Os rumos do positivismo na Alemanha: Afinal, para onde ele foi?

A convite do professor doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior, escrevo para a coluna *Direito Civil Atual* uma pequena contribuição que pretende apresentar uma visão diferente da atualmente hegemônica entre nós. O propósito da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo de incentivar, tanto por meio desta coluna quanto por meio da *Revista de Direito Civil Contemporâneo* (RDCC), uma leitura crítica sobre concepções, estruturas e rumos de nosso Direito Civil é não apenas louvável, mas necessário. Assim como o doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior[1], sou fascinado pelo brilhantismo, grandeza e precisão conceitual do Direito Civil alemão, motivo pelo qual escolhi um tema atualmente objeto de grande revisão na Alemanha e que atinge, em maior ou menor medida, a doutrina e a prática de todos os países da família romano-germânica: o positivismo.

A história do positivismo está estritamente associada ao surgimento nas primeiras décadas do século XX de uma nova disciplina: a história do direito privado. Sua linha mestra, a partir da qual o direito privado dos séculos XIX e XX deveria ser compreendido, era dada pela cisão entre duas épocas: a do positivismo e a do pós-positivismo. Por "positivismo científico" entendia-se então a técnica jurídica em que proposições jurídicas deveriam ser extraídas exclusivamente do sistema, dos conceitos e dos ensinamentos da ciência jurídica, sem que se desse, portanto, qualquer relevância para elementos extrajurídicos, como valores sociais e éticos[2]. Esse direito hermético era diretamente identificado com um conhecido trecho do pandectista *Bernhard Windscheid*, no qual ele afirmava que, embora a ciência jurídica do direito não se limitasse a reconhecer o direito posto e tivesse, portanto, a tarefa de criar um novo direito, a legislação se basearia "em diversos casos em considerações éticas, políticas e sociopolíticas, ou em uma combinação dessas considerações, que não são por si só problema do jurista" [3]. Havia-se inventado o inimigo a ser combatido.

As décadas de 1920 e 1930, coincidentemente o período de ascensão do nazismo, foram o auge do combate ao positivismo na Alemanha. Em 1925, *Julius Binder* taxou-o de "sem sentido e cego aos valores" e pedia uma ciência do direito que considerasse "a vida constitutiva do direito dos povos, das nações, dos estados sob o impulso da ideia de direito"[4]. Essa forma de pensamento foi seguida por discípulos e amigos como *Karl Larenz* e *Gerhard Dulckheit* e alcançou tamanho prestígio que para os novos autores daquela época a história das ideias (*Geistesgeschichte*) tinha necessariamente que negar o positivismo. Tudo o que era associado ao passado, como a sistematização desenvolvida no *usus modernus* do século XIX, era reprimido sob o argumento de que se tratava de uma decorrência de um odioso positivismo[5]. Em 1941, *Heinrich Lange* exprimiu o sentimento daquele período com as seguintes palavras: "A ciência jurídica alemã de Direito Civil libertou-se dos grilhões do positivismo legal e de uma sistemática e dogmática que se tornaram história e que se afastavam muito da vida"[6]. A consolidação dessa "vitória incontestável" veio alguns anos depois, em 1952, com a famosa obra *História do Direito Privado Moderno*, de *Franz Wieacker*.

Os sofríveis anos pós-Segunda Guerra foram de continuidade e representaram uma ressaca dos resultados do final da década de 1930 e início de 1940. No prefácio da 1ª edição de seu famoso manual sobre o negócio jurídico, *Werner Flume* afirmou em 1964 que "o passado era entendido por meio da palavra-chave 'positivismo'"[7], situação que assim permaneceu até que, nas duas últimas décadas do século XX, o panorama começou a mudar. Afinal, se o "positivismo científico" já tinha sido eliminado

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

da paisagem, havia ainda o bom e bem-sucedido (!) "positivismo legal", que teria significado, segundo *Wieacker*, uma vitória da justiça sobre a ciência do direito, porquanto o povo teria finalmente alcançado independência para criar e modificar o direito por meio da lei[8], e muitos outros tipos de positivismo. Falava-se então de positivismo especulativo, positivismo imparcial (*unbefangener Positivismus*), positivismo do ser, positivismo do dever ser, positivismo formal e material, verdadeiro e falso positivismo, positivismo ético, histórico, jurídico[9], lógico e materialista, positivismo legal, positivismo natural-materialista, positivismo jurídico-científico, positivismo do objetivo (*Zweckpositivismus*), positivismo normativo, objetivo, subjetivo-normativo ou psicológico[10].

Por detrás desse verdadeiro caos terminológico escondia-se uma dificuldade definir exatamente sobre o que se estava falando sob a rubrica "positivismo". Já o que significa "positivo" em "positivismo" é de difícil definição, o que deixa entrever que seu significado é determinado pelo uso individual do conceito por cada autor. Apenas para citar um exemplo e para nos restringirmos a autores conhecidos no Brasil, enquanto para *Wieacker* a jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) seria uma variação do positivismo[11], para *Larenz* positivismo descreveria apenas e tão somente uma aproximação do modelo de conhecimento das ciências naturais, caracterizado pela observação, formação de hipóteses e causalidade[12]. Para *Wieacker*, essa última concepção não poderia ser chamada de "positivismo", mas de "naturalismo"[13]. Com isso, chega-se finalmente à essência do fenômeno do positivismo: se há um traço comum que liga todas as variações do que significa positivismo, ele está na sua negação generalizada. Positivismo como conceito condutor extrai sua força não de sua precisão teórica ou da exatidão de sua descrição, mas da *carga emocional* que ele carrega[14]. O positivismo foi difamado como mera negação. Quanto ao "positivismo científico", pesquisas das últimas três décadas revelaram que até hoje não foi encontrado sequer um autor pandectista que tenha afirmado ser possível produzir direito por meio da mera dedução de um conceito superior[15]. Em 2005, *Joachim Rückert* resumiu sucintamente o resultado: "Para o *expert* no assunto, não resta aqui uma pedra sobre a outra há pelo menos 20 anos"[16].

A essa altura, o leitor mais atento deve estar se perguntado como o Direito brasileiro recepcionou essa negação do positivismo científico, se há ao menos um civilista brasileiro que possa ser peremptoriamente taxado de "positivista" e, principalmente, se ninguém nunca se apercebeu que esse positivismo nunca passou de um fantasma. Até onde sabemos, não existe no Brasil um trabalho recente que tenha analisado exaustivamente os poucos (mas grandes) autores brasileiros dos séculos XIX e XX e determinado, com o devido rigor, se e em que sentido eles poderiam ser "positivistas". No entanto, dois pontos são certos no estado atual de nosso conhecimento. Primeiro, conforme apurou *Rubens Limongi França* em minuciosa obra sobre os princípios gerais de direito, "não há [ao menos até 1971, data da segunda edição] entre nós, nem romanistas, nem positivistas ferrenhos", visto que "o legismo, à face da experiência dos Códigos do século XIX, caíra de moda, de vez por tôdas"[17]. Segundo, como foi apontado em interessante dissertação sobre a interpretação e o uso do direito em Portugal e no Brasil, o recurso ao argumento do positivismo deve ser visto com muitas reservas para evitar desentendimentos, e sempre que alguém difamar um argumento de "positivista", deve-se tomar muito cuidado[18]. "O importante é que alegações de "positivismo" e de um suposto "formalismo" jamais sejam aceitas como desculpa para escapar da aplicação da lei, o que é defendido entre nós — com muita razão — por *Lenio Luiz Streck* [19].

É verdade que há diferenças significantes não apenas entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

alemão, mas sobretudo de estrutura social e de valores de cada país. Contudo, em um tema como o positivismo, que está desvinculado de um código e que concerte sobretudo o método como o jurista encara o direito, não resta dúvida de que a doutrina brasileira pode aprender muito com os alemães, no caso principalmente com seus erros.

***

Agradeço ao doutor Otavio Luiz Rodrigues Júnior e ao mestre e doutorando Daniel Pires Novais Dias pelas observações críticas.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP,Coimbra, Lisboa, Girona, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC e UFMT).*

[1] Ver *A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX*, O Direito 147 (2015), pp. 45 ss.
[2] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 [reimp. de 1996], § 23 I.1., pp. 431.
[3] *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1884)*, in Paul Oertmann (org.), *Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, pp. 100 ss. (111 s.).
[4] *Philosophie des Rechts*, Berlin, Aalen, 1967 [reimp. 1925], pp. 1014 e 1041.
[5] Hans-Peter Haferkamp, *Positivismen als Ordnungsbegriff einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts*, in Okko Behrends/Eva Schumann (org.), *Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen, Wallstein, 2010, pp. 181 ss. (190 ss.).
[6] *Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933 – Eine Privatrechtsgeschichte der neuesten Zeit*, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1941, p. 39 (em alemão: "*Die deutsche Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht hat sich* […] *von den Fesseln des Gesetzespositivismus und einer historisch gewordenen, dem Leben entglittenen Systematik und Dogmatik weitgehend gelöst*").
[7] *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Berlin/Heidelberg, Springer, 1992, p. VII (no prefácio da primeira edição).
[8] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* cit., § 23 I.1., pp. 431 s.
[9] Aqui entra Hans Kelsen. Ver, por exemplo, *Was ist juristischer Positivismus?*, in JZ (*Juristenzeitung*) 20 (1965), pp. 465 ss.
[10] H.-P. Haferkamp, *Positivismen* cit., p. 181.
[11] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* cit., § 23 I.2., pp. 433 ss.
[12] Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1960, p. 35.
[13] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* cit., § 29 II.1., pp. 563 s.
[14] H.-P. Haferkamp, *Positivismen* cit., p. 187.
[15] H.-P. Haferkamp, *Positivismen* cit., p. 210 ("*Bis heute hat man keinen Pandektisten gefunden, der behauptet hat, es sei möglich, durch bloße Deduktion aus einem obersten Begriff geltendes Recht zu produzieren*"). Ver também Jan Schröder, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in Rg (*Rechtsgeschichte*) 13 (2008), pp. 160 ss. (disponível em: http://www.zeitschrift-rechtsgeschichte.de/de/article_id/614

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

).
[16] *Geleitwort zu: Oliver Jouanjan, Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: Zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im. 19. Jahrhundert*, in SZ GA (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung – Germanistische Abteilung*) 125 (2008), p. 366 (em alemão: "*Für den Kenner sitzt hier schon seit gut 20 Jahren kein Stein mehr auf dem anderen*"). No mesmo sentido, afirma Reinhard Zimmermann em recente recensão de uma obra sobre Franz Wieacker que "nós não descrevemos mais […] o positivismo como coveiro da nossa cultura jurídica" (em alemão: "*Wir betrachten […] den Positivismus nicht mehr als Totengräber unserer Rechtskultur*") – Cf. *Rezension zu: Viktor Winkler, Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieacker „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, in RabelsZ 79 (2015), pp. 686 ss. (693).
[17] *Princípios gerais de direito*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 153.
[18] Benjamin Herzog, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 118 ss. *et passim* ("'O que fica [do positivismo] é um conceito ordenador filosófico muito impreciso e soletrado de maneiras muito diferentes que traz em si um constante perigo de mal-entendidos e que obriga a constantes debates conceituais.' Esse conhecimento poderia ser de grande interesse para Portugal e para o Brasil. Quando critérios de interpretação nos países lusófonos forem difamados com o carimbo de 'positivista', deve-se prestar muita atenção", em alemão: "'*Was bleibt, ist ein philosophisch höchst unterschiedlich ausbuchstabierter, unscharfer Ordnungsbegriff, der beständig die Gefahr von Missverständnissen mit sich bringt und zu steten Begriffsdebatten nötigt.' Diese Erkenntnis könnte auch für Portugal und Brasilien von Belang sein. Wenn Auslegungskriterien im lusophonen Ausland daher mit dem Stempel 'positivistisch' diffamiert werden, ist Vorsicht geboten*").
[19] Ver *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?*, in Revista NEJ 15, n. 1 (2010), pp. 158 ss. (168 ss.)

Date Created
09/11/2015

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.