**Apresentação Filosofia do Direito - John Austin**

1 - Biografia e referências

2- Explicação da apresentação

A apresentação será dividida em 5 partes:

1. apresentação do objetivo da teoria austiniana, bem como de seu objeto central e a delimitação/configuração do direito positivo como campo da Teoria Geral do Direito (*general jurisprudence*);
2. apresentação do conceito central da teoria austiniana: a ideia de comando e seus correlatos dever e sanção;
3. apresentação da classificação dos tipos de comandos identificados por Austin - diferenciação do direito positivo das demais formas de comando;
4. aplicação e adequação do esquema conceitual do autor à ordens jurídicas concretas ( common law e atividade dos juízes );
5. apresentação do positivismo e suas correntes;

3- Aprofundamento em cada parte específica da apresentação

**(a) apresentação do objetivo da teoria austiniana, bem como de seu objeto central e a delimitação/configuração do direito positivo como campo da Teoria Geral do Direito (*general jurisprudence*);**

A ideia da apresentação é ressaltar o caráter conceitual da teoria austiniana, é mostrar que ela deve ser entendida não apenas como uma descrição do conteúdo das ordens jurídicas (*particular jurisprudence*), mas como uma descrição dos conceitos formais por meio dos quais se descreve o funcionamento de qualquer ordem jurídica (*general jurisprudence*).

Esse caráter conceitual nos leva ao caráter analítico da teoria austiniana, ou seja, fica claro que o foco é esclarecer quais são os principais conceitos do direito).

A teoria austiniana faz um esforço de esclarecimento terminológico sobre a matéria jurídica. Seu objetivo é identificar as características específicas do direito positivo para permitir a sua correta interpretação.

Nesse sentido, para Austin seria necessário separar diferentes ramos para poder compreender como eles se interligam. Assim, parte de uma distinção de inspiração benthamiana:

**descrição do direito como ele é**  x **descrição do direito como ele deve ser**

 caráter expositivo

 objetivo: objetivo:

explicar o funcionamento do direito vigente aprimorar o direito

ciência do direito ciência da legislação

Na ciência do direito, distingue:

**análise geral**  x análise particular

aspectos do direito compartilhados descrição de ordens jurídicas

 por todas as ordens jurídicas desenvolvidas existentes

Portanto, a Teoria Geral do Direito (*general jurisprudence*) seria a descrição da forma como as ordens jurídicas desenvolvidas operam, sem a preocupação com características pontuais dos direitos nacionais.

Apresentação superficial da “árvore” ( esquema da pág 108 do texto do Bobbio).

**(b) apresentação do conceito central da teoria austiniana: a ideia de comando e seus correlatos dever e sanção;**

Conceitos de comando, dever e sanção.

Para explicar o conceito de Direito Positivo, Austin adota a noção de comando como conceito-chave.

**Comando** = expressão de um desejo de que alguém faça ou deixe de fazer algo, acompanhado de um mal a ser imposto pelo emissor ao destinatário se descumprido esse desejo.

O que diferencia o comando é a capacidade que o emissor tem de punir o destinatário em caso de violação da ordem. Logo, a definição de comando implica as noções de dever e sanção, outros dois conceitos centrais para a teoria austiniana.

**Dever** = conduta do destinatário desejada pelo emissor (expressa a mesma ideia do comando, mas sob uma outra perspectiva).

**Sanção** = mal aplicável ao destinatário do comando em caso de descumprimento do desejo a ele imposto (obs: a possibilidade de sanção, por mais remota que ela seja, é suficiente para caracterizar o comando).

Exemplos.

**(c) apresentação da classificação dos tipos de comandos identificados por Austin - diferenciação do direito positivo das demais formas de comando;**

A ideia nessa parte é aprofundar a explicação sobre “os ramos da árvore” e trazer os conceitos de soberania e sociedade política independente ( discussão: direito internacional para Austin).

A partir da noção de comando, Austin propõe 3 classificações lógicas e sucessivas para especificar o direito positivo.

1 - A primeira classificação refere-se ao **conteúdo do comando:**

|  |  |
| --- | --- |
| **comandos gerais**  |  **comandos particulares** |
| aplicam-se a uma classe de atos e pessoas = LEI | aplicam-se a indivíduos, grupos ou ações específicos (fazem parte do direito mas com um menor grau de relevância)ex: decisões judiciais |

2 - A segunda classificação refere-se ao emissor do comando:

|  |  |
| --- | --- |
| **sem emissor definido** | **com emissor definido** |
| não é possível determinar de quem é o desejo nem quem aplicará a sançãoLEI EM SENTIDO IMPRÓPRIO1. sem emissor algum = comando em sentido metafórico (ex: leis da natureza, leis da física)
2. sem emissor específico/com emissor difuso = comando por analogia próxima (ex: costumes e regras sociais)
 | LEI EM SENTIDO PRÓPRIO |

3 - A terceira classificação refere-se a natureza do emissor:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **emissor é Deus** | **emissor é autoridade humana não soberana** | **emissor é soberano** |
| definem o certo e o erradodefinem o que deveria ser direitoDIREITO DIVINO | junto com a analogia próxima (comando geral sem emissor específico / com emissor difuso) forma a MORALIDADE POSITIVAnão possuem caráter impositivo(ex: ordem dos pais aos filhos) | DIREITO POSITIVO |

Logo, o Direito Positivo é formado por comandos gerais emitidos pelo soberano para seus súditos em uma sociedade política independente.

obs:

* sociedade = conjunto soberano + súditos
* política = estruturada de forma hierárquica (soberano superior e súditos inferiores)
* independente = não se subordina a nenhuma pessoa interna ou externamente

Logo, para entender a concepção de Direito Positivo de Austin é preciso entender seu conceito de soberania.

A soberania austiniana é:

* absoluta;
* ilimitada interna e externamente;
* não decorre de contrato;
* é uma simples questão de fato (austin não se preocupa com as causas da obediência nem com a legitimidade do soberano);

Ademais, para que haja soberania são necessários 2 elementos fundamentais:

* hábito de obediência da generalidade dos súditos;
* ausência do hábito de obediência do soberano a qualquer outra pessoa;

**(d) aplicação e adequação do esquema conceitual do autor à ordens jurídicas concretas ( common law e atividade dos juízes )**

**Direito Judicial x Direito Legislativo**

Austin não nega absolutamente a juridicidade do direito judiciário, mas não a sustenta, visto o contraste com sua percepção.

Para justificar esse direito, recorre à ideia de autoridade subordinada. Assim, enquanto o direito legislativo seria posto imediatamente, o judiciário seria posto de forma mediata.

A distinção, segundo Austin, não diria respeito ao emissor da lei, às fontes de produção, mas sim ao modo de criação da norma.

O direito judicial seria criado no processo de decisão de um caso específico (normas particulares), ao passo que o direito legislativo seria criado em abstrato (normas gerais e abstratas).

Essa diferenciação não se identifica necessariamente com as normas emanadas do soberano e as normas emanadas do juiz. Aquele pode emanar normas particulares e este pode emanar normas gerais (precedente).

Austin defende a superioridade da legislação em relação ao direito judicial. Este seria confuso, ao passo que aquele poderia ter mais clareza.

As objeções principais do autor acerca do direito judiciário são: a menor acessibilidade ao conhecimento, a menor ponderação na sua produção, a emissão ex post facto, a maior vagueza e incoerência, a dificuldade de certificar a validade das suas normas (necessidade de utilização de critérios como o número de decisões, a elegantia regulae, a coerência da regra e a autoridade do juiz), a escassa compreensibilidade e a ausência de autossuficiência.

Para Austin a interpretação é uma forma de suprir a deficiência do direito. Uma solução para isso seria a codificação racional; apesar disso, ele reconhece que isso não eliminaria por completo a ambiguidade e a obscuridade no direito.

* **Codificação**

A conclusão a que chega Austin com a sua crítica ao direito judiciário é a necessidade de codificação.

O direito se desenvolveria na sociedade através de seis fases:

1. Fase pré-jurídica: moralidade positiva, onde só existem normas consuetudinárias;
2. Direito judiciário com fundamento consuetudinário: juízes fazem valer como direito as normas da moralidade positiva;
3. Direito judiciário com fundamento científico: integração entre normas consuetudinárias e normas elaboradas pelos juízes;
4. Criação judiciária do direito: criação do direito pelos juízes, com seus próprios critérios;
5. Direito legislativo ocasional;
6. Lei como única fonte de direito, culminando com a codificação.

Acerca dos requisitos para a elaboração dos códigos, Austin entende que não deve haver apenas a reunião das leis preexistentes, mas sim a reformulação do direito vigente para garantir um direito coerente e unitário.

Porém, ressalta que a inovação deve ser quanto à forma, não quanto ao conteúdo (divergência entre Bentham – que via a codificação como instrumento para o progresso político e social - e Austin – que só a via como instrumento do progresso técnico-jurídico).

O autor também refuta algumas objeções feitas à codificação, tais quais a afirmação de que todo código seria incompleto, constituído de muitas normas minuciosas, inalterável (cristalização do direito). Também refuta a afirmação de que o direito codificado seria menos maleável e favoreceria controvérsias, pois tornaria possível conflitos de analogias contrárias.

* **Leis e atos normativos que não são aprovados diretamente pelo soberano** (ex: regras definidas pelos precedentes judiciais):

Austin reconduz essas normas ao seu conceito de soberania por meio da tese da admissão tácita, ou seja, por meio da ideia de que normas expedidas por autoridades públicas não soberanas seriam tacitamente aprovadas pelo soberano, já que esse poderia tê-las revogado, mas optou por não fazê-lo. Logo, essas normas seriam normas emitidas pelo soberano.

O direito internacional não seria direito positivo para Austin, seria apenas um conjunto de regras de coordenação entre soberanos.

O direito constitucional também não seria direito positivo, pois seria uma ordem do soberano para si mesmo e, portanto não seria vinculante (emissor e destinatário seriam a mesma pessoa).

As normas de direito internacional e constitucional seriam, portanto, normas da moralidade positiva, pois seriam vinculantes apenas do ponto de vista moral, mas não jurídico.

* **Críticas à teoria (Kelsen e Hart).**

**(e) apresentação do positivismo e suas correntes;**

* positivismo conceitual
* positivismo normativo
* positivismo decisional