

O positivismo que não o era: coordenação, autoridade, democracia



1. Positivismo: algumas palavras sobre uma palavra

Segundo o gigante *Sir* Isaiah Berlin, uma das maiores causas de confusão e desgraça é aquilo a que classificava como “uma adesão cega a noções gastas”. Nesse sentido, o trabalho do filósofo — sua atividade “socialmente perigosa, intelectualmente difícil, frequentemente torturante e ingrata, mas sempre importante” — é o de trazer à luz os conceitos, e seus modelos ocultos, por meio dos quais os seres humanos pensam.

Em um espaço intitulado *Diário de Classe*, portanto, nada mais adequado do que enfrentar a difícil, mas sempre importante tarefa de trazer à luz um dos conceitos mais malcompreendidos na história da Filosofia e Teoria do Direito: o positivismo jurídico^[1]. Mais do que isso, nada mais adequado do que, a partir dessa reflexão primeira, traçar algumas considerações de segunda ordem sobre os rumos e uma possível função capaz de, cometendo o pecado *dworkiniano*, tornar uma teoria mais interessante^[2].

O que é, afinal, o positivismo jurídico? Antes da resposta, opto pela via negativa: definitivamente, o positivismo *não* é aquilo que muito já se disse por aí. As compreensões apressadas que definem o conceito vão desde um formalismo legalista e ingênuo a uma pretensa legitimação jurídica de regimes e sistemas iníquos. Falso.

O positivismo, em linhas bastante gerais, é uma escola de pensamento jurídico centrada, fundamentalmente, em duas grandes teses: a tese (i) da separabilidade conceitual entre Direito e moral, e a tese (ii) das *fontes sociais* — isto é, a tese segundo a qual os critérios de validade jurídica são, em última instância, uma questão de suas fontes, que são sociais, e não de seus eventuais méritos, deméritos, ou sua satisfação (ou não) de determinados valores morais substantivos^[3].

Quem bem define é Lon Fuller: para o autor, o positivismo é “uma direção de pensamento jurídico que insiste em traçar uma afiada distinção entre o direito como ele *é* e o direito como ele *deve ser*”^[4]. Embora Fuller seja um teórico vinculado à tradição do Direito natural, sua definição encontra aquela do próprio H.L.A. Hart — com quem Fuller travou um célebre debate sobre o próprio positivismo e que é, possivelmente, o nome que mais representa a escola positivista ao longo da história. Para Hart, o positivismo designa a “afirmação simples de que *não é necessariamente verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou a satisfaçam*”^[5].

Se coubesse a mim a gigante responsabilidade de reduzir tão rica tradição em uma ideia, diria, então, que o positivismo é a tese de que um sistema será *jurídico* desde que obedeça aos critérios sociais que assim determinam, de modo que há uma diferença entre as instâncias do Direito tal como ele *é*, de fato, e como ele *deveria ser* segundo determinado critério moral.

2. A rica tradição, sua complexa origem e a grande ruptura

Definido *o que é*, poderíamos então perguntar como *surgiu* o positivismo jurídico. Como é o caso com quase todos os termos que não sejam a-históricos, também o positivismo é um conceito que, em alguns aspectos, modificou-se ao longo de seu próprio desenvolvimento enquanto tradição. É verdade que conservou suas bases: assim não o fosse, não chamaríamos de *positivistas* os autores que inauguraram o pensamento — especialmente considerando que se trata de um rótulo conferido *ex post facto*; os primeiros positivistas tinham uma teoria sem ter ainda o nome que lhe foi depois atribuído. Mas se isso é verdade, também é verdadeiro dizer que houve uma mudança fundamental na forma de expressão desses pressupostos teóricos.

Isso posto, comecemos por onde se deve começar.

Se o positivismo é, sempre foi, uma teoria que parte da premissa de que é possível distinguir o que é daquilo que deve ser — ou seja, de que há uma dicotomia, uma distinção entre *fato* e *valor* —, seus precursores, positivistas *avant la lettre*, preocupavam-se fundamentalmente com o Direito como ele deveria ser.

Thomas Hobbes, pioneiro da coisa senão do nome, satisfazia as duas grandes teses positivistas ao conceber o Direito não como uma expressão da razão articulada pelas iluminadas cortes — visão típica da teoria clássica do *common law* —, mas como produto da lei civil imposta pelo soberano. O ponto é que, em Hobbes, essa não é (apenas) uma questão conceitual trabalhada na esfera factual; trata-se também de um ponto *normativo* fundamental, na medida em que, para Hobbes, um cenário no qual cada indivíduo é o juiz da validade de suas próprias ações representaria uma verdadeira “doença” ao Estado. Da ausência de uma coordenação social compartilhada no estado de natureza deriva-se a necessidade de uma autoridade apta a determinar “a medida em que as ações são boas ou ruins”[6].

Também era o caso de Jeremy Bentham. De uma definição conceitual — a mesma ideia de que o Direito é, enfim, um *comando* do poder soberano —, Bentham derivava a ideia de que (i) o *common law* inglês sequer se qualificava como Direito digno do nome e, portanto, (ii) o Direito inglês deveria ser reformado exatamente a partir de uma concepção positivista[7]; mais do que isso, a partir de uma lógica estruturante muito mais democrática. O reformismo de Bentham passava, então, por princípios como publicidade, *accountability*, por diretrizes valorativas por essência; sua ênfase no Direito que *deve ser*, portanto, é tão clara quanto a necessidade por ele traçada de uma criteriosa e responsável definição conceitual prévia.



O ponto é que, a partir de John Austin — autor do mesmo século XIX, e um discípulo de Bentham —, o positivismo inaugurou, finalmente, aquela que veio ser a sua característica mais marcante e dominante até hoje: uma preocupação exclusiva com a esfera conceitual; isto é, com a instância do *is* e não com o *ought*, com o direito tal como ele é e não como devia ser. Com John Austin, embora conservadas as teses positivistas originais, a grande preocupação passa a ser muito mais analítica que prescritiva. O papel do teórico passa a ser o de diferenciar conceitualmente os comandos normativos efetivamente *jurídicos* de outros tipos de comandos, como os divinos ou preceitos morais.

Long story short: o positivismo nasce, com Hobbes e Bentham, não *somente* como uma tese conceitual, mas *também* como uma teoria eminentemente normativa. Com Austin, ainda no século XIX, a doutrina passa a ser caracterizada por aquilo que a define até hoje: uma teoria analítica que pretende descrever o Direito que, separado conceitualmente da moralidade, é produto das fontes sociais que definem os critérios por meio dos quais as proposições passam a ser qualificadas como *jurídicas*.

Evidentemente, o positivismo caminhou muito do século XIX pra cá. A tradição brilha ao contar com nomes brilhantes como Hart, como Raz e Shapiro, como Coleman e Kramer; os debates que já lhe são típicos são profícuos, instigantes, densos e desafiadores.

Mas brilhantismo à parte, desenvolvimento à parte, e diferentes proposta descritivas à parte, a *proposta metodológica* desde Austin não mudou: trata-se de descrever o Direito. Preocupemo-nos com o *fato*; o *valor*, deixemos à filosofia política e à filosofia moral.

3. Para que serve, afinal, a Teoria do Direito?

Preocupemo-nos com o *fato*; o *valor*, deixemos à filosofia política e à filosofia moral. Essa lógica positivista, por óbvio, tem sua razão de ser: se Sir Isaiah Berlin estava certo ao dizer que o filósofo tem o dever de trazer conceitos à luz, clarificando os termos e modelos por meio dos quais pensamos — e parece-me que estava —, é fácil perceber por que o rigor analítico e a clareza surgem como deveres do teórico responsável.

Mas será que é só isso?

Será mesmo que descrever o Direito em seus termos analíticos é tudo que há para a Teoria do Direito?

Não me parece ser o caso.

Retornemos por um instante a Hobbes e Bentham; ambos, cada um à sua maneira, viam a possibilidade de construções normativas a partir daquilo que define o positivismo jurídico. Há razões morais e políticas possíveis para que aceitemos as teses que a marcam como doutrina. Previsibilidade, publicidade, coordenação social, autoridade legítima, democracia; tudo isso pode servir de pressuposto a uma teoria que é valorativa, normativa e nem por isso perde seu caráter *jurídico*.

É verdade, definições conceituais são cruciais para qualquer empreendimento filosófico. Precisamos saber de que estamos falando, e parece irresponsabilidade falar sobre conceitos e concepções sem que se explique o que queremos dizer quando os empregamos.



Mas será que é só isso? E mais: não há um risco subjacente a isso?

Jeremy Waldron, por exemplo, alerta para uma possível *complacência* dessa tradição que se tornou (somente) analítico-conceitual; se aceitarmos que (i) o Direito é tão somente uma questão de fonte social autorizada, independentemente de seus méritos ou deméritos, e que (ii) o papel da Teoria do Direito é tão somente *descrever* esse Direito (que é *tão somente uma questão de fonte social autorizada, independentemente de seus méritos ou deméritos*), não corremos o risco de classificar como *Direito* aquilo que não merece sê-lo^[8]? O exemplo de Waldron é elucidativo: não é porque a Coreia do Norte define a si própria como uma “República Popular Democrática” que ela mereça a qualificação. Talvez, “Direito” esteja próximo de “democracia” *também* de um ponto de vista conceitual, no sentido de ser mais denso^[9] do que parece à primeira vista.

Lenio Streck, por sua vez, questiona aquele que passou a chamar de grande paradoxo do positivismo: será que basta, à Teoria do Direito, somente descrever um conceito, considerado separável da moral, se o conceito quando aplicado à prática é frequentemente *moralizado*, com uma pretensão de correção, por aqueles que compõem essa prática própria?

Em tempos de profundos desacordos morais que parecem intermináveis, carentes de uma epistemologia compartilhada capaz de encerrá-los, é sempre interessante lembrar que o Direito é o único critério liberal-democrático capaz de servir de instância resolutória; em tempos de arbitrariedade judicial e de autoridade que não parece digna do nome, é igualmente interessante lembrar que, talvez, o próprio conceito de Direito seja capaz de trazer consigo uma densidade que impõe ao teórico uma tarefa que transcende a mera descrição.

O arbítrio coloca em risco as próprias estruturas daquilo que definimos como direito.

Talvez a tradição clássica do positivismo ainda tenha a ensinar. Previsibilidade, publicidade, coordenação social, autoridade legítima, democracia. Importa saber o que é Direito, mas o conceito perde seu sentido quando não se insere em seu império.

Law, mas sem perdemos de vista que há sempre algo anterior se desejamos *rule of law*. A lei é a lei, mas que assim seja no império que é *da lei*, e não dos homens.

Talvez, “Direito” esteja bastante próximo de “democracia”. Enquanto conceito, enquanto critério de legitimidade, enquanto aquilo que nos define.

Como queria Jeremy Bentham.

^[1] Não é sem razão que o professor Lenio Streck tem feito dessa uma questão central já há anos, de forma pioneira no Brasil. Streck é meu (brilhante) orientador, e eu estaria mentindo se dissesse que não temos alguns desacordos com relação ao positivismo (desacordos que se tornam pequenos quando comparados à densidade da discussão por ele articulada). De todo modo, eu seria um mentiroso ainda maior se ignorasse o fato de que os desafios de Streck ao positivismo jurídico fazem justiça a um dos conceitos mais mal trabalhados na filosofia jurídica brasileira. Nesse sentido, recomendo, com entusiasmo, a leitura do verbete *Positivismo Jurídico*, do *Dicionário de Hermenêutica*; na obra, o professor apresenta, com maestria, os pressupostos filosóficos do positivismo jurídico à luz da Crítica



Hermenêutica do Direito, matriz teórica por ele inaugurada no Brasil.

[2] A anedota é contada pelo próprio Dworkin, em *Justice in Robes*, e sintetizo parafraseando aqui. Dworkin conta que, em um simpósio, teria dito certa vez que acreditava na necessidade de uma teoria do direito ser interessante. Seu colega, John Gardner — positivista —, incrédulo, vira-se e diz: “Vê?! É exatamente esse o seu problema!”.

[3] Há, ainda, quem atribua outras teses ao positivismo jurídico. É o caso, por exemplo, de autores como Dworkin (e, nesse sentido, o próprio Streck), que defende(m) a ideia de que outra grande tese positivista, necessária, é a tese da *discrecionalidade judicial*. Não me parece ser o caso. Naturalmente, isso é tema para outro ensaio — por agora, basta dizer que a ideia aqui é listar como teses aquelas unanimemente (ou quase isso) aceitas como tais.

[4] Tradução livre para “*a direction of legal thought which insists on drawing a sharp distinction between the law that is and the law that ought to be*”. Em FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Boston: Beacon Press, 1940, p. 08.

[5] Tradução livre para “*the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality*”. Em HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Second edition, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 185-186.

[6] Para preservar o original, trago a íntegra da passagem em *Leviathan*: “*I observe the Diseases of a Common- wealth, that proceed from the poyson of seditious doctrines; whereof one is, That every private man is Judge of Good and Evill actions. This is true in the condition of meer Nature, where there are no Civill Lawes; and also under Civill Government, in such cases as are not determined by the Law. But otherwise, it is manifest, that the measure of Good and Evill actions, is the Civill Law.*” Em HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Edited with an Introduction by C. B. Macpherson. Londres: Penguin Books, 1981 [1651], p. 365.

[7] Em se tratando de Bentham, claro que combinado com sua filosofia utilitarista.

[8] Cf. WALDRON, Jeremy. *The Concept and the Rule of Law*. *New York University School of Law Research Paper Series*, Working Paper n. 08-50, nov. 2008.

[9] *Thick*, nos termos de Bernard Williams.