

Uma singela introdução ao positivismo jurídico exclusivo de Raz

Na sala desta semana discutimos os diversos positivismos jurídicos, começando com o positivismo jurídico exclusivo, também conhecido por *Hard Positivism*.

A partir das críticas de Ronald Dworkin^[1] (1977) ao positivismo jurídico de Herbert Hart^[2] (1961), especificamente em relação ao seu fundamento de validade, qual seja, a regra secundária de reconhecimento, tanto Hart como alguns de seus discípulos manifestaram-se, de diferentes formas, na defesa da explicação juspositivista do fenômeno jurídico.

Na sua crítica, em suma, Dworkin identifica, a partir da obra de Hart, as teses gerais que uma teoria, para ser classificada como positivista jurídica, deve conter, a saber: tese do fato social (que Dworkin, ironicamente, chama de tese do pedigree), tese da discricionariedade e tese da obrigatoriedade exclusiva da regra jurídica. A teoria de Hart apresenta estas teses positivistas, respectivamente, sob a seguinte denominação: a regra secundária de reconhecimento, a textura aberta das regras jurídicas e a definição de direito como um sistema de regras primárias e secundárias.

Além dessas teses, no positivismo jurídico, o professor Lenio Streck^[3] identifica a tese da descrição, isto é, uma teoria autenticamente positivista apenas preocupa-se em dizer o que é, limita-se ao ser do mundo jurídico, deixando de lado o dever ser, a prescrição. Isso para manter a ilusória neutralidade/imparcialidade científica, tão venerada, especialmente, por Hans Kelsen^[4] no seu positivismo normativista, que separa Direito e Ciência do Direito, sendo esta o resultado do trabalho do teórico do direito (ato de conhecimento) e aquele o produto do operador do direito, que faz política jurídica (ato de vontade), incindível da moral.

No posfácio de sua obra, concluído por seus alunos devido ao seu falecimento, Hart esclarece seu posicionamento e, a partir da definição de Dworkin, denomina-se um positivista jurídico inclusivo, ou seja, superficialmente falando, traz a moral para dentro do direito. Já, Joseph Raz, um dos dois discípulos de Hart que finalizaram seu post scriptum, adotou uma postura oposta a de seu mestre, qual seja, a defesa de um positivismo jurídico que nega a moral, uma teoria denominada exclusivista.

Na teoria de Joseph Raz, que é um dos maiores representantes do positivismo jurídico exclusivo, existem alguns conceitos fundamentais, quais sejam, razões de primeira ordem, balanço de razões, razões de segunda ordem e autoridade^{[5][6]}.

As razões de primeira ordem são razões para agir, dentro desta classificação existem inúmeros desdobramentos, como, por exemplo, razões fortes, fracas, conclusivas, absolutas, entre outras. O balanço de razões está diretamente relacionado às razões de primeira ordem, é como se fosse o método que garantiria a melhor decisão, ou seja, através dele que, na consideração entre as várias motivações para agir, o sujeito escolherá qual delas deve preponderar. Já, as razões de segunda ordem são razões privilegiadas. Elas têm o efeito de suspender o balanço de razões e cancelar as demais razões de primeira ordem contrárias à razão privilegiada.

As razões de segunda ordem são colocadas pela autoridade (prática ou teórica). Para Raz, que é um

liberal, tanto Estado como indivíduo (para definir identidade ou alcançar um objetivo) têm autoridade para determinar as suas razões de segunda ordem. Entretanto, se determinadas pelo Estado, além de privilegiadas, são protegidas, isto é, tem primazia e prioridade sobre qualquer razão de segunda ordem contrária a ela. Enfim, elas fazem diferença prática.

Contudo, na esfera moral do indivíduo, não há diferença prática, por isso o Estado não tem legitimidade para proteger determinado princípio moral. Nesse sentido o positivismo de Raz é exclusivo da moral.

Dessa forma, o direito tem legitimidade para reivindicar autoridade, ou seja, substituir o balanço de razões feito pelo indivíduo e cancelar as razões contrárias a ele, nos casos em que não interfira na esfera sobre a qual o cidadão é soberano, que é a moral privada.

Por fim, com o singelo objetivo de fazer uma brevíssima exposição da origem e noções básicas do positivismo jurídico exclusivo de Raz, finalizamos reconhecendo a sua importância, isto é, em relação ao grau de autonomia atribuído ao Direito, que é de extrema relevância nesses momentos de neoconstitucionalismo e de correções do Direito pela moral.

[1] DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[2] HART, H. L. A. O conceito de direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

[3] STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

[4] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[5] COELHO, André. Raz: razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade. [s. l.], 21 nov. 2012. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-razoes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>. Acesso em: 06 set. 2018.

[6] STRECK, Lenio Luiz. Há boas razões para obedecer ao direito e desobedecer ao impulso moral. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-21/boas-razoes-obedecer-direito-desobedecer-moral>. Acesso em: 06 set. 2018.

Date Created

08/09/2018