

Introdução

Tornou-se lugar comum no debate atual sobre teoria do direito e direito constitucional dar por certa a “crise do positivismo jurídico”. No entanto, suas origens e conseqüências ainda parecem estar bastante obscuras. Boa parte da rejeição do juspositivismo no debate brasileiro se dá de forma puramente retórica, com emprego de expressões de desprezo ao positivismo, que é apresentado como visão teoricamente ultrapassada e politicamente perigosa.¹

Lê-se com freqüência que o positivismo “deixou de ser uma forma adequada de compreender o direito”², ou que constitui um “retrocesso”³, constatando assim a sua decadência e a necessidade de se superar a “pesada crosta do positivismo” e “nos livrar de suas amarras”⁴. Chega-se a afirmar que na “idolatria formal-normativista (...) a vítima e o holocausto convivem em paz (...). A visão vazia dos olhos do positivista tornou-se uma conseqüência até certo ponto exótica e inesperada, da sua irremediável cegueira moral”⁵. A derrota do positivismo é afirmada categoricamente:

“o modelo neoconstitucionalista teórico, que foi vitorioso ao positivismo – ao menos no Brasil -, permitiu a inversão do ônus, pois antes todos eram positivistas exclusivos, mas agora o positivismo exclusivo não é mais o modelo aceitável”⁶

O tratamento da matéria no Brasil parece estar em profundo descompasso com os debates da doutrina estrangeira sobre os mesmos temas. A publicação de *O Conceito de Direito* de Herbert Hart em 1961 representou um marco na teoria do direito do século XX, tanto pelas inovações teóricas que aportou como pelo fecundo debate que gerou. Tal debate se inicia com as primeiras críticas de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart em *Modelo de Regras I e II* (1967), compiladas em *Levando os direitos a sério*, e se desenrola

¹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 45, de onde também se colheu boa parte das citações seguintes.

² BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.6.

⁴ CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.139.

⁵ PASQUALINI, Alexandre, *Hermenêutica e sistema jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 66.

⁶ MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 51.

até hoje com fortes debates internos ao próprio positivismo jurídico. Dentre elas, daremos destaque à corrente do positivismo inclusivo, termo cunhado por Wilfrid Waluchow, mas cujas origens remontam ao início dos anos 70. A principal proposta de tal corrente é conciliar alguma das críticas de Dworkin com as bases da tradição positivista. A corrente se constrói refutando de um lado, teses não positivistas como as de Dworkin, e, de outro, teses exclusivas como as de Joseph Raz.

Os objetivos do presente trabalho são 1) analisar a evolução da tradição positivista e de sua “crise” ; 2) avaliar a possibilidade de incorporação da moral ao direito e 3) a viabilidade da proposta do positivismo jurídico inclusivo.

No segundo capítulo será abordada a origem do debate, partindo da idéia de positivismo jurídico como uma tradição de pensamento e tendo como marco a obra de Hart. Por se tratar de uma discussão quase não abordada na doutrina nacional, foi feita uma breve digressão às origens do positivismo jurídico e sua evolução. As inovações trazidas por Hart em relação à tradição positivista da primeira metade do século XX, e como as críticas lançadas por Dworkin anos depois constituíram o centro da discussão na teoria do direito. Em apertada síntese, o centro das refutações de Dworkin à Hart está na impossibilidade de seu conceito de direito dar conta não apenas de regras, mas de princípios, que, independentemente de sua positivação, fariam parte do direito. É o seu valor moral, e não seu critério de fonte que tornam os princípios parte do direito.

As primeiras respostas surgem já no começo da década de 70 com os trabalhos de Genaro Carrío (1970) e Raz (1972), tentando articular de que maneira os princípios poderiam estar presentes num conceito positivista de direito. Soper (1977) e Lyons (1977) elaboram o que é considerado a primeira defesa de um positivismo inclusivo partindo da possibilidade de incorporação de valores ou testes de conteúdo ao direito.

Raz elabora então sua tese da autoridade do direito (1975), passando a se constituir assim no principal nome do positivismo exclusivo, pois, pare ele, o direito não pode incorporar em nenhuma hipótese critérios morais como condição de validade, pois o direito é visto como um conjunto de razões excludentes para ação. Se fosse possível, quando de sua aplicação, discutir os valores que estão por trás do direito, este não cumpriria seu papel. De outro lado, Dworkin oferece respostas às críticas que havia recebido por seu modelo de regras e tece novas críticas ao convencionalismo. É nesse cenário que se desenvolverá no primeiro capítulo o surgimento do positivismo jurídico inclusivo.

O terceiro capítulo será centrado nas obras de Wilfrid Waluchow, *Positivismo Jurídico Inclusivo*, e no *Pós-escrito* que Hart incorpora ao seu *O Conceito de Direito*, ambos publicados em 1994. Hart buscou dar respostas a diversas críticas que sua obra recebera desde a publicação inicial, mas falece antes de completar sua empreitada. Denominando sua teoria como um positivismo suave, tentou demonstrar a compatibilidade de suas teses com a incorporação de princípios morais ao direito. Waluchow consolida uma série de artigos dos anos 80 e pretende consolidar também a própria idéia de positivismo inclusivo. A estratégia adotada por ele é elencar uma série de críticas feitas ao positivismo inclusivo e rebatê-las. Em seguida, pretende mostrar as virtudes que sua teoria apresenta em relação a outras teorias explicativas do direito.

O quarto capítulo pretende avançar no debate posterior a obra de Waluchow no terreno do positivismo, discutindo os desdobramentos contemporâneos do tema, com as contribuições recentes que recebeu. Terão destaque os intentos de Coleman (2001), Moreso (2002), Ródenas (2003), Villa (2000), Kramer e Himma (1999), atentando para divergências intrínsecas a própria versão inclusiva. Por fim, vai-se buscar fazer um balanço de todo o debate apresentado, a fim de se constatar se a pretensão do positivismo inclusivo fora atingida e o que restou após tão longos debates.

Desta forma, este trabalho tentará preencher de alguma forma este hiato entre a discussão da matéria no Brasil e no cenário internacional. Como destaca Dimoulis, a grande maioria dos trabalhos brasileiros se satisfaz com referências abstratas a uma abordagem que denomina genericamente de “positivismo jurídico”, relacionadas quase sempre com a obra de Kelsen, e com menos frequência Hart e Ross, como se o positivismo jurídico se encerrasse com obras de autores nascidos em 1881, 1899 e 1907 respectivamente. “Como explicar que, após décadas de discussão mundial a controvérsia entre positivismo jurídico inclusivo e exclusivo permanece ignorada no Brasil?”⁷

A estrutura do trabalho segue, em muitos pontos, a proposta metodológica oferecida por Juan Bautista Etcheverry⁸ e teve como objetivo principal oferecer um mapa do debate em questão, percorrendo os principais artigos publicados sobre o tema nos últimos quarenta anos. Como quase a totalidade das publicações nas quais este trabalho se pautou foram escritas em

⁷ DIMOULINS, *Positivismo Jurídico*, op. cit., p. 134.

⁸ ETCHEVERRY Juan Bautista, *El debate sobre el Positivismo Jurídico Incluyente. Un estado de la cuestión*. UNAM: México, 2006.

Inglês ou Espanhol e não possuem tradução para o Português, foi adotada a livre tradução para nosso idioma nas citações. No casos em que já havia tradução oficial para o Português, esta foi adotada.

Tal debate ainda se encontra candente e não se pode precisar o seu desfecho. No entanto, pode-se afirmar com segurança que, ao contrário do que grande parte da doutrina nacional faz parecer, o positivismo jurídico é uma tradição viva que não foi enterrada junto com Kelsen.