

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-858-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 14 de novembro de 2019, durante a comemoração dos 30 anos do Conpedi.

O Conpedi sempre estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até temáticas extremamente atuais.

Nesse sentido, foram apresentados e debatidos os seguintes assuntos:

1. Ricardo Falbo. O artigo analisa o conceito de pessoa com base no pensamento de Derrida, tomando como ponto de partida, a análise do conceito de pessoa humana universalizável, usando como pano de fundo as pessoas autistas.
2. Carina Deolinda. O conceito de democratização em Warat e o de cidadania.
3. Alexandre Ribeiro. O autor traça uma linha teórica que examina o positivismo jurídico, a partir do positivismo filosófico de Comte.
4. Robson heleno. Comenta o pensamento de Finnis sobre o trabalho escravo. Diálogo com Kant para analisar a violação a dignidade do trabalhador.
5. Amanda Lowenhapt. Tratou da temática “Irmãos concebidos ilegalmente serão enviados para hibernação?”
6. Larissa. Pensamento utilitarista. A ideia de solidariedade em Mill enfocando o benefício previdenciário.
7. Ridivan. Agabem e refugiados como uma forma de exclusão de espaço normativo.
8. Felipe. Crítica a Hart no debate conceitual e normativo.
9. Tarcísio Meneghetti. Transnacionalidade e reconhecimento do outro.

10. Vitor Hugo. O conceito de direito em Marx. O direito como criação capitalista.

11. Lisiane Junges , Matheus Felipe De Castro. Analisaram a segurança/insegurança contratual.

Em resumo, o GT produziu, fiel a memória de Warat, um novo olhar sobre a Filosofia do Direito.

Jean Carlos Dias – CESUPA

Leonel Severo Rocha- Unisinos-Uri

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO POSITIVISMO DE COMTE AO POSITIVISMO JURÍDICO

FROM POSITIVISM TO LEGAL POSITIVISM

Alexandre Ogêda Ribeiro ¹

Resumo

O objetivo é analisar o desenvolvimento do Positivismo de Comte até o Positivismo Jurídico e se existem relações entre as duas correntes. O positivismo jurídico ficou caracterizado principalmente pelos principais precursores que marcam as escolas francesa, alemã e inglesa. Para que fique claro inicialmente o artigo apresenta o Positivismo de Comte, na sequência o Positivismo jurídico, trazendo definições, bem como, discorrendo de forma bibliográfica pela história e precursores. O Positivismo Jurídico se consolidou no processo de purificação do direito do século XX, formando assim uma coluna do conhecimento jurídico.

Palavras-chave: Positivismo, Positivismo jurídico, Precursores, Direito, Conhecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The goal is to analyze the development of Comte Positivism to Legal Positivism and if there are relations between the two currents. Legal positivism was characterized mainly by the main precursors that mark the French, German and English schools. In order to be clear, the article presents the Positivism of Comte, following the legal Positivism, bringing definitions, as well as, discussing in a bibliographical way the history and precursors. Legal Positivism was consolidated in the process of purification of the law of the twentieth century, thus forming a column of legal knowledge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positivism, Legal positivism, Precursors, Right, Knowledge

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estabelecer, demonstrar e analisar o Positivismo Jurídico, através de uma construção teórica dos fundamentos filosóficos do Positivismo Jurídico. Para tal análise faz uma volta no Positivismo de Augusto Comte, Teoria Pura do Direito de Kelsen.

O tema abordado é de grande relevância na atualidade, na medida em que busca, principalmente por se tratar de normas jurídicas.

Na primeira parte do artigo, pretende-se apresentar o Positivismo de Augusto Comte, também chamado de positivismo filosófico, a fim de que o leitor entenda do que se trata o conteúdo, visto que seu pensamento influenciou o Positivismo jurídico, mesmo sendo linhas diferentes de pensamento, aborda inclusive os três estados de Comte: teológico, metafísico e positivo.

Já na segunda parte do estudo, discorre-se sobre os pressupostos e precursores do Positivismo Jurídico, aqui nesta parte Norberto Bobbio foi o referencial para explanação do conteúdo. Os grandes precursores que ilustram as escolas francesa, alemã e inclusive foram apresentados de forma sucinta e objetiva.

Por seu turno, na terceira parte, são apresentados grandes teóricos do Positivismo Jurídico moderno ou como alguns chamam, Pós-Positivismo. Bobbio que foi citado no capítulo anterior como referencial, aqui é ilustrado como um nome que trabalho sobre o tema no presente século, outro teórico do assunto foi Schmitt, Ross e Hart, este último pela sua contribuição com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da norma.

Por derradeiro, é apresentado um grande nome brasileiro do positivismo jurídico: Tércio Sampaio Ferraz Júnior se destaca na perspectiva da análise comunicacional da teoria geral do direito.

De modo geral, a pesquisa bibliográfica apresenta o Positivismo Jurídico como um pilar do conhecimento jurídico no presente século.

1 POSITIVISMO DE COMTE

A origem do positivismo é atribuída ao filósofo francês Augusto Comte (1798-1857), autor de famosas obras, algumas como: *Curso de Filosofia Positiva (1830-1842)*; *Catecismo Positivista (1852)*; *Sistema de Política Positiva (1851-1854)*; *Apelo aos Conservadores (1855)* e *Síntese subjetiva (1856)*.

Comte (1978, p. 8), “acreditava que a sociedade só podia ser reorganizada através de uma reforma intelectual do homem, para que isso fosse possível era necessário fornecer aos homens novas formas de pensamento”, conforme se vê abaixo:

Em primeiro lugar, uma filosofia da história com o objetivo de mostrar as razões pelas quais uma certa maneira de pensar (chamada por ele filosofia positiva ou pensamento positivo) deve imperar entre os homens. Em segundo lugar, uma fundamentação e classificação das ciências baseadas na filosofia positivista. Finalmente, uma sociologia que, determinando a estrutura e os processos de modificação da sociedade, permitisse a reforma prática das instituições (COMTE, 1978, p. 8).

O Positivismo de Comte também era conhecido como Positivismo filosófico que constitui uma das correntes do pensamento científico de grande influência no século XIX, que está inserida em sua obra supra citada: *Curso de Filosofia Positiva (1830-1842)*.

Conforme Nader (2004):

O positivismo filosófico floresceu no século XIX, quando o método experimental era amplamente empregado com sucesso, no âmbito das ciências da natureza. O positivismo pretendeu transportar o método para o setor das ciências sociais. O trabalho científico deveria ter por base a observação dos fatos capazes de serem comprovados. A mera dedução, o raciocínio abstrato, a especulação, não possuíam dignidade científica, devendo, pois ficar, fora de cogitação (NADER, 2004, p. 375).

Segundo Pereira (2017) em seu trabalho, Comte trata a filosofia histórica na lei dos três estados que são: a teológica, a metafísica e a positiva:

No estado teológico, o número de observações não se mostra expressivo, e a imaginação desempenha um papel preponderante. O homem só consegue explicar os fenômenos por meio da intervenção de seres sobrenaturais e se vê diante de uma crença absoluta, incapaz de qualquer tipo de questionamento (...) Todavia, na metafísica, o concreto cede lugar ao abstrato, e a argumentação à imaginação. Desta forma, constatamos

que o estado metafísico pretende dissolver o teológico (...) Para a Filosofia Positivista, é impossível reduzir os fenômenos naturais a um só princípio, diferentemente do que ocorre nos estados teológico e metafísico. De acordo com o pensamento comtista, o estado positivo caracteriza-se pela subordinação da imaginação e da argumentação à observação (2017, p. 18).

Os três estados estabelecidos por Comte constituem os métodos de investigação filosóficos.

Comte (1978, p. 4) “cria ter descoberto uma grande lei fundamental a que se sujeita por uma necessidade invariável, e que pode ser solidamente estabelecida, na base de provas racionais fornecidas pelo conhecimento de nossa organização”.

Ele ainda acreditava somente graças ao estudo das aplicações regulares dos procedimentos científicos que se chegará a formar um bom sistema de hábitos intelectuais, o que é, entretanto, a meta essencial do método (COMTE, 1978, p. 15).

Segundo Chauí (2000) “um dos mais relevantes argumentos sustentados por Comte, está o de que apenas a ciência pode explicar a realidade através do estudo de fatos que podem ser observados. Assim é possível compreender como o seu pensamento colaborou com o positivismo jurídico”.

Pode-se dizer com as definições dos autores acima, bem como pensa o próprio Comte que do ponto de vista filosófico, o positivismo defende que a ciência possui explicação razoável e legítima para a realidade, ao passo que a religião e a filosofia conduzem o homem à confusão, sendo substituídas pelo desenvolvimento científico.

Outros autores como Motta e Brolezzi (2008) e Comparato (2016), defendem que o positivismo só tolera fatos que possam ser observados e transformados em leis, conferindo neutralidade a ciência. Assim, o conhecimento só pode ter por objeto fatos apreendidos pela experiência.

Conforme Chauí (2000):

As ciências, dizia Comte, estudam a realidade natural, social, psicológica e moral e são propriamente o conhecimento. Para ele, a Filosofia seria apenas uma reflexão sobre o significado do trabalho científico, isto é, uma análise e uma interpretação dos procedimentos ou das metodologias usadas pelas ciências e uma avaliação dos resultados científicos (2006, p. 65).

Fica claro para Comte (1978) que as ideias positivistas apresenta ênfase ao conhecimento científico, propondo a reforma intelectual do homem e, através dela, toda transformação da sociedade.

2 PRESSUPOSTOS E PRECURSORES HISTÓRICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Este capítulo se valerá principalmente de Bobbio (2006) e sua obra: “Positivismo Jurídico: lições de filosofia do Direito”. O conceituado autor faz um histórico sobre o pensamento de Hobbes, onde afirma que o filósofo inglês pertence de direito à história do positivismo jurídico em razão da sua concepção da lei e do Estado, resultou do impacto provocado pela interpretação de Schmitt sobre o pensamento político de Hobbes.

Bobbio (2006, p. 25) apresenta o histórico sobre o tema que vai até o final do século XVIII, alegando que o direito foi definido individualizando em duas espécies de direito, o natural e o positivo.

O autor ainda diz que de início o direito positivo era maior que o direito natural, porém na Idade Média, a relação é contrária entre as duas espécies de direito, o direito natural é considerado superior ao positivo.

A classificação de Bobbio (2006):

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 no 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 (2006, p. 26).

Para classificar a origem do Positivismo Jurídico, Bobbio (2006), salienta que é interessante ver também o desenvolvimento do direito na Inglaterra, que sofreu pouca influência do direito romano.

Segundo Bobbio (2006):

No plano doutrinal, um dos aspectos da polêmica é a crítica de Thomas Hobbes, teórico do poder absoluto e fundador da primeira teoria do Estado moderno, movida contra Coke. Hobbes combate a *common law* e afirma o

poder exclusivo do soberano de pôr o direito, visto que isto é indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado; a polêmica deste autor contra a *common law* é apenas um aspecto particular e de segundo plano da sua polêmica contra tudo o que limita o poder do Estado, primeiramente contra o poder eclesiástico (BOBBIO, 2006, p. 34).

Acima vemos que Hobbes está combatendo sir Edward Coke (autor das instituições do direito inglês, trabalho considerado como *summa da common law*). Ainda acrescenta Bobbio (2006, p. 34), “aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado como o direito precursor do positivismo jurídico”.

Hobbes foi classificado como se vê acima, como o precursor intelectual do modelo de Estado que se tornou um tipo histórico no século XIX. As passagens citadas da obra de Hobbes apontam para a construção intelectual do Estado máquina, que funciona de acordo com um mecanismo de comando por meio do qual a vontade do soberano se expressa, a lei civil.

Segundo Bobbio (1991):

Thomas Hobbes pertence, de fato, à história do direito natural: não existe nenhum tratamento da história do pensamento jurídico e político que não mencione e examine sua filosofia como uma das expressões mais típicas da corrente jus naturalista. Por outro lado, Hobbes pertence, de direito, à história do positivismo jurídico: sua concepção da lei e do Estado é uma antecipação, verdadeiramente surpreendente, das teorias positivistas do século passado, nas quais culmina a tendência antijusnaturalista (BOBBIO, 1991, p. 101)

Comparato (2016), entende que no campo jurídico se encontram sinais desse pensamento metodológico em Thomas Hobbes (1588 – 1679), para quem “a utilidade é a regra do direito”; em Jeremy Bentham (1748 – 1832), filósofo que com sua teoria do utilitarismo influenciou um dos principais nomes do positivismo jurídico; em John Austin (1790 – 1859), para quem a ética deveria ser transformada numa ciência de conduta humana, precisa e certa como a matemática.

Segundo Habermas (2003, p. 250) o positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas.

Conforme afirma Bobbio (2006):

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem a penas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro (BOBBIO, 2006, p. 135)

Verifica-se acima que de acordo com Bobbio (2006), a nota que distingue o mundo moderno das épocas anteriores é a mudança de comportamento do homem em face à realidade. O sujeito do conhecimento renuncia a se pôr diante do objeto de investigação com uma atitude moralista ou metafísica.

Agora serão classificados outros nomes de importância para o Positivismo Jurídico, como Hans Kelsen¹. Para Oliveira:

Kelsen é considerado um dos maiores expoentes do positivismo jurídico. Sua Teoria Pura do Direito buscou “reduzir todos os fenômenos jurídicos à dimensão normativa, razão pela qual muitos autores se referem à sua teoria como normativismo jurídico” (OLIVEIRA, 2012, p. 42).

Kelsen (2009) entende que o cientista do direito deve se ocupar exclusivamente com a norma posta, ou seja, aquela prolatada pelo Estado. Para ele, os fatores que interferem na produção da norma, tais como os valores, são estranhos à ciência jurídica.

A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico é ela própria produzida por um ato jurídico, que por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não m homicídio, essa qualidade, que não pode ser captada pelos sentidos, somente surge através desta operação mental (KELSEN, 2009, p. 04).

¹ Hans Kelsen nasceu em 11 de outubro de 1881, na cidade de Praga, atualmente pertencente a República Checa. Ainda aos três anos de idade, mudou-se para Viena, Áustria, onde mais tarde deu início aos seus estudos jurídicos. Também estudou em Heidelberg e Berlin. Perseguido pelo nazismo, transferiu-se para a cidade de Berkeley, Estados Unidos, onde veio a falecer no ano de 1973.

Segundo Kelsen (2009, p. 1) “a teoria pura do direito é uma teoria do Direito Positivo, não de uma ordem jurídica especial, é a teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas”.

De acordo com Warat (1983, p. 75): “A Política Jurídica nos textos de Kelsen não se confunde com a teoria política. A Política Jurídica em Kelsen está ligada principalmente às estratégias empregadas pelas autoridades jurídicas para a produção do conteúdo do Direito Positivo”.

Assim, o pensamento kelseniano se sustenta na ideia que o jurista deve ter como ponto de partida a norma posta e como ponto de chegada a própria norma posta.

Segundo Kelsen (2009), a norma jurídica vai ser a chave primária da observação do direito, vai ser o objeto do conhecimento jurídico. O direito não pode ser entendido como relação fática, tampouco um acontecimento psíquico.

Em suas palavras Kelsen (2009):

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem caráter de normas jurídicas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Como o termo norma se quer significar algo dever ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir determinada maneira (KELSEN, 2009, p. 05).

Para Kelsen (2009, p. 13) o dever ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem.

Ainda Kelsen (2009, p. 162) “vê como o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato”.

John Austin é outro precursor importante para narrar essa história do Positivismo Jurídico no século XIX, foi filósofo e jurista inglês, ganhou destaque ao buscar o desígnio da ciência do direito.

Antes de tratar a respeito do pensamento de outro precursor, cabe aqui discorrer um pouco mais sobre a Teoria Pura do Direito de Kelsen, alguns aspectos da norma.

Kelsen (2009, p. 01), define a teoria pura do direito como uma teoria do Direito Positivo, como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio

objeto e quanto a si própria se designa como pura teoria do Direito, excluindo tudo que não pertença ao objeto.

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intente evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica (KELSEN, 2009, p. 02).

Quando Kelsen (2009, p. 04) aborda sobre a norma como esquema de interpretação, salienta que o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o conteúdo. Ainda reforça: “A norma funciona como esquema de interpretação”.

Em seu livro a Teoria do Direito Puro, Kelsen, ao explicar sobre a norma e a produção normativa, classifica a questão do dever:

Quando um indivíduo através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite está conduta ou confere o poder de realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que outro se conduzirá desta maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. Desta forma o verbo dever é aqui empregado com uma significação mais ampla que usual. No uso corrente da linguagem apenas ao ordenar corresponde um dever, correspondendo ao autorizar um estar autorizada a e ao conferir competência um poder. Aqui, porém, emprega-se o verbo para significar um ato intencional dirigido a conduta de outrem (KELSEN, 2009, p. 05).

O pensamento de Kelsen é extenso, porém o último tópica deste precursor a ser analisado nesta sessão será com relação a vigência da norma, que segundo Kelsen (2009, p. 11) designa a existência específica de uma norma. Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não a ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observa, da circunstancia de uma conduta humana conforma à norma se verificar na ordem dos fatos.

Antes de tratar sobre Austin é importante falar sobre Bentham, que juntamente com Austin deram origens do positivismo jurídico na Inglaterra, conforme Bobbio (2009, p. 91), foi chamado de o “Newton da legislação”, o pensamento de Bentham teve enorme influência em todo o mundo civilizado: na Europa, na

América, mas não propriamente na Inglaterra, algumas influências que sofreu não eram inglesas, mas sim continentais, principalmente francesas.

Segundo Bobbio (2009):

Toda a obra de Bentham é guiada pela convicção de que é possível estabelecer uma ética objetiva. É precisamente esta convicção que justifica sua fé no legislador universal, na possibilidade, portanto, de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens, e também está é uma ideia tipicamente iluminista. O parentesco espiritual de Bentham com o pensamento jurídico dos iluministas franceses é claramente posto em evidência por estas suas afirmações, que fixam a qualidade essencial da lei da clareza na brevidade, as mesmas qualidades quais haviam insistido os redatores franceses nos primeiros projetos de codificação (BOBBIO, 2009, p. 92).

As concepções de Bentham relativas à codificação atingem completa maturação somente próximo de 1811, depois de um longo período de gestação que pode ser dividido em três fases:

- 1) Num primeiro momento ele se propõe uma reforma e reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos. O direito inglês era – e ainda é – um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juizes, tal direito portanto, não se fundava em leis gerais, mas em casos, segundo o sistema precedente obrigatório.
- 2) Na segunda fase, Bentham projeto uma espécie de Digesto do direito inglês, que deveria conter, sistematicamente expostas, as regras de direito que constituíam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês.
- 3) Na terceira fase (de 1811 em diante), Bentham projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional. Dos projetos de codificação por ele elaborados, é particularmente importante, além daquele do código penal, o do código constitucional, que contém os princípios nos quais se inspiraram as constituições democráticas liberais do século XIX.

Bobbio (2009, p. 95), ainda encerra dizendo que politicamente, Bentham pode ser considerado o mestre do radicalismo democrático do século XIX.

Por fim, o último grande precursor inglês, Austin, junto com Bentham pode-se dizer que dão origem ao positivismo jurídico na Inglaterra. É importante entender alguns termos, dentre eles o comando, que segundo Bobbio (2006, 105), “ele define

a lei como um comando geral e abstrato, excluindo assim, antes de tudo, do conceito de lei as ordens incidentais ou ocasionais, vale dizer as ordens dirigidas a uma pessoa determinada por que realiza uma ação individual”.

Conforme pontua Comparato (2016):

Para Austin, o conceito chave do Direito Positivo é o comando, que seria a manifestação de uma vontade, feita por uma pessoa ou por um grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, para que façam ou deixem de fazer algo. Em torno desse conceito, gravita toda a teoria de Austin. Mas o que diferenciaria o comando de um outro desejo qualquer? Para Austin, o poder que detém o emitente de aplicar uma sanção ao destinatário que desrespeite o comando é o que o diferencia das demais vontades (COMPARATO, 2016, p. 47).

Entende-se em Austin que os comandos gerais se dirigem a um grupo de indivíduos. Classificam-se os comandos gerais como sendo as leis, pois estas estão revestidas pela generalidade.

Conforme Pereira (2017):

Já os comandos particulares se dirigem a um indivíduo ou um grupo delimitado. No entanto, mesmo sem a generalidade, Austin os considera integrantes do Direito, mesmo que com um grau de importância menor. Podemos citar como exemplo de comando particular a decisão judicial. Na segunda classificação, o jurista inglês divide os comandos gerais em: com emissor e sem emissor definido. Os comandos com emissor seriam as leis em sentido próprio. Já os comandos sem emissor seriam as leis em sentido impróprio, por não ser possível identificar de quem é a vontade expressa no comando e, conseqüentemente, por não ser cabível aplicar uma sanção pelo seu desrespeito. Quanto aos comandos sem emissor, Austin cria a seguinte subdivisão: comandos em sentido metafórico e comandos por analogia próxima. Na primeira, encontram-se as leis da natureza, ao passo que na segunda, estão os costumes (PEREIRA, 2017, p. 25).

Pereira (2017, p. 26) enfatiza que Austin destaca, a vasta categoria da moralidade positiva, tipos de normas que são leis propriamente ditas visto que têm estrutura do comando e outras normas que são impropriamente ditas porque não possuem caráter de comandos.

Austin se interessa precisamente pela jurisprudência geral, cujo objeto ele define, conforme ilustra Bobbio (2009):

A jurisprudência geral, ou filosofia do direito positivo, não se refere diretamente à ciência da legislação. Trata diretamente dos princípios e distinções que são comuns aos diversos sistemas diversos inevitavelmente envolve, seja esse digno de louvor ou de censura, seja de acordo ou não com uma determinada medida ou critério. Ou bem (mudando a frase) a

jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente e, ou antes o direito como deveria (ought) ser; o direito como de ser necessariamente (must) ser, seja ele bom ou mau, ou antes o direito como deve necessariamente ser, e fosse bom (BOBBIO, 2009, p. 102-103).

Para definir o direito positivo, Austin distingue, antes de mais nada, dos outros tipos de normas. Conforme Bobbio (2009, p. 105) Austin define a lei como um comando geral e abstrato, excluindo assim, antes de tudo, do conceito de lei as ordens incidentais ou ocasionais.

Pereira (2017) ainda salienta que é importante nesse ponto fazermos uma reflexão acerca dos posicionamentos de Austin. Para o jurista inglês, aquilo que não é imposto por um soberano não é Direito. Por isso a adoção da expressão “Direito Positivo, isto é, aquele que é posto”.

O problema da jurisprudência é a lei positiva: lei, simplesmente e estritamente assim chamada: ou lei posta por políticos superiores para políticos inferiores. Mas lei positiva (ou lei, simplesmente ou estritamente chamada) é frequentemente confundida com objetos que lhe são relacionados por “semelhança”, ou é relacionada a objetos por “analogia”: a objetos que ganham também significado, “propriamente” e “impropriamente”, pela grande e vaga expressão “lei” (AUSTIN, 1911, p. 86).

Constata-se através do constatado sobre Austin que seu o objetivo foi determinar o campo do Direito, separando-o de qualquer outro campo estranho, como o da moral. Percebe-se que Austin busca no Positivismo Jurídico expurgar tudo aquilo que não se encontra na lei propriamente dita (comandos).

3 GRANDES TEÓRICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Norberto Bobbio tem um grande pensamento jurídico principalmente quando o assunto é Positivismo Jurídico, com sua grande obra: “O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito”, o qual é trabalhado neste artigo.

Porém no livro “Teoria do Ordenamento Jurídico” traz uma apresentação do autor muito bem elaborada pelo professor titular da faculdade de direito da USP – Tercio Sampaio Ferraz Junior, que o classifica como pertencente a uma corrente jus filosófica que costuma chamar de Escola Analítica ou Positivismo Analítico.

Conforme informa Ferraz Junior (2014, p. 23):

Na verdade, em uma fase de seu pensamento (mais preocupado com a temática da estrutura), a teoria de Bobbio sobre a sanção nos permite entender os limites em que se delineia o seu projeto de uma ciência jurídica. Escolhemos, pois de propósito, a noção de sanção porque ela é central para uma posição positivista que, a princípio, consistiu em um dos mais importantes pressupostos da Teoria Pura do Direito de Kelsen (2014, p. 23).

Desde a década de 1950, os escritos de Bobbio marcam um nítido programa de reformulação dos estudos do Direito, apertados do que estavam numa polêmica tornada tediosa e infecunda entre jus naturalismo e positivismo, conforme comenta Ferraz Junior (2014, p. 23).

O interesse de Bobbio, não era só por Kelsen, mas também por Hobbes, que segundo Ribeiro (2018, p. 75) é do início da década de 30, ainda salienta que é curioso ler as passagens, nas quais, Bobbio assinala o começo dos seus estudos sobre o pensamento do filósofo inglês. Ele ressalta que, à época, o lugar ocupado por Hobbes na história do pensamento filosófico e político era de pouca importância.

Segundo Buttembender (2002), avançando nos estudos lançados por Hans Kelsen:

Encontramos em Norberto Bobbio ferrenho defensor da tese de inviabilidade do estudo do Direito a partir da norma isolada. Embora Kelsen tivesse se conscientizado dos problemas inerentes ao estudo do Direito a partir da norma, seu trabalho destaca-se, sem dúvida, pela atenção especial que dedicou a mesma. Descobriu que o Direito é constituído por um sistema de normas, mas centrou seus estudos na norma em si, e não no sistema por esta formado. Inovando nos conceitos teóricos de Kelsen, o neopositivismo alavancado por Bobbio passou a centrar os estudos no sistema formado pelas normas, sendo que, embora não se afastasse do estudo da norma, passou a ter esta como conteúdo de um objeto maior, qual fosse, o sistema, ou mais precisamente, o conjunto ordenado de normas jurídicas, denominado ordenamento jurídico (2002, p. 108).

Bobbio (2009) afirmava ainda que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, do que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende.

Outro autor que se detém com o Positivismo jurídico é Schmitt, o qual tem uma amizade com Bobbio e é descrita por Lafer (2013, p. 54):

A relação de Bobbio com Schmitt passa por Hobbes [...] é um autor que pouco aflora na obra de Bobbio, mas com o qual, [...] no correr dos anos, [...] manteve uma intermitente, porém interessante, correspondência [...]. Além da afetiva evocação do encontro em Berlim, da manifestação do respeito intelectual e apreço pessoal, de discussões de interesse comum, em especial Hobbes [...]. Essa explicitação não explica [...] o porquê do interesse de Bobbio por Schmitt [...] e do cordial contato que mantiveram. [...]. Acresce dizer, para diferenciá-los, que Bobbio atuou politicamente como um intelectual que, por meio do debate e do diálogo de boa-fé, procurou, mediando conceitualmente, desatar nós. Schmitt se dispôs a cortar nós, foi 'conselheiro de príncipe' e, nessa condição, um dos coveiros da República de Weimar, contribuindo assim para o advento do nazismo. Tornou-se, conseqüentemente, à semelhança de Heidegger, um 'autor maldito'. Por que então o diálogo? Arrisco dizer que Schmitt foi para Bobbio como uma 'sombra'.

O encontro desses dois pensadores frente ao que pensava Hobbes só enriquece o tema, pois nas palavras de Lafer (2013), Schmitt foi para Bobbio como uma sombra, talvez um espectro que sempre rondou, porém por razões políticas, com ele não foi possível se comprometer.

Conforme Ribeiro (2018, p. 34):

Schmitt, oportunamente, discute a questão relativa ao sentido jurídico da decisão sobre o estado de exceção. Pois, a teoria do direito, ao partir da ordem jurídica posta, só atribui juridicidade a uma decisão deduzida de uma norma jurídica que a vincula. Contudo, para Schmitt, a soberania consiste em dirimir as contradições dentro do Estado e determinar definitivamente o que seja ordem e segurança pública, quando estas são perturbadas. Se, para Hobbes, o soberano é juiz do que é necessário para a paz e defesa dos súditos, ele avoca, para si, o poder ilimitado inclusive para suspender a ordem que ele mesmo criou, na medida em que a paz e a segurança se encontrem ameaçadas, e por isso deve preservá-las. No caso de a paz e a segurança haverem sido perdidas, deve recuperá-las, por meio das medidas que considere urgentes.

Para Schmitt o estado de exceção que ilumina e desoculta o soberano, o desacorrenta e o livra de qualquer repressão, pois revela algo mais fundamental do que a ordem jurídica que faz funcionar a máquina estatal. O Estado que funciona como máquina por meio do mecanismo do comando, converte-se no ponto culminante da teoria do Estado de Hobbes.

Agora dois outros nomes importantes são referenciados aqui como Alf Ross e Herbert Hart dois pensadores do jus positivismo estrito, com muita influência na segunda metade do século XX.

Segundo Mascaro (2019):

Ambos são próximos da tradição do direito anglo-saxão, para ambos há uma necessidade de compreender a analítica do juspositivismo a partir de alguns quadrantes realistas. A ciência do direito se revela como algo mais próximo da realidade dos tribunais do que a mera logicidade especulativa das normas (2019 p. 54).

Para Ross e Hart, as normas deve ser entendidas de modo analítico, reduzidas ao seu contexto institucional e estatal, as sempre a partir de um fundo realista. A norma não se revelará como aquilo que o entendimento do cientista assim o apontar, mas sim o que os tribunais, na prática concreta.

Fernandes e Bicalho (2011):

Hebert Hart (1996) contribui com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo. Em seu pensamento, que ganhou a análise e crítica de Dworkin (2002), informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Outra inovação do autor é considerar duas espécies de regras: as primárias, de obrigação, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a regra de reconhecimento⁵, asseguram que as regras primárias possam ser criadas – se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento; categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais (2011, p. 109).

Rafful (2018) em sua dissertação de mestrado, abre um capítulo para tratar do positivismo jurídico de Hart, ele inicia explicando que o positivismo de Hart a expressão norma jurídica, foi substituída por regras de comportamento, afastando a ideia de uma autoridade legislativa, bem como normas dotadas de sanção.

Conforme diz o próprio Hart (2001, p. 18) “Nós apenas pensamos, assim argumentam tais críticos, que há algo de regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia e justifica a fazê-las, mas isto é uma ilusão, ainda que se trata de uma ilusão útil”.

Para Rafful (2018):

Hart entendia que a lei se tratava de um comando a um indivíduo, mas uma sim regra geral sendo aplicada a um conjunto de pessoas em um determinado território. Portanto, deve ser interpretada quando se é aplicada em um determinado fato, não podendo ser simplesmente acatada ou não. Além do mais, as normas devem ser compreendidas, tendo em vista que, para serem obedecidas, deve haver comunicação, a qual compreende a emissão de uma ordem por um dos interlocutores e o entendimento do outro (2018, p. 147).

Rafful (2018) “reforça que Hart fazia distinção para que não houvesse uma simples generalização, no sentido do que todas as leis são dotadas de coerção. Leis que impõe uma conduta a ser realizada possuem sanções, mas leis que tratam sobre faculdades, procedimentos ou competências não impõe sanções, mas negam validade do ato”.

Morrison (2012, p. 418) ao falar de Hart:

Hart apresentou a face benigna e funcionalista de legalidade liberal, transformando o antigo tema positivista de uma coerção externa que faz cumprir o direito e leva o sujeito a sentir-se obrigado, pela ameaça na violência, a manter-se nos limites da lei, ameaça de sanções, numa imagem da obrigação normativa de o sujeito agir de acordo com as regras jurídicas. O argumento de Hart era simples: o positivismo anterior compreendeu mal a natureza obrigatória do direito, vendo a legalidade como algo politicamente imposto a uma ordem social, que assim não fosse seria caótica, a fim de estrutura-la, enquanto a legalidade era algo que se desenvolvia de modo evolutivo, através de um complexo – cada vez maior – sistema de diferentes tipos e regras (MORRISON, 2012, p. 418).

Para verificar o sentimento sobre o comportamento de acordo com a norma, Hart propõe uma análise do direito sobre duas perspectivas, observando o comportamento da sociedade, de forma interna e externamente.

Rafful (2018, p. 154), faz um comparativo entre os originários ingleses Bentham e Austin com relação a Hart, diz que os primeiros compreendiam que o Direito é um conjunto de ordens respaldadas por ameaças ditadas pelo soberano no exercício de seu poder soberano e legislativo ilimitado, Hart entendia que o direito deveria emanar a partir do reconhecimento das regras de conduta pelo Poder Judiciário, contendo na constituição a regra última de reconhecimento.

Para Mascaro (2019, p. 54) o jurispositivismo estrito ganhou novos ares, nas décadas finais do século XX, quando analisado em somatória aos instrumentos da filosofia da linguagem. A compreensão do direito positivo passa a se fazer também com uma perspectiva linguística, considerando os operadores do direito como agentes que se comunicam. No Brasil, Tércio Sampaio Ferraz Júnior se destaca na perspectiva da análise comunicacional da teoria geral do direito.

CONCLUSÃO

O presente artigo analisou, os positivistas jurídicos que formaram a base do desenvolvimento do direito na atualidade. Neste processo de desenvolvimento jurídico, foi necessário discutir a ideia do direito natural para fundamentação do positivismo jurídico.

Verifica-se que o Positivismo de Comte com suas características científicas, sustentava que somente por intermédio de aplicações regulares de procedimentos científicos poderá se alcançar bons hábitos intelectuais. No pensamento rigoroso do filósofo francês, a metafísica não é negada, mas possui pouca importância. Para Comte, a ciência pode elucidar a realidade por meio do estudo dos fatos possíveis de serem observados. Mesmo não sendo a mesma coisa do Positivismo Jurídico em sua etimologia e sentido, formou a base para o Positivismo Jurídico.

O positivismo de August Comte, eivado Não pode deixar de dar a devida importância aos precursores do Positivismo Jurídico como Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, Hobbes, Austin, entre outros que solidificaram e fundamentaram o positivismo.

Conforme analisado, 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 no 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.

Além de apresentar os teóricos que representam as escolas do positivismo, foram apresentados autores mais atuais que tratam do assunto com propriedade que e o caso de Bobbio, Hart, Schmitt, etc.

No que tange ao Positivismo brasileiro, tratou de citar a importância de Tércio Sampaio Ferraz Júnior se destaca na perspectiva da análise comunicacional da teoria geral do direito.

Considerando todo o exposto neste estudo, conclui-se proposta do Positivismo Jurídico de considerar o significado de uma sentença como a sua

condição de verdade não só como estrutura formal fechada, mas também enquanto instrumento metódico para o pensamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei. O Apartheid do direito: reflexões sobre o positivismo jurídico na periferia do capital. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro , v. 8, n. 2, p. 869-904, June 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200869&lng=en&nrm=iso>. access on 01 June 2019. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.23508>.

AUSTIN, J. **Lectures on jurisprudence: the philosophy of positive law**. Londres: Sherratt & Hughes, 1911.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

CHAUÍ, M. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

COMPARATO, F. K. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva: discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do Positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

FONSECA, Alexandre Müller. Positivismo jurídico x materialismo histórico: uma leitura acerca das fundações dos sistemas jurídicos de Kelsen e Pachukanis. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro , v. 8, n. 1, p. 14-52, Mar. 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100014&lng=en&nrm=iso>. access on 01 June 2019. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.20164.ax>

HABERAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste, 2001.

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2019.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MOTTA, C. D. B; BROLEZZI, A. C. **A influência do positivismo na história da educação matemática no Brasil**. Universidade de São Paulo, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Ricardo Morais. Do Positivismo ao Positivismo Jurídico: reverberações na formação do Bacharel em Direito. Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade do Vale do Sapucaí-Univás, Pouso Alegre/MG, 2017, p. 93.

PEREIRA, Ricardo Morais. **Do positivismo ao Positivismo Jurídico: reverberações na formação do Bacharel em Direito**. Dissertação de Mestrado, Universidade do Vale Sapucaí-Univás, 2017, p. 93.

RAFFUL, Leonardo José. **Utilitarismo e o Positivismo Jurídico**. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Direito, PUC – Pontifca Universidade Católica de SP, 2018.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro Soramanny Gabino. Nomos, **Soberania, Legalidade e Positivismo Jurídico em Thomas Hobbes**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Paraíba, 2018, p. 110.

WARAT, L. A. **A pureza do poder: uma análise crítica de teoria jurídica**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983