

FILOSOFIA DO DIREITO
(JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO E JUSLIBERISMO)

PHILOSOPHY OF LAW
(JUSNATURALISM, JUSPOSITIVISM AND JUSLIBERISM)

Cesar Marció¹
Marcelo Marció²

RESUMO

O presente estudo tem como foco principal a temática relativa a Filosofia do Direito e seus desdobramentos nos modelos conhecidos como Jusnaturalismo, Juspositivismo e Jusliberismo. Estudando os Estados Absoluto, Liberal e Social (Hobbes, Locke e Rousseau) em que foram desenvolvidos os modelos Jusnaturalistas (convivência do direito positivo e do direito natural) buscar-se-á compreender as transformações sociais que fomentaram não só a Codificação do Direito (Bentham e Austin) como seu ordenamento (Kelsen) dando azo ao que passou a ser conhecido como Juspositivismo Jurídico e seus desdobramentos (Codificação – Positivismo Exegético; Ordenamento Jurídico – Positivismo Normativo), momento em que resta desconsiderado o direito natural, passando a ser direito apenas e tão somente o fruto da criação pelo legislador onipotente, confundindo-se direito com lei. Como contraponto a este modelo de compreensão do mundo jurídico, serão analisadas as contribuições dos historicistas (Savigny) que, compreendendo o direito como ciência, deram azo ao que mais tarde passou a ser conhecido como período das Jurisprudências dos Conceitos (Jhering) Movimento do Direito Livre (Kantorowicz) e Jurisprudência dos Interesses (Heck), sistemática em que ocorre a reprivatização do poder legiferante ao judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia; Direito; Jusnaturalismo; Juspositivismo e Jusliberismo.

¹ Cesar Marció é mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/2013) de São Leopoldo/RS. Integra os grupos de pesquisa da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc Xanxerê) que abordam a temática de Direitos Fundamentais Sociais (a efetividade pragmática dos direitos fundamentais nas decisões judiciais) e Dogmática Jurídica e Constitucionalismo Contemporâneo. É docente do ensino superior, ministrando as disciplinas de Ciência Política, Filosofia Jurídica, Direitos Humanos e Democracia, Novos Direitos, Trabalho de Curso I e Trabalho de Curso II, no curso de Direito da UNOESC Xanxerê/SC.

² Marcelo Marció é advogado, especialista em Direito do Trabalho e Preparação para a Magistratura (UNOESC Xanxerê/SC) e Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (UNOESC Joaçaba/SC). Docente dos Cursos de Graduação em Ciências Contábeis, Administração e Direito (UNOESC Xanxerê). Assessor jurídico do Sindicato do Comércio Varejista de Xanxerê/SC (SINCOVAR).

ABSTRACT

This study is mainly focused on the theme Philosophy of Law and its consequences in models known as natural law , and juspositivism Jusliberismo . Studying the Absolute State , Liberal and Social (Hobbes , Locke and Rousseau) in which the natural law models (coexistence of positive law and natural law) were developed - will seek to understand the social transformations that fostered not only the Codification of Law (Bentham and Austin) as your order (Kelsen) giving rise to what became known as Legal juspositivism and its consequences (Coding - Exegetical Positivism , Legal System - Normative Positivism), time remaining disregarded natural law, becoming law only and solely the result of creation by omnipotent legislature, confusing law with law. As a counterpoint to this model of understanding of the legal world, will analyze the contributions of historicist (Savigny) who, understanding the law as a science, have given rise to what later became known as the period of the jurisprudence of Concepts (Jhering) of Law Movement free (Kantorowicz) and Jurisprudence of Interests (Heck) , systematic in the reinstatement of a legislative power to the judiciary occurs .

KEYWORDS : Philosophy; Right; Jusnaturalism; Juspositivism and Jusliberism.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como intuito a compreensão da evolução filosófica do direito, tendo como marco o início do Estado Moderno. Para tanto, necessário ser faz conhecer o sistema que permeia a historicidade que fomentou a transição/evolução dos modelos de Estado, o que será feito com a pretensão de compreender as bases estruturais do ordenamento jurídico (e suas vicissitudes).

Para tanto, resta premente estudar (também) esse inebriante mundo da positivação do direito (ordenamento jurídico) e seus desdobramentos (jusnaturalismo, juspositivismo e jusliberismo), procedimento que, espera-se, esclarecerá a razão pela qual (muito embora a evolução do Estado e do Direito) as garantias constitucionais (em especial os direitos fundamentais) têm (ou não) permitido a necessária limitação dos poderes constituídos, em especial no que diz respeito ao judiciário.

Com esse intento, o presente estudo (obedecendo aos limites acadêmicos que lhe são impostos) terá como eixo norte tão somente o (conhecido/denominado) Estado Moderno, partindo das contribuições de Hobbes, Locke e Rousseau (jusnaturalistas) passando por Bentham, Austin, Kelsen (juspositivistas), Savigny (historicista), Jhering e Heck (jusliberistas).

Sem adentrar nas atrocidades³ perpetradas pelos regimes totalitários/autoritários, eis que o objeto principal do presente estudo são os regimes democráticos, procurar-se-á demonstrar como a excessiva força de um dos três poderes – sem limites – leva aos excessos que fomentaram os referidos regimes (poderes absolutos/ilimitados) que, na história do direito, acarretaram (como forma de “correção”) na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) respectivamente.

2 FILOSOFIA DO DIREITO

Conforme narrado quando do intróito do presente, antes da análise que se pretende no estudo em desenvolvimento, necessário se faz a compreensão dos desdobramentos dos pensamentos fruto do jusnaturalismo e do juspositivismo que desaguaram no que restou reconhecido como positivismo jurídico sistema que, como restará demonstrado fomentou a separação entre o direito e a moral. Como resposta a essa forma de pensamento (positivismo normativo) surgirá, buscando reaproximar o direito e a realidade, o período das jurisprudências (realismos jurídico) que, compreendendo o direito como ciência acabou por afastá-lo ainda mais do seu desiderato, o que propiciou o movimento do direito livre e a jurisprudência dos valores, por muitos considerados os responsáveis pelos horrores vivenciados nos regimes totalitários que, aproveitando-se dessa suposta “evolução do direito”, entendiam legítimas as ações estatais eis que respaldadas pelo universo jurídico de sua época (legitimidade como sinônimo de legalidade e validade como sinônimo de vigência).

Para que possam ser esclarecidos os termos e seus reflexos no ordenamento jurídico, resta importante iniciar pelo que passou a ser conhecido como jusnaturalismo e sua (polêmica e intrigante) transição para o juspositivismo que, ao final, acabou descambiando para o

³ “Em lugar de prazeres e gozos mesquinhos e frágeis, até mesmo prejudiciais em sua desordem, que venha uma grande, inabalável e constante alegria e, ao mesmo tempo, a paz e harmonia da alma, a generosidade com a doçura. Qualquer tipo de maldade é resultado de alguma deficiência.” (SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada**. Traduzido do latim por Lucia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 11).

famigerado positivismo jurídico (*qual?*). Na atualidade muitos pensadores têm procurado demonstrar a superação dessa forma de conceber o direito, entendendo-o (positivismo) como superado (*será?*), momento em que passaram a configurar o que muitos nomenclaram de pós-positivismo uma doutrina que (*dizem*), permitiria o tão almejado limite à discricionariedade judicial. Diante do todo exposto, impossível o início do estudo que se propõe (em especial pela importância do que passará a ser concebido como ordenamento jurídico⁴) sem conhecer as lutas em busca da positivação do direito, momento em que surgem as polêmicas entre *Common Law* e a *Civil Law*, bem como os desdobramentos fruto desses períodos.

2.1 O Jusnaturalismo, o Direito Positivado e o Historicismo

De acordo com o exposto, o presente estudo objetiva a compreensão do Estado Moderno sendo que para tanto (e como limite acadêmico), serão estudadas (no que diz respeito ao jusnaturalismo) as evoluções jurídicas ocorridas na Inglaterra, França e Alemanha. Nesse contexto, ao tratar das temáticas inerente ao assunto proposto necessário iniciar pela Inglaterra e, como não poderia deixar de ser, falando em Estado Moderno necessário se faz tratar de Hobbes⁵, um contratualista que fomentou o início do que passou a ser configurado como sendo o Estado Moderno, o que fez apresentando uma nova visão no que tange a estrutura deste ente fictício (antropocentrismo).

Para o autor em comento o fundamento do poder, objetivando a separação entre a Igreja e o Estado, deixa de ser divino e passa a ser fruto do acordo de vontades que, pelo Contrato Social, objetivava paz. Assim, evitando a guerra de todos contra todos (estado de natureza), os súditos (abrindo mão de seus direitos em benefício do Rei) deveriam cumprir os

⁴ “Uma terceira tarefa da norma fundamental está circunscrita à criação da unidade, ou seja, ela é responsável pela transformação de uma ordem jurídica em um sistema de normas [...] Esta norma fundamental forma o vínculo entre todas as normas jurídicas, configurando uma ordem. Uma norma jurídica pertence a determinada ordem jurídica, na medida em que deriva a sua validade da norma fundamental que constitui a ordem.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 55)

⁵ “Da mesma forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela a sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamadas leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembléia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 171).

pactos⁶ sob pena de coerção, poder este que (com essa nova estrutura estatal) passa a pertencer (única e exclusivamente) ao Estado.

Na sequência do pensamento jurídico moderno, mantendo o ideal do racionalismo, mas, concebendo o povo como cidadãos e não mais como súditos surge Locke⁷, outro filósofo inglês que, por sua vez, compreendia que a união das pessoas em sociedade civil (concepção totalmente diversa de Hobbes quanto à liberdade e ao direito natural) teria como fundamento maior e principal objetivo a preservação da propriedade, propugnando o nascedouro do modelo de Estado Liberal. Fechando o ciclo desta fase do racionalismo iluminista⁸ surge Rousseau⁹ que, concebendo a vontade geral como propulsora da união entre os cidadãos para a estruturação de um Estado Social, apresenta como fundamento desta união a busca do bem comum.

Muito embora as distinções inerentes a cada modelo de Estado proposto o eixo que os une diz respeito à concepção de um Estado em que o Direito passa ser atributo do soberano, restando (ao final, com o positivismo jurídico) confundido com a ideia de Lei Civil. Esta por sua vez, sendo fruto da vontade do Soberano (Estado Absoluto-Rei/Estado Liberal-Parlamento/Estado Social-Maioria) que passa a ser o responsável pelos ditames que nortearão a, agora, convivência em sociedade, tem como um dos principais objetivos propiciar a transição do estado de natureza para um estado civil.

Assim, com o intento de positivação do direito, nasce o que passou a ser conhecido como jusnaturalismo momento em que o Estado passa a ser o responsável pelos ditames jurídicos (muito embora proporcione a transição do estado de natureza para o estado civil, essa corrente doutrinária não desconsidera – por completo – o direito natural). Trata-se de

⁶ “Fora essa razão do pacto. Fora esse cálculo racional, interesseiro, do indivíduo, que o determinara a concluir o contrato social: fazer valer seu direito natural. Como um agente publicitário, Hobbes empenha-se em fazê-lo compreender os benefícios do negócio, em provar-lhe que este, ademais, é isento de riscos.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 716)

⁷ “O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 84)

⁸ “Não lhe interessava, dizia ao amigo, somente a ciência e sua melhor parte, que é a inteligência; interessava-o o problema do homem. Assim, sua filosofia não se perde na pura especulação. Sua infatigável procura da verdade – de que é exemplo a notável biografia intelectual que se vai ler – deve conduzir ao conhecimento da natureza para a pôr a serviço dos homens. E é este, ainda, apesar de tudo, o verdadeiro espírito da filosofia.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 11)

⁹ “A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 33).

uma corrente do pensamento jurídico afeto a modernidade que, buscando na razão humana¹⁰ o fundamento do poder soberano do Estado, cria a ideia de positivação das regras que regulam a vida em sociedade, momento em que (ao contrário do que vinha ocorrendo) as leis devem ser previamente instituídas pelo Estado¹¹.

Assim, antes de tratarmos, especificamente do positivismo jurídico e seus nefastos desdobramentos, necessário se faz compreender as condições que delimitam o que passou a ser conhecido como jusnaturalismo e suas contribuições para a positivação do direito que, num segundo momento, levam ao que passou a ser concebido como juspositivismo (sendo Hobbes¹² assim concebido por muitos) que, num momento posterior, descamba para o que passou a ser conhecido como positivismo jurídico.

Os jusnaturalistas, ao contrário dos positivistas, muito embora compreendam a necessidade de positivação do direito pelo poder soberano (Estado) não descartam por completo o direito natural. Com esse intento, os contratualistas concebendo o nascedouro do Estado por um contrato social, ainda assim, (cada um a seu tempo e modo) concebem a existência de certos direitos fundamentais (naturais). Nesse sentido, muito embora Hobbes (com uma visão de liberdade muito diversa da apresentada por Locke) compreenda que o direito natural, isto é, a lei natural do homem, possa ser limitada e restringida pela lei civil¹³, ainda assim, existe um direito natural fundamental que não poder ser objeto de renúncia pelo súdito quando do contrato social, qual seja, o direito de defender-se contra o Estado¹⁴.

¹⁰ “O ideal constitucional das revoluções do século XVIII, segundo Stolleis, pode ser resumida na pretensão de racionalização do poder, o fim dos privilégios, garantia dos direitos de liberdade, com a nação representando-se a si mesma, gerando a identidade ou quase-identidade entre governantes e governados.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 164)

¹¹ “Com exceção da lei natural, as demais devem ser transmitidas oralmente, por escrito ou mediante outro ato emanado da autoridade soberana a todos que são obrigados a lhe obedecer. Isso porque a vontade de alguém só pode ser entendida por intermédio de suas palavras ou atos ou, ainda, por uma conjetura feita com base em seus objetivos e propósitos, os quais devem sempre ser considerados, na pessoa do Estado, em harmonia com a equidade e a razão.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 218)

¹² “Hobbes aceita plenamente a existência da *lei* natural moral e o papel decisivo que ela tem no princípio das ações humanas, mas não que ela seja *jurídica*. Ele não é *jus-naturalista*.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 739, grifo do autor)

¹³ Cabe ao soberano, através da edição de leis civil, tornar obrigatórias as leis naturais, bem como delimitar seu conteúdo. Dada a existência da lei natural que proíbe violar os pactos, emerge a obrigação de observar todas as leis civis. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 33)

¹⁴ “A lei natural (*lex naturalis*) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir a sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 107).

Conforme descrito pelo autor o direito natural (*jus naturale*) é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder para preservar sua própria natureza, ou seja, resta o direito a vida apresentado como o primeiro grande direito fundamental assegurado pelo Estado Moderno, mesmo em um modelo Absolutista em que o soberano possuía poderes ilimitados. Desta feita, muito embora considerado precursor do juspositivismo, Hobbes aceita o direito natural como “preenchimento” das lacunas existentes no ordenamento estatal (direito positivo), sendo esta função do direito natural uma das principais características do jusnaturalismo, posicionamento este aceito (inicialmente) entre os escritores que deram azo às codificações napoleônicas.

Já Locke, por sua vez, tratando do jusnaturalismo, concebe que a positivação do direito deve estar nas mãos de uma assembleia e não apenas de um único indivíduo, como propunha Hobbes. Para tanto, procura (diminuindo o poder do rei¹⁵), estabelecer o poder legislativo como o Poder Supremo. Assim, para o autor, o estado natural apresenta a razão como lei da natureza para governá-lo, a qual ensina a todos os homens que nenhum deles deve prejudicar outrem na vida, saúde, liberdade ou posses¹⁶.

Assim, com base em um direito natural, Locke¹⁷ concebe a ideia de propriedade como sendo um providência divina e, como consequência desta, a razão humana propicia ao

¹⁵ “O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses [...] Por fim concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que deve certamente ser grandes, se os homens têm de ser juizes de suas próprias causas [...] Opino que muito melhor será o estado de natureza, onde os homens não estão obrigados a submeter-se à vontade caprichosa de um rei.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.16-20).

¹⁶ “No pensamento político-moral de Locke, o supremo valor, pressuposto como evidente por si mesmo, é a idéia de liberdade. Ele estabelece uma distinção entre “liberdade natural”, que define como “ser livre de qualquer poder superior da terra”, e “liberdade do homem sob governo”, que é “a liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto a regra [estabelecida pelo poder legislativo e comum a todos] não prescreve e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, incógnita e arbitrária de outro homem”.[...] Locke se impõe a tarefa de inferir a justiça da propriedade individual de uma fonte outra que não a revelação das Escrituras. Tenta realizar essa tarefa referindo-se à razão de que Deus investiu o homem para fazer o uso comum da terra “para maior proveito da vida e do conforto material”. (KELSEN, Hans (1881-1973). **A democracia**. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 283-284, grifo do autor)

¹⁷ “Como já demonstramos o homem nasce com o direito a perfeita liberdade e gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, tanto quanto qualquer outro homem ou grupo de homens, e tem, nessa natureza, o direito não só de preservar a sua propriedade – isto é a vida, a liberdade, e as posses – contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e punir as infrações dessas leis pelos outros, conforme julgar a gravidade da ofensa, até mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror da culpa o exija, se assim lhe parecer [...] E aqui nos deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas em que medida se devem punir as ofensas cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, através de julgamentos baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde os danos vindos do exterior devem ser vingados; e num ou noutro caso, utilizar toda a força da

indivíduo a busca pela produtividade o que, por sua vez, proveria benefícios para vida, garantindo-lhe um direito a que ninguém mais tinha nem podia, sem causar dano, tirar dele. Com esse desiderato, compreendendo a liberdade como um importante direito que a natureza proporciona ao ser humano, o autor concebe (ao contrário de Hobbes) que os cidadãos, deixando de ser súditos, não podem abrir mão dos direitos devendo, tão somente transferi-los à comunidade criando, nesse sentido, a ideia de sociedade política – sociedade civil – que se organiza objetivando garantir o direito à propriedade, o que faz objetivando organizar e limitar o poder político.

Contudo, diante dessa construção natural do direito relativo à propriedade¹⁸, Locke busca (a seu tempo e modo) justificar a necessidade de positivação dessas regras entendendo como poder competente para tal o Legislativo¹⁹, do qual fazem parte todos os homens que sejam detentores de posses ou gozem de qualquer parcela de território de um governo. Com esse intento, lembrando ser a preservação da propriedade o objetivo do governo e o que motiva os homens a se associarem, supõem necessária a exigência que o povo tenha propriedade para fazer parte dessa comunidade apta a escolher os responsáveis para a confecção das regras que nortearão o convívio humano.

Entendendo a democracia como a melhor forma de governo para atingir o desiderato por ele proposto, compreende que o poder legislativo teria seus limites restritos ao bem geral da sociedade. Sem ab-rogar a lei da natureza apresenta a sociedade civil como forma de tornar as leis naturais mais rigorosas o que o faz pelo acréscimo de leis humanas que, resguardadas por penalidades conhecidas, têm o fim de garantir sua observância. Trata-se da convivência jusnaturalista entre leis positivadas e leis naturais, estas objetivando suprir as lacunas²⁰

comunidade, quando for necessário.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 61 e p. 62).

¹⁸ “O cidadão-proprietário economicamente – e com isso já politicamente – influente é na realidade cotidiana aquele que lucra com o modelo lockeano: está dotado de direitos eleitorais, sendo já titular do chamado direito de resistência, bem como de pretensões de direitos fundamentais. Isso não penetra até a superfície textual do discurso liberal; o “ícone” povo não apresenta fissuras.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 70, grifo do autor)

¹⁹ “Sobre isso opino que qualquer um que tenha posses ou goze de qualquer parcela de território de um governo, por isso mesmo dá seu consentimento tácito e está obrigado a obedecer às leis desse governo, enquanto durar o desfrute, como qualquer seu dependente” [...] “Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme a sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder soberano, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo de afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010; p. 81; p. 101)

²⁰ “É essa a finalidade dos homens transferirem todo o poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam, sociedade que deposita o poder legislativo nas mãos que julga mais aptas para esse encargo, para que os

daquela, momento em que acaba por propiciar ao mundo jurídico, no que diz respeito ao poder responsável pela aplicação da lei, o que na atualidade passou a ser fruto de inúmeras celeumas eis que possibilita a completa discricionariedade (por Locke denominada de prerrogativa), para não falar em arbitrariedade. O autor, tratando da temática, entendia que a observância rigorosa e cega da lei poderia até provocar malefícios, sendo conveniente que o executivo (mitigando a severidade da lei) anistiasse os faltosos.

Rousseau²¹ (francês), ao contrário dos dois primeiros (ingleses), ao redigir a obra *Do Contrato Social* busca não na vontade única do soberano (rei) nem na vontade dos proprietários (burgueses), mas, sim na vontade geral²² o problema fundamental que resolveria o contrato social, pautando seu discurso nos direitos à igualdade e segurança. Sendo um jusnaturalista (ao contrário de Hobbes que nesse sentido era juspositivista), trabalha com a ideia de impossibilidade de renúncia aos direitos naturais, razão pela qual entende que a vontade geral deve ser a responsável por dirigir as forças do Estado. Este, por sua vez, deve ter como fim precípua a ideia de bem comum e, como soberano, um ser coletivo que, só por si mesmo pode se representar sendo possível transmitir apenas o poder, mas não a vontade.

Ao contrário do que muitos pensam, Rousseau²³ apresentava preocupações quanto à vontade geral entendendo haver grande diferença entre ela e a vontade de todos, uma vez que esta busca interesses privados e aquela busca interesses comuns demonstrando, já naquela época, inquietação com as facções político partidárias. Assim, é com base no direito natural

homens sejam governados por leis explícitas; caso contrário a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza” [...] “Nem sempre o legislador pode prever, e prover por meio de leis, tudo aquilo que é útil à comunidade, portanto o executivo, tendo o poder nas mãos, pela lei comum da natureza, tem o direito de lançar mão dele para o bem da sociedade nos muitos casos em que falte a direção da lei, até que o legislativo, em reunião apropriada, sane a falha” [...] “Chama-se “prerrogativa” a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com frequência, até contra ela.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 93; p. 108; p.109, grifo do autor).

²¹ [...] “Para que a vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos sejam considerados; toda exclusão formal rompe a generalidade.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 31; p. 34)

²² “Com o projeto de uma república de leis em termos de democracia popular, dirigida pela *volonté générale* e com isso orientada em termos de conteúdo pelo bem comum (*bien commun*), Rousseau abandona o discurso icônico sobre o povo.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 71, grifo do autor)

²³ “Terminarei este capítulo e este livro com uma observação que deve servir de alicerce a todo o sistema social; em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e direito” [...] “Mas quando se estabelecem facções, quando se formam associações parciais à custa da grande associação, a vontade de cada uma das primeiras torna-se geral no tocante a seus membros, e particular relativamente ao Estado[...] Finalmente, quando uma das associações é tão grande que vence todas as outras, o resultado não é mais uma soma de pequenas diferenças, senão uma única diferença; porque já não existe a vontade geral, e a opinião que triunfa é só uma opinião particular” [...] (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 31; p. 36; p. 37).

que o autor busca explicar o significado de soberania que, através do pacto social, estabelece uma igualdade tal que eles se obrigam todos debaixo das mesmas condições, sendo que todos devem gozar dos mesmos direitos. Nesse contexto, o pacto social proposto por Rousseau não trata de uma convenção de um superior com um inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros, sendo que a legitimidade desta convenção está fundamentada no contrato social. Contrário ao pensamento professado por Hobbes, Rousseau apresenta a tese de que, em lugar da alienação, os cidadãos (e não súditos) trocam com proveito a independência natural pela liberdade e o poder de prejudicar outrem pela garantia da própria segurança.

Assim, procurando estudar o que deveria ser uma lei, ato tratar da justiça natural manifesta-se no sentido de ser universal e provinda da razão, sendo, contudo, necessárias as convenções e as leis para unir os direitos aos deveres e levar a justiça ao seu objeto, sendo o Estado Civil o responsável pela lei que determina todos os direitos. Focando a estrutura do Estado Social na ideia de República, com extensão do sufrágio (considerando-o universal), entende ser inúteis questionamentos sobre a responsabilidade pela confecção das leis, eis que são atos da vontade geral. Para Rousseau²⁴ em todo o Estado regido por leis só o interesse público governa, momento em que a coisa pública passa a representar algo legítimo e republicano, sendo as leis condições da associação civil.

Aproximando-se do pensamento que mais tarde aparecerá com Kelsen, Rousseau se preocupa com o ordenamento jurídico (citando Montesquieu), o que faz ao tratar do nascimento das sociedades momento em que manifesta-se no sentido de que (inicialmente) são os chefes da república que fazem a instituição e é depois a instituição que forma os chefes das repúblicas. Eis o início do pensamento sistemático que procura fechá-lo com base na preocupação da fonte legitimadora da regra jurídica. Objetivando a famigerada separação dos poderes, procura estabelecer limites também ao poder do legislador (algo que não existia de forma tão incisiva no modelo de Estado Liberal proposto por Locke e muito menos no Absoluto proposto por Hobbes).

²⁴ “E o que é finalmente uma lei? Enquanto explicarmos com idéias metafísicas esse termo, continuaremos a raciocinar sem nos entendermos e, ao dizer o que é uma lei da natureza, não se há de saber melhor o que é uma lei do Estado” [...] “Em todos os sentidos, o legislador é no Estado um homem extraordinário [...] se aquele que governa os homens não deve governar as leis o que governa as leis não deve governar os homens, de outra sorte as leis, instrumentos de suas paixões, só perpetuaram muitas vezes as suas injustiças, e nunca ele poderia evitar que a integridade de sua obra fosse alterada por motivos particulares.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 41; p. 44)

Pretendendo esclarecer o modelo jusnaturalista, muito embora a ligação entre o direito positivo e o direito natural, restam importantes as contribuições de Grócio (citado na obra de Bobbio²⁵) no sentido de elucidar as distinções existentes entre estas formas de conceber as regras humanas, configuradas em direito natural e direito positivo que, como será visto no próximo tópico, serão separadas por completo pelo juspositivismo (extremo). Com base nas lições do autor em comento, resta claro que a principal distinção entre as modalidades de direito apresentadas (natural e positivo) diz respeito a preocupação quanto a produção das normas jurídicas, celeuma esta que assola a humanidade até os dias atuais (a grande discussão filosófica do mundo contemporâneo está centrado na legitimidade dos poderes constituídos para a produção do direito, ou seja, a quem é dado legislar?). Isso se dá pelo fato de que no período anterior ao Estado Moderno não existia essa preocupação exacerbada com a produção do direito, sendo que ao Judiciário era facultado aplicar a lei imposta pelo Estado ou, ainda, utilizar-se do direito natural, sendo que todas as regras estavam no mesmo “nível”.

Contudo, com o surgimento do Estado Moderno, inicia uma preocupação mais efetiva com a ideia de produção do direito, momento em que o Judiciário, de livre órgão da sociedade passa a órgão do Estado²⁶. Nesse novo contexto, tem ele a obrigatoriedade de aplicar o direito imposto pelo soberano podendo buscar (para os jusnaturalistas) no direito natural tão somente as respostas que “não forem encontradas” no direito fruto do poder soberano (direito positivado). Diante do exposto, resta justificada a importância do estudo dos passos iniciais que fomentaram a ideia de positividade do direito pelo Estado (Direito Positivo), passando a ser a Lei a única fonte do direito (onipotência do legislador/legalidade). Essa estruturação preocupada com a forma do direito (passando pela positividade) acabou por desaguar na codificação das leis (Código Napoleônico – 1804/1808), evidenciando que esta estrutura inicial vai se tornando cada vez mais complexa até chegar ao que passou a ser reconhecido como ordenamento jurídico. Assim, nessa primeira fase a preocupação é com a estrutura do

²⁵ “O direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural e positivo*. Chama-se natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos [...]. Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 21, grifo do autor)

²⁶ “Todavia, com a formação do Estado Moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado [...] com a formação do Estado Moderno, o direito natural e o direito positivo não mais são considerados de mesmo nível;” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28-29)

direito, passando num outro momento à preocupação com o ordenamento jurídico (sistema) para, na sequência, ocupar-se com a aplicação dessas regras.

Essa positivação do direito pelo Estado soberano, sendo levada ao extremo passará a ser conhecida pela nomenclatura de Positivismo Jurídico (separação do direito, agora não apenas dos valores religiosos como dos sociais e econômicos) que pode ser compreendido, de forma singela, como o direito positivado (contraposto ao direito natural) e, também, como uma corrente que passou a interpretar o direito (positivismo jurídico) como forma e não como substância. Diante do todo exposto antes do efetivo estudo do juspositivismo, resta premente o estudo de alguns importantes pensadores que delinearão esse projeto de positivação e posterior codificação do Direito. Para tanto, sendo Hobbes um dos grandes responsáveis por essa corrente de pensamento que propugna a ideia de positivação do direito (muito embora jusnaturalista), somando forças a Bentham e Austin (juspositivistas) enfrentarão as severas críticas perpetradas pela escola histórica, em especial por Savigny.

A escolha dos autores em questão, como um recorte acadêmico, resta justificada pela ligação existente entre eles, sendo que viveram a efervescência dos embates políticos, econômicos e culturais perpetrados no apogeu das discussões sobre as mudanças jurídicas que fomentaram as realidades vivenciadas na atualidade. Assim, concebendo a sobrevivência das duas formas de direito (natural e positivo) o jusnaturalismo sofreu inúmeras críticas seja dos positivistas seja dos historicistas, os primeiros pelo fato de compreenderem um sistema jurídico produzido pelo Estado como não passível de lacunas e o segundo por ser contrário a ideia de positivação do direito.

Apresentando a tradição como uma das principais características que fundamentam a escola histórica, Savigny (totalmente contrário a ideia de positivação e/ou codificação do direito) justifica seu posicionamento pela força das instituições e dos costumes que são forjados de forma lenta, secular e duradoura. Por essa razão a doutrina histórica concebe que não existe um direito único (universal), sendo o direito um produto da história e não uma simples ideia da razão. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Acaba de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito, aquela refletida (a lei) e aquela espontânea (o costume), visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda²⁷.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 52.

Diante do exposto, os pensamentos do autor em comento, que compreendia o costume como direito fruto da construção histórica do povo independente de legitimação estatal, influenciaram (na Inglaterra) Austin que, concebendo a possibilidade de regramento pelo costume o entendia como direito apenas se fosse aplicado pelo judiciário (reprimindo a legitimidade do judiciário – produção delegada do direito). Esse procedimento proposto, muito mais do que criticar os posicionamentos jusnaturalistas e juspositivistas, fomentou o nascedouro de escolas sociológicas e realistas que, mais tarde, surgirão para (como Savigny) posicionar-se (também) contrários ao positivismo. Assim Savigny, muito embora contrário aos ideais jusnaturalistas e juspositivistas, professava a ideia de um direito que fosse unitário e sistemático razão pela qual, na Alemanha do século XIX, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico de Jhering que (como alternativa ao direito codificado) criou, em seu lugar, a doutrina pandectista (jurisprudências dos conceitos²⁸). Contudo, antes desse salto do direito positivado como certeza jurídica para o direito fruto de decisionismos que, reprimindo a legitimação judicial para criação do direito, ensejou não apenas incertezas jurídicas como (muitos acreditam) também o totalitarismo nacional-socialista, necessário se faz analisar o período de codificação do direito que, muito embora gestado na Inglaterra acabou nascendo na França.

Analisadas os primeiros passos realizados para a transição da *common law* para a *civil law*, bem como as críticas da escola histórica em relação a todo o direito posto por uma autoridade competente, necessário se faz estudar as contribuições de Bentham e Austin, dois grandes filósofos ingleses²⁹ que se dedicaram aos projetos de codificação do direito.

O estudo dos autores propostos resta justificado eis que, salvo melhor juízo, o primeiro destinará todas as suas forças na busca pela positivação/codificação do direito preocupando-se não só como seu conteúdo como, também, como seus destinatários. Já o segundo, vivenciando um período pós-codificação Napoleônica, passa a conceber o judiciário de forma

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 122

²⁹ “John Austin (1790-1859) exerceu algum tempo (1818 a 1825) a profissão forense, mas desta se distanciou depois, seja por motivos de saúde, seja por motivos morais (também ele, como Bentham, experimentava uma sensação de repulsa e descontentamento por esse ambiente), e se dedicou a estudos filosóficos, passando a fazer parte do cenário dos utilitaristas que vinha se constituindo em torno de Bentham.” [...] “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.” [...] “A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova – unitária, coerente, tecnicamente perfeita – ao mesmo direito que já vige.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 101-95-114, grifo do autor)

distinta de seu mentor tendo como foco de seus estudos a jurisprudência³⁰ (geral) sendo, quiçá, uma das primeiras sementes do pensamento que passará a ser conhecido como escola do realismo jurídico.

O referido autor (Austin – 1790-1859) concebendo muitas das diretrizes apresentadas por seu mestre procura conciliá-lo com os pensamentos da escola histórica professada por Savigny. Assim, circulando entre o utilitarismo inglês e a escola histórica alemã, este jusfilósofo acaba professando uma nova realidade para o positivismo jurídico uma vez que (contrário a Savigny) compreende como possível a institucionalização do costume pelo judiciário, sistemática que renderá frutos espinhosos para o pensamento jurídico contemporâneo (represtinação da ideia de criação de direito pelo poder judiciário³¹). Esse posicionamento (no que diz respeito a atuação do judiciário), deve vir acompanhada da lembrança de que ao fazê-lo Austin deixa clara a superioridade do soberano legislador em detrimento do judiciário legislador.

Assim, esse filósofo juspositivista do século XVIII entende que a diferença entre direito judiciário e direito legislativo não reside no fundamento relativo as fontes do direito mas, sim, no fundamento relativo ao modo/forma de produção do direito, sendo que o primeiro trata de normas gerais e abstratas e o segundo contempla normas particulares emitidas com a finalidade de regular controvérsia única e específica.³² O pensamento exarado evidencia as influências sofridas por Austin do pensamento da escola histórica de Savigny somadas aos pensamentos positivistas ao sustentar o legislativo como superior ao judiciário seguindo, pelo menos neste sentido, seu mestre Bentham. Como reflexo de todos esses pensamentos realtivos a teoria da codificação a França (logo após a revolução de 1789) influenciada pelos pensamentos racionalistas (iluminismo) apresentou ao ocidente uma das

³⁰ “Austin se interessa precisamente pela jurisprudencia geral, cujo objeto ele assim define: A jurisprudência geral, ou filosofia do direito, não se refere diretamente à ciência da legislação [...] Ou bem (mudando a frase) a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente é, ou antes o direito como deveria (ought) ser; o direito como deve necessariamente (must) ser, *seja ele bom ou mau*, ou antes o direito como deve necessariamente ser, *se fosse bom (Lect. on. Jur., Vol I, p. 32)*”. (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 102-103, grifo do autor)

³¹ “A distinção entre o direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 109, grifo do autor)

³² BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 109.

principais codificações, conhecida como Codificação³³ Napoleônica. Como não poderia deixar de ser essa codificação (1804/1808) influenciou o desenvolvimento do pensamento jurídico moderno³⁴.

Pautada no ideal do Legislador Universal (onipotente) objetivava ser um direito (ao mesmo tempo) fundado na natureza e voltado às exigências universais humanas, o que restou efetivado depois de vários projetos que foram encaminhados para aprovação. Nesse sentido, pode-se dizer que o Código que nasceu dos pensamentos gerados no racionalismo jusnaturalista, quando de sua interpretação, transformou-se³⁵ por completo, passando (de imediato) à compreensão juspositivista³⁶. A justificativa para esse giro doutrinário é fruto da ideia de completude (tão cara aos positivistas), gerando discussão quanto a auto-integração e hetero-integração, ou seja, a possibilidade ou não de utilizar o direito natural para suprir as lacunas do direito positivado, teoria que restando vencida na França passou a ter hegemonia nas suas mais variadas formas, tendo como início a Exegeta.

Como desdobramento dessa forma de pensar o direito, nasce a ideia de ordenamento jurídico que terá Kelsen como seu principal expoente. Pautado na suposta onipotência do legislador (norma fundamental) objetivará um ordenamento jurídico fechado fundado na validade formal, concebendo assim um direito extremamente técnico e voltado aos juristas, razão pela qual resta “despreocupado” com sua efetiva aplicação ao caso em concreto, o que o faz com base nos critérios descritos em sua obra denominada Teoria Pura do Direito.

³³ “A falsa noção surgida da época codificadora estriba nisto que, por ser ela obra do legislador, já confere a este, para o sucessivo, a primazia da criação do Direito. A dupla inspiração jusnaturalista e enciclopedista da codificação deu lugar a uma diferença entre o sistema continental e o anglo-saxão no que toca ao papel que se atribui à legislação, num e noutro.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 136)

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 63.

³⁵ “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado culpável de justiça denegada.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74)

³⁶ “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.” (BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 669-670)

2.2 Período do Juspositivismo

Conforme descrito no decorrer do tópico anterior a história do direito nos revela as correntes que (somando pensamentos de autores que em determinados momentos divergem e em outros se coadunam³⁷) quanto a forma de compreender o direito (em especial no que diz respeito às suas fontes), propugnam teorias que, cada vez mais, afastam o direito da realidade prática para a qual deveria ser constituído. Nesse sentido, mais apegado a forma do que a substância merece destaque o juspositivismo que descambou para o positivismo jurídico.

Objetivando entender essa nova transição em que o direito positivo deixando de ser fruto da natureza humana passa a ser fruto da vontade (onipotência) do legislador (autoridade imperativa) que, despreocupado com o conteúdo positivado apresenta sistemas complexos de positivação da regra em que a forma (validade normativa) passa a ter muito mais importância do que a efetiva substância, necessário se faz analisar os pensamentos Kelsenianos quanto a estrutura do direito.

Diante do narrado, antes de adentrar na discussão de dois dos modelos apresentados pelo direito durante o desenvolvimento do Estado Moderno (Positivismo Exegético e Positivismo Normativo), resta necessário, primeiro compreender a historicidade dessa forma do pensamento jurídico³⁸ e, na sequência, justificar o recorte acadêmico que objetiva estudar apenas estes dois modelos em detrimento dos muitos professados. Iniciando pela história da construção do referido pensamento, necessário esclarecer a distinção de positivismo como forma de positivação do direito de positivismo como filosofia de pensamento. Este (por sua vez) atrelado às ideologias que os caracterizam (sendo estas as mais variadas) resta centrado (como eixo comum) na preocupação (apenas) com a forma de produção do direito (deixando de lado a preocupação quanto ao conteúdo do direito produzido).

Contudo, como resta evidenciado durante todo o estudo proposto na presente pesquisa, como recorte acadêmico serão analisados apenas os pensamentos de autores contemporâneos ao Estado Moderno deixando, de analisar os que antecedem esse período da história do

³⁷ “No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas, muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de pensamento assinala o retorno às ideias contra as quais o próprio movimento reagira. Assim ocorreu na reação ao pensamento positivista entre o final do século XIX e o início do século XX.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35)

³⁸ “E, quanto as normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava ler na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o positivismo jurídico é filho do nominalismo.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 232).

direito. Quanto a primeira forma de entender o positivismo jurídico, distinção entre o direito positivo e o direito natural, objetivando não ser repetitivo, necessário remeter o leitor ao tópico anterior que, tratando do jusnaturalismo e seus desdobramentos (assim espera-se) realiza a necessária distinção entre direito natural e direito positivo, bem como os embates no sentido de codificar este último.

Quanto a segunda forma de entender o positivismo jurídico (principal objeto deste tópico) resta premente conhecer e compreender o que ele passou a ser em sentido filosófico, ou seja, como uma filosofia ideológica do pensamento jurídico. A partir desse recorte acadêmico o estudo do positivismo que interessa para a discussão que se propõe (esperando não pecar pelo reducionismo) está focado nos dois modelos que mais impacto causaram e ainda causam no mundo contemporâneo (Positivismo Exegético – primeira forma de positivismo fundamentado na ideia da separação de poderes) e o Positivismo Normativo (eixo do pensamento apresentada por Kelsen³⁹).

Iniciando pelo famigerado Positivismo Exegético (“juiz boca da lei” – não mais é concebida a ideia de lacunas jurídicas), resta premente enaltecer o fato de que, pelo sistema em questão, as respostas passam a ser dadas pelo próprio sistema⁴⁰ que considera direito apenas aquilo que for comando (ordem) do soberano legislador. A importância do estudo desta escola do positivismo resta justificada por ser a primeira⁴¹ a (efetivamente) preocupar-se com a forma da produção do direito sendo o legislador (onipotente) o único legitimado a emitir comandos (ordens) reconhecidos pelo sistema jurídico como passíveis de coerção. Nesse sentido, ao contrário do que vinha sendo reconhecido pelo jusnaturalismo, os juspositivistas não aceitando a ideia de lacunas compreendem como direito apenas a lei e esta, sendo universal, geral e abstrata, contemplaria (unidade e completude) todas as respostas às perguntas fruto dos casos concretos. Assim, nessa nova modalidade do pensamento jurídico, o

³⁹ “O trabalho fundamental proposto para a construção de um modelo ideal que domina a ciência jurídica, é o da determinação de um sistema unitário de conceitos relacionados em um discurso, sem ambiguidades internas [...] Como se vê estamos, segundo Kelsen, diante de um efeito imaginário de validade que separa da sociedade a legitimação de suas normas coercitivas. As normas se legitimam pelo sistema e o sistema se legitima pelo Estado, e o Estado pela razão.” (WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 105-108)

⁴⁰ “A teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema, e assim manter-se, respeitosamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política.” (WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 104)

⁴¹ “Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85, grifo do autor)

juiz não mais pode optar entre os dois modelos de direito (direito positivo/direito natural), procedimento que tem seu nascedouro na interpretação do artigo 4º da Codificação Napoleônica.

Na verdade o artigo 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa⁴².

Assim, a escola em questão, preocupada com a certeza da aplicação dos ditames jurídicos que expressavam os ideais da Revolução Francesa, propugnava por uma interpretação mecânica e passiva⁴³. Com esse intento, primando pela ideia de certeza do direito concebia a lei como sendo fruto da autoridade do Estado Civil⁴⁴ que, constituído pelo contrato social, deveria garantir a certeza do direito (abstrato, geral e universal) o que só seria possível pela implementação do que, na época, foi conhecido como doutrina da separação dos poderes.

Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificativa jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – a três órgãos constitucionais distintos). Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera da competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei [...].⁴⁵

⁴² BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79, grifo do autor.

⁴³ “Isso acontece efetivamente na França com a *escola da exegese*, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto que aquela que a sucedeu, a *escola científica*, assumiu esse nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78, grifo do autor)

⁴⁴ “As forças particulares não podem reunir-se sem que todas as vontades se reúnam. A reunião dessas vontades, diz ainda muito bem Gravina, é o que chamamos ESTADO CIVIL.” (MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 26, grifo do autor)

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79, grifo do autor.

Nesse sentido, como ferramenta necessária para atingir o desiderato proposto, qual seja, a não criação do direito pelo judiciário, surge a famigerada interpretação por etapas em que, adotando-se o método fruto de um procedimento lógico⁴⁶ silogístico, o “aplicador” do código deverá encontrar as respostas jurídicas na lei que, implicitamente, já traz em seu bojo todas as respostas necessárias ao deslinde do feito. Eis a razão do necessário estudo dessa escola que (início do jurídico) apresenta como importante marco teórico a onipotência do legislador (separação dos poderes⁴⁷) evidenciando, nesse sentido, a submissão do judiciário ao legislativo.

No que tange ao juspositivismo legalista/normativo, resta importante (também) o estudo, da teoria professada por Kelsen que, sendo um elo entre o sistema para dizer e o sistema para fazer⁴⁸, preocupa-se com a construção (interna) de um ordenamento jurídico, momento em que cria (de forma abstrata) a ideia de norma fundamental, o que faz objetivando fundamentar sua teoria que repousa sobre a validade formal.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem [...]. As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana.⁴⁹

⁴⁶ “Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recorem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 80)

⁴⁷ “Finalmente com MONTESQUIEU, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições” [...] “O sistema de separação de poderes, consagrado nas constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. [...] “E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 219; p. 220; p. 221, grifo do autor).

⁴⁸ “No fundo há sempre o retorno às teses decisionistas de cariz Kelseniano: nele não há espaço para princípios. No positivismo-normativista Kelseniano *não há espaço para o “caso concreto”* (o “caso” ele “deixa” a cargo dos juizes, para os quais não há métodos ou critérios que “segurem” a interpretação – conforme o célebre capítulo oitavo da TPD). Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin –, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (*hard cases*) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68, grifo do autor)

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 33.

Neste contexto, conforme restará evidenciado pela teoria apresentada pelo referido autor, a Teoria Pura do direito tende a fechar, de uma vez por todas, a porta para qualquer influência externa na construção do ordenamento jurídico (direito afastado de toda e qualquer forma de valoração⁵⁰). Desta feita, o estudo de Kelsen resta justificado pela sistematicidade rigorosa do seu pensamento eis que, com a Teoria Pura do Direito⁵¹, apresenta e representa a sua formulação mais completa, em que o direito passa a produzir direito. Com esse intento passa a conceber as regras em questão (Direito e Moral) como sendo espécies de sistemas normativos diversos e, procurando enfrentar a problemática relação entre esses dois universos normativos, propugna a desmistificação das concepções universais fruto do que, na fase que o antecedeu, era considerado como direito natural o que faz relativizando a ideia de moral.

Importante frisar que uma compreensão avaliativa⁵² do direito concretizada pela pretensão de separação total deste da moral que, para tanto, resta relativizada justifica a positivação de um regramento despreocupado com o conteúdo normativo, tendo como pretensão apenas a forma do ato, sistemática aproveitada para justificar as atrocidades perpetradas pelo nacional socialismo⁵³ e pelo fascismo, muito embora (necessário lembrar)

⁵⁰[...] “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70-75, grifo do autor)

⁵¹ “Pensamento jurídico que continua com frequência a ser chamado de “sistemático”, porque a tradição conotou positivamente esse termo: desde as origens, a sistematicidade de uma exposição coincidia com a sua cientificidade. Na verdade, da leitura resultará claro que o sistema oitocentista “para dizer” (aquele externo, didático, clássico, válido para todas as matérias) é completamente diferente do sistema novecentista “para fazer” (que é interno ao direito, pertence apenas ao próprio direito, instrumento não para o conhecimento, mas para a aplicação do direito)”. [...] “Esse modelo de sistema jurídico interno evoca a imagem de uma pirâmide normativa, da qual são satisfatoriamente explicados as faces, as bases e os ângulos, mas não o vértice. Para além da metáfora, essa concepção Kelseniana parece explicar bem todo o mundo jurídico existente, mas menos bem o momento de sua origem.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, XXX; p. 66, grifo do autor)

⁵² “Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação de seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77, grifo do autor)

⁵³ “Nas primeiras décadas do século XX, os valores tradicionais foram colocados em crise também por posicionamentos ligados, por várias razões e intensidades, ao pensamento irracional entendido em sua acepção mais vasta. Ora, o irracionalismo forte leva a asserir valores novos que se superpõem aos tradicionais: é o que ocorre com o fascismo e o nacional-socialismo. O irracionalismo fraco limita-se, ao contrário, a negar a racionalidade dos valores, ou seja, das normas éticas antigas e novas: os valores são emoções, e não objeto de conhecimento científico. Dessa forma fraca de irracionalismo deriva o relativismo em relação aos valores que caracteriza tanto a democracia liberal quanto o positivismo jurídico.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 26)

Kelsen tenha sido perseguido pelo regime em virtude de ser judeu⁵⁴. Do exposto resta evidente que a grande preocupação do autor, como um bom positivista, ao construir a sua teoria do ordenamento jurídico é com a validade (formal) das regras emanadas do poder competente e não com a substância do direito produzido por ele. “Essa categoria formal pode receber qualquer conteúdo e, portanto, “é totalmente separável de qualquer conteúdo”; evidentemente, o conteúdo é indispensável para concretizar essa pura forma, mas a independência do *Sollen* do seu conteúdo é total”⁵⁵.

É nesse contexto em que a estrutura formal ganha tamanha dimensão que o conteúdo (“deixado de lado”) nele inserido (cada vez mais “avalorativo”⁵⁶) permite “*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”⁵⁷, o que solidifica a concepção científica do direito. Esta, fundamentada em jargões abstratos⁵⁸, deu azo ao que passou a ser conhecido como período das jurisprudências (retorno, mais forte do que nunca – se é que em algum momento deixou de existir – da legitimidade judicial para criação do direito), iniciando pela dos conceitos.

⁵⁴ “À luz dessa constatação, fica claro como Kelsen pôde ser atacado pelos nacional-socialistas, pelos liberais, pelos socialistas, etc [...] O problema político da teoria pura do direito consiste exatamente neste seu polivalente conservadorismo: ela termina por poder ser aplicada a qualquer ordenamento jurídico existente e, portanto, termina implicitamente por aceitá-lo e justificá-lo...para os comunistas de matriz soviética, era uma teoria que, para o passado, se prestava a conferir o prisma da legalidade também às mais atrozes disposições do direito nacional-socialista (se bem que o próprio Kelsen teria sido vítima dele) [...] Essa avaliação é infundada do plano teórico e político [...] ela porém não é infundada no plano teórico-jurídico: a doutrina pura do direito não leva em consideração o conteúdo de um ordenamento jurídico.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 123-124)

⁵⁵ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 113.

⁵⁶ “É preciso ter claro que, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar – em razão das contingências históricas – com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (problema da validade, pois), problemática que até então era “cindida” pela “ciência do direito”; de um lado, o direito, e sem preocupação com a “razão prática”, e de outro, o território no qual a penetração do direito não tinha “conotação valorativa.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67, grifo do autor)

⁵⁷ “Ora, se não existem fatos e, sim, somente interpretações, é possível dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, inclusive negar a história, a memória e a tradição...! Contra isso, simplesmente afirmo [...]”. (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37)

⁵⁸ “O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são resolvidos no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “*teses*” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a pergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que? (STRECK, Lenio Luis **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114, grifo do autor)

2.3 Período das Jurisprudências

Conhecidos os caminhos que, saindo de um direito disléxico e entregue aos juristas passando pelo rigor absolutista hobbesiano até chegar ao extremo (positivismo exegético) de transformar-se o juiz em boca da lei, imperioso se faz estudar essa corrente que, objetivando superar o positivismo e/ou apresentar-se como alternativa a codificação repristina o judiciário como fonte produtora/criadora do direito.

Contudo, o período das jurisprudências⁵⁹ acaba por garantir a continuidade da corrente tão combatida (positivismo jurídico), eis que despreocupada com o teor/substância do conteúdo que por ela será produzido. Porém, a análise desta sistemática que repristina o pensamento professado no estado medieval (judiciário produzindo o direito⁶⁰) ficou conhecida como jurisprudências dos conceitos, movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses/valores.

Almejando conhecer/compreender os mecanismo encontrados, pelos partidários do direito judicial, para justificar a tão sonhada (repristinação da) legitimidade criadora do direito (fonte produtiva do direito *estatal ou não estatal?*) aos juízes, o estudo (que optou por não estudar a corrente norte americana conhecida como realismo jurídico⁶¹) inicia com a jurisprudência dos conceitos que, mais do que um revanchismo ao direito positivado e à codificação, apresentou-se, na Alemanha, como sendo uma alternativa à codificação que, contudo, se espalhou pelo ocidente deixando frutos até os dias de hoje, em especial no Brasil.

⁵⁹ “A questão que preocupa os autores da social-democracia alemã durante a república de Weimar, para Morramao, é reverter o processo de perda da centralidade do parlamento, enfrentando o crescimento do poder burocrático e o deslocamento de funções do legislativo para o judiciário.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 303).

⁶⁰ “Da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder proteção aos interesses que dela considerar dignos, mesmo que na lei os *não* encontre especialmente *protegidos*; deve, portanto, procurar conhecer os interesses da comunidade jurídica, não só através da lei, mas também por meio da sua própria experiência da vida.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 235)

⁶¹ “A expressão *legal realism* (realismo jurídico) foi posta em circulação por K. N. LLEWELLYN, professor da Universidade de Colúmbia, e pelo juiz JEROME HOLMES, em 1930, como se lê num de seus escritos – onde acrescenta que pronto se convenceu de que a designação era pouco feliz, eis que nada tinha a ver com o que, à luz da tradição filosófica, se consuma contrapor ao nominalismo (realismo lógico) ou ao idealismo (realismo metafísico), cumprindo-lhe apenas descrever um necessário e justificado movimento de rebelião contra o que denominou de pseudo-racionalismo tradicional.” [...] Não exageremos, porém. Essa atitude da doutrina da realidade jurídica, embora pareça tão extremada como a da Escola do Direito Livre, em verdade o é muito menos.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 28, p. 31, p. 32, grifo do autor)

Essa doutrina alemã (com origem na doutrina pandectista), chega ao seu auge com o que restou historicamente conhecido como jurisprudência dos conceitos⁶² do primeiro Rudolf von Jhering que, tratando da temática, apresenta como características essenciais dessa forma de pensamento a análise jurídica, a concentração lógica e o ordenamento sistemático.⁶³ Essa construção com base em conceitos abstratos “descobertos” por deduções lógico-sistemáticas, superando a escola da exegese⁶⁴, transforma o direito em técnica destinada aos juristas (assim como já pretendia Austin). Contudo (ao contrário do entendimento do referido autor) resta desconsiderada por completo a ideia da onipotência do legislador (positivismo exegético⁶⁵) razão pela qual os juízes passam a ser os grandes responsáveis pela criação do direito (fonte legislativa). Como principal ferramenta para esse desiderato, surge a figura dos princípios que, compreendidos de forma abstrata⁶⁶ e não como fundamento da regra, passou a configurar o que restou conhecido (no direito contemporâneo) como *pan-principiologia*.

No que diz respeito a jurisprudência dos interesses, contrariando o pensamento dos positivistas que compreendiam a atividade judiciária apenas como reprodutiva/estática⁶⁷,

⁶² “O passo final para a construção do sistema de direito alemão vai ser dado como primado da lógica formal da chamada Jurisprudência dos Conceitos (*begriffsjurisprudenz*). Os conceitos são entendidos como modelos formais dotados de coerência lógica interna, que constituem a base do direito objetivo dos institutos. A tarefa do jurista é vincular o direito objetivo (institutos) ao direito formulado (normas), com o sistema jurídico ultrapassando, assim, a mera vigência das normas emanadas pelo legislador.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192)

⁶³ “Através desta operação de recomposição, o jurista chega à formulação do *princípio* latente e quase sempre não expresso nas leis [...] A descoberta dos princípios é de importância capital para a ciência jurídica, não só pela concentração a que dá lugar, como também pelas novas regras que dela nascem.” [...] “O procedimento fundamental nessa etapa é a abstração, que permite destacar a noção geral do caso particular do qual ela serviu.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74; p. 124)

⁶⁴ “Podemos encontrá-lo, talvez na sua pior manifestação, na França do *Ancien Régime* quando os juízes das cortes superiores, centrais e provinciais, foram de tal forma surdos às exigências sociais a ponto de se tornarem alvos dos mais odiados na exploração popular revolucionária.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989, p. 88)

⁶⁵ “Então tratando-se de exposições complexas as regras de linguagem falham absolutamente: não há sentido literal puro numa obra, mas somente das frases isoladas [...] Mas, por isso mesmo, a interpretação objetiva ultrapassa sempre nesses casos, o sentido literal. Só poderá falar-se então no “sentido objectivo do texto [...] O sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos lingüísticos. As circunstâncias ambiente influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 52-53)

⁶⁶ “Observe-se aqui que precisamente essa presunção de deduzir regras do princípio abstrato se tornou objeto das mais violentas críticas movidas contra a jurisprudência dos conceitos, acusada de deduzir as regras jurídicas não de uma avaliação concreta dos interesses em jogo, mas de um procedimento meramente lógico. Um dos maiores críticos desse procedimento será o próprio Jhering em seu segundo estilo.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 125)

⁶⁷ “A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos [...] O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção *estática* da interpretação, que deveria

reintroduzem no mundo jurídico a ideia de um judiciário produtor do direito. Nesta fase, ao contrário da jurisprudência dos conceitos que se apresentava como alternativa a posituação do direito, a jurisprudência dos interesses⁶⁸ apresenta-se como uma doutrina combativa ao direito positivado, em especial, ao codificado buscando a ideia de transformação social pelo judiciário em detrimento de um juspositivismo estático.

Assim, enquanto a atividade da ciência jurídica do século XIX objetivava, com a construção de sistemas (em especial os internos fomentado principalmente na primeira versão de Kelsen), unificar o direito em um ordenamento jurídico hermeticamente fechado, ao contrário, as correntes jusliberistas⁶⁹ (movimento crítico do século XX) tinham interesses muito diversos, ou seja, desestruturar esses sistemas que pretendiam a segurança jurídica do Estado Liberal. A ala mais radical destas novas exigências é devida a Hermann Kantorowicz que, manifestando-se no sentido de que o juiz, ao preencher as lacunas jurídicas, desenvolve uma função criadora do direito, concebe que ele o faz paralelamente ao direito formal (legislador onipotente). Com esse intento, compreende esse procedimento como sendo um direito livre, expressão que cunhou o nome dessa doutrina em que resta reprimada a criação judicial. Assim, surgindo como corrente antipositivista (bifurcação entre correntes sistemáticas e realistas), o movimento do direito livre tem seus primeiros passos com o Hermann Kantorowicz (1877 – 1940) que viu no juiz, novamente, um criador do direito fomentando o nascedouro do que passou a ser conhecido como movimento do direito livre (o juiz poderia interpretar, também, *contra legem*). Esse movimento, nas mãos de Philipp Heck (1858 – 1943), receberá contornos moderados, distinguindo inobservância da lei de correção

consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação evolutiva sustentada pela corrente antipositivista.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 213-214, grifo do autor)

⁶⁸ “O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 13)

⁶⁹ “A social democracia de Weimar aceitou os princípios jusliberistas. A nomeação de Radbruch como Ministro da Justiça surge como símbolo dessa passagem do Movimento da oposição à instituição. Das salas do poder, os jusliberistas recomendam aos juizes interpretar as normas herdadas pelo Império levando em consideração a nova realidade socialista, inovando flexivelmente em vês de deduzir logicamente. Essa foi a vitória das ideias jusliberistas. Porém o verniz dessa vitória se ofuscou quando, da aceitação política daqueles princípios, passou-se a efetiva aplicação nos tribunais.” [...] “A progressiva revisão das ideias de Kantorowicz estava ligada à progressiva destruição do Estado de direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 157-162)

de comandos⁷⁰ (admissível), pensamento fruto do que passou a ser conhecido como jurisprudência dos interesses⁷¹ (hoje jurisprudência dos valores), eliminadas pelo advento do nacional-socialismo 1933.

Muito embora o pouco tempo, a jurisprudência alemã deixaria um legado que perpassaria esse lapso temporal, eis que concebera uma teoria da aplicação jurídica que não aceitava a tradicional construção sistemática do direito inteiro, substituindo-a pela pluralidade de construções (solipsistas⁷²) forjadas por princípios extraídos da realidade social, fomentando (conforme já analisado no tópico anterior) a ideia de *pan-principiologia*.

Como resultado do todo exposto, em que a função do juiz passa a ser criativa⁷³, o que faz com base no exame de fatos à luz de certos valores, restam professadas inúmeras doutrinas que se utilizam dessa visão antissistêmica para (deixando a abstratividade formalista do direito fruto do juspositivismo) buscar o justo que, nesta quadra da história, passa a ser “efetivado” pelos valores de referência como princípios gerais do direito, cláusulas gerais etc. “A presença de um destes termos anuncia que o texto que o contém está separando-se, de

⁷⁰ “A defesa que fazemos do direito e da obrigação de corrigir os comandos, de modo algum significa que deva desprezar-se a ideia, historicamente determinável, do comando. Essa ideia é, em regra, o meio entre todos mais seguro, de determinar os interesses da comunidade e, justamente por isso, é que ela é vinculante. Além de que as limitações gerais da iniciativa judicial são particularmente operosas em relação à negação do comando. Já atrás dissemos que o juiz só pode passar por cima do comando quando este, ou não era destinado à situação em exame, ou é defeituoso. E, mesmo nesses casos, não pode fazer, se o interesse na estabilidade do direito o impede. Essas limitações são muito importantes do domínio da correção dos comandos [...] A admissibilidade de desvios na aplicação da lei limita-se, salvo rarríssimas exceções, a essa auréola ou círculo.”(HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 213; p. 229)

⁷¹ “A crítica de Jhering à “jurisprudência dos conceitos” – ou seja, à jurisprudência sistemática de origem pandectista – foi continuada pela jurisprudência dos interesses e pelo movimento do direito livre. Essas duas corrente doutrinárias se exaurem por volta da mesma época, que para ambas cai nos anos imediatamente anteriores à Segunda Guerra Mundial.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 149, grifo do autor)

⁷² “Os juízos sobre a aptidão da decisão podem ser muito divergentes, mesmo dentro da comunidade jurídica. Esse juízos são, com efeito, condicionados em última análise ou pelo interesse de quem os profere, ou, à parte isso, pela concepção de vida, pelo ideal de vida de cada um. Têm falhado todas as tentativas de encontrar uma fórmula que permita estabelecer indiscutivelmente o rigor da decisão. E não podem deixar de falhar porque são diversos de pessoa para pessoa os elementos de apreciação decisivos. A diversidade de ideais de vida existe dentro da própria magistratura e não pode ser superada.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 14-15)

⁷³ “Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses o juiz está sujeito não só aos preceitos da lei, mas também aos juízos de valor legislativos que possam determinar-se: só quando esses juízos de valor não forem suficientes é que o juiz pode fazer valoração pessoal. Pelo contrário, os sequazes das escola do direito livre defendem a liberdade do juiz e outros autores sustentam que, mesmo no caso de formação valoradora de comandos pelo juiz, a actividade deste é puramente histórica ou cognitiva. Para uns o juiz é também criador de direito cooperando com a ordem jurídica, para outros, é sempre somente um órgão de execução duma ordem jurídica que lhe é objectivamente apresentada.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 167-168)

vários modos e medidas, do positivismo jurídico e está dirigindo-se de vários modos e medidas, para o direito jurisprudencial⁷⁴”.

3 CONCLUSÃO

Tendo como intento os objetivos propostos quando do intróito do presente estudo, procurou-se compreender a evolução filosófica do direito o que foi feito perpassando os modelos de Estado vivenciados no período conhecido como Modernidade. Para tanto foram estudadas as obras de Hobbes, Locke e Rousseau, isso com o intuito de demonstrar a transição do direito natural (estado de natureza) para o direito positivo (Estado Civil), momento em que este ente personalizado passou a ter a hegemonia quanto ao poder de criação do direito. Muito embora essa nova leitura quanto a poder legiferante manteve a existência (quando do jusnaturalismo) das modalidades de direito natural e direito positivo restando, contudo, invertida a prevalência de um sobre o outro. Agora Direito Positivo passou a ser superior ao Natural, servindo este apenas para preenchimento das lacunas daquele.

Concebida esta primeira fase, conhecida como jusnaturalismo, passou-se à codificação do direito (juspositivismo) tendo sido reslevate o estudo dos teóricos (Bentham e Austin) que propunham esse novo mecanismo jurídico. Com a codificação, em espeical a Napoleônico, o direito passou a ser confundido com Lei (positivismo) sistemática que deu azo, num primeiro momento ao Positivismo Exegético e num segundo momento (dentre outros) ao Positivismo Normativo. Com este, perpassando a ideia de Codificação do Direito, passou-se ao seu Ordenamento, sendo de suma importância o estudo de Kelsen para compreensão desse novo momento jurídico vivenciado no período posterior à Revolução Francesa em que, tornando-se avalorativo, o poder jurídico passa a limitar o poder político (norma hipotética fundamental).

Contrário a toda essa sistemática de positivação, codificação e ordenamento do direito, foram analisadas (como fehamento do estudo) as contribuições de autores que propunham,

⁷⁴ “Na França, a referência aos padrões serviu para reagir ao positivismo e à Escola da Exegese. Na Alemanha, Josef Esser se refere a Pond e propõe uma teoria argumentativa de padrão, ao passo que Gunther Teubner – um futuro seguidor da teoria sistêmica de Luhmann, cf. Vol. 3, cap. IV, 11 – propõe uma teoria sociológica do padrão. Não é possível seguir as várias teorias que se ocupam de padres: bastará levar em conta que para as doutrinas dos padres valem quase todos os raciocínios feitos, a partir do Movimento do Direito Livre, a favor ou contra as teorias antiformalistas do direito.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 170)

inicialmente, um direito fruto da historicidade (Savigny) que, com o desdobramento de seus pensamentos passou a ser concebido como uma ciência dando azo ao que passou a ser conhecido como período das jurisprudências dos Conceitos, Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses (Jhering, Kantorowicz e Heck). Assim, o direito que, com os Jusnaturalistas e Juspositivista (cada um a seu tempo e modo) propunham o Legislativo como responsável pela criação do Direito, com os Jusliberistas, restam invertidos (novamente) os ideais relativos a fonte do direito, momento em que (represtinando os valores ao direito – poder político superior ao poder jurídico) a fonte legislativa retorna ao judiciário que, mais ativo, passa a acumular funções legislativas quando da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado.

Diante do exposto, necessário esclarecer que o presente estudo (obedecendo aos limites acadêmicos que lhe são impostos) tinha como pretensão não só demonstrar os períodos conhecidos como jusnaturalismo, juspositivismo e jusliberismo, mas, em especial, procurar alertar quanto aos perigos dessa sistemática em que restam represtinados procedimentos que fomentaram, no passado, desmandos (atrocidades) pelo uso excessivo de uma força canalizada em apenas um dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de bolso)

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001

HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947 (coleção Stvdivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais).

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012.

KELSEN, Hans (1881-1973). **A democracia**. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor)

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada**. Traduzido do latim por Lucia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre: L&PM, 2012.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.