

Positivismo jurídico no Brasil: pequena história de uma má interpretação

Legal positivism in Brazil: a short history of a bad interpretation

Mateus Matos Tormin*

* Aluno do último ano da graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da USP. E-mail: mateusmmt@gmail.com.

Resumo: O artigo tem como objetivo levantar algumas questões e hipóteses acerca da história recente do positivismo jurídico no Brasil. O intuito é de apontar caminhos para que se possa traçar a raiz da identificação do positivismo jurídico com uma visão rasa, meramente formal do direito. Ao longo do trabalho, apontam-se efeitos práticos negativos dessa leitura simplificada do positivismo, e hipóteses que visam explicar o porquê dessa identificação.

Palavras-chave: positivismo jurídico; teoria do direito; imaginário jurídico brasileiro.

Abstract: This text raises some issues and hypothesis concerning the recent history of legal positivism in Brazil. The purpose is to shed some light on the roots through which legal positivism came to be identified with an insult in the Brazilian legal practice and thought. Throughout the text, some negative practical effects of this poor reading of legal positivism are pointed out and some hypotheses to explain this identification are put forward.

Key words: legal positivism; legal theory; Brazilian legal thought.

1. Introdução

Neste breve artigo, pretendo fomentar a reflexão a respeito das ideias que os juristas brasileiros têm do direito e da justiça. Mais especificamente, a questão que une e perpassa toda a reflexão é fruto de um interesse na história recente do positivismo jurídico no Brasil. Em suma, gostaria de investigar suas linhas de desenvolvimento para poder entender como, quando e por que o positivismo jurídico, no Brasil, passou a ser sinônimo de “palavrão”. Destaco, desde já, o caráter propositivo do texto: trata-se da exposição de um conjunto de questões que constituem uma possível agenda de pesquisa, e de hipóteses a serem investigadas mais a fundo a respeito da história recente do positivismo jurídico no Brasil.

2. Positivismo: um palavrão?

Participava de uma banca de mestrado em que um aluno defendia uma dissertação sobre hermenêutica. Uma importante professora, também convidada para a arguição, no entremeio de uma discussão em que eu defendia a aplicação do artigo 212 do Código de Processo Penal (eu cheguei à “ousadia” de invocar a “literalidade” do dispositivo), apartou-me dizendo: “mas você está sendo positivista, ao defender a aplicação da ‘letra da lei’.”). Fiquei impressionado com a “admoestação” (STRECK, 2012).

O relato exemplifica perfeitamente fenômeno comum no imaginário jurídico brasileiro: o estabelecimento de relação de identidade entre teorias jurídicas positivistas e uma visão rasa ou meramente formal do direito. Não são poucas as ocasiões em que se critica duramente algum positivismo jurídico, identificando-o ora com um pensamento frio, ora com a aplicação de leis que seriam injustas. Ao juiz positivista - “cego de valores” -, resta o rótulo de boca-da-lei, autômato que aplica a letra fria dos dispositivos legais.

E aqui se levanta a questão: por que o positivismo jurídico é mal visto no Brasil? Por que muitos profissionais do direito (juristas, docentes, advogados etc.) o representam como uma teoria “fria”, “injusta”, equiparando-o a um “formalismo barato” e a uma “visão quadrada do direito”?

Uma contribuição mais robusta para uma resposta a essa pergunta teria de traçar as linhas de incorporação, desenvolvimento e modificação do positivismo jurídico no pensamento jurídico brasileiro. Ao final de um tal trabalho, ter-se-ia maior clareza sobre o estágio em que se encontra o debate sobre o direito no Brasil - já que entender como as ideias que dominam o imaginário jurídico presente se formaram proporcionaria melhor compreensão sobre as mesmas. É assim que, a depender do desenrolar de uma tal agenda de pesquisa, poder-se-ia liberar o positivismo jurídico de seu sentido necessariamente pejorativo, abrindo caminho para

estudos e debates que levassem tais teorias a sério. Muitos de seus atuais críticos mal se dão ao trabalho de apontar com maior clareza de qual positivismo se está a falar, muito menos de tentar reconstruir o argumento positivista. Estaremos diante de um espantalho?

3. A representação que se faz do positivismo jurídico e seus efeitos práticos

Independente de estarmos ou não diante de um espantalho, o fato é que a representação que se faz do positivismo jurídico tem efeitos práticos importantes. Metodologicamente, é relevante deixar clara a distinção entre as ideias conforme concebidas por seus autores, de um lado, e as ideias que os indivíduos têm dessas ideias, de outro. Minha preocupação, neste trabalho, é com as últimas. Muito se discute sobre o que determinado autor quis dizer em sua obra, sobre qual seria a melhor interpretação de seu argumento, sobre quem foram seus precursores, etc. Pouco se diz, porém, sobre as ideias que os indivíduos fazem dessas ideias e sobre o efeito prático que essas representações têm.

Um exemplo que ajuda a deixar isso mais claro é o da teoria do direito kelseniana. O ponto é que o que as pessoas assumem como dito por Kelsen é tão importante quanto o que Kelsen disse ou quis dizer, de fato, em sua obra. O positivismo kelseniano é, se não o mais criticado, certamente um dos mais criticados nos discursos jurídicos no Brasil. E não é incomum ouvir que tais críticas são fruto de leituras superficiais de seus textos (LEAL, 2014). Para citar um exemplo, aponta-se com frequência a superficialidade de leituras que sustentam certos mitos em torno da teoria kelseniana. Representam-na como a que prega um direito “puro”, e afirma-se que Kelsen teria desvinculado o direito da moral (e não a ciência do direito da moral etc.) (STRECK, 2013; STRECK, 2014)

Independente do mérito dessas leituras, elas tiveram e têm, como efeito prático, um fortalecimento da imagem negativa sobre o positivismo no imaginário jurídico brasileiro. Esta má leitura ou leitura simplificada do positivismo é reforçada por condições externas aos textos que a propagam, tais como a massificação da cultura e do ensino jurídicos¹. E dessa leitura

¹ Em 1991, o Brasil contava com 165 faculdades de direito. Em 2012, esse número saltou para mais de 1200. Anualmente, o Brasil ganha cerca de 120.000 bacharéis em direito por ano (Macedo e Piccolo, 2014, p. 214). Tais condições poderiam ser apontadas como uma das hipóteses a explicar ou, ao menos, a favorecer, o processo de identificação das teorias jurídicas positivistas ao que há de pior no direito. No mesmo sentido vai a formação da maioria dos docentes do direito no Brasil, destacando-se a baixa presença de professores com doutorado - o que contribui negativamente em termos de rigor acadêmico. De acordo com dados da FGV SP, no âmbito nacional, 25% das funções docentes em cursos presenciais de Direito contam com doutorado, 45% com mestrado, 28% com especialização e 2% com apenas graduação. Em relação às instituições de ensino superior privadas, há mais funções com mestrado (47%) e especialização (30%), seguidas por funções com doutorado (22%) e graduação (1%). 17% das funções docentes pertencem à rede pública, enquanto 83% pertenciam à rede privada. No total, foram 7125 funções docentes na rede pública e 33703, na rede privada (Observatório, 2013).

simplificada vem, em parte, um apego aos princípios por parte do imaginário jurídico brasileiro recente (como resultado do desprezo à letra “fria” da lei). Esse apego chega ao ponto de muitos juízes tomarem uma decisão exatamente de acordo com a lei, mas optarem por se apoiar em princípios, em vez de citarem o texto legal que daria respaldo à decisão (SUNDFELD, 2011).

Outro efeito importante é o fato de todas as novas teorias do direito - que emergem ou entram no discurso jurídico brasileiro principalmente pelas vias do direito constitucional - constituírem-se em oposição ao positivismo ou como superação dele (assim, por exemplo, o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo, o pan-principiologismo etc.). O efeito prático disso é a sensação de que, no Brasil, o que predomina, em termos de visão sobre o direito, é uma espécie de “principiologismo cético”. Explico.

Esquemáticamente, uma pessoa que estuda ou pratica o direito no Brasil tem, diante de si, três modos mais viáveis de enxergá-lo: sob um viés positivista; sob um viés moral (em que o direito é visto como um departamento da moralidade); ou sob um viés cético (em que o que determina o que é lícito é a vontade do aplicador/legislador e a força do grupo político dominante)². No Brasil, como argumentamos, o positivismo não se constitui como uma opção viável - dado que é concebido de maneira extremamente negativa. Apenas muito recentemente alguns positivistas deixaram de ter ressalvas em se associar ao rótulo. Resta-nos, portanto, as duas últimas opções.

Por um lado, as teorias de viés moral (como a de Dworkin, por exemplo) exigem, para sua compreensão e domínio, bastante estudo, alcançando dimensões filosóficas que escapam à maioria dos estudantes e juristas. Para piorar, o contato da maioria dos juristas, práticos e estudantes com essas teorias é bastante limitado. A maioria das pessoas estuda tais teorias por um ou, no máximo, dois semestres na faculdade. O resultado disso é que as pessoas tendem a se apropriar de alguma parte da teoria e aplicá-la para confirmar ou dar um ar de sofisticação a uma decisão já previamente tomada - algo a que toda teoria se sujeita. O que tende a ocorrer, portanto, é uma apropriação para fins práticos da ideia que a pessoa tem de uma dada teoria

² Não nego o caráter esquemático dessa exposição e os problemas que esse caráter traz. Ronald Dworkin, por exemplo, ao defender sua teoria do direito como integridade, sustenta não ser possível defender uma teoria do direito por um viés não moral; ou seja: mesmo uma teoria positivista ou cética do direito teria de tratar o direito como um departamento da moralidade. Para fins de minha exposição, o que importa destacar são as opções teóricas que povoam o imaginário jurídico do estudante de direito ou das pessoas envolvidas em sua prática no Brasil. O ponto do texto é que, dentre as opções que povoam esse imaginário, estão leituras positivistas, leituras morais e leituras céticas do direito. Dentre elas, o positivismo, devido à conotação negativa que assumiu na história do pensamento jurídico brasileiro, não se mostra como opção viável. Poucas pessoas se arriscam a assumir as conotações negativas associadas ao rótulo. As teorias morais, por sua vez, ora se mostram demasiado complexas, ora se associam a um moralismo raso que não convence. Resta como leitura mais crível, portanto, uma espécie de ceticismo que tem como instrumento o uso de princípios a gosto do intérprete.

(nesse ponto, as teorias morais do direito tendem a dar lugar a teorias moralistas do direito). Por outro lado, não há, no Brasil, de maneira robusta, uma teoria ou a incorporação de uma teoria cética, pragmática ou realista - como houve nos EUA³.

O resultado dessas duas constatações é a prevalência, no Brasil, de um “principiologismo cético” - no qual as mais variadas decisões são justificadas com base em princípios. Esse principiologismo cético poderia ser representado pelas seguintes palavras de Carlos Ari Sundfeld:

Vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...) [O] uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo (SUNDFELD, 2011, p. 1 e p. 16).

Portanto, o que se vê é que a ideia que se construiu do positivismo jurídico ao longo do desenvolvimento da cultura jurídica brasileira teve efeitos bastante importantes, já que conforma grande parte dos discursos que moldam nosso imaginário jurídico atual - seja na academia, seja na prática. Como já dito, seria necessário uma pesquisa longa e rigorosa para se poder fazer contribuição robusta sobre o tema. O objetivo, neste trabalho, é de apenas de apontar alguns caminhos passíveis de serem explorados.

4. Os positivismos são muitos

Um primeiro problema a ser enfrentado é a amplitude que o rótulo positivista adquiriu. Ele designa diversos movimentos, tanto nas disciplinas de um modo geral, quanto no direito. Para a presente investigação, isso é importante por dois motivos.

Quanto aos positivismos em outras disciplinas, o processo de decadência enfrentado pelo positivismo em diversos campos do conhecimento poderia ter influenciado negativamente a visão que se tem do positivismo no direito. Como exemplo, cito o positivismo historiográfico, cujos autores concebiam a história como uma descrição de fatos isenta de pressupostos. Essa concepção era criticada já no final do século XIX e começo do século XX por Max Weber (1922) (a crítica aparece em praticamente todos seus ensaios metodológicos), e encontrou eco ao longo de todo o século XX, estando presente também no trabalho do historiador António Hespanha (2012, pp. 13-30).

³ No Brasil, atribui-se a Nelson Hungria um pensamento cético ou realista. Todavia, não há, por aqui, desenvolvimento ou incorporação de uma teoria robusta nesses moldes. Ver, a partir do minuto 17: <https://www.youtube.com/watch?v=StfHMTZ-R0g> (Tempo e História: o legado de Nelson Hungria).

Quanto aos positivismos jurídicos, seria necessário ter maior clareza sobre suas diferentes vertentes, na tentativa de mapear como foram introduzidas, recebidas e combatidas. Assim, por exemplo, seria o caso de tentar investigar: quais as relações entre a corrente de pensamento jurídico da virada do século XIX para o XX - corrente esta, muitas vezes, rotulada de positivista - e o positivismo da segunda metade do século XX? Há relação entre elas? Há continuidade? Há ruptura? O rótulo é apenas coincidência?

José Reinaldo de Lima Lopes aponta para algumas respostas, em seu livro *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro* (2014). Como consequências do pensamento de autores da virada do século - autores estes que José Reinaldo prefere chamar de naturalistas, em vez do rótulo genérico positivistas -, são apontadas: o conceber o direito, em última instância, como mero reflexo do poder (p. 271); o distanciamento entre teoria e prática (p. 274); a ausência de debates sobre o tema da justiça (p. 278); e o afastamento entre doutrina jurídica e realidade social brasileira (p. 285). São consequências que, claramente, têm impactos importantes para o modo como se molda o imaginário sobre o direito no Brasil e que necessitam, portanto, ser exploradas mais a fundo.

Não tenho condições de, no momento, tratar do primeiro problema (relativo ao positivismo em outras disciplinas). O segundo, contudo, merece alguma atenção. Para tanto, retomarei alguns pontos da história da filosofia do direito no Brasil.

5. Traços da história da filosofia do direito no Brasil

5.1. O patrimonialismo e a aplicação (não) rigorosa da lei

Antes da fundação dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo (1827), as poucas pessoas que obtinham conhecimentos jurídicos, obtinham-no em Portugal, na Universidade de Coimbra (Tércio, 2000, p. 41). Desde a sua fundação, estas duas Faculdades de Direito apresentaram vocação para a formação não de juristas e técnicos do direito propriamente ditos, mas, sim, de indivíduos que assumiriam diversas posições institucionais - tais como as de legislador, de diplomata, de administrador, de burocrata etc.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. sugere que a convivência de uma cultura patrimonialista (calcada numa dominação tradicional), de um lado, e um discurso de obediência às leis e do sistema jurídico como fundamento da vida civil, de outro, ensejava uma desconfiança em relação ao direito positivo. Este, na prática, era preterido diante de favores e boas relações (Tércio, 2000, p. 42; Wolkmer, 1998, p. 93) - marcando a tensão existente entre um

patrimonialismo sócio-político, apontado como herança lusitana, e uma cultura jurídica liberal-burguesa, apontada como influência anglófona e francófona (Wolkmer, 1998, p. 102). Destaca-se que, nesse período, conviviam, de um lado, uma mentalidade liberal - que se traduzia em um formalismo legal e em um individualismo político -, e, de outro, uma postura autoritária e etnocêntrica (exemplificada pela presença da escravidão respaldada pelo ordenamento jurídico).

De acordo com uma das narrativas históricas sobre a história do direito no Brasil, parte da desconfiança em relação à aplicação da lei positiva nasce já nesse período, em que os profissionais da lei “ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais” (Wolkmer, 1998, p. 100). Neste contexto histórico, tal desconfiança se justificava. Porém, teria ela justificativa ainda hoje, em um contexto sócio-político distinto, mas ainda marcado pela pessoalização e instrumentalização do direito?⁴ Em outros termos: seria possível traçar parte da origem da desconfiança em relação ao positivismo (e à aplicação da letra “fria” da lei) a essa diferença entre discurso (neutralidade e moderação jurídicas) e realidade (privilégios econômicos e desigualdades sociais)? Se sim, essa desconfiança ainda se justificaria atualmente?

5.2. O jusnaturalismo tomista e o “primeiro”-positivismo

No contexto inicial da colonização, predominava o pensamento jusnaturalista de matriz tomista-escolástica - que conformava toda concepção sobre lei, direito e justiça no Brasil. A ruptura com esse sistema viria apenas na virada do século XIX para o XX, com a introdução marcante de ideias positivistas e evolucionistas (Wolkmer, 1998, pp. 125-128; Macedo e Piccolo, 2014, p. 190). Wolkmer aponta o positivismo cientificista como uma forma de pensar “mais adequada às novas condições econômicas advindas das transformações trazidas pela

⁴ Dados recentes parecem confirmar o enraizamento da ideia de que, no Brasil, as leis não são rigorosamente aplicadas. De acordo com um relatório da FGV-SP: quando perguntados sobre o quanto concordam com algumas afirmações, 80% dos entrevistados afirmaram que concordam ou concordam muito com a afirmação de que “É fácil desobedecer à lei no Brasil”. De forma semelhante, 81% dos respondentes concordam com a afirmação de que “sempre que possível escolhem dar um jeitinho ao invés de seguir a lei”. E 56% dos entrevistados acreditam que existem poucas razões para seguir a lei no Brasil. (Fonte: Relatório do Índice de percepção do cumprimento da lei - FGV (http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Apesar disso, parece haver um sentimento difuso que prega a vontade/necessidade de as leis serem seriamente aplicadas pelas instituições. Nesse ponto parece haver uma tendência curiosa da cultura jurídica brasileira: o descompasso entre a visão do leigo - que pensa que a lei deveria ser aplicada - e a visão do não-leigo - que repugna a “letra fria da lei”.

República” (p. 130)⁵. No direito, autores como Pedro Lessa e João Arruda pregavam o estudo científico do direito, sob a ótica de um positivismo que Wolkmer qualificou de “ilustrado”. No mesmo sentido, Pontes de Miranda, por meio de uma espécie de positivismo sociológico, entendia o direito como uma ciência causal descritiva (Wolkmer, 1998, pp. 132-34).

Esse positivismo cientificista entra em crise nos anos 1930-50, sendo Miguel Reale seu crítico mais influente. Reale afirmava que o direito pertencia ao domínio da cultura, e não da natureza. Consequentemente, o direito exigiria método diferente dos empregados nas ciências físico-naturais - eis a essência do chamado “culturalismo jurídico”. Em 1940, Reale publica seu livro *Fundamentos do Direito* - que, segundo Tércio, produziu grande impacto no pensamento jusfilosófico brasileiro (Tércio, 2000, p. 47).

Macedo e Piccolo qualificam Reale como o jusfilósofo mais influente da segunda metade do século XX no Brasil⁶. Com sua teoria tridimensional do direito, Reale visou superar o caráter unilateral do positivismo, que ainda dominava parte do pensamento jurídico brasileiro. Ainda segundo o texto de Macedo e Piccolo, o pensamento de Reale foi o predominante nas aulas de introdução ao estudo do direito por muitos anos, tendo sido superado apenas recentemente (2014, pp. 200-02). A forte presença de Reale e sua grande influência certamente podem ser apontadas como uma das principais responsáveis pela derrocada desse “primeiro”-positivismo e, consequentemente, pelo fortalecimento de leituras negativas associadas ao rótulo “positivista”.

5.3. Problema: ausência de trabalhos sobre a história recente da teoria do direito no Brasil (principalmente referentes ao período 1946-90)

⁵ A narrativa histórica de Wolkmer peca, a meu ver, pelo exagero quanto ao recurso a explicações “de longo alcance”. As mudanças jurídicas e os fatos que busca analisar são explicados, em grande medida, como produto de dadas condições sócio-políticas - ao passo que a preferência deveria se dar por modelos de explicação de mais curto alcance. Assim, dever-se-ia preferir modelos muito globais, como o determinismo economicista, o subconsciente individual etc, em favor de modelos que “relacionem os efeitos (sejam eles culturais ou discursivos) com a dinâmica específica do espaço (ou nível, instância) social particular em que são produzidos”. Trata-se de privilegiar a autonomia do direito em relação às questões não-jurídicas das relações sociais e de reconhecer que o direito (ou as ideias que se tem sobre ele) podem influenciar ou impactar outros prismas sociais, evitando-se explicações unilaterais (Hespanha, 2012, pp. 13-30). Wolkmer, autor filiado à abordagem crítica do direito (direito alternativo), parece reduzir toda a história jurídico-social brasileira ao binômio patrimonialismo (que ele aponta como herança portuguesa) e liberalismo-conservador (que teria sido o principal conformador dos discursos jurídico-políticos a serviço da manutenção do status quo). (Cf., por exemplo, Wolkmer, 1998, pp. 144-45 e p. 116).

⁶ Destacam, porém, a dimensão “filosofante” de sua teoria, contaminada por um “sincretismo filosófico” e por um “conceito obscuro de dialética”. Colocam Reale, assim, como um herdeiro do bacharelismo (Macedo e Piccolo, 2014, p. 203).

Dois dos livros que se propõem a mapear o desenvolvimento da filosofia do direito no Brasil param em Miguel Reale, dando um salto, em um caso, para a década de 1990 (caso do livro de Wolkmer⁷). O período de 1946-88 é largamente ignorado. A atenção dada ao estudo sistemático de incorporação, recepção e crítica ao positivismo kelseniano é escassa, e Bobbio - talvez o positivista mais influente no Brasil depois de Kelsen - nem sequer é mencionado.

Um dos textos que analisa essa parte do século XX com mais minúcia é o artigo *Remarks on the philosophy of law in Brasil in the 20th century*, de Ronaldo Porto Macedo Jr. e Carla Piccolo. O texto, no entanto, opta por fazer um relato marcado pelo contraste entre os filósofos do direito e os filósofos profissionais. A ideia do artigo é mostrar como o pensamento jusfilosófico foi, quando comparado com o profissional, destituído de rigor, tendendo a ter uma relação conflitiva com este. O resultado foi uma ignorância e isolamentos recíprocos, que marcou a relação da filosofia jurídica com a filosofia profissional no Brasil ao longo do século XX. Ao fazerem tal opção, os autores acabaram não conferindo ênfase às especificidades da história mais recente da filosofia do direito no Brasil.

Quanto ao período da ditadura militar, a única menção encontrada foi também no texto de Macedo e Piccolo. Nesse período, os filósofos do direito e os filósofos profissionais distanciaram-se ainda mais. Estes tendiam à esquerda e eram fortemente influenciados pelo marxismo e pela fenomenologia (mais especificamente, por autores como Merleau Ponty e Sartre), ao passo que aqueles tendiam ao pensamento conservador, inspirando-se em neokantistas (mais especificamente, em autores como Emil Lask e Escola de Baden) e na fenomenologia de Husserl. Quanto ao positivismo, destaca-se o desenvolvimento de trabalhos de alguns pensadores fortemente influenciados por leituras de autores positivistas pré-hartianos (tais como Kelsen, Bobbio e Alf Ross). Dentre esses trabalhos, destacam-se os de Tarcisio Burity e Lourival Vilanova (Macedo e Piccolo, 2014, pp. 207-09). Trata-se de menção importante para nosso objetivo de compreender a história recente do positivismo jurídico no Brasil.

5.4. Exemplos de imaginários jurídicos presentes no período da ditadura militar⁸

⁷ Esse também é o caso de NETO, Machado A. L., *História das Ideias Jurídicas no Brasil*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

⁸ Neste tópico, restrinjo-me a mencionar imaginários jurídicos presentes no período da ditadura militar. Todavia, se tivesse que mencionar características de tais imaginários no começo do século XX, no Brasil, chamaria a atenção para a presença forte da ideia do “nacional” e da influência de ideias cristãs nos discursos jurídicos – que continuaram presentes, em alguma medida, nos discursos sobre o direito na ditadura militar. Para citar dois exemplos: (i) “princípios marxistas-leninistas, (...), contrários aos *fundamentos cristãos da nacionalidade*” (Prof. Sá Filho, fls. 15, Processo 411/412 – referente ao cancelamento do registro do Partido Comunista). E (ii): “Senhor

Quando se pensa sobre a pergunta aqui proposta, uma das primeiras hipóteses que se considera está intimamente relacionada ao período militar. Pensa-se que, em termos nacionais, a ditadura teria feito, com a imagem do direito positivo e do positivismo, o que o nazismo o fez em termos internacionais⁹. No capítulo 17 (O Judiciário na Ditadura) do relatório da Comissão Nacional da Verdade, por exemplo, temos uma narrativa presente que ilustra um modo possível de se ver o direito na ditadura. O relatório identifica o ordenamento jurídico como o responsável pelo fortalecimento do Executivo e pelo esvaziamento do Judiciário e do Legislativo¹⁰. Em outros termos, coloca o direito positivo como o meio pelo qual o regime pôde perpetrar abusos e condutas violentas.

Tendo em mente essa primeira impressão, foi uma surpresa ler as manifestações de alguns atores no cenário da ditadura. A leitura de alguns textos jurídicos desse período nos faz problematizar essa primeira impressão. Muitas vezes, ao contrário do que se pensa, o direito positivo não era o meio pelo qual se perpetrava as arbitrariedades do regime, mas, sim, era o meio pelo qual se conseguia evitar muitos de seus atos autoritários¹¹. Isso significa que um estudo mais minucioso do problema teria ou que tomar a ditadura como um período com diversas rupturas, ou como um período bastante ambíguo em relação ao problema em questão.

Um primeiro exemplo disso é o do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Pedro Chaves no *Habeas Corpus* 40910, no conhecido caso do professor Sérgio Cidade de Rezende¹². O Ministro fez inúmeras considerações contra as ideias que Sérgio teria veiculado na universidade, chegando inclusive a chamar de “gorilas” aqueles que queriam transformar o Brasil numa “colônia soviética”. No entanto, termina dizendo que “no campo *absolutamente*

Presidente, como juiz e como *patriota*, é este meu entendimento...”, “patrioticamente”, “para obter sempre e cada vez mais a *grandeza do Brasil*” (Voto Des. Cândido Lobo - referente à cassação do PCB fls. 183-211).

⁹ Um exemplo de fala que faz esse tipo de identificação: “O positivismo jurídico do escritor somente abre caminho para uma concepção de direito que favoreceu todas as arbitrariedades nazistas contra o ser humano”. Painei do Leitor, Jornal Folha de S. Paulo de 30 de junho de 2004. Disponível on-line em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3006200411.htm>. Acesso em: 04 de Junho de 2016.

¹⁰ Uma nota interessante é o recurso ao argumento da separação dos poderes no relatório. É curioso que uma comissão que foi questionada por ter um perfil de esquerda recorra a um argumento que, muitas vezes, é tomado como conservador. À p. 937, o relatório, inclusive, exalta a separação de poderes, colocando-a como “um dos mais basilares preceitos do constitucionalismo moderno”.

¹¹ Não se trata de negar as arbitrariedades do regime cometidas por meio do direito, mas, sim, de destacar que, em alguns casos, a letra “fria” da lei teve importante papel na defesa de direitos durante a ditadura militar.

¹² Sérgio Rezende era professor universitário no curso de ciências econômica da Católica de Pernambuco. Ele distribuiu um manifesto, aos alunos, contrário à situação política do país. Ele foi preso preventivamente e recebeu denúncia, sendo acusado de subversão da ordem política ou social, e de instigação pública à desobediência coletiva ao cumprimento de lei, nos termos dos arts. 11, “a” e 17, parágrafo 3 da lei 1802, de 1953. Em sua defesa, alegou liberdade de cátedra e de pensamento (arts. 141, parágrafo 5 e 168, VII, da Constituição Federal então vigente), dizendo não ter havido incitação à desobediência ou à prática de atos violentos. Decidiu-se, por unanimidade, em de favor de Sérgio Rezende.

jurídico, acompanho o relator” - o que, nesse caso, quer dizer um voto concluindo que a denúncia descreve fato que não merece capitulação penal (absolvição de Sérgio Rezende).

Trata-se de interessante colocação. Ela revela a possível crença numa separação clara entre direito e política; ou, melhor dizendo, na ideia de que direito e política se confundem apenas em alguns casos bastante específicos, podendo ser separados em diversos casos. De todo modo, o que aqui merece ser destacado é o apego à lei com intuito de não se deixar perpetrar uma violência por parte do regime militar. Um personagem que exemplifica isso quase que por meio de uma pureza ideal é Heráclito Sobral Pinto, que, em nome da aplicação do direito positivo, defendeu pessoas das quais discordava ferrenhamente. Nas anotações de Aliomar Baleeiro (feitas em seu diário), Sobral é mencionado como homem apolítico e apartidário, merecedor de respeito. Essa mesma imagem de apartidário, de apolítico é também construída (inclusive pelo próprio Sobral) no documentário “Sobral - o homem que não tinha preço” e na série “Tempo e História - Sobral Pinto”. A ideia é que, para Sobral, a aplicação da lei estava acima de tudo.

Outra manifestação interessante para o problema em questão, que reforça o acima dito, é a de Pedro Aleixo, na reunião de votação do AI-5:

Pelo Ato Institucional, o que me parece, adotado esse caminho, o que nós estamos é com uma aparente ressalva da existência dos vestígios de poderes constitucionais existentes em virtude da Constituição de 24 de janeiro de 1967, e instituindo um processo equivalente a uma própria ditadura. Se é necessário fazê-lo, se esta é uma contingência da necessidade, então o problema se apresenta sob um outro aspecto. Mas, *do ponto de vista jurídico, eu entendo que, realmente, o Ato Institucional elimina a própria Constituição*¹³.

No mesmo sentido vai a colocação do Ministro Cândido Motta Filho que, em nítido contraste com a carga negativa comumente atribuída à legalidade, afirmou que:

a história do Brasil é feita de tal modo que nunca se sabia quando começava a revolução e quando acabava a legalidade (...). Prefiro ficar com a Constituição Federal, que, se não está de pé para muitos, para nós está, porque o juiz *só raciocina dentro da legalidade*. (HC 40910 – Caso Sérgio Cidade de Rezende)

Na contramão, um exemplo de texto que pode contribuir negativamente para o imaginário que se tem acerca do positivismo jurídico é o *Teoria Jurídica da Revolução*, de Lourival Vilanova. Lourival, acadêmico radicado no Nordeste, pode ser apontado como um dos

¹³ Áudio disponível on-line em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/hotsites/ai5/>. Acesso em: 05 de Junho de 2016.

responsáveis por introduzir Kelsen no Brasil (em São Paulo e no Sudeste, a influência kelseniana seria sentida apenas mais tarde, por meio do jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr.)¹⁴.

Nesse texto, Lourival apresenta uma definição de “revolução” completamente destituída de juízo de valor – algo que qualquer trabalho que tente responder “estamos diante de uma revolução (ou de um golpe)?” não pode ignorar, já que não se trata de questão que se responde por meio de conceitos classificatórios ou criteriosais. Era comum, na década de 70, que juristas fossem instados a responder se teria havido ou não revolução, dado um problema prático de aplicação das normas editadas pela autoridade “revolucionária”. Numa espécie de conceitualismo oco, Lourival define revolução como a descontinuidade constitucional, que seria evidenciada por uma mudança no “núcleo duro da Constituição”, em seu pressuposto normativo. Trata-se de definição bastante peculiar; ao não especificar os termos, o autor evita a questão, tratando revolução como conceito meramente classificatório (HEMPEL, 1965, pp. 156-57) – tipo conceitual afeito ao positivismo em suas diversas vertentes, mas largamente inadequado ao contexto (já que destituído de conteúdo marcadamente valorativo).

Dados as manifestações supramencionadas, a narrativa que associa o positivismo a um cumprimento da lei que perpetra arbitrariedades não se sustenta; não se trata de negar arbitrariedades perpetradas por meio do direito, mas, sim, de problematizar a identificação do rótulo “positivista” com o que há de pior no direito. No caso específico do período ditatorial, parece ser necessário tratar a relação do positivismo com a ditadura de maneira mais cuidadosa. Em alguns casos, a aplicação da letra da lei foi o meio encontrado para se evitar abusos.

6. Conclusão:

Este artigo teve como objetivo levantar algumas questões e hipóteses acerca da história recente do positivismo jurídico no Brasil. O intuito foi de tentar apontar caminhos para se traçar a raiz da identificação do positivismo jurídico, no Brasil, com uma visão rasa, meramente formal do direito. Traçar com clareza tal raiz seria de suma importância, pois nos permitiria entender melhor o imaginário jurídico atual que domina o cenário jusfilosófico brasileiro. Após uma tal investigação, talvez fosse possível desvincular o rótulo “positivista” de sua conotação

¹⁴ Esse tipo de informação é de extrema importância para traçarmos as linhas de entrada e desenvolvimento do positivismo jurídico de matriz kelseniana no Brasil. Muitas vezes, a explicação do porquê determinado autor predominar no âmbito jurídico, filosófico ou sociológico no Brasil está sujeita a inúmeras contingências - sendo a mais comum delas a ida de uma pessoa para o exterior, que lá estuda obra de determinado autor e retorna como o especialista no assunto.

marcadamente negativa, associada, geralmente, a leituras superficiais de autores positivistas pré-hartianos,

Muitos dos atuais críticos do positivismo tendem a não o levarem a sério, mal se dando ao trabalho de apontar com maior clareza qual positivismo está sendo criticado; a maioria critica espantinhos reunidos sob o rótulo “positivista” que, em alguma medida, tornou-se palavrão na cultura jurídica brasileira. Ao longo do trabalho, buscamos apontar efeitos práticos negativos dessa leitura simplificada dos positivismos – tais como o apego a princípios (mesmo quando seria possível resolver o problema jurídico pela mera aplicação de um dispositivo legal) e, associado a isso, a impressão de que em nossa prática jurídica predomina um principiologismo cético (para não dizer cínico), segundo o qual se decide conforme a conveniência do julgador, que justificará sua decisão (qualquer que ela seja) recorrendo a princípios.

Como hipóteses que visam explicar o porquê de o positivismo ter se tornado espécie de palavrão, apontamos: (i) a massificação do ensino e cultura jurídicos; (ii) o processo de decadência enfrentado pelo positivismo em outras disciplinas; (iii) uma possível confusão entre diferentes momentos, dentro da história do pensamento jurídico brasileiro, do que se chama de “positivismo jurídico”; (iv) a grande influência de Miguel Reale no pensamento jurídico brasileiro; (v) a ausência de trabalhos detalhados que tenham como foco a história recente do positivismo no Brasil – sobretudo referente ao período de 1946-90; (vi) e a uma associação – baseada em generalizações – entre o positivismo e regimes autoritários (a Alemanha nazista, no plano internacional, e a ditadura militar, no plano nacional).

O que os relatos sugerem é a necessidade de um trabalho mais aprofundado, para que se possa dar uma contribuição robusta à compreensão da história recente do positivismo jurídico no Brasil, bem como do estágio atual de nosso imaginário jurídico. Espera-se que o texto tenha, ao menos, conseguido colocar a questão de forma clara.

7. Bibliografia:

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *O Judiciário na Ditadura*, cap. 17 do Relatório da Comissão Nacional da Verdade.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. A filosofia do direito no Brasil e o papel de Miguel Reale. In: *Revista do Advogado*, n. 61, Nov. 2000, pp. 41-49.

HEMPEL, Carl G. Typological Methods in the Natural and Social Sciences. In: *Aspects of Scientific Explanation*. New York, 1965.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

LEAL, Fernando, O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. *Revista Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 10., n. 1., pp. 245-68., jan./jun., 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto, e PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. *Remarks on the Philosophy of Law in Brazil in the Twentieth Century*. In: *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N. 8, pp. 179-224, enero-diciembre de 2014.

NETO, Machado A. L. *História das Ideias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

OBSERVATÓRIO DO ENSINO DO DIREITO. *Quem é o professor de direito no Brasil*. Relatório do Núcleo de Metodologia e Ensino da FGV – Direito SP, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *E a professora disse: “você é um positivista”*. 2012, disponível on-line em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em: 04 de Junho de 2016.

_____. *E Kelsen se virou na tumba diante da simplificação!*, 2013, disponível on-line em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-18/senso-incomum-kelsen-virou-tumba-diante-simplificacao>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

_____. *Que maldição estaria por trás da interpretação do direito em Kelsen?*, 2014, disponível on-line em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-13/senso-incomum-maldicao-estaria-interpretacao-direito-kelsen>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça?. In: Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catariana Barbieri (org). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 287 a 305.

WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tübingen: 1922.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.