. À vista disso, e partindo de uma análise estrutural do direito em Kelsen, como espaço de relativismo acerca do conteúdo das normas jurídicas, qualquer conteúdo pode vir a ser Direito, pois o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico se dá por meio da *Grundnorm*, como destaca o próprio Kelsen (2009, p. 221):

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.

Importante destacar, que Kelsen não nega que as normas jurídicas sejam elaboradas à luz de valores, mas estes, embora objetivados na ordem jurídica quando de sua posituação, são objetos de estudo das outras ciências sociais. Analisando a presença do relativismo na construção de Kelsen sobre a Teoria Pura do Direito, destaca Braga (2020):

Dentro do espectro do relativismo seria correto classificar Kelsen como um relativista moral subjetivo. Ele faz parte de um grupo de filósofos modernos, entre os quais se destaca David Hume, que acredita que nossos princípios e normas morais estão baseados, em última instância, em desejos e preferências estritamente subjetivos. É isso, aliás, que permite Hume defender que não deveríamos achar que certo e errado são propriedades inerentes às coisas, independentemente de nossa disposição a aprová-las ou desaprová-las. De fato, a defesa do relativismo por parte de Kelsen, passa menos por um atestado histórico ou cultural das diferentes visões éticas e mais por uma constante defesa de que é a existência de uma pluralidade de indivíduos que está no centro da grande variedade de valores morais.

Em defesa de seu positivismo relativista, Kelsen faz uma reflexão crítica acerca da doutrina jusnaturalista:

A circunstância de que este relativismo nos 'deixa em apuros' significa que ele nos obriga a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; significa que esta opção apenas pode ser feita por nós próprios, por cada um de nós, que nenhum outro - nem Deus, nem a natureza, nem ainda a razão como autoridade objetiva - pode fazê-la por nós. E este o verdadeiro sentido da autonomia da moral. Deixados em apuros pelo relativismo sentem-se todos aqueles que não querem tomar para si esta responsabilidade de que desejam alijar-se da escolha pondo-a a cargo de Deus, da natureza ou da razão. Em vão se voltam para o direito natural. Na verdade, quando se trata de efetuar essa escolha ou opção, as diferentes doutrinas do direito natural dão respostas tão variadas e divergentes como o positivismo relativista. Elas não poupam o indivíduo, não o libertam da responsabilidade da escolha. Porém, cada uma destas doutrinas jusnaturalistas dá ao indivíduo a ilusão de que a norma de justiça que ele escolhe ou pela qual opta provém de Deus, da natureza ou da razão, pelo que é dotada de validade absoluta, excluindo a possível validade de uma outra norma de justiça que a ela se oponha ou contradiga - e, por esta ilusão, muitos fazem um total '*Sacrificium intellectus*' (KELSEN, 2011, p. 114-115).

Outro aspecto importante a ser lembrado, diz respeito às contribuições importantes de Kelsen, a partir de seu "relativismo axiológico", em defesa da democracia". Sobre isso, atesta Machado Segundo (2021, p.5-6):

Kelsen considera que por meio da democracia faz-se com que um maior número possível de pessoas determine o conteúdo das normas a que se submeterão, sendo a forma menos imperfeita ou mais adequada de garantir a liberdade a um maior número de pessoas, no âmbito da vida em sociedade. Tudo, repita-se, por conta do relativismo axiológico. Se não há critério objetivo para afirmar a correção de uma concepção de justiça ou a incorreção de outra, todas devem ter espaço na deliberação política, e todas as pessoas devem ter oportunidade de participar da elaboração das normas jurídicas. Esse é um Kelsen que, nas palavras de Miguel Reale, 'anda esquecido'. Um Kelsen que defendeu, é certo, a possibilidade de o Direito ter qualquer conteúdo, sem deixar de ser, por isso, Direito; mas que defendeu, precisamente por conta da impossibilidade de se afirmar a existência de um conteúdo correto, de forma científica, objetiva e neutra, dada a subjetividade e a relatividade dos valores, que estes, os valores, deveriam ser conciliados democraticamente. A democracia não significa, dizia Kelsen, não crer em valores. Mas a democracia significa reconhecer que o valor, no qual eu ponho a minha fé, não exclui o valor admitido por outrem. A tolerância, dizia Kelsen, é o germen e o fundamento da democracia. A democracia é a ordem política que tem por base a equivalência dos valores e a tolerância no exercício do conhecimento teórico e da vida prática.

Destarte, partindo de uma leitura do relativismo Kelseniano, infere-se a conclusão de que todas as concepções de justiça têm igual valor, é superior àquela que dá voz a todas as outras, em um ambiente de liberdade e tolerância.

**4 O POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO E SEU DILEMA: POSITIVISMO INCLUSIVO
OU POSITIVISMO NÃO INCLUSIVO**

Neste capítulo, partindo de uma relação entre Direito e Moral, formular-se-á uma distinção entre o positivismo de Hans Kelsen e o de Herbert Hart. Posteriormente, serão traçados os contornos do positivismo contemporâneo em suas duas vertentes: “Não Inclusivo” e “Inclusivo”. Bem como, qual o papel da moral em cada um.

4.1 DO POSITIVISMO KELSENIANO AO POSITIVISMO DE HERBERT HART: A BASE PARA A FORMAÇÃO DO DILEMA ACERCA DO PAPEL DA MORAL ANTE O DIREITO

Conceitualmente, o positivismo jurídico se baseia na relação entre Direito e Moral. Assim positivistas seriam os autores que negam a necessidade do direito se ligar a moral. Na explicação de Sapucaia (2020, p. 33):

Todos os positivistas defendem a *tese da separação*, de forma mais geral, a tese diz que não há conexão necessária entre o que o direito é, e o direito como deve ser. Numa versão mais precisa, afirma que não há conexão necessária entre validade jurídica e correção jurídica de um lado, e méritos e deméritos morais ou correção moral e incorreção moral de outro lado.

Kelsen e Hart são explícitos ao separar os âmbitos do direito e da moral. Isso fica claro na seguinte passagem de Kelsen (2009, p. 77):

Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.

Nesse mesmo sentido, observando a contribuição de Herbert Hart, Sapucaia (2020, p. 64), destaca:

Como nos leciona Hart, ‘O estudo do seu uso (do direito) envolve o estudo do seu abuso’. Essa nítida separação entre os campos do direito e da moral, destacada pelos positivistas, sejam inclusivos ou exclusivos, abre caminho para uma resposta mais satisfatória em ocasiões nas quais as normas jurídicas colidem fortemente com determinadas concepções morais.

Os fundamentos principais do positivismo jurídico moderno foram lançados em 1950, por Herbert L. A. Hart, no livro *O Conceito do Direito*. Herbert Lionel Adolphus Hart foi um jusfilósofo inglês, nascido em 1907 e falecido em 1994. A principal contribuição dessa obra foi distinguir as regras jurídicas de todas as demais regras sociais, inclusive as morais, embora não exclua totalmente a moral do direito, ao

contrário de seus antecessores como Kelsen (CASTILHO, 2019, p. 273). Nessa linha de pensamento, Castilho (2019, p. 276) assevera que Hart:

Recebeu grande influência de Jeremy Bentham. Dedicou-se ao trato da moral num período crítico da Europa, que foi o pós-guerra, e são famosas as suas polêmicas com juristas de sua época que defendiam o moralismo jurídico. Considera-se que tenha reinventado a filosofia do direito no século XX, combinando a tradição utilitária com a nova filosofia linguística de John Austin e Ludwig Wittgenstein. Assim como Kelsen, Hart se dedicou à questão da moral. Segundo ele as regras morais são distintas das regras jurídicas. Em 1961, teve um famoso debate acadêmico com Hans Kelsen, durante um evento na Universidade da Califórnia, em Berkeley. Hart dedicou-se especialmente à questão da moral. Segundo ele, o sistema jurídico deve ser um sistema lógico e fechado. Dentro dessa ideia, construiu um conjunto de critérios para definir as regras morais e assim diferenciá-las de regras jurídicas. Os critérios são quatro: importância (porque o indivíduo mantém suas regras morais mesmo em situação de pressão social), imunidade à alteração deliberada (ou seja, não há um órgão legislativo que mande modificar a moral), caráter voluntário dos delitos morais (a pessoa sabe que está errando) e forma de pressão moral (que não se manifesta pela ameaça, mas normalmente pelo apelo à própria natureza moral da ação). Um bordão típico do positivismo é de que lei não é moralidade. Hart acreditou ter superado as dificuldades de exagero formal apresentadas na doutrina de Hans Kelsen, propondo que o direito encare a lei como alguém que participa do sistema, e não como um simples observador externo.

Em seu, *O Conceito De Direito*, no introito ao capítulo IX, Herbert Hart explica que entre o direito e a moral há várias relações não se podendo analisar estes dois campos do conhecimento como se houvesse apenas uma única relação envolvida:

Há muitos tipos diferentes de relações entre o direito e a moral, e nada existe que possa ser isolado e estudado como se fosse a única relação entre eles. Ao contrário, é importante distinguir alguns dos muitos significados diferentes da afirmação, ou da negação, de que o direito e a moral se relacionam. Às vezes o que se postula é uma espécie de vínculo que poucos já negaram, se é que alguém o fez; mas a existência indisputável desse vínculo pode ser aceita erroneamente como sinal de uma ligação mais duvidosa ou mesmo confundida com esta. Assim, não se pode negar em sua consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita (HART, 2009, p. 239).

Destarte, para Hart, muitas são as relações existentes entre o direito e a moral e, portanto, seria muito reducionista dizer, como o fez Kelsen de que, devido à distinção da forma de aplicação das normas jurídicas e das normas morais, haveria a obrigação de rejeitar a moral como influência para criação e modificação das leis. Ele diz que não se pode negar que o desenvolvimento do direito se deu ao longo dos

tempos e lugares sob a influência tanto da moral quanto de ideias de grupos específicos (PIMENTEL, 2016).

Apesar de Kelsen ter delimitado o campo de estudo do direito sob o enfoque de ciência jurídica, através de uma espécie de modelo que possa ser identificado quase que na totalidade das sociedades, não se quer dizer que não se possa e não se deva reconhecer o direito como um fenômeno social onde se mostra necessária uma crítica moral às leis com vistas à sua mudança para adequação aos moldes sociais vigentes. Tese defendida pelo jusfilósofo Herbert Hart. Para Hart, no procedimento legislativo, a moral tem o seu papel norteador para que a lei atinja os bons fins. Estes bons fins são aqueles capazes de garantir a paz social e isso se dá através da interpretação das leis aplicada aos casos concretos (PIMENTEL, 2016).

Assim, para Hart, pensar o direito unicamente como ciência jurídica, desconsiderando o direito como fenômeno social tornaria impossível uma crítica moral ao direito com vistas à modificação das normas jurídicas para adequá-las aos moldes sociais vigentes e é com base nesta constatação que Herbert Hart em sua obra *O Conceito de Direito* indica a falha na conceituação de direito como sendo norma seguida de sanção. Pensar o direito aos moldes do juspositivismo faria com que a norma jurídica perdesse sua essencial função que é a de regular a vida social, visando a paz. Uma vez que a sociedade é mutável, não poderia o direito ser imutável já que este serve para regular a vida social. Tendo em vista ainda que a moral, como conjunto de regras de comportamento do cidadão, também rege a vida social, esta precisa ser fonte do direito.

Por conseguinte, partindo do contexto supramencionado, o ponto de inflexão na teoria do direito moderna, foi o *Post script* de Hart, ao fazer com que positivismo jurídico se dirigisse para determinadas concepções conforme as quais os critérios de validade em um sistema jurídico não poderiam estar assentados tão só em fatores escritos de ordem fático (positivismo duro), senão que estariam, também, atravessados pela incorporação de princípios de justiça ou valores morais (positivismo brando). Este particular giro na doutrina de Hart fez surgir, duas formas básicas de positivismo jurídico: o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo (BRASIL). Nesse sentido, Pino (2014, p. 6) destaca:

The shift from standard positivism to post Hartian positivism is captured by a peculiar treatment of both theses. (I will generally define as 'post-Hartian' almost all the varieties of legal positivism that emerged after the heydays of standard positivism – say, from the late 1970s onwards.) Post-Hartian

positivism retains the social facts thesis (in some of its declinations), but is inclined to demise the separability thesis, or to weaken it considerably. Thus, while for Hart this thesis amounted to a definition of legal positivism itself, post-Hartian positivism does not regard any more the separability thesis as a reliable dividing line between positivism and non-positivism

A partir da contribuição de Hart, torna-se necessária a análise dos contornos definidores do que vem a ser o positivismo inclusivo e não inclusivo (exclusivo), como forma de se poder avaliar sua permeabilidade ao relativismo.

4.1.1 O Positivismo Não Inclusivo e Seus Contornos

O positivismo exclusivo (Não Inclusivo) pode ser definido como uma corrente que defende a necessária exclusão dos elementos morais no conceito de Direito, uma vez que a identificação do direito nunca deve conter elementos morais. Desse modo, o positivismo exclusivo “como advoga mais proeminentemente Joseph Raz, sustenta que a moralidade está necessariamente excluída do conceito de direito” (SAPUCAIA, 2020, p. 34).

A primeira abordagem é conhecida como *exclusive legal positivism*, ou *hard positivism* (positivismo jurídico exclusivo; positivismo radical ou inflexível). Seu mais conhecido representante é Joseph Raz, apesar de os referidos termos terem sido propostos não por ele, mas por críticos de sua abordagem. O próprio Raz prefere indicar sua abordagem como *Strong social thesis* (DIMOULIS, 2017, p 10).

Joseph Raz nasceu em 21 de março de 1939. É um filósofo israelense especializado em filosofia moral, do direito e da política. Ele é um dos defensores mais proeminentes do positivismo jurídico. Raz passou a maior parte de sua carreira como professor de filosofia do direito na Universidade de Oxford e hoje é professor da Faculdade de Direito da Universidade Columbia e do King's college de Londres. Segundo Mota (2021, p. 264):

O importante para a identificação do direito válido, no positivismo jurídico de Raz, é que ele provenha de quem tem autoridade, seja para o exercício do poder legislativo, seja para decidir em um processo judicial. Assim, o direito é compreendido como correspondência a um fato social praticado por uma fonte autorizada pelo direito. Consequente, não se estabelecem critérios materiais de validade da norma jurídica, somente critérios formais, de maneira que nenhum conteúdo pode deixar de ser considerado jurídico em razão de argumentos morais.

Em virtude disso, Raz considera que a atuação de autoridade facilita a vida social, já que as pessoas obedecerem prontamente, sem dever sopesar argumentos a favor e contra determinada. Em razão disso, Mota, (2021, p. 264-265) exemplifica:

Se um juiz deve decidir um caso que recai na textura aberta do direito, sua decisão será válida não em razão de sua conformidade com princípios e argumentos morais, mas porque é considerado pelo sistema jurídico como a autoridade competente para aplicar o direito naquela circunstância. O conceito de autoridade está presente, no positivismo jurídico de Raz, quando o destinatário age de acordo com uma norma jurídica porque tem confiança na autoridade, ou dela tem medo, o que se relaciona ao elemento de eficácia social do direito. Nessa perspectiva, então, convém exemplificar, somente seriam relevantes para a interpretação dos direitos fundamentais negativos as normas constitucionais positivas que cuidassem de algum aspecto da relação entre indivíduo e Estado. Havendo uma questão moralmente relevante nessa relação jurídica que se encaixasse na textura aberta do direito, o juiz não estaria vinculado a quaisquer parâmetros morais para decidir como fonte autorizada a resolver o conflito deduzido judicialmente.

Por outro lado, faz-se necessária a caracterização das noções delineadoras do quanto se entende por positivismo inclusivo.

4.1.1.1 O Positivismo Inclusivo e seus contornos

A teoria do positivismo inclusivo surgiu no final da década de '70 como uma resposta ao debate Hart-Dworkin. O ataque desferido contra o positivismo teve grande impacto na comunidade acadêmica e fez com que muitos teóricos tentassem ajustar o juspositivismo à inegável presença de parâmetros morais no cotidiano judicial das democracias constitucionalizadas contemporâneas. As respostas a essa provocação criaram uma intrincada desavença entre positivistas – o debate entre positivistas inclusivos e exclusivos - e entre estes e os partidários da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin (TAVARES, 2008).

De acordo com Herbert Hart (2009, p. 263-264), é inegável a influência da moral sobre o direito nos mais diversos aspectos:

O direito de todos os Estados modernos mostra, em pontos muito numerosos, a influência não só da moral aceita, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; noutros sistemas, como em Inglaterra, em que não há restrições formais à competência do poder legislativo supremo, a sua legislação pode, contudo, de forma não menos escrupulosa, ser conforme à justiça ou à moral. Os outros modos porque o direito espelha a moral são plúrimos, e ainda insuficientemente estudados: as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam

preenchidos com recurso a princípios morais; o elenco de contratos tutelados juridicamente pode ser limitado por referência a concepções de moral e de equidade; a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevalentes de responsabilidade moral. Nenhum positivista poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida.

Nesse diapasão, a relação entre direito e moral se constitui na base a partir da qual se diferenciam o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo. Para este, vale a tese da separação que permite uma aproximação e uma sobreposição de conteúdos regulados entre Direito e Moral, fato que não implica o Direito estar vinculado à Moral nem que essa relação existente seja necessária ou fundamental para a conceituação do Direito. Em outras palavras, os campos do direito e da moral podem ocasionalmente se tocar, mas ambos possuem balizas próprias e contornos que não se confundem e a confluência é meramente contingente (SAPUCAIA, 2020).

Nesse sentido, Alexy, (2015, p. 305) pontifica: O positivismo inclusivo, como defendido, por exemplo, por Jules Coleman, prega que a moral não é necessariamente excluída, nem necessariamente incluída. A inclusão é tomada como um assunto contingente ou convencional, voltando-se para aquilo que o direito positivo, de fato, disser. Jules Coleman oferece uma teoria do direito bastante representativa do juspositivismo inclusivo, ao desenvolver a tese da prática social convencional (convencional social practice). Nessa perspectiva, Mota (2021, p.265) destaca:

Como positivista, Jules Coleman não renuncia à tese do fato social e da separação conceitual entre direito e moral. Influenciado por Hart, procura reafirmar a doutrina da regra de reconhecimento, que é alvo de pesadas críticas levantadas por Ronald Dworkin. Diferencia-se do juspositivismo exclusivo de Raz, ao admitir a possibilidade de que princípios morais sejam incorporados ao ordenamento jurídico, de modo a serem juridicamente vinculantes, razão pela qual sua visão teórica, o juspositivismo inclusivo, também pode ser chamada de incorporacionismo.

Dessa maneira, a proposta do juspositivismo inclusivo se diferencia das vertentes jusnaturalistas, ao rejeitar a subordinação do direito positivo a normas morais naturais. Extrema-se do positivismo jurídico exclusivo, ao não reduzir a autoridade do direito à mera correspondência de fatos sociais. O elemento distintivo do incorporacionismo jurídico se encontra na inclusão de critérios de moralidade como fundamentos circunstanciais da normatividade do direito positivo (MOTA, 2021).

Em consequência, a tese central do positivismo inclusivo indica que quando os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução dos casos jurisdicionais suscitados, em verdade, terminam por incorporar ditos conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido (BRASIL).

Outro importante teórico do “positivismo inclusivo”, Wilfrid Waluchow, trouxe uma solução alternativa para o dilema inclusivo/exclusivo. Com sua obra: *Inclusive Legal Positivism*, procurou refinar as posições de Hart, defendendo sua posição do positivismo inclusivo frente aos seus principais oponentes, Raz e Dworkin.

A grande vantagem da teoria de Waluchow em relação ao positivismo exclusivo é sua capacidade explicativa daquilo que o autor denominou “sociedade de carta”, isto é, sistemas jurídicos que reconhecem explicitamente testes morais para validade e conteúdo do direito, como grande parte das constituições dos sistemas jurídicos ocidentais. Destarte, ao conciliar a possibilidade de existência de um teste de juridicidade que leve em conta critérios de conteúdo com a manutenção das teses básicas positivistas, ou seja, é capaz de superar o “desafio da carta” propiciado pelos estados constitucionais contemporâneos (MEDEIROS, 2009).

5 CONCLUSÃO

A história do direito demonstrou uma miríade de manifestações da realidade jurídica, nas quais não se chegou a qualquer sinal de uma “unidade moral ideal” ou mesmo de uma “justiça absoluta”.

O relativismo protagórico, ao trazer o eixo da *scientia altior* da era “mística”, (buscava soluções irrefutáveis do “justo” e “injusto”), para a era do homem, agora como o centro da *práxis*, alcançou bons frutos ao guiar o Direito à um novo período *humanístico*. Já àquela época, Protágoras percebeu que virtudes tais quais as “morais”, têm apenas um valor relativo, subjetivo, e de acordo com diferenças na percepção e consideração. Foi o prógono em erigir a ideia de que o destino do homem está nas mãos do próprio homem.

Partindo de uma leitura do relativismo de Protágoras, é possível encontrar uma conexão entre este, e o positivismo jurídico contemporâneo, por meio de um denominador comum, qual seja: o empirismo. Pois ambos buscam fundar as questões jurídicas a partir de dados fornecidos pela experiência, ou seja, é por aqui que pode ser provado empiricamente e não por fatores externos ao mundo físico.

Ademais, o dilema acerca do papel da “moral” ante o direito, persiste na contemporaneidade. Contudo, à essa “aporia”, Protágoras já tinha respostas em sua época. “A “moral absoluta” é incognoscível”: dizia ele. Ao antecipar há 2.500 anos a Teoria de Kelsen: de que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral, contribuiu remotamente para a construção do positivismo jurídico.

Assim, é possível concluir por meio dessa pesquisa, diferentemente do que muito se tem afirmado, o positivismo jurídico não teve sua origem no início do século XIX, com o surgimento da “codificação” das leis. Desde o tempo dos sofistas, já o concebiam, através do pensamento de uma organização política incluindo a criação e aplicação de determinadas normas. Por conseguinte, partindo dessa reflexão, é possível conceber Protágoras, o pensador que antecipou as ideias positivistas.

Dito isso, parece que, em um mundo onde as situações sociais são infinitamente mutáveis, o “relativismo” demonstra ser a única origem possível para a força obrigatória do direito positivo.

Com a impossibilidade de uma “verdade universal”, bem como de uma “moral absoluta”, torna-se necessário, por parte do legislador, não um ato de verdade, mas um ato de vontade e autoridade a serviço da ordem e da segurança jurídica, com o intuito de encerrar a luta de convicções.

Portanto, com um arcabouço jurídico variando de sociedade a sociedade, conforme suas historicidades, fatores culturais, políticos, axiológicos etc. nunca resultando em validade “universal” ou “absoluta”. Tudo no Direito contemporâneo, postula-se demasiadamente relativo. Melhor seria dizer que não mais se vive em uma era do positivismo contemporâneo (“inclusivo” ou “exclusivo”), mas na “era” do *Pánton krématon métron estin ántropos (Homo Mensura)*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo** 1. ed. - Florianópolis: Qualis, 2015.
- BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Relativismo moral em Kelsen: do juspositivismo à democracia. **Revista Direito GV**, v. 16, n. 2, p. 2.23, maio/ago. 2020, e1958. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201958>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v16n2/2317-6172-rdgv-16-02-e1958.pdf>. Acessado em: 04 maio 2021.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito /** Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini. Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL, Deilton Ribeiro. **Positivismo inclusivo e neoconstitucionalismo: As contribuições de Herbert. L. A Hart e de Santiago Sastre Ariza para a interpretação, aplicação e construção do direito.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/deilton_ribeiro_brasil2.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.
- CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica.** 6. Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
- COELHO, Luiza Tângari. O positivismo jurídico de Hans Kelsen. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2776, 6 fev. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18443>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara et al. **Teoria do Direito: estudos em homenagem a Arnaldo Vasconcelos**; coordenado por Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, Hugo de Brito Machado Segundo. 1. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2021.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** 5. ed. Coimbra: COLECÇÃO STVDIVM, 1979.
- DIMOULIS, Dimitri. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I: teoria geral e filosofia do direito.** São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- GOMPERZ, Theodor. **Pensadores gregos: história de la filosofía de la antigüedad.** Buenos Aires: Editorial Guaranía, 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. 1907. **O Conceito de direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**; tradução João Batista Machado. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

MEDEIROS, Bernardo De Abreu. **Positivismo jurídico inclusivo: a possibilidade de incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MOTA, Marcel Moraes. **Relações entre direito e moral: teorias do direito natural, positivistas e pós-positivistas**. Disponível em http://www.conpedi.org.br/anais/36/10_1467.pdf. Acesso em: 04 maio 2021.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIMENTEL, Jaqueline, Santos. **A relação entre moral e direito em Kelsen e Hart**. Salvador. 2016. Monografia (Graduação em Filosofia) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

PINO, Giorgio. Positivism, legal validity, and the separation of law and morals. **Ratio Juris**, v. 27, n. 2, p. 190-217, 2014.

PLATÃO, **Diálogos I: Teeteto (ou do Conhecimento), Sofista (ou do Ser), Protágoras (ou Sofistas) /Platão**; tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

REALE, Giovanni. **Filosofia: Antiguidade e Idade Média, vol. 1/ Giovanni Reale, Dario Antiseri**; tradução José Bortolini. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Paulus, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito / Miguel Reale**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**; tradução Edson Bini- revisão técnica Alysso Leandro Mascaro – 2. ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007.

QUEIROZ, Francisco Limpo. **Dois tipos de relativismo: intensivo ou epistêmico e extensivo ou sociológico**. 2011. Disponível em: <https://filosofar.blogs.sapo.pt/78547.html>. Acesso em: 09 maio 2021.

SANTOS, Danilo Pereira. **OBSERVAÇÕES SOBRE A DOUTRINA DO HOMEM-MEDIDA: uma tentativa de reconstituição do pensamento de Protágoras**. 2017. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Estadual de Maringá, Maringá-PR, 2017.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **O POSITIVISMO INCLUSIVO**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

VV.AA. O livro da filosofia. 2ª Edição. Tradução: Douglas Kim. São Paulo: Globo Livros, 2016.

SALGADO, Joaquim Carlos. O espírito do Ocidente ou a razão como medida: Protágoras de Abdera, a educação, o Estado e a justiça. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, v. 109, n. 15, p. 411-436, 2014.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **Positivismo jurídico e não positivismo jurídico: concepções teóricas e distinções práticas**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

WOODRUFF, Paul et al. **Primórdios da Filosofia Grega**. Companion da Cambridge University Press. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2015.