

Introdução

A filosofia do direito nem sempre é a melhor amiga do estudante, que, embebido pela onda manualística, tende a exigir o encaixe de pensadores e pensamentos complexos e repletos de nuances particulares em tabelas simplificadoras. Este estudo por estândares certamente reduz a densidade de teorias e conceitos, ao mesmo tempo que aproxima autores de ideias substancialmente diversas em uma mesma classificação, por conveniência.

Foi nesse sentido que Luciano Oliveira denunciou no artigo *Não fale do Código de Hamurábi!* o que ele chama de manualismo excessivo na elaboração de dissertações e teses, ou seja, no que deveria ser o ápice da produção jurídico-científica, naturalmente complexa e detalhista: “[é] na esteira dessa avaliação que enfatizaria que alguns problemas de estilo, verdadeiros cacoetes que precisam ser evitados. Um deles, provavelmente decorrência do uso abusivo de manuais e de livros de doutrina, é o que tenho chamado de ‘manualismo’ (...)” (OLIVEIRA, 2004:10-11).

Porém, não é de todo inútil realizar tais classificações, aliás, é justamente neste binômio que julgamos as classificações: úteis ou inúteis para a aproximação do destinatário ao conhecimento (CARRIÓ, 1986:99). Assim, apontar semelhanças e diferenças também constitui um método de ensino e de aprendizagem, e, como afirma Carlos Bachinski, “bem ensina quem bem distingue”¹ (BACHINSKI, 1999:41).

Para a filosofia do direito contemporânea, é de extrema importância a compreensão das correntes de pensamento que influenciaram o último século, sobretudo as positivistas e as críticas que sucederam esta. Discricionariamente, decidimos analisar duas posições classificatórias diversas, de autores que não reproduzem, necessariamente, o *mainstream* acadêmico mundial, pelo viés crítico, e cujas ideias são de grande valia e impacto no estudo da jusfilosofia: o canadense Wilfrid Waluchow e o brasileiro Alysson Mascaro.

Assim, fala-se aqui, principalmente, em Hans Kelsen, Alf Ross, Joseph Raz, Herbert Hart, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Hans-Georg Gadamer, Martin Heidegger, Carl Schmitt e Michel Foucault. Neste momento, não se adentrará

¹ Tradução livre de “bene dócet qui bene distinguif”.

na classificação do pensamento marxiano e marxista, enquanto teorias críticas, cuja espécie parece encontrar similitude classificadora nos autores estudados.

Assim, a pergunta de pesquisa é justamente sobre a utilidade das classificações de ambos, suas semelhanças e diferenças, e qual delas é mais útil para a apreensão do conhecimento sobre os pensadores e pensamentos jusfilosóficos citados, com objetivo de contribuir ao . Para tanto, num primeiro momento, serão realizados breves aportes sobre o exercício lógico de se criar classificações, bem como sua utilidade para a aprendizagem. Em seguida, apresentar-se-á a divisão da jusfilosofia, nos moldes supracitados, em Wilfrid Waluchow, e, logo depois, em Alysson Mascaro. O estudo terminará comentando criticamente a escolha do critério de classificação do positivismo, ponto específico que diferencia os pensamentos dos dois autores e objeto de julgamento de utilidade.

1. Breves aportes sobre a utilidade das classificações

Em regra, um conjunto de objetos, no sentido científico, é algo accidental. Entretanto, se há uma propriedade comum a todos eles, que os difere dos demais fora deste conjunto, passamos a enxergar uma classe. Nesse sentido, afirma Irving Copi (1978:128) que “[c]omo uma classe é uma coleção de entidades que tem alguma propriedade comum, todos os membros de um determinado gênero terão alguma propriedade em comum.”

Essa propriedade comum dos membros da classe é o critério que as aproxima num grupo, e, ao mesmo tempo, diferencia-as dos demais objetos. A eleição deste critério de análise perpassa profundas discussões filosóficas, sobretudo no tocante ao encontro da propriedade. David Hume (2004:35) afirma que, certamente, a encontraríamos fora de nós, uma vez que “todos os materiais do pensamento são derivados da sensação externa ou interna, e à monte e à vontade compete apenas misturar e compor esses materiais.”

Assim, se o entendimento trazer um conteúdo transcendental na representação dessa diversificação, é possível chamá-lo de entendimento puro, conforme a Crítica da Razão Pura de Immanuel Kant (2001:110).

Deste modo, originam-se tantos conceitos puros do entendimento, referidos *a priori* a objectos da intuição em geral, quantas as funções lógicas em todos os juízos possíveis que há na tábua anterior [a função do pensamento em relação ao juízo são: quantidade, qualidade, relação e modalidade]; pois o entendimento esgota-se totalmente nessas

funções e a sua capacidade mede-se totalmente por elas. Chamaremos a estes conceitos categorias, como Aristóteles.

O filósofo prussiano afirma que a primeira coisa a se fazer para efeitos de conhecimento de quais são objetos de um conjunto que os aproxima é identificar o diverso da intuição pura, para, então sintetizar esse diverso pela imaginação, e, por fim, tornar este exercício conhecimento, já que os conceitos conferem unidade à síntese pura alcançada pelos dois primeiros passos (KANT, 2001:109-110).

Dessa maneira, ao realizar conceituação, o que fazemos com a mente humana é dar a propriedade comum que possui um grupo de objetos, apontando a essência de seus membros, e identificamos este grupo, num primeiro momento aleatório, como classe – isto é, classificamos.

Porém, o exercício lógico-mental não para nesta etapa. Aliás, algo ser de um gênero não pode ser tratado de forma absoluta, já que tudo depende do ponto a partir do qual se queira iniciar, e, numa operação infinita, este gênero pode ser uma espécie de outro gênero, e, este, de outro ainda, e assim sucessivamente. Deve-se, portanto, marcar categoricamente um início.

Para tanto, “fazemos uma seleção de umas poucas propriedades dentre não apenas um grande número, mas um número inexaurível para nós, e, como não conhecemos os limites, elas podem, com relação a nós, ser consideradas infinitas” (MILL, 1979:150). E, com essas propriedades em mãos, escolhemos discricionariamente aquelas que nos permitem prosseguir com a classificação.

Logicamente, deve-se atentar para as duas limitações dessa técnica, apontadas por Irving Copi (1978:129):

Em primeiro lugar, o método só é aplicável a palavras que conotem propriedades *complexas*. Se existem propriedades simples e irreduzíveis, então as palavras que as conotam não são suscetíveis de definição por gênero e diferença. [...]. Uma outra limitação diz respeito às palavras que conotam propriedades *universais*, se acaso podemos assim chamá-las, como sejam as palavras “ser”, “entidades”, “existente”, “objeto” e outras semelhantes. Tais palavras não podem ser definidas pelo método de gênero e diferença, porque a classe de todas as *entidades*, por exemplo, não é uma espécie de algum gênero mais amplo; as próprias entidades constituem o gênero supremo ou, como se lhe chama, o *summum genus*. A mesma observação se aplica a palavras que designam categorias metafísicas, tais como “substância” ou “propriedade” (grifos originais).

Assim, uma classe que não é divisível em outras, logicamente não pode ser tomada como gênero, já que não abarcará espécies, pois, em verdade, ela própria é uma espécie. E, após o caminho narrado supra, com a devida atenção aos obstáculos mencionados, chegamos à escolha dos elementos diferenciadores, ou, como intitula Celso Antônio Bandeira de Mello, a

eleição do critério de discrimen (MELLO, 1993:13-21), uma vez que é impossível apontar todos eles.

Esse critério escolhido é o que pautará a classificação e a tornará facilitadora ou não da compreensão dos objetos da classe. A tarefa é complexa, como relembra Francis Bacon, ao afirmar que “Platão disse acertadamente: o homem que sabe bem como definir e dividir deveria ser considerado um deus” (BACON, 2014:152).

As classificações, portanto, têm a pretensão de tornar mais palpável a apreensão do conhecimento acerca dos objetos classificados, e, por isso, correm o risco de não serem auxiliadoras, como lembra Jorge Luis Borges, citando a enciclopédia chinesa *Empório Celestial* (BORGES, 2014:276):

Em suas páginas remotas está escrito que os animais são divididos em (a) pertencentes ao Imperador, (b) embalsamados, (c) treinados, (d) leitões, (e) sereias, (f) fabulosos, (g) cães soltos, (h) incluídos nesta classificação, (i) que tremem como loucos, (j) incontáveis, (k) desenhados com um pincel de pelo de camelo muito fino, (l) etc., (m) que acabaram de quebrar o vaso, (n) que à distância parecem moscas.²

Ora, com base nos conhecimentos biológicos com o qual conta a humanidade hoje, não faz nenhum sentido lógico adotar a classificação narrada, pois elege como critérios de diferenciação inúmeras propriedades ao mesmo tempo, além de serem inúteis para a compreensão da subdivisão da vida animal – há, inclusive, uma subdivisão intitulada “etc.”.

Poderíamos ainda, por exemplo, como encoraja Margaret Mac Donald, remarcar o quanto se distinguem, em alguns aspectos, mas se assemelham, em muitos outros, as teorias científicas, em particular as teorias políticas, às obras dos poetas (MAC DONALD, 1960:176).

Assim, podemos entender que uma boa lente para o julgamento das classificações é a utilidade. Basicamente, se o resultado alcançado com as diferenciação e aproximação feitas entre os objetos das classes, o exercício aplicado é meritório e útil, e, se não aportar melhoria da compreensão ou, do contrário, confundir o destinatário, o critério de diferenciação não é útil.

Utilidade, vale mencionar, é a qualidade ou o caráter do que é útil, pela definição do dicionário Houaiss da língua portuguesa (HOUAISS e VILLAR, 2001:2816). E, de acordo com Jeremy Bentham, expoente do utilitarismo, cuja teoria dá ao conceito a maior das relevâncias, “o termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em

² Tradução livre de “En sus remotas páginas está escrito que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.”

virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcional benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (...) ou (...) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade” àquele interessado (BENTHAM, 1979:4).

Em sutil desacordo com Bentham, John Hospers explica que, na verdade, a utilidade não é algo inerente às coisas, o que nos permitiria dizer que objetos são úteis ou inúteis em si mesmos, mas o ato de classificar se direciona a um destinatário, sendo útil ou inútil para alguém, portanto, “para fora”:

As classes estão na natureza no sentido de que podemos encontrar características comuns na natureza, esperando (por assim dizer) que as tornemos a base de uma classificação. Por outro lado, as classes são artificiais no sentido de que o *ato de classificar* é uma atividade do ser humano, dependente de seus interesses e necessidades.³ (HOSPERS, 1984:68)

Pode-se afirmar, então, que as classificações são úteis ou inúteis, a depender do interesse e da necessidade de quem as realiza, por exemplo: ao dividir os elementos de uma sala de aula em cadeiras e não-cadeiras, realizamos uma classificação cujo critério é a essência da cadeira (quatro apoios, uma superfície na qual sentar e um apoio para as costas), porém, na classificação “não-cadeira”, haverá de tudo, como mesas, cadernos, canetas, computadores, lousa, giz, roupas, mochilas, alunos, professores, ar, luz, poeira. Essa classificação tem quase nenhuma utilidade, a não sei identificar apenas cadeiras, para, por exemplo, levá-las a um auditório.

No mundo jurídico, a classificação é normalmente julgada como útil quando amplamente aceita por aqueles que sejam reconhecidos como doutrinadores, juristas, pesquisadores detentores de saber. Essa aceitação das classificações contribui para o julgamento de sua utilidade, afinal, como afirmamos, algo só é útil para alguém, e não em si mesmo. Afirma Karl Jaspers que o poder do escritor é a força de sua persuasão:

Embora sejam frequentemente desconsiderados, em razão de sua impotência, são os escritores que dão vida às formas de representação e aos modos de pensamento. Tudo quanto fazem quiçá não passe de pregação no deserto, mas através dessa atividade se revelará talvez o que põe o mundo em movimento. (JASPERS, 2011:112)

Assim, como afirma Genaro Carrió, as classificações não são julgadas como verdadeiras ou falsas, como corretas ou incorrer, mas como úteis ou inúteis, ou, ainda, desorientadoras, e “suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse que orienta quem as formula e de sua

³ Tradução livre de “Las clases están en la naturaleza en el sentido de que podemos encontrar en la naturaleza las características comunes, esperando (por así decir) que las convirtamos en base de una clasificación. Por otro lado, las clases son artificiales en el sentido de que el *acto de clasificar* es una actividad de los seres humanos, dependiente de sus intereses y necesidades.”

fecundidade em apresentar um campo do conhecimento de uma forma mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis” (CARRIÓ, 1986:99).

Nas ciências sociais, sobretudo, as classificações vêm como instrumento de auxílio para um certo estudo, diferente das ciências naturais, nas quais é possível se abster de qualquer julgamento de utilidade por comparação com a verdade. A própria ciência social é feita com vistas a um fim, e não apenas em descrever o mundo que existe fisicamente. (JASPERS, 2011:89).

Realizada esta primeira análise da utilidade das classificações, passaremos a apontar os elementos de espécie e gênero, semelhanças e diferenças, usados para diferenciar os pensamentos de jusfilósofos segundo Waluchow e Mascaró.

2. Os positivismo excludente e includente de Wilfrid Waluchow

Não há dúvidas que a relação entre direito e moral é nevrálgica para a compreensão dos pensamentos jusfilosóficos. Wilfrid Waluchow, sobretudo na obra *Positivismo jurídico incluyente*, aponta como base de sua análise a contraposição do positivismo jurídico, “alguma vez denominado ‘a teoria do direito imperante’”⁴ (WALUCHOW, 2007:16), e da principal crítica contemporânea, que aponta ser Ronald Dworkin.

O autor canadense rebate a comum ideia de que o positivismo está superado, fracassado ou morto, principalmente emanada nos textos do pós-guerra, como em Carla Faralli, que em 2006 edita um livro completo sobre filosofia contemporânea do direito e não traz qualquer menção aos positivismo pós-Hart, como se o pensamento tivesse descansado com este “último” autor (FARALLI, 2006); e Luis Roberto Barroso, que aduz que “[a] quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, 2006:5).

Assim, Waluchow discorda da afirmação de que a corrente filosófica juspositivista “restou falida, sendo totalmente imprestável, remanescendo apenas seu valor histórico” (MEDEIROS, 2017:250), pois enxerga que o positivismo “está vivo e goza de boa saúde, e se

⁴ Tradução livre de “alguna vez denominado <la teoría del derecho imperante> (...)”.

encontra em plena forma para manter à distância seus principais adversários”⁵ (WALUCHOW, 2007:16).

Como fundamento, aponta que a versão do positivismo que pretende identificar intitula-se positivismo includente (ou, ainda, inclusivo, inclusivista), pois, diferente do positivismo clássico ou excludente, apresenta a admissão da moral política como possível critério de análise da validade das normas:

Uma característica distintiva do positivismo inclusivo é sustentar que os padrões morais políticos, ou seja, a moralidade que é usada para avaliar, justificar e criticar as instituições sociais e suas atividades e produtos - por exemplo, as leis - podem desempenhar um papel, e de fato eles o fazem de várias maneiras, na tarefa de determinar a existência, o conteúdo e o significado de leis válidas.⁶ (WALUCHOW, 2007:17)

Isso significa que, nessa modalidade de positivismo, a moralidade política faz parte do rol de fundamentos possíveis para determinar a existência e o conteúdo das normas, sejam leis sancionadas pelo legislativo, decisões proferidas pelo judiciário ou práticas consuetudinárias na tradição de *common law*. É como se Waluchow nos dissesse: pasmem (sic), a moralidade se tornou algo central à determinação do direito, apesar de não o pautar integralmente a interpretação – senão perderíamos a essência positivista.

Na esteira do que defendemos no primeiro item deste artigo, é mister ressaltar que, ao propor esse papel relevante da moral ao direito dentro do positivismo, Waluchow arrisca – e assume esse risco – desorientar o leitor, que pode confundir a teoria narrada com uma versão mais moderna da teoria jusnaturalista, ou o avaliativismo/conteudismo, como em Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Entretanto, com maestria, o professor canadense demonstra que Jeremy Bentham, John Austin e Herbert Hart tornaram-se aderentes ao positivismo includente em textos avançados de suas teorias. Pelo entendimento de Dworkin sobre o positivismo, explica Waluchow que os fundamentos do direito são finitos e podem ser encontrados em fatos sociais ou normas fundamentais (para a teoria dworkiniana da integridade, não há bases sociais fundamentais). (WALUCHOW, 2007:25).

A descoberta dessas teorias requer um raciocínio holístico não linear. Requer que o jurista mergulhe profundamente em argumentos de moralidade política. Os

⁵ Tradução livre de “el positivismo esta vivo, goza de buena salud, y se encuentra en plena forma para mantener a raya a sus principales adversarios.”

⁶ Tradução livre de “Una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos - por ejemplo, las leyes - pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas.”

fundamentos da lei são informados em verdadeiras proposições jurídicas, cuja citação normalmente resolve questões morais relativas à conduta de cidadãos ou juízes. As proposições legais citam requisitos que normalmente deveriam ser respeitados, mas que poderiam justificadamente ser desobedecidos ou anulados em casos excepcionais. (WALUCHOW, 2007:25)

O positivismo excludente (ou, ainda, exclusivo, exclusivista) acredita que o fato social só é uma norma válida tão-somente em decorrência da autoridade daquele que a emanou, seja juiz, legislador ou a sociedade, ao se falar de costumes. Cabe ressaltar que essa vertente não exclui totalmente a possibilidade de normas jurídicas absorverem e emanarem conteúdos morais, e nem que o intérprete autêntico se utilize da moral política para interpretá-las, quando autorizado pela própria norma, mas a norma jamais será considerada válida *apenas* por esta análise do seu conteúdo moral. (WALUCHOW, 2009:2)

Já o positivismo includente é encontrado de forma clara no pós-escrito de Hart, agregado ao *Conceito do Direito* após 32 anos de sua primeira publicação, no qual o autor admite ter sido fortemente influenciado – pelo diálogo produtivo da crítica acadêmica – por Dworkin, sobretudo nos textos *Levando os Direitos a Sério e Império da Lei*.

No pós-escrito, Hart se filia ao que chama de positivismo moderado (*soft positivism*), que “permite que um critério de validade jurídica possa ser, em parte, um teste moral (...) Porque um teste moral só pode ser um teste para o direito preexistente, se houver factos morais objetivos, em virtude dos quais os juízos morais são verdadeiros”. (HART, 1994:315)

Dessa forma, o positivismo jurídico includente não se confunde com a teoria dworkiniana, pois a afirmação que os fundamentos jurídicos nem sempre obtêm sucesso em prover respostas conclusivas e firmes a perguntas e casos concretos, e não apenas em casos excepcionais, é totalmente distintiva do positivismo jurídico, que se preocupa em fechar o sistema hermeticamente. Em Dworkin, a teoria dos fundamentos jurídicos postula o alcance de uma obrigação moral *prima facie* de cumprir o direito, ou seja, o direito é parte do guarda-chuva maior, que é a moral.

Waluchow destaca a correta análise de que “[o] fato de que o desejo de Kelsen por uma teoria pura do direito não alcançou seu propósito não nos obriga a concluir que as concepções de direito moralmente comprometidas de Dworkin são a única alternativa.”⁷ (WALUCHOW, 2007:44)

⁷ Tradução livre de “El hecho de que el deseo de Kelsen de una teoría pura del derecho no pueda alcanzar su cometido no obliga a concluir que las concepciones del derecho moralmente comprometidas de Dworkin sean la única alternativa.”

Portanto, em Waluchow, enxergamos a divisão de positivismo excludente – que, como em Joseph Raz, Alf Ross e Hans Kelsen “exclui a moral dos fundamentos lógico e conceitualmente possíveis para a determinação da existência ou do conteúdo do direito válido”⁸ (WALUCHOW, 2007:17) – e positivismo includente de Herbert Hart no pós-escrito, ou seja, o meio do caminho entre o excludente e as teorias jusnaturalistas – que abarca, sobretudo, o pensamento de Dworkin –, e representa um refinamento do positivismo no andar da história e após centenas de críticas.

3. Os três caminhos da filosofia do direito contemporânea de Alysso Mascaro

Na obra *Filosofia do Direito*, Alysso Mascaro introduz sua análise dos três caminhos da filosofia do direito contemporânea, defendendo que, de certa forma, a história deste ramo do saber se desenrolou inicialmente de maneira linear, mas, sobre a contemporaneidade, não se pode dizer ao mesmo, já que muitas correntes filosóficas se apresentam ao mesmo tempo, em diálogo constante entre si e em retroalimentação. (MASCARO, 2016:276)

O autor demonstra, em linguagem direta e clara, que propõe uma “classificação da filosofia do direito contemporânea em três grandes vertentes, de tal modo que os principais eixos e horizontes da reflexão jusfilosófica estejam plenamente contemplados. (MASCARO, 2016:276) Também admite, no mesmo sentido que defendemos na introdução do presente texto, que “cada filósofo é uma filosofia, e estudá-los em conjunto, com alguma organicidade e sistematicidade, é abdicar da posição única e soberana de cada qual” (MASCARO, 2016:276), mas adota referências gerais a partir das quais crê serem úteis para o estudo da matéria.

Nesse sentido, parte para a explicação de que há três vastas perspectivas na jusfilosofia – o que, em quantidade, se assemelha à Waluchow. Em primeiro lugar, um “grande campo de legitimação e de aceitação do direito e das instituições políticas e jurídicas, que se poderia chamar de visão estatal, formalista, institucional, liberal ou, em amplo sentido, *juspositivista*” (MASCARO, 2016:277). Assim, conforme se discutirá mais à frente, claramente adota como critério de identificação do positivismo a crença na produção estatal de normas, não tão-somente a desvinculação entre direito e moral.

⁸ Tradução livre de “excluye a la moral de los fundamentos lógica o conceptualmente posibles para la determinación de la existencia o el contenido del derecho válido”.

Nesta divisão, afirma Mascaro, estão a maioria dos jusfilósofos e teóricos do direito, com as mais diferentes abordagens, sendo possível compreender “tanto extremados normativistas quanto pensadores ecléticos *e mesmo moralistas*” (grifo nosso) (MASCARO, 2016:277). Destacamos, desde já, a inserção das teorias avaliativas da moral como parte do positivismo, em Mascaro.

E, na subdivisão dos positivismos, ressalta também haverem três: os juspositivismos ecléticos, os juspositivismos estritos e os juspositivismos éticos. Mascaro cita expressamente os autores Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio como representantes do juspositivismo reducionista ou estrito, afirmando que o fundamento metodológico desta vertente é a filosofia analítica, que reduz o direito à norma e “passam a tratá-la de modo autônomo, fragmentado, aprofundando um conhecimento específico recortado do todo da realidade social.” (MASCARO, 2016:278)

Em seguida, diz que o juspositivismo eclético é o emanado da Escola História, de Rudolf Von Ihering, no século XIX, e repercutida no culturalismo do século XX, como em Miguel Reale. Chama-se eclético pois “não chegou à identificação total do direito à norma, e, por consequência, da filosofia do direito à analítica normativa. (...) o ecletismo é uma largueza anterior à plenitude do reducionismo normativo, e, portanto, o considera temerário.” (MASCARO, 2016:279)

Por fim, na divisão juspositivista, adentra a subclassificação objeto de maior polêmica perante o presente estudo, o positivismo ético, uma vez que explica que, em sendo pós-reducionista, “não se limit[a] às normas do direito positivo” e “é o triunfo do próprio positivismo estrito que, após desvendar seu núcleo fundamental, reinveste os demais fenômenos sociais do orgulho jurídico-normativo”. (MASCARO, 2016:279) Menciona nominalmente, inclusive Jürgen Habermas como expoente desta divisão, pois ele teria se aproveitado da redução analítica de Kelsen “em benefício de sua posterior reelaboração e extensão à política, à economia, à cultura e à sociedade” (MASCARO, 2016:279), e, baseado na descrição fornecida, também entrariam Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Alexy. (MASCARO, 2016:312)

Mascaro enxerga que ainda é positivismo, por ter eleito como critério juspositivista a crença na produção estatal de normas, as correntes jurídicas que se preocupam com questões éticas e morais na constituição e na identificação do fenômeno jurídico, já que iniciam uma

valorização de princípios e horizontes éticos mínimos, *sem se afastar totalmente da ordem estatal e da estrutura do direito positivo*.

Fechada a classificação do juspositivismo e suas vertentes, com o último comentário sobre sua característica politicamente conservadora, parte para as filosofias do direito não-juspositivistas, com a ressalva de que os marxismos serão tratados como uma terceira classificação – e, neste artigo, também ficarão de fora, pois não são divisões contrastantes de classificação nos dois autores. São, portanto, teorias críticas ao positivismo não-marxistas, representadas por Martin Heidegger, Carl Schmitt e Michel Foucault, que, respectivamente, representam os eixos existencial, decisionista e foucaultiana (esta, adotando o nome do próprio representante).

A filosofia do direito não-positivista existencial entende o direito como “uma espécie de recusa da modernidade, incomodado tanto com o capitalismo quanto com a técnica”, opondo-se ao presente e ao futuro, ou seja, ao fim do dia, defendendo uma volta ao passado como condição político-jurídico-filosófica excelente. (MASCARO, 2016:280) Seriam resgates do direito natural, de Aristóteles, da prudência, como em Heidegger e Gadamer.

Depois, a filosofia do direito não-positivista decisionista representa a profunda aversão da modernidade liberal, que vê em Schmitt o expoente da vertente, pois vai além do juspositivismo e, em vez de apenas contrastar a técnica jurídica normativa, valoriza o puro poder estatal. Ao mesmo tempo que é moderna por se insurgir contra o positivismo, supervaloriza o poder político do Estado como verdade última da norma jurídica, isto é, direito é decisão.

E, por fim, a filosofia do direito não-positivista foucaultiana restringe-se à crítica, pois “é tomad[a] pelo seu caráter conflituoso em relação ao mundo moderno, normativo-estatal-capitalista (...). A arqueologia do saber e a genealogia do poder, seus itinerários mais importantes, são uma espécie de virulenta negação do presente a partir de sua história efetiva”. (MASCARO, 2016:280) Afasta-se das demais subdivisões pois “sua crítica à microfísica do poder não é uma louvação do passado nem uma espécie de dosagem altíssima dos mesmos remédios normativistas presentes, como o é em Schmitt”. (MASCARO, 2016:280)

4. A essência positivista: a não-vinculação entre direito e moral ou o monopólio estatal da produção normativa?

As classificações apresentadas nos itens 2 e 3, respectivamente, de Wilfrid Waluchow e Alysson Mascaro, colocam em locais diversos e agrupam de formas diferentes autores jusfilósofos, o que, numa primeira análise, causa estranheza. Entretanto, as duas divisões são fiéis ao elemento principal de toda classificação que se pretende útil ao conhecimento de um saber humano: o critério de discriminação ou a propriedade comum dos objetos.

Assim, uma análise minuciosa nos levou a encontrar que, em Waluchow, considera-se positivismo o pensamento jurídico-filosófico que rechaça a vinculação necessária entre direito e moral, mesmo que, numa vertente mais recente, que o autor intitula positivismo includente, considere como possível a interpretação normativa fundamentada na moral política, caso assim preveja o direito. E, em Mascaro, considera-se positivismo todo aquele pensamento jurídico-filosófico que, de forma mais ampla, valoriza a gestação de normas jurídicas apenas por instituições estatais e pela autoridade legítima, segundo o ordenamento jurídico.

Por isso, não basta perceber que Waluchow inclui Herbert Hart, depois do seu pós-escrito ao *O Conceito de Direito*, como positivista includente, e que Mascaro considera Habermas, Rawls, Dworkin e Alexy como positivistas, ainda que na vertente ética – classificações que, por não repetirem o já trivial *mainstream*, causam natural instigação.

Deve-se aprofundar nos estudos minuciosos dos dois autores contemporâneos e analisar qual critério que eles adotam para considerar um pensador ou um pensamento como parte de uma corrente jusfilosófica, o que, como vimos no item 1, conseqüentemente faz nascer classificações. Isso fica claro quando Mascaro divide a jusfilosofia em positivismo e não-positivismo, e, este, e não-positivismo não-marxista e não-positivismo marxista – é o mesmo do exemplo supracitado das cadeiras na sala de aula, mas, desta vez, com gigante utilidade.

Contudo, como vimos em Carrió, há, sutilmente, uma terceira vertente da utilidade das classificações, que, para além de úteis ou inúteis, podem ser desorientadoras – o que podemos entender como criadoras de possível confusão. A nosso ver, a defesa de um positivismo includente como uma vertente do juspositivismo esclarece que o positivismo não resta superado, do contrário, continua sendo a base convencional do mundo de tradição instauradora ou europeia-continental, com nuances mais contemporâneas.

Por outro lado, a consideração de autores notadamente avaliativistas e conteudistas, que entendem o direito como conseqüentário da moral, e, portanto, analisável com base nesta, enquanto

positivistas, nos causa mais estranheza. Sim, o critério de consideração de um pensamento como positivista, em Mascaro, é outro, é a crença na produção estatal de normas como monopólio legítimo da criação legal, e, assim, há lógica na sua classificação, mas, tendo em vista as gigantescas divergências entre Kelsen e Alexy, Hart e Dworkin, Raz e Habermas, Ross e Rawls não pensamos ser de todo *orientadora* à compreensão estudantil de todos esses autores como parte da mesma vertente.

Conclusão

A partir de uma análise de utilidade das classificações, o presente estudo enfrentou, limitada e brevemente, as divisões propostas por Wilfrid Waluchow e por Alysson Mascaro das correntes e dos pensadores da filosofia do direito, em suas obras da área.

A hipótese de que as classificações enfrentadas são úteis para a compreensão dos pensamentos dos jusfilósofos parte de cada uma das vertentes – lembrando que levamos em conta tão-somente o juspositivismo, suas subclassificações e o avaliativismo ou não-positivismo não-marxista e suas subclassificações, pois eram objeto de divergência nos autores – foi confirmada.

Além disso, foi possível descobrir que o que as diferencia é o critério que adotam para considerar um pensamento como positivista, e, assim, aglutinar ou separar crenças, obras e autores como pertencentes a uma classificação da jusfilosofia.

Porém, após tal análise, denota-se que a subdivisão “positivismo ético” de Mascaro torna sua classificação, sob o prisma do critério de produção estatal de normas, desorientadora, segundo explicação de Carrió, pois junta no positivismo jurídico uma gama de autores com profundas diferenças conceituais, premissas teóricas e tradições jurídicas, como Kelsen, Alexy, Hart, Dworkin, Raz, Habermas, Ross e Rawls.

Portanto, apesar de desencorajar a entrada da filosofia do direito na onda manualística descrita por Luciano Oliveira, haja vista sua complexidade, detalhismo e peculiaridades, não entendemos de todo inútil realizar classificações de certas correntes de pensamento, para melhor compreensão dos debates ocorridos ao longo da história, sobre questões nevrálgicas à vida social como a relação entre estado e cidadão, direito e moral, norma jurídica e validade,

mas chamamos atenção para a necessidade de aprofundamento teórico, sob pena de cairmos sempre no perigoso simplismo (nada) científico.

Referências

- BACHINSKI, Carlos. **Latim: língua e direito vivos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- BACON, Francis. **Novo Órganon [instauratio magna]**. Trad. Daniel M. Miranda. São Paulo: Edipro, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”. **Revista da ESMEC: Themis**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BORGES, Jorge Luis. **Otras Inquisiciones**. 2ª ed. Buenos Aires: Debolsillo, 2014.
- CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre el derecho y lenguaje**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- COPI, Irving. **Introdução à lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- COSTA, Valterlei Aparecido da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. “A utilidade como critério de classificação do direito e no direito”. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 4, n. 3, 2018, pp. 186-213. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1843/2023>>. Acesso em: 30 mai. 2021.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**. Temas e desafios. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Trad. Julio César Armero San José. 2ª ed. Madrid: Alianza Universidad, 1984.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.
- JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira de Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

MAC DONALD, Margaret. The Language of Political Theory. In: FLEW, Antony. **Essays on Logic and Language – First series**. Oxford: Basil Blackwell, 1960.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDEIROS, Lucas Duarte de. “A (sobre)vida do positivismo jurídico”. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, vol. 9, n. 2, pp. 249-271, 19 jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12316>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILL, John Stuart. **Sistema da lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. Trad. João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

WALUCHOW, Wilfrid. Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism. In: ADLER, Matt; HIMMA, Ken (Org.). **The rule of recognition and the United States Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 30 mai. 2021.

WALUCHOW, Wilfrid. **Positivismo jurídico incluyente**. Trad. Marcela S. Gil e Romina Tesone. Rev. Hugo Zuleta. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, 2007.