

Apontamentos para uma tentativa de sistematização do positivismo jurídico

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

27 de dezembro de 2004

Sumário

1. Introdução
 2. Antecedentes Históricos
 3. Protagonistas Centrais
 4. Considerações Finais
- Bibliografia

1. Introdução

O presente artigo ensaia uma tentativa de sistematização do positivismo jurídico. Presta-se a fazer uma apresentação do modelo do positivismo jurídico e seus protagonistas, sem maiores pretensões epistemológicas. Pretende propiciar uma síntese diretiva para estudos posteriores e de maior fôlego. Trata-se de um esforço de divulgação, de ordenação, de indicação de autores e de obras, relativos ao positivismo jurídico, percepção conceitual e filosófica que marca profundamente o entorno jurídico brasileiro.

Identificado como uma oposição ao direito natural, o positivismo jurídico centra-se na locução direito positivo, de uso relativamente recente na tradição jusfilosófica ocidental (BOBBIO, 1995, p. 15). Não há vínculos históricos ou afetivos com o positivismo de feição sociológica, como matizado em Augusto Comte, formado nas disciplinas da Escola Politécnica francesa, fundador de uma disciplina, a Sociologia, que como objeto de estudo teria como centro a totalidade da espécie humana (ARON, 1993, p. 75). Para o pensador francês criador do positivismo filosófico, a Sociologia seria uma Física Social, ciência com objeto próprio, preocupada com o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, submetidos a leis naturais invariáveis (COMTE, 1989, p. 53). As semelhanças com o positivismo jurídico param por aí.

Uma relação de contrariedade para com percepção de direito natural identifica o eixo temático que caracteriza o positivismo jurídico. Por questão de simetria cunhou-se o termo

juspositivismo, em oposição a jusnaturalismo (TROPER, 1999, p. 608). À universalidade e imutabilidade do jusnaturalismo opor-se-ia a contingência do juspositivismo; à utilidade desse último confrontar-se-ia com a moralidade daquele primeiro. Assim, com base em tradição que remonta a Paulo, o direito positivo estabeleceria aquilo que é útil, enquanto que o direito natural ensinaria aquilo que é bom (BOBBIO, 1995, p. 23).

O positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa. Formalismo e imperativismo informam o monismo jurídico estatal. O Direito ficaria resumido a mero comando, desprezando-se seu conteúdo e seus fins. A certeza jurídica, informadora de relações sociais supostamente calcadas na segurança de conteúdos normativos previsíveis, orientaria mundo social que caminharia para o melhor dos mundos possíveis. Esse louvado princípio da certeza do Direito decorria de paradigma racional e instrumental, que emergia das premissas de separação dos poderes. Limita-se a criatividade do intérprete da lei, a quem o positivismo jurídico outorga o papel de simples protagonista da vontade do legislador, engendrando-se fetichismo que empolgou muitas gerações de juristas. Direito e lei escrita passam a ser identificados ontologicamente, sufragando-se o respeito pelo princípio da autoridade.

Resultante da tradição iluminista, o positivismo radicaria na premissa de que instrumentalizaria a saída do homem de sua minoridade, de que ele próprio seria culpado (KANT, s.d., p. 11). Um materialismo dogmático centrado no culto à razão faria uso dos instrumentos da racionalidade, embora sem aceitar as conseqüências da opção (CASSIRER, 1951, p. 67). E se um dia o positivismo jurídico mostrou-se como arsenal imprescindível na luta contra o autoritarismo, o absolutismo e a intransigência clerical, o desdobramento das relações econômicas e sociais na tradição ocidental fez com que a tradição positivista se esgotasse na própria seiva. É justamente essa nova fixação conceitual que marca a mudança de paradigmas, locução que toma todos os campos epistêmicos, das ciências em geral (KUHN, 1996, p. 67) ao Direito em particular (WOLKMER, 2002, p. 3).

A neutralidade do positivismo jurídico fica reduzida a uma objetividade de eunucos. Questiona-se a existência de verdade neutra e objetiva; é que podem existir verdades que resultam de ponto de vista particular, vinculado a certas convicções políticas e religiosas (LOWY, 2000, p. 71). A pureza científica pode ficar relegada à condição de instrumento a serviço de objetivos extracientíficos (LOWY, 1994, p. 33). A denúncia ao positivismo jurídico é mais um aspecto que informa a crítica à razão instrumental (SAUL, 1993, p. 108), ensejando-se o mote do criticismo frankfurteano, que nos dá conta de que o iluminismo é totalitário (HORKHEIMER e ADORNO, 2001, p. 6). O positivismo também o seria. O positivismo jurídico teria engendrado entorno profissional e cultural marcado pela preocupação perene para com a ordem, a segurança e a estabilidade. As contradições com as quais o positivismo jurídico se ocuparia seriam periféricas, interindividuais e desenvolvidas no interior da classe dominante (AGUIAR, 1993, p. 11). O bacharelismo liberal da elite brasileira fez-se a sombra do positivismo jurídico; a condição para se pertencer ao mandarinato burocrático era o bacharelado em Direito (ADORNO, 1988, p. 162).

Numa tentativa de se resumir o positivismo jurídico, com os objetivos de se delinear os pontos combatidos pela crítica contemporânea, compõe-se o presente trabalho. Serão encapsuladas notícias históricas, com estações em Sócrates, Sófocles, Platão, Aristóteles, Justiniano, Hobbes, Bentham e alguns outros. Em seguida, far-se-á um resumo da escola analítica em John Austin, da tripartição dos poderes em Montesquieu, dos temas da escola de exegese francesa, da neutralidade axiológica em Max Weber, da teoria pura do Direito em Hans Kelsen, do conceito de Direito em Hart e da teoria do ordenamento jurídico em Norberto Bobbio.

2. Antecedentes Históricos

Registre-se, em primeiro lugar, e bem entendido, certa resistência para com o uso do referencial histórico para com a explicitação do Direito contemporâneo. A narrativa do passado jurídico propicia uma manipulação do Direito, da História e da verdade. O tempo presente toma conta do tempo passado (HESPANHA, 1998, p. 46), usando-o como bem entende; é a leitura do antigo com os olhos de hoje (SCHAFF, 1995, p. 101). As referências que seguem são meramente exemplificativas, indicativas de atitudes, percepções e concepções pretéritas, que esforço de exegese histórica indica como supostamente precursoras da ação conceitual do positivismo jurídico.

Apontar-se-ia Sócrates como o primeiro dos positivistas. Tal como o conhecemos nas descrições de Platão, Sófocles e Xenofonte, Sócrates se revelava como fiel seguidor das leis da cidade, cuja justiça não discutia, limitando-se a curvar-se ante os comandos da pólis que parecia tanto amar. Sófocles fora acusado por Meleto, Anitón e Lícon de não reconhecer os deuses da cidade, de introduzir novas divindades e de corromper a juventude (MOSSÉ, 1991, p. 99). Cuidou da própria defesa, que exerceu junto a tribunal que o condenou por pequena margem, dado que dos 501 juízes, 280 votaram pela condenação e 221 pela absolvição. Sócrates negou uma chance de fuga, acenada pelos amigos, sob a impressão de que no dia em que os homens justos deixassem de cumprir as leis injustas, os homens injustos não teriam motivos para cumprir as leis justas. É que os juízes, segundo Sócrates, não tomavam assento para dispensar o favor da justiça, mas para julgar; os magistrados não juravam favorecer a quem bem lhes parecesse, mas a julgar segundo as leis (PLATÃO, 1979, p. 20).

Sófocles, autor de tragédias gregas, contemporâneo de Péricles, amigo de Heródoto, rival de Ésquilo, teria percebido oposição entre direito positivo e direito natural, contradição que fomenta sua peça *Antígona*, escrita e encenada no século V a.C. Ao insistir em enterrar o irmão, morto na guerra, a heroína opõe-se ao rei, dizendo que além leis da cidade havia outras, eternas e irrevogáveis. Essas últimas informam com recorrência os contornos de um direito natural. Já a lei da cidade, que a heroína teimava em desrespeitar, suscitaria um direito posto, de cuja justiça e oportunidade o rei não admitia discutir (GODOY, 2002, p. 22). Comando emanado de autoridade detentora de competência, o direito da cidade justificava-se como externalização do monopólio normativo do Estado.

Aristóteles teria cogitado de um direito positivo inquestionável, que anunciou ao admitir uma justiça política fracionada em duas partes, uma natural e outra legal, de modo que

(...) natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas, e também todas as leis promulgadas para casos particulares, como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas, e as prescrições dos decretos. (ARISTÓTELES, 1979, p. 131).

Percebendo indiferença inicial no conteúdo da lei positiva, o Estagirita atentou para o vínculo ordenativo que a norma determina, dado que os comportamentos que a regra alcança perdem a indiferença e acentuam-se no ordenamento a ser seguido. Apreendidos pela opção abraçada pela lei, os comportamentos se jurisdicizam, deixando a indiferença e ganhando a perene fiscalização e domesticação pela regra posta.

Platão equiparava o papel dos preâmbulos dos textos normativos com a função dos prelúdios nas músicas, como uma espécie de preparação em apoio ao desenvolvimento do assunto (PLATÃO, 1999, p. 197). Os magistrados, na percepção platônica, encontravam-se submetidos à lei, e

No caso de alguém acusar um juiz de aplicar deliberadamente uma sentença injusta, o acusador deverá dirigir-se aos guardiões das leis e apresentar-lhes sua acusação. Sendo o juiz condenado em função de uma tal acusação se verá obrigado a pagar uma quantia correspondente à metade daquela avaliada para os danos sofridos pela parte lesada, e se for julgado que merece uma punição maior, os juízes do caso deverão estimar qual a punição complementar a ser infligida, ou qual o valor adicional a ser pago ao Estado e ao queixoso. (PLATÃO, 1999, p. 250).

Na medida em que guardiões de leis acompanhariam as acusações contra os magistrados, cria-se categoria mais próxima da própria lei e com poder em relação ao grupo que prioritariamente deveria cuidar do implemento das normas na cidade. Os guardiões da lei vigiariam os magistrados. A regra posta deveria ser cumprida a qualquer custo, em benefício mesmo da manutenção de valores como censura, difusão de mentiras em benefício da cidade, refeições em comum, a par da divisão das mulheres entre amigos (PLATÃO, 1996, p. 168). Dá-se início ao culto do legislador, a quem Platão imputa funções pedagógicas (JAEGER, 1944, p. 213).

O direito romano é apropriado pelo positivismo jurídico, como referencial indiscutível de racionalidade legislativa. Refere-se à influência duradoura do direito romano, na Europa medieval e moderna, por meio da incorporação nas legislações europeias do direito privado da tradição justinianéia (GILISSEN, 1995, p. 80). O racionalismo do direito romano, cujas generalidades invocam normatividade instrumental, centrada na dicotomia entre público e privado (MACKELDEN, 1841, p. 75), fez-se perene na codificação do direito na seção oriental do Império. Cogita-se da codificação como sistema (SIEBENEICHLER, 1997, p. 31), embora no imaginário romano essas duas expressões não guardassem o conteúdo significativo que hoje apresentam. Por intermédio do direito canônico a tradição romanística foi definitivamente apoderada pelo direito europeu (BERMAN, 1983, p. 204). A cultura urbana do baixo medievo, de inspiração burguesa, propiciou aliança entre papas e mercadores (TIGAR & LEVY, 2000, p. 101), fornecendo as bases conceituais para uma cultura jurídica formalista, garantidora do bom andamento das relações negociais.

Thomas Hobbes, considerado como precursor direto do positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 34), concebeu uma soberania indivisível, centrada em poder unitário (BOBBIO, 1991, p. 51), de modo que à monopolização do poder coercitivo por parte do Estado, verificou-se correspondente monopolização do poder normativo. Às leis civis, deveriam os homens obediência absoluta (HOBBS, 1952, p. 130). O poder do rei é inquestionável, e ele representaria o único legislador (HOBBS, 2001, p. 32), a quem todos prestam obediência, sem nenhuma forma de questionamento.

Com o utilitarismo de Jeremiah Bentham, o chamado Newton da legislação (BOBBIO, 1995, p. 91), incrementa-se o positivismo jurídico na tradição inglesa. Bentham imputava à codificação do direito uma forma de se obter maior felicidade para um maior número (greatest happiness of the great number). O filósofo inglês imaginava uma reforma radical, mediante codificação completa, que deveria sistematizar toda a matéria jurídica, em três partes, civil, penal e constitucional (BOBBIO, 1995, p. 95). Temeroso e crítico da incerteza da common law inglesa, Bentham preconiza códigos que deveriam ser redigidos em termos claros e precisos, facilitando a todas as pessoas o acesso fácil aos conteúdos normativos. Comunicou-se com reis e presidentes, oferecendo seus serviços, como legislador, o que lhe valeu contínuas negativas, discretas e bem educadas.

A totalidade do código, como enunciada por Bentham, vai se tornar princípio axial do positivismo jurídico, que se vale do dogma da completude para enfrentar os problemas decorrentes das lacunas e das antinomias. O princípio da utilidade justificaria a adesão a modelo normativo codificado, com base em suposta igualdade formal dos administrados, que usufruiriam da clareza e da certeza jurídicas que só um código poderia proporcionar. É que o legislador teria em mira a proliferação dos prazeres e obstrução das dores como supremo valor (BENTHAM, s.d., p. 29). A regra jurídica é comando, ato de vontade (BENTHAM, 1973, p. 153), produzido com o objetivo de se proporcionar o maior bem possível.

São essas, pois, as estações históricas que possibilitam certa aproximação com o positivismo jurídico, que ganha foros de densidade com John Austin, tema do próximo passo, que dá início a proposta de indicação dos protagonistas centrais do modelo que procura subsumir o Direito ao Estado.

3. Protagonistas Centrais

John Austin é autor de dois livros centrais para compreensão do positivismo jurídico. An outline of a course of lectures on general jurisprudence é de 1831 e The province of jurisprudence determined é de 1832. São textos axiais da chamada Escola Analítica de Jurisprudência. Austin nasceu em 1790, serviu o exército britânico em Malta e na Sicília, dedicou-se ao estudo do Direito a partir de 1812, advogou por sete anos, sem muito sucesso e nem muito entusiasmo. Fora vizinho de Bentham e de Stuart Mill; rompeu com aquele primeiro, por conta de um radicalismo político que condenava. Em 1826 foi indicado para ensinar Filosofia do Direito na recém criada Universidade de Londres. Passou dois anos na Alemanha preparando o curso que pretendia lecionar. Conheceu então os trabalhos de Hugo, Thibaut e Savigny. Teve contato com a pandectística e com a escola histórica alemã. Seus cursos não despertaram muita atenção e em 1832 Austin aposentou-se, muito

desapontado com a carreira universitária. Ao longo da vida, Austin sofreu de ansiedade e de depressão, o que lhe dificultava na composição de seus textos. Além disso, uma fixação com a perfeição e com a clareza tornaram sua vida intelectual um tormento.

Austin reduziu a lei a comando do Estado, e o que não detém essa qualidade fica relegado à categoria de lei impropriamente designada. Austin percebia a existência de leis divinas, de leis positivas, de leis de moralidade positiva e de leis metafóricas ou figurativas; preocupou-se com aquelas duas primeiras (AUSTIN, 1998, p.1). Ainda, o objeto da Filosofia do Direito é o Direito positivo; a lei, simples e estritamente designada: a lei posta por superiores políticos para ser seguida por pessoas politicamente inferiores (AUSTIN, 1998, p. 9). A lei configura comando, que manifesta desejo, politicamente determinado e a ser compulsoriamente implementado. Comando e obrigação (command and duty) são termos correlatos, dado que onde quer que surja uma obrigação, realizou-se um comando; e onde quer que se realize um comando, impôs-se uma obrigação (AUSTIN, 1998, p. 14).

Em oposição a Locke e a Bentham, Austin não admitia sanções positivas. Recompensas seriam apenas motivos para o cumprimento dos desejos alheios (AUSTIN, 1998, p. 16). A sanção seria apenas negativa. Com ênfase em concepções hierárquicas, o pensador inglês insistia que o Direito e outros comandos derivam dos superiores com o objetivo de obrigar aos inferiores (AUSTIN, 1998, p. 24). Nesse sentido, Austin mostrava-se muito cauteloso com normas costumeiras, cuja produção seria mais permanentemente popular; a norma consuetudinária não seria norma propriamente dita (AUSTIN, 1998, p. 30).

Austin defendia direitos de propriedade, condenava invasões de terra, que concebia como movimentos criminosos. E assim, perfilava um liberalismo ilimitado:

Sem segurança para a propriedade não há razão para se proteger nada. Sem a poupança habitual por parte dos proprietários, não há acumulação de capital. Sem a acumulação de capital, não há recursos para o pagamento de salários, não há divisão de trabalho, não há a invenção de máquinas caríssimas: não haveria nenhum desses incrementos ao trabalho, cujo aumento dá-se com o poder de se produzir e, conseqüentemente, com a possibilidade de multiplicação dos prazeres individuais no seio da comunidade. Invasões freqüentes de propriedade levariam os ricos a pobreza; e, o que muito pior, agravaria-se a pobreza dos pobres (AUSTIN, 1998, p. 39, tradução livre do autor).

Jeremiah Bentham, também inglês como Austin, destacou-se como o teórico da grande felicidade, síntese do utilitarismo britânico, como já adiantado. Bentham nasceu em 1748, em meio a família de recursos financeiros. Prodígio, lia em latim aos três anos de idade. Aos doze era aluno em Oxford, onde formou-se aos dezesseis anos. Estudou Direito, porém a herança que recebeu o desobrigou da advocacia e da magistratura. Dedicou-se ao estudo. Embora imputasse ao modelo normativo inglês da época a hipocrisia e a corrupção, não desanimou das reflexões jurídicas e defendeu a concepção de códigos, como instrumento de segurança e de certeza. A codificação do Direito, na visão de Bentham, proporcionaria bem estar à população. O positivismo jurídico deve muito a dois dos trabalhos de Bentham, *A fragment onf government* (publicado em 1776) e *An Introduction to the Principals of Morals and Legislation* (publicado em 1781). Bentham faleceu em Londres, em 1832, sem ver realizado seus inúmeros projetos de codificação dos direitos inglês e norte-americano.

De acordo com um pesquisador brasileiro, (...) a obra de Bentham é permeada por uma grande preocupação em torno da elaboração da lei. Essa postura tem origem numa posição de crítica frente ao Direito da Common Law. A razão está na atenção extrema que Bentham dedicava à questão da certeza e do conhecimento do Direito. Ora, esses requisitos, na sua concepção, não existiam no Direito inglês, que se caracterizava por ser, em essência, um Direito de leis não escritas. Como as leis devem ser conhecidas- e este é um tema particularmente caro a Bentham-, essa circunstância tornaria impossível a ciência do Direito pelo cidadão. De fato, Bentham contesta a idéia de que o juiz apenas se limite a declarar regras já existentes. Para ele, o Direito inglês nasceria após o fato, razão pela qual seria essencialmente incerto e imprevisível. Em sendo assim, explica-se a razão de Bentham ser um tenaz defensor da codificação, que deveria abranger todos os ramos do Direito (SIEBENEICHLER DE ANDRADE, 1997, p. 66).

Bentham manifestava muita fé no legislador, a quem imputava a tarefa de buscar e proporcionar a felicidade dos indivíduos, que compõem a comunidade, a quem se deve a permanente luta pelos prazeres e pela segurança (BENTHAM, 1988, p. 24). Lembre-se, no entanto, o determinismo e o racismo que compunham certo pano de fundo no ideário utilitarista, como matizado pelo pensador inglês. Bentham acreditava que os homens dos climas mais quentes apresentariam menos saúde, se comparados com os habitantes das regiões mais frias; além disso, mesmo nascendo na Inglaterra ou na França, uma pessoa de ascendência africana ainda assim seria um diferente e diminuído (BENTHAM, 1988, p. 62). Firme defensor da tributação pelo Estado, Bentham percebia no fiscalismo um mecanismo de defesa da comunidade, a ser instrumentalizada para a peleja com os inimigos internos e externos (BENTHAM, 1988, p. 160). Para o filósofo britânico, é certo que, se subitamente todos deixarem de pagar seus impostos, nada mais poderá ser concretamente feito, seja para a manutenção da justiça, seja para a defesa da comunidade contra seus inimigos externos (...) (BENTHAM, 1988, p. 162).

Bentham apresentava pensamento convergente ao de Austin ao presumir a lei como comando, embora o vinculando a mecanismos de realização de felicidade, Utilidade não é a lei. A utilidade é uma qualidade, uma propriedade; uma propriedade como um ato de incremento da felicidade; e que seja, de diminuir as dores e de potencializar o prazer. A utilidade é a qualidade de muitos tipos de atos. E um comando é um tipo particular de ato. E a lei é um comando. (BENTHAM, 1973, p. 151, tradução livre do autor).

O iluminismo francês dera continuidade ao ideário positivista, de neutralidade e de respeito a um direito racional e legislado. Cultuou-se a razão, proclamando-se que o iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado (KANT, s.d., p.11), sentença combatida pelo criticismo posterior da Escola de Frankfurt. Para os frankfurtianos, o iluminismo é totalitarista (HORKHEIMER e ADORNO, 2001, p.6), como já citado e cogitado no presente trabalho. Formatou-se uma ditadura da razão que matiza a cultura ocidental (RALSTON SAUL, 1993), reduzindo-se ou elevando-se a política a ciência (PORTER, 2000, p.184), dependendo-se do lado e do partido que se assuma. Tudo passa a ser referenciado por princípios, por sólidos campos de observação, na busca de conhecimento supostamente desinteressado (CASSIRER, 1951, p. 21). Afirmou-

se que a força não faz o Direito e que se deve obedecer apenas às forças legítimas (ROUSSEAU, 1966, p. 45). Cristalizou-se pensamento que indicava que a fonte de soberania radicava essencialmente na Nação, deixando-se de lado grupos e indivíduos, não compreendidos naquele conceito de vontade geral (KRAMNICK, 1995, p. 467).

Montesquieu representou com muita coerência essa tendência. Nasceu em 1689, atuou como jurista, embora inegáveis seus pendores e interesses pela literatura e pela experimentação científica. Terminou a composição do *Espírito das Leis* por volta de 1748, falecendo sete anos depois. O pensador francês ensaiava uma explicação sociológica para as leis positivas, um determinismo aplicado à natureza social (ARON, 1993, p. 49). Tomando-se ponto de vista mais específico e menos instigante, reputa-se a Montesquieu concepção definitiva de tripartição de poderes, de reserva ao magistrado da função de simplesmente dizer um Direito já posto pelo legislador, concebendo-se nesse último o defensor de uma justiça necessário à liberdade (MONTESSQUIEU, 1952, p. 262). O modelo de Montesquieu define papéis específicos para legisladores, administradores e juízes, reservando-se a esses últimos uma atuação de aplicação da lei, sem nenhuma criatividade.

Dá-se continuidade então a concepção que imagina um legislador onisciente, onipotente, onipresente, cujo texto codificado suscita soluções para todos os problemas jurídicos, possíveis e imaginários. Surgem os primeiros códigos europeus, a exemplo do *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794 (KELLY, 1999, p. 262) e do código civil francês de 1804. A escola exegética pranteava o texto normativo napoleônico, promovendo individualismo excessivo, a falta de uma regulamentação adequada do emprego, o respeito exagerado à liberdade do contrato, direitos absolutos de propriedade, o papel do pai de família, entre outros (CAENEGEM, 1995, p. 154). Com efeito, nos países de direito romanista, a lei tornou-se a principal fonte de direito no séc. XIX (GILLESSEN, 1995, p. 417). O Direito decorrente de uma era de luzes revelava-se em declarações solenes e em códigos imaginados como perfeitos (BATALHA e RODRIGUES NETTO, 2000, p. 74).

Concomitantemente à sedimentação do positivismo jurídico, desenvolveu-se o modelo capitalista. O círculo encantado do empresário contou com ordem jurídica própria (MOREIRA, 1987, p. 41). O mercador-comerciante, que no passado fora rebelde (TIGAR e LEVY, 2000, p. 19), e que buscava modelo normativo dotado de objetividade e de universalidade (BERMAN, 1983, p. 339) tornara-se finalmente o senhor da ocidentalidade capitalista e racional.

Max Weber providenciou a sacralização desse triunfo, romantizando o nascimento do capitalismo (ALLEN, 2004, p. 32), na medida em que se afastou do reducionismo econômico do marxismo (GIDDENS, 2002, p. 46), proclamando que a predestinação calvinista propiciara o desenvolvimento de ética voluntarista e criadora de riquezas (WEBER, 1997, p. 98). Sua esposa providenciou biografia com sabor de hagiografia, que fixou o sociólogo alemão como pensador e homem de ação (WEBER, 2003, p. 659). Para Weber, somente o direito positivo proporciona instituições constatáveis e analisáveis cientificamente (FREUND, 2003, p. 182), matriz de tipos ideais que convergem na formação de burocracia garantidora de ordem que instrumentaliza o capitalismo na racionalidade (BENDIX, 1984, p. 423).

Ativo na confecção da Constituição de Weimar (MOMMSEN, 1999, p. 332), Weber quis fazer de sua biografia a sua expressão filosófica (DIGGINS, 1996, p. 45). Explorando constantemente a relação entre o Direito e a ordem social (KASLER, 1988, p. 144), Weber contribuiu também para o eurocentrismo jurídico na medida em que apontou a racionalidade ocidental como força triunfante em relação a um oriente desprovido de razão, de capitalismo e de Direito (RINGER, 2004, p. 203). E ainda, centrou esse direito racional no Estado, desprezando todas as demais manifestações normativas não oficiais, protestando pela realização do conceito de Nação (WEBER, 1959, p. 171). A racionalização do Direito apontava para crescente formalização (ARGUELLO, 1997, p. 181). O Direito só se realizaria no Estado, detentor do monopólio da violência (WEBER, 1967, p. 14). Weber concebeu equação que aproxima legitimidade racional e legalidade (GOYARD-FABRE, 1999, p. 281).

O positivismo jurídico em Max Weber fica muito claro com sua compreensão de instrumentalidade do Direito, e de tal modo,

Tomemos, ainda, o exemplo da ciência do Direito. Essa disciplina estabelece o que é válido segundo as regras da doutrina jurídica, ordenada, em parte, por necessidade lógica, e em parte, por esquemas convencionais dados; estabelece, por conseguinte, em que momento determinadas regras de Direito e determinados métodos de interpretação são havidos como obrigatórios. Mas a ciência jurídica não dá resposta à pergunta: deveria haver um Direito e dever-se-iam consagrar exatamente estas regras? Aquela ciência só pode indicar que, se desejamos certo resultado, tal regra de Direito é, segundo as normas da doutrina jurídica, o meio adequado para atingi-lo (WEBER, 2000, p. 37).

Hans Kelsen fundamentará o positivismo jurídico em sua mais alta expressão, dando continuidade a tradição que se fazia forte nos meios culturais germânicos. Nasceu em Praga, em 1881, quando as margens do Moldava ainda pertenciam ao Império Austro-Húngaro. Privou com os neopositivistas lógicos do Círculo de Viena, nutrindo a purificação das ciências em face de preocupações metafísicas, na crise epistemológica que admitia que à ciência não é dado pronunciar juízos de valor. Foi o autor intelectual da Constituição Republicana Austríaca, lecionou na Universidade de Viena (1919-1929), foi juiz na Áustria (1921-1930). Em 1934 publicou sua Teoria Pura do Direito. Fugiu do nazismo e foi recebido em Berkeley, onde lecionou até 1952. Em outubro de 1973, aos 92 anos, morreu na Califórnia.

É acusado de reducionista por ter defendido suposta pureza científica. A ciência jurídica seria ciência pura, preocupada, tão somente, com o universo normativo. Concebeu kantianamente uma teoria da norma fundamental, radicada em uma primeira norma posta, de feição constitucional. A norma posta deve-se a uma norma suposta; a chamada norma hipotética fundamental vem solucionar a questão do fundamento último da validade das normas jurídicas. Afinal, o que legitimaria o Direito? Estado e Direito se confundem para Kelsen. Não haveria leis inconstitucionais ou decisões ilegais. Paradoxo vivido pelo próprio Kelsen, forçado a admitir a eficácia do direito nazista. Para o mestre de Viena, o cientista do Direito deveria se preocupar com a lei, tão somente.

Kelsen dá-nos conta de que o conhecimento jurídico só é científico se for neutro. Sua pureza decorre de corte epistemológico que defina o objeto e de corte axiológico que afirme a sua neutralidade. O operador jurídico deve identificar lacunas e apurar antinomias, bem a

exemplo de Norberto Bobbio, de quem se falará mais adiante. Para Kelsen, autêntica é a interpretação do Direito pelos órgãos competentes: é que a decisão judicial qualifica uma norma jurídica individual. De acordo com o insuspeito Karl Larenz, a teoria pura do direito de Kelsen se constituiria na mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência (LARENZ, 1983, p. 82).

Seu livro mais importante, *A Teoria Pura do Direito*, é dividido em oito partes. Kelsen trata das relações entre Direito e natureza, Direito e moral, Direito e ciência, das normas chamadas estáticas, das normas chamadas dinâmicas, das relações entre Direito e Estado, do Direito Internacional e do problema da interpretação do Direito (KELSEN, 2004). A teoria pura do Direito, como teoria, procura descrever seu objeto, tratando o Direito como ele efetivamente é, e não como ele deve ser, isto é, afasta-se de paradigmas políticos. Tem como base metodológica o projeto de eliminar do Direito seus elementos estranhos, de cunho político e sociológico. É que o pensamento normativo do século XIX teria promovido uma adulteração do Direito, por causa da livre interpenetração de outras disciplinas no universo normativo.

As normas são o objeto da ciência do Direito. Os costumes podem criar normas legais ou morais. A validade é a existência específica de uma norma. E ainda, a norma pode ser válida até mesmo quando seu ato de vontade não tenha mais existência. A validade qualifica um deve, a eficiência caracteriza um é, e a diferença transcende questões de formatação verbal. Assim, na validade a norma deve ser cumprida, na eficácia a norma é efetivamente cumprida. Uma norma legal é válida antes mesmo de ser efetiva. A norma não seria verdadeira ou falsa, seria apenas válida ou não válida. Uma determinada decisão judicial não seria tão somente a explicitação de um julgamento; tratar-se-ia também de norma que determinado juiz aplica. Dizer-se que uma norma é injusta seria medida insuficiente para se reconhecer que existe uma ordem legal.

No que toca às relações entre Direito e Ética, parte-se do princípio que a pureza metodológica da ciência do Direito é ameaçada porque não se separa claramente esse último da Ética, tomando-se essa como a disciplina que tem por objeto conhecer e descrever a moral, que é delineada por um costume ou por um ato de vontade. A validade de uma norma jurídica independeria de sua ordem moral. Já Paulo, na carta aos romanos, determinava que se cumprissem todas as normas das autoridades, não obstante a inexistência de laços de Ética e de Moral (KELSEN, 2004, p. 67).

Um dos mais peculiares aspectos do Direito seria o fato de que ele mesmo regula sua criação e sua aplicação, percepção mais tarde aprofundada por Niklas Luhmann. No Direito, ao contrário da explicação da natureza, usa-se o princípio da imputação e não o da causalidade. Já o homem primitivo interpretava a natureza de acordo com a imputação, implementando interpretação sócio-normativa da natureza. As primeiras normas que o homem conheceu teriam sido contra o desejo sexual (incesto) e contra a vontade de agressão (homicídio). E porque somente o homem detém o livre arbítrio, é que somente o homem poderia se valer de juízos de imputação.

A teoria pura do direito dirige-se a normas, e não a fatos. Trata-se de percepção teórica radicalmente realista do Direito, da mais elaborada teoria do positivismo jurídico. Ao que consta, recusa-se a servir a interesses políticos, negando-se a propiciar ideologia que apóie

ou critique determinado modelo jurídico. Uma norma inconstitucional seria válida até que especificamente anulada, e de tal modo, ela não é nula, é tão simplesmente anulável. Encontra-se no terreno da dinâmica das normas, porque que a questão da validade de uma norma decorreria da validade de uma outra norma.

A busca de uma regra cada vez mais alta no escalonamento hipotético levaria o cientista do Direito a uma norma pressuposta, que Kelsen chamará de norma básica. As normas seriam então de natureza estática ou dinâmica; a estática decorreria do referencial que justificaria as razões de validade de uma norma básica, a dinâmica decorreria do referencial que justificaria a validade das demais normas de determinado sistema.

Um dos pontos mais importantes da teoria pura dá-nos conta de que é irrelevante como se tomou o poder político, por revolução, por golpe de Estado ou por voto popular. Qualquer norma resultante do titular do poder é válida e apta para produzir efeitos. Trata-se do princípio da legitimidade, segundo o qual, toda norma seria válida até que oficialmente declarada inválida. Subsume-se do princípio da legitimidade o princípio da efetividade, isto é, por exemplo, se uma revolução não obteve suficiente sucesso para produzir um novo ordenamento, uma nova constituição, vale então a constituição pretérita, e o movimento revolucionário passa a ser tido como de alta traição.

Todo sistema normativo deteria validade. Não se poderia negar a validade de um sistema por conta do conteúdo de suas normas. O pressuposto geral encontrar-se-ia na presunção de aceitação da validade de uma norma básica. De tal modo, a função da norma básica não seria ética ou política; a função da norma básica seria epistemológica. Assim, plasma-se imensa contradição quando se admite a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica. De qualquer modo, como já alertou um estudioso brasileiro, tanto se falou em Kelsen, que a impressão geral era de que o jusfilósofo austríaco, sozinho, representava todo o pensamento jurídico da época, os outros aparecendo meros coadjuvantes do extraordinário painel de idéias por ele produzidas e postas em debate (VASCONCELOS, 2003, p. XIII).

Em doutrina de expressão inglesa o positivismo jurídico ganhou corpo no século XX por meio da obra de Herbert Hart, cuja livro principal *The Concept of Law*, foi publicado em 1961. Criticado por Ronald Dworkin e por Lon Fuller, Hart deixou na última edição de seu livro valioso post-scriptum, descoberto pouco depois de sua morte e em seguida publicado. Hart previu que a teoria de Kelsen, identificando o Estado com o Direito, correria o risco de abrir caminho para o totalitarismo (GOYARD-FABRE, 1999, p. 271). Mitigando percepções mais fechadas, Hart no entanto insistiu no sentido obrigacional do Direito, afirmando que a mais proeminente característica do Direito, em todos os tempos e lugares, consiste no fato de que sua existência significa que certos tipos de conduta humana não são opcionais, mas em certo sentido são obrigatórios (HART, 1997, p. 6).

Para Hart, distingue-se a lei dos demais comandos (como uma ordem de um marginal armado) pelo fato de que a lei consubstancia união entre normas primárias e secundárias, isto é, em comandos que estabelecem obrigações, a exemplo de não pise a grama, não roube, dirija sem ultrapassar a velocidade prevista (HALL, 2002, p. 276). Porém tais comandos decorrem de valores aceitos pela comunidade, substancializam-se por certo

corpo que transcende do meramente lógico para o episodicamente desejável. Hart foi entusiasta do pensamento de John Austin, que de certa forma revigorou, retomando a tradição da escola analítica de jurisprudência.

Norberto Bobbio, por fim, dá o toque terminal ao ciclo positivista, e o fez de forma arejada e avançada. Faleceu em janeiro de 2004, em Turim, aos 94 anos de idade. Intelectual com marcada atuação pragmática, foi figura marcante no século XX, do qual testemunhou as metamorfoses menos esperadas. Combateu o fascismo de Mussolini, o que lhe valeu o encarceramento. As afinidades com Antonio Gramsci não se esgotaram na crítica sistemática ao regime autoritário; é que eles foram os intelectuais italianos mais representativos do século passado, embora, bem entendido, ocupados com temáticas por vezes distintas, porém quase sempre convergentes.

Bobbio deixou-nos extensa obra de Política e Direito. Transitava pela filosofia analítica com a mesma densidade e firmeza com que dominava o pensamento sob uma dimensão historicista. A Teoria do Ordenamento Jurídico, livro que publicou em 1961, é exemplo de fino trato com problemas analíticos de Direito, a propósito de questões referentes a lacunas, antinomias e coerência normativa. É o livro que sintetiza o positivismo em Norberto Bobbio, retomando questões ventiladas por Hans Kelsen.

Norberto Bobbio tinha o ordenamento jurídico por um complexo de normas. Essas pertencem a um campo amplo, pelo que se determina vínculo permanente entre norma e ordenamento. Bobbio indagava a respeito da possibilidade de existência de ordenamento de norma única, a exemplo de, a. tudo é permitido, b. tudo é proibido, c. tudo é obrigatório. Para que se responda tal pergunta é necessário que se faça a distinção entre normas de conduta e normas de estrutura. Essas últimas prescrevendo a produção das normas em geral, aquelas primeiras desenhando comportamentos específicos. Por isso, em princípio, e academicamente, ordenamento de norma única seria plausível, em relação a normas de estrutura, a exemplo de é obrigatório tudo aquilo que o soberano determine.

A unidade do ordenamento, cujo pressuposto é a norma fundamental, repele incoerências, não tolerando antinomias ou posições incompatíveis. Algumas antinomias aparentes são de fácil solução. Como critério de escolha entre normas antinômicas solúveis, Bobbio sugere abordagens cronológicas (*lex posterior derogat priori*), hierárquicas (*lex superior derogat inferior*) ou de especialidade (*lex specialis derogat generalis*). Porém, tais critérios seriam imprestáveis em caso de normas antinômicas contemporâneas, de mesmo nível e de idêntica especialidade. Bobbio desenha então o princípio de interpretação favorável em face de uma exegese odiosa (BOBBIO, 1994, p. 110).

4. Considerações Finais

O positivismo jurídico proclama suposta identidade entre Direito e Estado. A norma centralizaria a ocupação do jurista, e toda a reflexão estranha ao entorno especificamente normativo ficaria relegada a outros campos de preocupações epistêmicas. Na obra de Austin o comando do Estado ganha contornos de ordem definitiva, como ato de vontade, cujo cumprimento não se discute. Em Bentham a codificação entroniza o comando estatal,

na mira da maior felicidade para o maior número de pessoas. A escola de exegese francesa cogitou de um legislador que tudo prevê, justificando-se a infalibilidade dos textos legais, a exemplos dos códigos, que então proliferavam. A tradição iluminista, plasmada em Montesquieu, reservava ao magistrado o cumprimento do comando do legislador, mandatário do povo, detentor do poder. Max Weber primou pela objetividade e pela neutralidade do observador, conceitos que dinamizaram o positivismo jurídico, que Kelsen elevou ao mais alto grau, fornecendo teorização robusta que se dizia defensora de um direito puro de influências políticas e de preocupações sociológicas. Hart releu o positivismo, repensando Austin, a quem imputou reverência de discípulo. Bobbio tonificou concepções positivistas, ajustando o modelo analítico ao mundo paradoxal e aporético no qual vivemos.

Referências Bibliográficas

- ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AGUIAR, Roberto. O Imaginário dos Juristas, in Revista de Direito Alternativo n. 2. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- ALLEN, Kieran. Max Weber- a Critical Introduction. London: Pluto Press, 2004.
- ARGUELLO, Katie. O Ícaro da Modernidade- Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- ARISTÓTELES. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- ARON, Raymond. As Etapas do Pensamento Sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- AUSTIN, John. The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. Filosofia Jurídica e História do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BENDIX, Reinhard. Max Weber, an Intellectual Portrait. Berkeley: University of California Press, 1984.
- BENTHAM, Jeremy. The Principals of Morals and Legislation. New York: Prometheus, s.d.
- BERMAN, Harold J. Law and Revolution. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Bauru: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UNB, 1994.
- BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- CAENEGEM, R.C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CASSIRER, Ernst. The Philosophy of the Enlightenment. Princeton: Princeton University Press, 1951.
- COMTE, Auguste. Sociologia. São Paulo: Ática, 1989.
- DIGGINS, John Patrick. Max Weber- Politics and the Spirit of Tragedy. New York: Harper Collins, 1996.
- FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- GIDDENS, Anthony. Capitalism and Modern Social Theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução História ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & Literatura- Anatomia de um Desencanto: Desilusão Jurídica em Monteiro Lobato*. Curitiba: Juruá, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de Validade do Direito- Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HALL, Kermit L. (ed.) *The Oxford Companion to American Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Mira-Sintra: Europa-América, 1998.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um Filósofo e um Jurista*. São Paulo: Landy, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Chicago: Britannica, 1952.

HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment*. New York: Continuum, 2001.

JAEGER, Werner. *Paidéia: the Ideals of Greek Culture*. New York: Oxford University Press, 1944.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, s.d.

KASLER, Dirk. *Max Weber, an Introduction to his Life and his Work*. Chicago: The Chicago University Press, 1988.

KELLY, J. M. *A Short History of Western Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Union, New Jersey: Lawbook Exchange, 1999.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark: New Jersey: Lawbook Exchange, 2004.

KRAMNICK, Isaac (ed.) *The Portable Enlightenment Reader*. London: Penguin Books, 1995.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen*. São Paulo: Cortez, 1994.

LOWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social*. São Paulo: Cortez, 2000.

MACKELDEN, F. *Manuel de Droit Romain*. Bruxelles: Societé Typographique Belge, 1841.

MOMMSEN, Wolfgang J. *Max Weber and German Politics- 1890-1920*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de la Brède. *The Spirit of Laws*. Chicago: Britannica, 1952.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Caminho, 1987.

MOSSÉ, Claude. *O Processo de Sócrates*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

PAREKH, Bhikhu (ed.), *Bentham's Political Thought*. New York: Barnes and Noble, 1973.

PLATÃO. *A República*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.

PLATÃO. *As Leis*. São Paulo: Edipro, 1999.

PLATÃO. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PORTER, Roy. *Enlightenment- Britain and the Creation of Modern World*. London: Penguin, 2000.

RINGER, Fritz. Max Weber, an Intellectual Biography. Chicago: The Chicago University Press, 2004.

RITZER, George e GOODMAN, Douglas J. Sociological Theory. New York: McGraw-Hill, 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Du Contrat Social. Paris: Flammarion, 1966.

SAUL, John Ralston. Voltaire's Bastards- The Dictatorship of Reason in the West. Ontario: Penguin, 1993.

SCHAFF, Adam. História e Verdade. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SIEBENEICHLER DE ANDRADE, Fábio. Da Codificação- Crônica de um Conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R. Law & the Rise of Capitalism. New York: Monthly Review, 2000.

TROPER, Michel. Positivismo in André-Jean Arnaud, Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria Pura do Direito: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WEBER, Marianne. Max Weber, a Biography. London: Transaction, 2003.

WEBER, Max. Ciência e Política- duas Vocações. São Paulo: Cultrix, 2000.

WEBER, Max. Essays on Sociology. New York: Oxford University Press, 1959.

WEBER, Max. On Law in Economy and Society. New York: Clarion Book, 1967.

WEBER, Max. The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism. London: Routledge, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Apontamentos para uma tentativa de sistematização do positivismo jurídico.** Disponível em: <www.sadireito.com.br/index.asp?Ir=area.asp&area=5&texto=657>. Acesso em: 20 jul. 2006.