

O QUE É (E O QUE NÃO É) O POSITIVISMO JURÍDICO

JOÃO HENRIQUE LUTTNER¹; RAFAEL FONSECA FERREIRA²

¹Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – joaoluttner@gmail.com

²Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – rafaelferreira@furg.br

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho defende a possibilidade de definição do positivismo jurídico como uma posição filosófica que sustenta duas teses acerca da natureza do direito, aqui chamadas de Tese do Artefato e Tese Social, e uma crença meta-teórica sobre a importância destas duas teses. Para realizar este empreendimento, estrutura-se a argumentação do texto em quatro partes. Primeiramente, procura-se esclarecer a distinção entre o positivismo jurídico enquanto tradição teórica e enquanto posição filosófica, avançando a definição adotada por John Gardner (2012, cap. 2) com o propósito de demarcar o positivismo jurídico como uma posição filosófica em um sentido relevante. Em seguida, faz-se um levantamento das teses normalmente associadas ao positivismo, esforçando-se em demonstrar porque nenhuma delas é verdadeiramente defendida ou implicada por ele. Feito isto, aponta-se como a caracterização oferecida por Gardner, ainda que em grande parte correta, acaba sendo demasiado estrita e incapaz de distinguir, por si só, teóricos positivistas de defensores da teoria do direito natural. Por fim, é sugerido que estes problemas na definição de Gardner podem ser supridos pelas contribuições oferecidas por Julie Dickson (2012), através de uma reformulação mais branda do positivismo jurídico como a conjunção da Tese do Artefato e da Tese Social, aliados a uma atribuição de importância teórica a estas duas teses.

O referencial teórico para esta pesquisa consiste na pesquisa qualitativa dos trabalhos referentes à teoria analítica do direito contemporânea, centrando-se no debate meta-teórico que caracteriza a chamada “virada metodológica” das últimas três décadas (FRYDRYCH, 2017; NEIVA, 2017, p. 19). Mais especificamente, a distinção entre o positivismo jurídico como tradição teórica e como posição filosófica é devida a Gardner (2012, cap. 2) e Dickson (2012).

O objetivo deste trabalho é tentar definir as teses centrais que constituem o positivismo jurídico como uma posição filosófica distinta de outras teorias adversárias, mormente em relação à teoria do direito natural. Sua justificativa reside na tentativa de melhor entender os comprometimentos teóricos assumidos pela posição positivista dentro do debate contemporâneo.

2. METODOLOGIA

A metodologia do trabalho se orienta pela pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, com especial atenção à análise filosófica das teses sustentadas pelos principais expoentes da literatura especializada.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ainda que o positivismo jurídico represente a posição dominante dentro da teoria do direito contemporânea, isto não é dizer que seu estatuto seja aquele de

uma teoria contestada, ou até mesmo de que o seu conteúdo seja sempre bem determinado – o que parece valer tanto para seus críticos, quanto para alguns de seus apoiadores. A fim de fazer sentido deste rótulo no debate filosófico, cabe não apenas a análise histórica das ideias propostas pelos autores paradigmaticamente identificados como “positivistas jurídicos”, mas também a tarefa de definição de um denominador comum capaz de fundamentar o comprometimento destes autores em um conjunto de crenças ou atitudes que os expliquem e os distingam de outros teóricos, como enfatiza Dickson (2012, p. 48). É esta, precisamente, a ideia subjacente à distinção entre o positivismo jurídico enquanto tradição teórica e enquanto posição filosófica. Como coloca Gardner, quando este rótulo é utilizado na história das ideias, não existe a necessidade de identificar nenhuma proposição distintiva que foi avançada ou aceita por todos aqueles designados “positivistas jurídicos”. Contudo, no debate filosófico, como a preocupação principal é com a verdade de proposições, é preciso saber quais proposições devem estar sendo debatidas, afinal, não haveria “nada filosófico a dizer” sobre positivistas jurídicos, na expressão de Gardner, se não houvesse alguma proposição ou conjunto de proposições que pudessem ser consideradas assumidas ou defendidas por todos estes autores (GARDNER, 2012, p. 37). Neste sentido, uma das caracterizações mais promissoras do positivismo jurídico enquanto posição filosófica é, na visão da presente pesquisa, aquela formulada por Gardner, que o caracteriza com a seguinte proposição: “em qualquer sistema jurídico, a questão de se uma norma é juridicamente válida e, portanto, se ela forma parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos (onde os seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes)” (GARDNER, 2012, p. 40). Em suma, são três as razões para se aceitar esta definição, a saber, (i) ela parece capturar uma convergência entre figuras históricas tradicionalmente categorizados como positivistas jurídicos, como Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen e Hart, (ii) ela é aceita por autointitulados “positivistas jurídicos” contemporâneos, como Raz (1979) e Coleman (1982), como a interpretação correta do que exatamente se debate, quando estes autores debatem entre si *enquanto* positivistas jurídicos e (iii) este uso do rótulo “positivismo jurídico” faz sentido dele mesmo, como coloca Gardner, afinal, “o que um ‘positivista jurídico’ deveria acreditar, senão que leis são positivadas?” (GARDNER, 2012, p. 38)

Estabelecida uma definição do positivismo jurídico enquanto posição filosófica, cabe distingui-lo das principais teses às quais é erroneamente associado. Para isso, toma-se como base o que Gardner aponta como os “os cinco mitos e meio” sobre o positivismo. Em suma, é comumente dito que o positivismo aceita ou implica as ideias de que (i) é meritório que o direito seja baseado em fontes, (ii) há mérito nos aspectos formais do direito, (iii) juízes nunca devem decidir um caso com base em seus méritos, (iv) juízes devem apenas aplicar normas juridicamente válidas, (v) o positivismo jurídico implica comprometimento com uma metodologia interpretativa que ou é originalista, ou é textualista e que (vi) não há qualquer conexão necessária entre direito e moralidade (GARDNER, 2012, cap. 2).

É da visão deste trabalho, seguindo Dickson (2012) a este respeito, que os argumentos de Gardner são suficientes para demonstrar que nenhuma das visões acima sucede em caracterizar o positivismo jurídico satisfatoriamente. No caso de (i), é preciso apenas conceder que, de fato, alguns autores positivistas sustentaram que é meritório que o direito seja baseado em fontes. Contudo, este é um aspecto adicional da teoria destes autores, encontrando oposição explícita por parte de outros teóricos autopropagados positivistas jurídicos (RAZ, 1979, cap. 12, 13). Isto ocorre porque, como Gardner e Dickson ressaltam, o positivismo jurídico é uma teoria normativamente inerte e que não tem a intenção de ser uma visão

abrangente ou totalizante sobre a natureza do direito (DICKSON, 2012, p. 58; GARDNER, 2012, p. 42). Assim, ainda que alguém aceite o positivismo jurídico como verdadeiro, a afirmação sobre o mérito da positividade do direito precisa do apoio de premissas normativas adicionais. Vale a mesma lição para (ii) até (v): isto é, nada na ideia de que a validade de uma norma depende de sua fonte implica o comprometimento teórico com qualquer destas teses. Em relação a (vi), por fim, cabe afirmar que a chamada “Tese da Nenhuma Conexão Necessária” (*No Necessary Connection Thesis*) (DICKSON, 2012, p. 49; GARDNER, 2012, p. 67; GREEN; ADAMS, 2019) não é implicada, nem implica na aceitação do positivismo jurídico, apesar de ser uma das ideias mais comumente associadas a ele. Mais que isso, ainda, como ressalta Shapiro, é possível dizer que há conexões necessárias entre direito e moralidade, como é o caso da tese de que o direito necessariamente teria um objetivo cuja natureza é moral, isto é, a chamada “Tese do Objetivo Moral” (*Moral Aim Thesis*) (SHAPIRO, 2011, p. 213).

Feita uma defesa preliminar da caracterização do positivismo jurídico estabelecida por Gardner, há que se apontar duas falhas nela: em primeiro lugar, ainda que suceda em selecionar um conjunto de crenças aceitas pela maioria dos positivistas e que os distingue de autores que negam que a validade jurídica de uma norma depende somente de suas fontes, a formulação proposta por Gardner acaba sendo muito estrita, a ponto de não abarcar adequadamente parte dos chamados “positivistas jurídicos inclusivos”, que defendem que critérios morais de validade jurídica podem figurar, contingentemente, como parte do direito (WALUCHOW, 2001). Em segundo lugar, sua caracterização falha em distinguir satisfatoriamente o positivismo jurídico de outras posições filosóficas, como a Teoria do Direito Natural, defendida por John Finnis, que também aceita como verdadeira a proposição que definiria o positivismo enquanto posição filosófica distinta (FINNIS, 2011, p. 185–186), apenas fazendo a ressalva de que não considera esta ideia o “ponto focal e normativo” do direito, de forma que os aspectos capturados pelo positivismo não deveriam ser tomados como os mais importantes dentro de uma teoria do direito (FINNIS, 2003, p. 114).

A fim de suprir ambas as falhas, o presente trabalho adota parte das contribuições feitas por Dickson (2012), que opta por uma definição mais branda do positivismo jurídico enquanto posição filosófica. Em resumo, pode ser dito que o positivismo sustentaria duas teses acerca da natureza do direito e um comprometimento meta-teórico com a atribuição de importância aos aspectos colocados por estas duas primeiras teses. Assim, alguém poderia ser considerado um positivista jurídico caso aceitasse a verdade e a importância da Tese do Artefato, que coloca que o direito tem uma natureza fundamentalmente social, sendo um artefato humano socialmente construído (DICKSON, 2012, p. 50) e a Tese Social, segundo a qual a existência e o conteúdo de regras jurídicas válidas devem ser, em última análise, determinadas por referência a fontes sociais, e não por referência aos méritos das normas em questão (DICKSON, 2012, p. 50–51). A expressão “em última análise” na Tese Social é necessária, pois, mesmo para os positivistas inclusivos, a validade de normas jurídicas é, em última análise, determinada por fontes sociais. A referência a um comprometimento meta-teórico com a importância destas duas teses, por sua vez, justifica-se como um dos aspectos que diferenciaria o positivismo jurídico de outras posições filosóficas, como é o caso da Teoria do Direito Natural, defendida por Finnis. Assim, não seria meramente o caso que a Tese do Artefato e a Tese Social são verdadeiras para o positivista, mas que suas verdades apontam para aspectos do direito que são importantes de se explicar, havendo no mínimo três razões para isto: estas teses (i) enfatizam a facticidade social do direito e o impacto que ele tem na vida das

pessoas que vivem sob sua autoridade, independentemente de os requisitos para sua justificação moral serem preenchidos, (ii) realçam que a existência do direito não gera, por si só, razões para a ação e (iii) trazem à luz aspectos do direito relevantes para sua avaliação (moral ou de outro tipo), seja esta avaliação negativa ou positiva, assim como para outras análises sobre o direito.

4. CONCLUSÕES

Este trabalho procurou demonstrar como é possível caracterizar o positivismo jurídico como uma posição filosófica em um sentido relevante. Foi visto como várias teses comumente associadas ao positivismo jurídico não são verdadeiramente implicadas ou defendidas por ele. Em seguida, colocou-se a definição de positivismo jurídico proposta por Gardner em análise, onde foi visto que, ainda que seja em grande parte correta, sua formulação estrita acaba deixando de selecionar parte dos positivistas inclusivos e a falta de menção à importância teórica do conteúdo defendido pelo positivismo jurídico faz com que seja incapaz de diferenciar a aceitação das teses do positivismo por um positivista e sua aceitação por um teórico do direito natural. Por fim, foi visto como tais insuficiências são supríveis a partir de uma reformulação mais branda dessa definição e da introdução da noção de importância teórica, como propõe Dickson.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COLEMAN, J. L. Negative and Positive Positivism. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 139–164, 1982.
- DICKSON, J. Legal Positivism: Contemporary Debates. In: MARMOR, A. (Ed.). . **The Routledge Companion to the Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012. p. 48–64.
- FINNIS, J. Law and What I Truly Should Decide. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 48, n. 1, p. 107–129, 2003.
- FINNIS, J. The Truth in Legal Positivism. In: **Philosophy of Law**. New York: Oxford University Press, 2011. p. 174–186.
- FRYDRYCH, D. Down the Methodological Rabbit Hole. **CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofia**, v. 49, n. 147, p. 41–73, 2017.
- GARDNER, J. **Law as a Leap of Faith**. New York: Oxford University Press, 2012.
- GREEN, L.; ADAMS, T. **Legal Positivism**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 29 jul. 2020.
- NEIVA, H. L. M. **Introdução Crítica ao Positivismo Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz**. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- RAZ, J. **The authority of law: Essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979.
- SHAPIRO, S. J. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- WALUCHOW, W. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In: **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge, 2001. p. 10–11.