

O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA

LEGAL POSITIVISM: AN ANALYTICAL APPROACH

Rubens Alexandre Elias Calixto¹

José Roberto Marques²

RESUMO

O tema do positivismo jurídico é sempre atual no mundo do direito, onde encontra muitos cultores e opositores. No entanto, uns e outros nem sempre compreendem a extensão do tema e da sua importância para a ciência jurídica. Conhecê-lo bem exige a investigação da sua origem, fundamentos e âmbitos de análise. Este é o objetivo deste trabalho acadêmico. Ele começa por uma abordagem inicial do positivismo como tema filosófico, sobretudo para evitar alguns equívocos a respeito das raízes daquele que é o real objetivo deste estudo. Em seguida, como doutrina filosófica derivada do positivismo, é feita uma incursão pelo neopositivismo, também denominado empirismo lógico, positivismo lógico ou fisicalismo. Passando ao tema específico do positivismo jurídico, faz-se um apanhado histórico desta expressão, que permite saber as circunstâncias políticas em que surgiu, qual a sua evolução e o seu significado inicial. Em momento posterior, analisa-se os fundamentos e características do positivismo jurídico. Ao final, em juízo crítico, conclui-se que o estudo do direito não pode se reduzir à dogmática analítica (estudo lógico-formal da norma jurídica) e nem à dogmática hermenêutica (entendimento da norma jurídica), pois, sendo também um processo decisório, deve implicar a abordagem de valores e dos efeitos reais de uma decisão, através de um discurso persuasivo que a torne acreditada pelos destinatários. Portanto, o discurso decisório deve ter um caráter avaliativo e ideológico, que não pode proporcionarado pelo positivismo jurídico ou pela análise exclusivamente dogmática do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo. Origem. Bases teóricas. Fundamentos. Desenvolvimento. Campos de análise. Positivismo científico. Neopositivismo. Positivismo jurídico. Teoria da decisão.

ABSTRACT

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor da Faculdade de Direito de Franca. Juiz Federal. Contato: rubens.calixto@direitofranca.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4096563541083840>.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) Graduação em Direito, pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE-Instituição Toledo de Ensino (1981,) e Atualmente é professor titular de Direito Ambiental da Faculdade de Direito de Franca e professor convidado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Especialização em Direito Ambiental). Promotor de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo (atuação de 8/1/1988 a 11/3/2017). Advogado.

The subject of legal positivism is always topical in the world of law, where it meets many cultists and opponents. However, both do not always understand the extent of the topic and its importance for legal science. Knowing it well requires investigating its origin, fundamentals and areas of analysis. This is the objective of this academic work. It begins with an initial approach to positivism as a philosophical theme, especially to avoid any misunderstandings about the roots of what is the real objective of this study. Then, as a philosophical doctrine derived from positivism, it's made an incursion into neo-positivism, also called logical empiricism, logical positivism or physicalism. Moving on to the specific theme of legal positivism, we proceed in a historical overview of this expression, which makes possible to know the political circumstances in which it arose, its evolution and its initial meaning. Later, the fundamentals and characteristics of legal positivism are analyzed. In the end, in critical judgment, it is concluded that the study of law cannot be reduced to analytical dogmatic (logical-formal study of the legal norm) nor to hermeneutic dogmatic (understanding of the legal norm), as it is also a decision-making process, should involve addressing the values and the real effects of a decision, through a persuasive speech that makes it accredited by the addressees. Therefore, the decision-making discourse must have an evaluative and ideological character, which cannot be provided by legal positivism or by an exclusively dogmatic analysis of law.

KEYWORDS: Positivism. Origin. Theoretical basis. Fundamentals. Development. Analysis fields. Scientific positivism. Neo-positivism. Legal positivism. Decision theory.

INTRODUÇÃO

O tema do *positivismo jurídico* está sempre em voga no mundo do direito, ainda que não haja referências expressas a ele, como nas ocasiões em que afloram os debates sobre o chamado “*ativismo judicial*”.

Intencional ou casualmente, muitos são adeptos do que se conhece por positivismo jurídico. Entre seus cultores, se destaca a Escola Analítica do Direito, sempre empunhando a bandeira da estrita observância dos textos legais por intérpretes e aplicadores das normas jurídicas.

Todavia, há também os críticos mordazes do positivismo, que o vêm como uma corrente teórica obsoleta, à qual atribuem os males do formalismo jurídico e dos excessos dogmáticos, que ignoram ou menosprezam a realidade social.

No calor dos debates, pode-se dizer que há um pouco de equívoco tanto em alguns cultores como em opositores do *positivismo jurídico*, seja em relação aos seus fundamentos, características ou contribuição para o estudo da ciência jurídica.

É certo que o positivismo jurídico surgiu, em larga medida, por oposição ao direito natural, o que pode gerar impressão equivocada sobre sua importância e utilidade, pois é certo que seu papel não se resume a isso.

Este trabalho acadêmico buscar situar as origens do *positivismo jurídico*, seu contexto político, fundamentos e ângulos de análise, bem como a sua importância atual para a interpretação e aplicação do direito.

Para tanto, começa pela investigação dos laços entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. Posteriormente, busca estabelecer as circunstâncias políticas que ocasionaram o surgimento do positivismo jurídico, bem como entender suas características, fundamentos e funções.

Finalmente, faz algumas considerações sobre a importância e limites do positivismo jurídico na sociedade pós-moderna.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO CIENTÍFICO

1.1 O CONCEITO DE POSITIVISMO

Por fidelidade ao rigor teórico, o estudo do *positivismo jurídico* deve se iniciar pelo cotejo com as doutrinas filosóficas, sobretudo para evitar alguns equívocos a respeito das suas verdadeiras raízes.

Em face da sua denominação, podemos ser induzidos ao equívoco de pensar que o *positivismo jurídico* sofreu influência direta do positivismo filosófico, o que, na verdade, não aconteceu.

Apesar do *positivismo jurídico* ser tema constante nos círculos jurídicos, está sujeito a compreensões errôneas dos seus fundamentos, significados e aplicações, normalmente decorrentes de uma abordagem muito simplificada.

Um destes equívocos é, justamente, o entendimento de que o *positivismo jurídico* encontra suas origens no positivismo, daí a utilidade em compreender, inicialmente, esta corrente filosófica.

Do ponto de vista semântico, ULISES SCHMILL (2000, p. 65) observa que não existe uma definição única da palavra *positivismo*, que alcança um conjunto de correntes filosóficas e científicas, algumas das quais chegam a se opor.

Por outro lado, BATISTA MONDIN (1980, p. 172) destaca que o positivismo é resultado dos insucessos da metafísica e da conseqüente ascensão da ciência no século XIX, quando os cientistas multiplicavam as suas descobertas sobre a natureza, o que fez aumentar a crença de que apenas os métodos da ciência experimental permitem o conhecimento do homem como ser social e se mostram capazes de libertá-lo de alienações ideológicas da religião e da metafísica.

Neste sentido, BATISTA MONDIN frisa que o positivismo pode ser considerado uma reafirmação dos motivos iluministas contra as arbitrarias construções metafísicas e filosofias apriorísticas da natureza, que floresceram na época romântica. Diz, ainda, que ele

encontra parentesco com o materialismo, na medida em ambos vêm na matéria o princípio supremo ou causa última da realidade.

A rigor, o termo *positivismo* não tem um sentido unívoco, podendo ter significado mais estrito ou mais amplo.

Em sentido mais amplo, o positivismo designa várias doutrinas filosóficas do século XIX que conferem ao método empirista e quantitativo o valor de ciência superior, de forma a considerar a experiência sensível como a principal fonte do conhecimento, em contraposição ao idealismo.

Num âmbito mais restrito, o positivismo refere-se ao sistema filosófico formulado por AUGUSTO COMTE (1793-1857), segundo sua teoria dos três estados do espírito humano, que teria passado por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva, sendo que esta última corresponderia ao alcance da maioria pela humanidade (JAPIASSÚ, 1996, p. 217).

A *etapa teológica* (mitológica) tem como característica o fato de que os eventos naturais são atribuídos a seres divinos. Por seu turno, a *etapa metafísica* se distingue pela explicação da realidade por meio de princípios abstratos, derivados de construções pelo pensamento lógico. Finalmente, a *etapa positiva* se notabiliza pela apreensão dos fenômenos por meio de relações extraídas da observação e da experimentação (OLIVEIROS LITRENTO, 1984, p. 164).

MIGUEL REALE (1972, vol. 1, p. 13 e s.) destaca que COMTE tinha o propósito dar à filosofia certeza igual àquela que as ciências exatas têm ou pretendem ter, identificando-a com a própria ciência, numa visão orgânica da sociedade, fundada num saber constituído à luz dos fatos ou das suas relações, rejeitando qualquer conhecimento *a priori*, como a metafísica.

Seguindo o mesmo tom, ULISES SCHMILL (2000, p. 66-67) frisa que, desde que o homem adquiriu confiança em seu entendimento e em sua razão, passou a compreender o mundo de maneira autônoma e independente da teologia e da metafísica. A razão e a experiência passaram a ser os únicos padrões disponíveis de explicação da realidade e a ciência se converteu em instrumento de revolução do pensamento.

Percebe-se, pois, que o positivismo é marcado pela supervalorização do conhecimento empírico. Em seu cerne, encontramos uma rígida concepção sobre a *origem* do conhecimento humano, que se opõe radicalmente à tese do *racionalismo* e intensifica o debate interminável entre idealistas e empiristas.

Com efeito, enquanto o racionalismo sustenta que a razão é a verdadeira fonte do conhecimento, o empirismo diz que sua única fonte é a experiência, pois a consciência cognoscente não retiraria seus conteúdos da razão, mas exclusivamente da experiência. Sem a experiência, o espírito humano estaria vazio de conteúdo, seria uma *folha em branco* (Johannes HESSEN, 2003, p. 54-55).

1.2 O NEOPOSITIVISMO

Como doutrina filosófica derivada do positivismo, temos o *neopositivismo*, também denominado empirismo lógico, positivismo lógico ou *fisicalismo*.

O termo *fisicalismo* foi criado por RUDOLF CARNAP e representa a doutrina do chamado *Círculo de Viena*, cuja idéia central é a de que a linguagem da física constitui um paradigma para todas as ciências, sejam elas naturais ou humanas, e tornaria possível chegar a uma ciência unificada.

O estudo da linguagem, segundo esta doutrina, permitiria indicar regras sintáticas para a inserção de diferentes conceitos (biológicos, psicológicos e sociológicos) na linguagem física. A análise dos conceitos de linguagens parciais conduziria à concepção de uma *linguagem unitária* (JAPIASSÚ, 1996, p. 109).

MIGUEL REALE (1972, v. 1, p. 16-17) observa que, para o neopositivismo contemporâneo, a filosofia não é senão uma teoria metodológico-lingüística das ciências, “*uma análise rigorosa da significação dos enunciados das ciências e de sua verificabilidade*”, que permitiriam a sua purificação de pseudo-problemas. Portanto, o neopositivismo sustenta que a função da filosofia é esclarecer e precisar os meios de expressão do conhecimento científico, para depurá-lo de equívocos e pseudoverdades.

Este consagrado filósofo brasileiro anota que o neopositivismo tem como instrumental a Lógica Matemática ou Lógica Simbólica e representa o ponto extremo de uma formalização que já estava presente na Lógica Clássica, possuindo validade objetiva e independentemente de correntes filosóficas.

No contexto do neopositivismo, a metafísica não teria sentido. Por sua vez, o problema ético (assim como o da justiça) seria algo alheio ao campo científico, porque sujeito aos pendores individuais de cada pessoa, impossíveis de serem verificados; seriam meras diretivas (imperativos), impossíveis de serem classificadas como proposições verdadeiras ou falsas por juízos analíticos (puramente formais) e sintéticos (fundados na experiência).

Assim, do domínio científico estariam afastados a Metafísica, a Axiologia, a Moral e o Direito.

Em relação ao positivismo, o *neopositivismo* revela maior cuidado na determinação das condições formais da investigação científica (REALE, 1972, vol. 1, p. 19).

2.0 POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO

Para melhor compreensão do *positivismo jurídico*, a primeira indagação a se fazer é quanto às relações entre o *positivismo filosófico* e o *positivismo jurídico*; em outros termos, se entre eles existe algum laço de filiação.

Sob tal enfoque, NORBERTO BOBBIO (1995, p. 15) afirma que não há liame próximo entre tais expressões, posto que o positivismo jurídico deriva da expressão *direito positivo*, que se refere ao direito posto num local, em contraposição ao caráter atemporal e universal do *direito natural*:

A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*.

A mesma observação é feita por OLIVEIROS LITRENTO (1984, p. 167), para quem a doutrina jurídico-positivista não deve ser confundida com o *positivismo filosófico* de Augusto Comte, pois corresponde, essencialmente, ao *direito positivo*, oriundo da legislação escrita, costume, jurisprudência, prática administrativa etc, de modo a separar-se, rigorosamente, da Moral e do Direito Natural.

Também JEAN-LOUIS BERGEL (2001, p. 15) assinala que toda definição de positivismo é sumária e pode não ser exata, pois a teoria do contrato social, por exemplo, pode ser vinculada ao positivismo ou ao idealismo. Assinala, entretanto, como traço comum a todas as tendências positivistas, a rejeição de qualquer metafísica jurídica, qualquer justiça transcendente e qualquer ideia de direito natural.

Por sua vez, ULISES SCHMILL (2000, p. 68), citando Kelsen, destaca que, por positivismo jurídico, devem-se entender as teorias do direito que têm como objeto exclusivo o direito positivo.

De acordo com BOBBIO, o termo *positivus*, no sentido ora utilizado, já encontra referência no latim da época romana, numa passagem do texto *Notti Attiche*, de AULIO GELLIO, quando o autor, tratando da linguagem, procurava investigar se ela é natural ou convencional.

Com referência específica ao direito, segundo o mesmo autor, a primeira vez que se encontra o termo *positivo* é numa passagem do *Comento*, de CALCÍDIO, ao *Timeu* de PLATÃO. Observa, inclusive, que a distinção conceitual entre o direito natural e o direito positivo já é encontrada em PLATÃO e em ARISTÓTELES (*Ética a Nicômano*, Livro V, Capítulo VII), assim como no Direito Romano, em que o *ius gentium* guardava relação com o direito natural, enquanto o *ius civile* correspondia ao *direito positivo*.

No pensamento medieval, BOBBIO aponta o uso da expressão *ius positivum* no *Dialogus inter philosophum* de ABELARDO, do século XI, sendo que a distinção entre direito natural e direito positivo passou a ser feita por teólogos, filósofos e canonistas medievos, inclusive por SANTO TOMÁS DE AQUINO na *Summa Theologica*, quando distingue os diversos tipos de lei em *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* e *lex divina*.

No pensamento moderno, BOBBIO imputa a HUGO GRÓCIO a mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo, na obra *De jure belli ac pacis*, ao distinguir *jus naturale* e *jus voluntarium*.

Já em fins do século XVIII, no limiar do nascimento do *positivismo jurídico*, encontra-se também a distinção entre o direito natural e o direito positivo em GLÜCK, no seu *Commentario alle Pandette* (BOBBIO, ob. cit., p. 15-21).

Após esta digressão histórica, BOBBIO (Idem, p. 26) afirma que o *positivismo jurídico* nasce no momento em que passa a representar um sentido refratário ao direito natural, *in verbis*:

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma formula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*.

No desenvolvimento do seu estudo, BOBBIO traça alguns pressupostos históricos do *positivismo jurídico*, dentre os quais destacamos os seguintes: a) a posição do juiz antes e depois do surgimento do estado moderno; b) o monopólio do direito por parte do legislador na concepção absolutista e na liberal.

Com referência à posição do juiz quanto à formação do direito, diz aquele autor que a origem da concepção positivista é associada à formação do estado moderno, decorrente da dissolução da sociedade medieval. De sociedade pluralista, composta de vários agrupamentos sociais que representavam microcosmos jurídicos diferentes, passa-se a uma sociedade monista, em que o estado monopoliza toda a produção jurídica, a ponto de, hoje, termos dificuldade em conceber um direito que não seja posto pelo estado.

Neste processo de mutação política, o papel do juiz também passou por significativas modificações, uma vez que, antes do estado moderno e monista, ele não estava vinculado exclusivamente a normas emanadas do órgão legislativo estatal, pois tinha ponderável liberdade para escolher qual norma aplicar: regras costumeiras, elaborações doutrinárias, equidade, etc.

Sob o novo cenário, porém, o juiz torna-se um órgão do estado, titular de um dos poderes estatais e subordinado ao Legislativo, de modo que deve solucionar as controvérsias de acordo com as regras emanadas deste poder (BOBBIO, 1995, p. 28-29).

A subordinação dos juízes à lei proporciona um bem de grande valor: a *segurança jurídica*.

Segundo as ideias de MONTESQUIEU e BECCARIA, o juiz não pode ter o poder de modificar a lei, porque isso quebraria o princípio da separação dos poderes. O juiz, pois, deve se limitar a aplicar a lei através de uma espécie de silogismo, em que a premissa maior é a lei geral; a premissa menor, a ação conforme ou não a lei; a conclusão, a liberdade ou a pena (BOBBIO, 1995, p. 41).

Restaria, no entanto, o problema da proteção contra as arbitrariedades do legislador, o que, no entanto, poderia ser resolvido mediante o uso de dois expedientes constitucionais: a separação de poderes e a representatividade popular (Ibidem, p. 38-39).

Feito este breve apanhado político da germinação do *positivismo jurídico*, vamos abordar os fatos históricos específicos que lhe ocasionaram o surgimento, na primeira metade do século XIX.

NORBERTO BOBBIO registra que JOHN AUSTIN é considerado o verdadeiro fundador do *positivismo jurídico*, mas que um escrito do alemão GUSTAVO HUGO, *Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo* (1798), foi o passo inicial para a dessacralização do direito natural, ao considerá-lo como um mero conjunto de considerações filosóficas sobre o direito positivo e não mais como um sistema normativo auto-suficiente.

Tal fato ocorreu no contexto do *historicismo jurídico*, que gozou de grande prestígio na Alemanha e que teve em SAVIGNY como seu maior expoente. Nesta perspectiva teórica, o homem passa a ser considerado na sua individualidade e em todas as variedades que ela comporta, em oposição ao racionalismo, que considera a humanidade abstrata e fixa as bases teóricas do direito natural.

Segundo o *historicismo*, os homens são diversos entre si, de acordo com a raça, o clima, o período histórico etc. Ademais, a história teria um sentido irracional, sujeita aos elementos passionais e emotivos do homem, bem como à idéia de tragicidade (pessimismo antropológico), em contraposição ao otimismo da perspectiva racionalista, retratada no movimento iluminista.

Em sentido contrário ao iluminismo, o historicismo prega o amor pela tradição e pelo passado (BOBBIO, ob. cit., p. 45-50).

Disso resulta que não poderia existir um direito único, para todos os tempos e lugares, nem pode ser fruto de uma avaliação e de um cálculo racional. Ele é fruto da história e nasce imediatamente do sentimento de injustiça que nasce das formas jurídicas populares, por sob as vestes jurídicas artificiais criadas pelo estado moderno. Os costumes, sobretudo, devem ser valorizados, como manifestações do sentimento e do *espírito do povo* (*volksgeist*), em detrimento de novas legislações e codificações, que representam o desenvolvimento extremo do racionalismo (Ibidem, p. 51-53).

São estas as matrizes teóricas do *historicismo*, que, em manifesto conflito com os pressupostos doutrinários do direito natural, culminaram por derruir as premissas em que este estava assentado, abrindo caminho para que, posteriormente, o direito positivo passasse a ser visto como o único digno de ser identificado como direito válido e aceito.

Outra importante contribuição ao *positivismo jurídico*, embora pela via inversa ao *historicismo*, ocorreu com a codificação, inicialmente instituída na França, notadamente o CÓDIGO DE NAPOLEÃO de 1804, através do qual se buscava impor maior simplicidade e

unidade ao direito, resultado direto do pensamento iluminista, predominante no final do século XVIII.

Esta codificação deu origem à chamada ESCOLA DA EXEGESE, que viria a ser objeto de muitas e severas críticas, em razão do seu exagerado apego à literalidade dos textos legais. Para esta corrente jurídica, todas as controvérsias encontravam soluções nos próprios códigos, estando o juiz impedido de exercer qualquer atividade criativa, sob pena de ofender a vontade do legislador (*princípio da autoridade*) e contrariar a doutrina da *separação dos poderes*, com o que também haveria a inobservância do *princípio da certeza do direito* (BOBBIO, ob. cit., p. 78-80).

Este exagerado apego à literalidade legal seria o responsável, sem dúvida, por futuras críticas ao *positivismo jurídico*, na acepção pejorativa com que passou a ser concebido por muitos cultores do direito.

Também na Inglaterra houve a defesa da codificação, principalmente por parte de JEREMIAS BENTHAM, para quem o caráter direito judiciário da *common law* produzia incerteza jurídica, posto que a racionalidade do sistema estava entregue a uma avaliação pessoal do juiz, dando oportunidade a incontroláveis manifestações ideológicas e arbitrárias (Ibidem, 96-100).

Porém, como antes observado, é JOHN AUSTIN (1790-1859) que merece o crédito pelo efetivo surgimento do *positivismo jurídico*, na medida em que fez um entrelaçamento entre as várias correntes precursoras deste movimento doutrinário, através de sua obra póstuma *Lições de jurisprudência*, que trazia como subtítulo a expressão *The philosophy of positive law (A filosofia do direito positivo)*.

Em sua obra, AUSTIN recusa ao direito natural o caráter de direito, o qual entende como objeto da ciência jurídica, à qual devota um sentido utilitarista e empirista, sem, no entanto, reconhecer valor demasiado às posturas historicistas e românticas, posto que via na legislação - e não no direito consuetudinário - a forma típica do direito e o fundamento último da norma jurídica (BOBBIO, ob. cit., p. 101-104).

AUSTIN, após fazer uma divisão entre *leis divinas* e *leis humanas*, classifica estas últimas como *leis positivas* e *moralidade positiva*. O direito positivo corresponde, no caso, aos comandos emanados de um poder soberano, numa sociedade política independente, enquanto a moralidade positiva é posta por sujeito humano que não possui a qualidade de soberano.

JOHN AUSTIN não defende o chamado direito judiciário, mas também não chega a negá-lo por conter uma aparente contradição com o direito positivo. Para conciliar suas idéias, afirma que o direito judiciário também é estatal, de forma mediata, na medida em que haure sua validade na autoridade delegada pelo soberano (*autoridade subordinada*) (BOBBIO, 1995, p. 105-109).

Chega-se, desta forma, ao sentido do *positivismo jurídico*: direito posto pelo poder soberano do estado, através de normas gerais e abstratas, usualmente entendidas como *leis* (Ibidem, p. 119).

2.2 CARACTERÍSTICAS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Após a abordagem da origem e desenvolvimento do *positivismo jurídico*, urge trazer a lume suas características e acepções.

Tecendo considerações sobre os princípios fundamentais do positivismo jurídico, ULISES SCHMILL (2000, p. 68) assim os indica: a) o objeto da ciência jurídica são as normas positivas; b) a função da ciência jurídica é descrever as relações funcionais entre as normas positivas; c) devem ser rechaçadas todas as teorias que afirmam a existência de normas não-positivas.

No entendimento de NORBERTO BOBBIO (ob. cit., p. 133), as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas: 1) O direito é visto como um *fato* e não como um *valor*; 2) O direito é definido em função do elemento da *coação*; 3) A legislação é fonte proeminente do direito; 4) Teoria da norma jurídica: a norma é um comando; 5) Teoria do ordenamento jurídico: considera a estrutura do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade; 6) Método da ciência jurídica: sustenta a teoria da interpretação mecanicista, prevalecendo o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; 7) Teoria da obediência: obediência absoluta à lei enquanto tal.

O referido filósofo ressalta que não é necessária a defesa de todos estes pontos para que uma corrente seja considerada *juspositivista*, nem significa que outras escolas não sustentem um ou outro destes pontos. No entanto, são eles que, de um modo geral, dão contornos ao positivismo jurídico (ibidem, p. 147).

Passando-se a uma sucinta abordagem dos referidos fundamentos, o tratamento do direito como *fato* revela o objetivo de analisá-lo de forma científica, revelando, aqui, uma clara inspiração no *positivismo filosófico*.

Neste passo, abstrai-se qualquer juízo de valor, pois não se deseja estabelecer uma *tomada de posição* frente a este objeto, se limitando a descrevê-lo de modo científico, eliminando-se qualquer apreciação, por exemplo, quanto à sua justiça ou injustiça do direito.

A preocupação do jus positivista é apenas a *validade* da lei, não quanto ao seu valor. Por este viés, a discussão em torno da justiça seria atribuição da filosofia do direito e não da ciência do direito. Trata-se de postura frontalmente contrária àquela que é pregada pelo direito natural (BOBBIO, 1995, p. 135-138).

Esse modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*, como anota BOBBIO (ob. cit., p. 145), pois o define exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo.

A *coação* é também um elemento imprescindível do *positivismo jurídico* e significa considerar o direito do ponto de vista do estado, segundo a concepção formulada, entre outros, por Hobbes, Thomasius, Kant e Ihering, que superaram a idéia de que a norma sem coação seria um *jus imperfectum*, pois, para eles, esta norma não pode ser considerada direito se não estiver a ser imposta coercitivamente.

Isso é o que defende a denominada *teoria clássica* da coerção. No entanto algumas objeções são lançadas contra a teoria da *coação* do direito, em relação a certas normas que

seriam despidas deste elemento, como as regras consuetudinárias, algumas normas de direito constitucional e o direito internacional (ibidem, p. 147-154).

Há, no entanto, a *teoria moderna* da coação, em que ela não é mais considerada um modo de fazer valer o direito, mas um elemento essencial da estrutura de tal norma. Nesta concepção, o direito seria um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação da força numa sociedade, dizendo *quem, quando, como e quanto* se pode usar a força (BOBBIO, 1995, p. 156-158).

Outro ponto fundamental da doutrina positivista do direito é o das *fontes do direito*, pois ela concede primazia à lei, na formação do Estado Moderno, em detrimento do direito natural, dos costumes, da equidade e da jurisprudência – objeto de algumas considerações na abordagem histórica do *juspositivismo*.

Estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito está a *teoria imperativista*, segundo a qual a norma jurídica tem a estrutura de um *comando*, idéia que foi amplamente elaborada pelo positivismo jurídico, mas que sofre críticas daqueles que discutem o caráter das normas *permissivas*, destituídas de imperatividade, ao que os *juspositivistas* respondem que elas apenas cuidam de limitar ou negar um imperativo anteriormente estabelecido (ibidem, p. 185-187).

Por seu turno, a *teoria do ordenamento jurídico* é produto do positivismo e consiste em estudar o direito não como norma singular ou conjunto delas, mas como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas, tendo em HANS KELSEN sua maior expressão. Tal teoria se baseia em três características principais: *unidade, coerência e completitude* (BOBBIO, ob. cit., p. 197-198).

No que toca à *função interpretativa*, BOBBIO (ob. cit., p. 211) anota que são encontradas as maiores objeções ao *positivismo jurídico*, que considera a atividade cognitiva do direito (jurisprudência) como puramente *declarativa* ou *reprodutiva* de um direito *preexistente* (conhecimento passivo e contemplativo), ao passo que, para o chamado *Realismo Jurídico* (em sentido genérico), esta atividade é também *criativa e produtiva* de um novo direito (conhecimento ativo).

Em tal caso, diz NORBERTO BOBBIO, o positivismo jurídico representa o chamado *formalismo científico*, que, na interpretação, confere absoluta prevalência às formas, ou seja, aos conceitos jurídicos abstratos e às deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, sem levar em conta a realidade social que se encontra por detrás destas formas e que, segundo o *realismo jurídico*, deve guiar o jurista na sua atividade interpretativa.

Expressão máxima do *formalismo científico* foi a denominada *jurisprudência dos conceitos*, enquanto sua maior oponente foi a *jurisprudência dos interesses*, a qual, rejeitando o dogmatismo e o abuso da lógica, se propunha a interpretar o direito à luz das relações sociais que deve regular e dos conflitos que deve resolver.

Quanto ao aspecto da *ideologia* – entendida como “*expressão do comportamento ‘avaliativo’ que o homem assume face a uma realidade*” -, o positivismo jurídico tem como ideologia típica o dever absoluto ou incondicionado de obedecer ao direito estatal, como único ordenamento normativo válido, independentemente de qualquer juízo valorativo de justiça. Os fundamentos para tal ideologia vão do *ceticismo* ao *relativismo* quanto ao

conhecimento do justo. Podem, ainda, fundar-se numa concepção sagrada da autoridade ou numa concepção do Estado ético (BOBBIO, 1995, p. 221-228).

3.O POSITIVISMO JURÍDICO NA ATUALIDADE

Em que pese seu inegável valor científico, o positivismo jurídico encontra considerável oposição de outras correntes do direito.

Por exemplo, ao elemento positivista da *validade* da norma jurídica, o chamado *realismo jurídico* acrescenta o elemento da *eficácia* do direito, sob o argumento de ele é realidade e, nesta condição, não poderia ser chamada de direito a norma que não é passível de aplicada. Para os positivistas, no entanto, esse é um elemento alheio à ciência jurídica, que se atém somente ao fenômeno normativo, ao âmbito do *dever ser*.

BOBBIO anota que a eficácia, mencionada pela *Escola Realista do Direito*, não é a eficácia social (respeito da norma pelos cidadãos), mas, sim quanto ao modo de individualizar as fontes do direito, ou seja, do ponto de vista do comportamento dos juízes, de modo que somente poderiam ser consideradas normas jurídicas aquelas efetivamente aplicadas por eles (ob. cit., p. 142-143).

Assim, embora o positivismo jurídico tenha inegável importância como método de atuação, deve ser visto com reservas quando visto como critério absoluto de interpretação e aplicação da lei, desapegado da realidade, postura que pode ensejar o surgimento de teorias radicais de negação do direito como ciência, como se dá, por exemplo, com os *Estudos Jurídicos Críticos*, para os quais, na mordaz observação de RICHARD A. POSNER (2007, p. 206), “*todo direito é política num sentido estrito e desonroso*”.

Fazendo cotejo do *positivismo jurídico* com o *positivismo científico*, JEAN-LOUIS BERGEL (2001, p. 17) assinala o perigo do reinado absoluto do Estado e da força, sob os quais os piores abusos e os mais atroz excessos poderiam ser legitimados – como ocorreu no regime nazista.

Daí porque não aceita a concepção do direito apartada de qualquer consideração de ordem sociológica, política, histórica ou econômica, como prega o *positivismo científico*. Tampouco aceita a visão unilateral do *positivismo sociológico*. A melhor atitude, diz ele, é realizar um entrelaçamento entre as diversas visões do fenômeno jurídico, *in verbis*:

Se as diversas escolas de pensamento nutrem em si mesmas seus próprios excessos e não chegam, consideradas isoladamente, a uma definição completa e satisfatória do direito, essa só pode proceder de uma certa conjunção das teorias em questão, cuja apreciação depende das finalidades que reconhecemos no direito. Existe, para além das posições extremas, uma abordagem intermediária, que repousa na busca das finalidades alternativas e concilia as respectivas contribuições das diversas doutrinas ao mesmo tempo que as purga de seus excessos partidaristas.

Sob este aspecto, é eloquente a exortação de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR (1988, p. 25) sobre a necessidade de se aliar sentimentos (valores) e técnica, no que diz respeito ao estudo do direito:

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, porque mandamos, porque nos indignamos, porque aspiramos mudar em nome de ideais, porque em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e nos tira a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas (...). Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar (...). Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia inconseqüente.

NORBERTO BOBBIO (1995, p. 233), em síntese conclusiva de seu estudo sobre o positivismo jurídico, também adverte sobre os equívocos que pensamentos estanques podem levar acerca desta doutrina:

Ora, sustentamos que para poder fazer um balanço do positivismo jurídico, para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentalmente diferentes.

Para melhor se posicionar diante das críticas ao positivismo jurídico, BOBBIO (ob. cit., p. 234-238) frisa a necessidade de distinguir três aspectos do positivismo jurídico: a) como *método* (meio para atingir a um fim) do estudo do direito; b) como *teoria* (juízo de verdade ou falsidade) do direito; c) como *ideologia* (juízo de valor) do direito.

De acordo com ele, o *método* positivista é puramente o método científico, necessário caso se queira fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Do contrário, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.

Quanto ao positivismo jurídico como *teoria*, entende inatacáveis as concepções da *teoria coativa do direito*, da *teoria legislativa do direito* e da *teoria imperativa do direito*. No entanto, pensa que são fundadas as críticas quanto à *teoria da coerência do ordenamento jurídico* (ele não é necessariamente coerente), à *teoria da completitude do ordenamento jurídico* (tampouco é necessariamente completo) e à *teoria da interpretação lógica ou mecanicista* (interpretação do direito pelo juiz não consiste na simples aplicação da lei como um procedimento puramente lógico, pois ele é obrigado a introduzir avaliações pessoais e a fazer escolhas).

No que toca ao positivismo como *ideologia*, BOBBIO distingue as versões forte (extremista) e moderada (fraca) do *positivismo ético*, para dizer que, historicamente, o positivismo jurídico guarda nexos com a versão moderada, que não leva à “estatolatria” e ao

totalitarismo político. Ao contrário, ao defender a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito, representa uma sustentação ideológica a favor do Estado Liberal, pois o dever de obedecer à lei diz respeito não apenas aos cidadãos, mas também aos órgãos do Estado, o que não foi observado pelo nazismo e nem pelo fascismo, quando a liberdade individual foi suprimida em nome dos interesses políticos estatais.

O que se pode concluir, com razoável segurança, é que a dogmática jurídica comporta três âmbitos diversos: dogmática analítica, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão.

Neste contexto, FERRAZ JUNIOR (1988, p. 315) observa que o estudo do direito não pode se reduzir ao estudo da dogmática analítica (estudo lógico-formal da norma jurídica) e nem mesmo da dogmática hermenêutica (entendimento da norma jurídica), pois, sendo o direito um processo decisório, deve, necessariamente, fazer uma abordagem de valores, visando obter a legitimidade da decisão através de “*um discurso ‘persuasivo’ sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários*”, o que torna o discurso decisório avaliativo e ideológico.

CONCLUSÃO

O estudo mais criterioso do *positivismo jurídico* revela que esta doutrina pode ser analisada sob diversos aspectos, sendo que nenhum deles ainda conseguiu obter foro de unanimidade na ciência do direito.

Uma das ilações que resultam desta constatação é que o *positivismo jurídico* não pode ser corretamente avaliado por análises simplificadas ou limitadas a aspectos parciais, que não o considerem em todo o seu significado. Posicionamentos reducionistas dos cultores ou opositores do positivismo certamente levarão a equívocos teóricos.

Sob o advento do estado moderno, é inegável que o positivismo jurídico teve o grande mérito de propiciar um estudo sistematizado da norma jurídica, não apenas no sentido de apurar seus aspectos lógico-formais, no plano da validade, mas também de inseri-la no âmbito do fenômeno mais amplo e complexo que denominamos *ordenamento jurídico*, com o qual a norma deve guardar unidade e coerência.

Esta grande conquista, que cria barreiras significativas contra a arbitrariedade judicial e pavimentou o caminho para a indispensável segurança jurídica, é sobremaneira valorizada pela Escola Analítica do Direito.

Todavia, o positivismo jurídico não tem o condão de esgotar o objeto da ciência do direito, pois isso implica em deixá-la enclausurada numa redoma formal e distante da realidade social, correndo o sério risco de tornar-se inócua e sem nenhuma legitimidade social, com possíveis e graves consequências para a sociedade.

Enquanto método e teoria, o *positivismo jurídico* se mostra de grande valia, na medida em que contribuiu sensivelmente para a abordagem mais segura do direito.

Mas, no âmbito da teoria da decisão judicial, deve abrir espaço para a atividade interpretativa do aplicador da lei, especialmente no que diz respeito à valoração das textos normativos e à identificação das consequências sociais que uma escolha pode acarretar, tarefas que o positivismo jurídico não é capaz de cumprir.

REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Justiça e direito)

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação: Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução: João Vergílio Gallerani Cuter. Revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Biblioteca universal)

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. ver. e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

LITRENTO, Oliveiros. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MONDIN, Batista. *Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras*. Tradução: J. Renard. Revisão técnica: Danilo Morales. Revisão literária: Luiz Antônio Miranda. São Paulo: Edições Paulinas, 1980. (Coleção filosofia; 2)

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito)

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 2 v. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

SCHMILL O., Ulises. *El positivismo jurídico*. In VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 65-76.