Roteiro de Apresentação

Filosofia do Direito – Seminário 1 – John Austin

Integrantes do grupo:

* Alice Laurindo
* Ana Laura Carvalho
* Daniel Schor
* Eric Rosenberg
* Gabriela Biscotto

A apresentação será dividida em 2 partes:

1ª. Apresentação biográfica de Austin, de suas principais ideias, onde se posiciona entre as ramificações do positivismo, sua noção de soberania e alguns pontos de discussão.

2ª. Apresentação de críticas feitas à teoria austiniana

Primeira parte

Biografia

* 3 de março de 1790 Suffolk (Inglaterra) – 1 de dezembro de 1859
* Serviu alguns anos no exército antes de estudar direito.
* Não obteve grande sucesso na carreira de advogado.
* Após seu casamento com Sarah Taylor, em 1819, mudou-se para Queen Square, onde foi vizinho de Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill.
* Austin foi, inclusive, encarregado de ensinar direito a John (utilização dos comentários de Blackstone à *common law* inglesa e direito romano).
* Além da influência ao utilitarismo, podemos citar a influência de Hobbes, das teorias econômicas de David Ricardo e das teorias populacionais de Malthus.
* Foi nomeado, com recomendação de Bentham, à cadeira de teoria de direito da recém criação University of London, que atualmente é a University College London.
* Visando à preparação de seu curso, foi estudar na Alemanha, onde entrou em contato com a Escola História alemã (sobretudo Savigny).
* Se opôs à Revolução Francesa de 1848, o que significou um forte afastamento com relação aos utilitaristas.
* Teve amplo aceite na teoria do direito inglesa até meados do século XX e influenciou o realismo jurídico norte-americano.
* Sua teoria é um esforço em identificar, através da análise lógica, os elementos que caracterizam o direito positivo.
* “Considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito” (Bobbio).

Principais ideias

* 4 tipos de lei: as que vem de Deus, as positivas, as da moral positiva e as leis em sentido figurado/metafórico.
* São leis em sentido próprio as leis de Deus, as positivas e as da moral positiva
* São leis em sentido improprio as leis da moral positiva (regras impostas ou ditadas pela opinião) e as leis em sentido figurado/metafórico.
* Objetivo do trabalho: distinguir as leis positivas das leis com as quais são confundidas com frequência, seja por causa de analogias e semelhanças, seja pela nome comum “leis”. Dessa maneira, será possível traçar o limite entre o que está dentro do âmbito da jurisprudência e o que não está.
* Método
* Definir a essência comum de todas as leis imperativas/propriamente ditas
* Caracterizar os 4 tipos de lei – acima mencionados
* Definir, de maneira positiva e negativa, o objeto da jurisprudência
* Apontar as afinidades entre o objeto da jurisprudência com aquilo com o qual é confundido
* Estudar tanto as leis impropria e propriamente ditas que se relacionam por análoga próxima, quanto as leis improprias que tem analogia remota com as leis próprias.
* O Direito Positivo é aquele que vem exclusivamente dos homens. Seria, na visão dos juristas clássicos, o que se chama de *ius gentium*. As regras de direito positivo são limitadas a nações, estados ou a todas as nações e, por serem transitórias e parciais – ao contrário das universais e permanentes – é difícil crer que seus autores as desenham tomando por base os modelos divinos e naturais.
* O Direito Natural é aquele que vem de Deus – *ius omni gentium*, na visão dos juristas clássicos. Esse é o direito que se estende a toda a humanidade e que consiste em regras criadas por homens a partir das leis que vem de Deus ou a partir da natureza racional e inteligente que constitui a alma e guia do universo.
* Deus dá aos humanos indícios de mandados tácitos ou provas mediante as quais se pode conhecer seus mandados. É por isso que a ciência ética é aquela que estuda tais provas e indícios a fim de verificar se há conformidade entre o Direito e os mandados contidos nesses indícios. Nesse sentido, a natureza das demonstrações que expressão mandados tácitos de divindades é importante para a ciência da legislação, além de ser objeto oportuno e fundamental da jurisprudência.
* O Direito Positivo, aquele imposto pelos superiores políticos aos seus súditos, é o objeto da jurisprudência. Assim, a lei é uma regra editada por um ser inteligente que tem poder sobre outras pessoas para guiar a conduta de outro ser inteligente.
* O termo “lei” engloba as postas por Deus, (ii) as postas pelos homens a outros homens. Quanto a estas ultimas, é possível diferenciar as regras estabelecidas pelos superiores políticos – leis próprias – das regras postas e reforçadas pela simples opinião – leis improprias. Por isso, Austin passa a elencar as características essenciais de uma lei: é um mandado – a expressão de um desejo com a particularidade de que quem deixa de cumpri-lo está exposto a um dano. Assim, sempre se faz presente a ideia de um “dever”.
* Nesse ponto, Paley tem uma opinião com a qual Austin não concorda muito. Segundo Paley, para que a expressão de um desejo possa ser considerada um mandado, a sansão deve ser violenta ou intensa. Austin entende que Paley faz essa afirmação no intuito de garantir o cumprimento do desejo expressado. Acontece que Austin pondera que de nada adianta prever sansões violentas e intensas, se o dano não é, efetivamente, aplicado. Em poucas palavras, a força e eficácia de um mandado residem na factível probabilidade de aplicação da sansão.
* Locke, Bentham e, mais uma vez, Paley, positivistas como Austin, entendem que a consequência para o descumprimento de um mandado pode ser positiva ou negativa. Austin entende que isso é um desvio de termo. Uma sansão tem que estar ligada a um dao, do contrário não é possível dizer que alguém “ordena” e que a outra está “obrigada”. Na realidade, a pessoa que expressa o desejo tem que persuadir a outra a fazê-lo para que ganhe uma recompensa. Assim, se a lei oferece um prêmio, não temos um dever imposto, mas um direito. A parte imperativa da regra se volta àquele que deverá pagar a recompensa.
* Mandato, dever e sansão
* Quando se fala diretamente em mandato, a expressão do desejo está em 1º plano, enquanto que o dano (e a possibilidade de sofre-lo) está em segundo.
* Mandato lei – quando obriga, de maneira geral, uma ação ou omissão
* Mandato ocasional/particular – quando obriga a uma omissão ou ação específica.
* Blackstone adiciona que mandados ocasionais podem virar uma lei ou uma regra. Tal é o caso dos mandados religiosos que perduram até hoje.
* Quando se fala diretamente de um dever, fala-se, em primeiro da possibilidade sujeitar-se a um mal.
* quando se fala em sansão, fala-se do mal ele mesmo. O sujeitar-se ao mal e o desejo expresso vem em 2º plano.
* Superioridade
* Os mandados vindos de superiores são revestidos por uma superioridade, prioridade, excelência. Estão presentes a manifestação do desejo e o poder/intenção de fazê-lo ser cumprido. A superioridade de Deus e direta e absoluta, enquanto que a superioridade humana é relativa porque, a depender do ponto de vista, uma pessoa é superior ou inferior a outra.
* Objetos impropriamente chamados de “lei” mas que são objetos da jurisprudência
* Leis declarativas – atos emanados pelo legislador que explicam o direito positivo, tomados, frequentemente como leis imperativas.
* As interpretações feitas pelo legislativo ou pelo judiciário por meio das leis declarativas são “enganosas” e, ao tentar explicar o direito, criam um novo.
* Leis derrogativas – aquelas que desincumbem do cumprimento de deveres
* Leis imperfeitas – aquelas que não tem uma sansão, tratando-se de um mero conselho de um superior para seus súditos
* Como o autor não entende que existam leis que garantam, exclusivamente, um direito pois sempre há tácita ou expressamente, um dever, as normas consuetudinárias, que são regras da moral que se transformam em leis positivas exemplificam esse entendimento. Os mandados tácitos contidos nas regras da moral, transformam-se em leis positivas.
* Tentativa de definir lei: comando (expressão de vontade de que alguém faça ou se abstenha de fazer algo com a consequente sanção caso isso seja descumprido).
* Comando e dever enquanto termos correlativos.
* Sanção, comando e dever enquanto termos inseparáveis.
* González Vicen, na Espanha, ressalta a importância de Austin em conceber que no Direito haveria uma estrutura formal semelhante em diversos ordenamentos jurídicos.
* Distinção entre o que o direito é e o que o direito deveria ser (influência de Bentham).
* Elementos de um ordenamento jurídico:
	+ Estar submetido a deveres ou obrigações;
	+ Sanção;
	+ “Superior”;
	+ Sociedade política independente (hábito de obediência a um superior que não tem o hábito de obediência a outro);
	+ Soberano;
	+ Leis propriamente ditas;
	+ Direito positivo.
* Características da soberania para Austin:
	+ Não subordinação;
	+ Ilimitável;
	+ Único;
	+ Unitário.

Onde se posiciona entre as ramificações do positivismo

* Anacronismo no estudo do positivismo contemporâneo
* Teóricos pós Hartianos subestimam a importância dos teóricos pré Hartianos, incluindo Bentham e Austin e tendem a analisar suas contribuições teóricas sob a ótica Hartiana.
* Papel do artigo é, além do já mencionado, demonstrar que o positivismo tem algo a dizer além da mera separação evidente entre moral e lei, evidenciando a clara importância do positivismo normativo e do positivismo decisional.

3 conceitos de positivismo

* **­**Positivismo conceitual: acredita que está na natureza do conceito de lei o fato de que a moral ou não é parte deste conceito (positivismo exclusivo) ou não é necessariamente parte deste conceito, podendo até ser desejável que a moral integre esse conceito (positivismo inclusivo, ou *soft*).
* Positivismo normativo: A separação entre lei e moral é efeito de uma escolha que emana de uma sociedade especifica, portanto é fruto de uma deliberação sobre conceito A ou conceito B, tendo em vista qual desses será mais benéfico para a sociedade
* Positivismo decisional: Uma visão sobre a criação de institutos e/ou instituições legais que se relacionam com o processo de tomada de decisões, de tal forma que essas criações devam buscar a limitação do poder dos juízes, baseando-se portanto na descrição mais precisa possível das matérias legais, ajudando na criação de segurança jurídica. Ainda é possível identificar um caráter descritivo no positivismo decisional, uma vez que é possível compreendê-lo como uma métrica sobre as qual seria possível analisar o sistema jurídico de diversas sociedades, com base no grau de positivação e precisão no processo legislativo de criação de leis, entre outros fatores.
* Austin relaciona-se com os 3 conceitos, uma vez que é possível observar na sua teoria uma clara separação entre moral e lei, como por exemplo quando evidencia a diferença entre lei positiva e moral positiva, por exemplo. É possível evidenciar o caráter normativo do positivismo de Austin, já que ele acredita que a codificação e a positivação de normas são facilitadoras de reformas, bem como auxiliam na estabilização temporal das mesmas, limita o poder dos *law enforcers*, entre outros. Mais controversamente, porém, é possível verificar que Austin também se encaixaria como um positivista decisional, uma vez que, embora mais simpático à *judicial legislation do* que Bentham, Austin, de fato, era crítico á esse tipo de legislação, chegando até a advogar um certo “mal inerente” a essa forma de legislação, especialmente quando passou a defender mais ferrenhamente a codificação.

Soberania

* Retomada da biografia de Austin
	+ Influencias inglesas e alemãs
	+ Pouco destaque em vida
* Direito como um comando
* Diferença entre direito e moralidade
* Conceito de soberania
* Leis da moralidade positiva
	+ Estado de Natureza
	+ Direito Internacional
	+ Pequenas estruturas sociais
* Direito judiciário e o positivismo – delegação da soberania
* Direito judiciário vs direito legislado
* Defesa da codificação

Pontos de discussão

* O que é teoria: é um modelo, uma tentativa de explicação da realidade, com toda a sua variedade e suas mudanças sociais e temporais.
* Não basta dizer que as teorias não dialogam com a prática;
	+ Vida é complexa 🡪 transformação em simples modelo;
	+ Seria perfeito se a percepção do praticante fosse idêntica à da teoria , mas esta perfeição entre teoria, prática e percepção da prática não é esperada;
* Toda teoria tem contrapartidas.
	+ Como discutir essas contrapartidas se não há consenso ao menos entre os valores intermediários nem últimos? Para isto, devemos ter claro em mente o porquê estamos teorizando alguma coisa.
	+ Cada qual tem sua própria base de entendimento sob qual a finalidade de uma teoria. Acredita-se, então, que quanto maior o “insight” (percepção) do teórico, mais erros acontecerão em seu trabalho. NO entanto, parece que a existência e a qualidade desses “insights” (percepções) dependem de observador para observador;
	+ Outra análise é de que as teorias deveriam ser entendidas de maneira próxima ao que se entende por “Web of Beliefs”: temos percepções que estão interconectadas, de maneira que ou se mantém unidas ou são quebradas conjuntamente. Assim, os fatos que não se encaixam perfeitamente (aprioristicamente) em nossa percepção interconectada, a ela se ajustará – na maioria das vezes.
* Por quê teorizamos?

A: Para explicar parte do “auto entendimento” da comunidade (Raz)

B: Processo interpretativo que traduz as práticas existentes em sua melhor moral ou luz política (Dworkin);

C: Apontar qual o papel da lei em fazer o bem (Coyle);

D: Por quê temos a lei? Como o Direito se encaixa com a exigência moral de perseguir o bem comum? (Finnis);

* Erros
	+ Em uma época, o que poderia ser um erro trivial em relação à uma teoria, pode ser visto como fatal em outra época. Isto é o que acontece com a teoria de Austin.
	+ O tamanho e a quantidade de erros apontados em uma teoria são oriundos de um julgamento.
	+ Teóricos que não negam completamente a existência de contrapartidas, no entanto, que acabam terminando em um “lugar comum”. Eles não negam os erros de suas teorias, mas não os consideram importantes e acabam dando quase os mesmos argumentos para se justificarem.

Segunda parte

Críticas à teria austiniana

* Ligação de Austin com a escola histórica
	+ Concordância em relação a superação do Direito Natural
	+ Conciliação forçada entre conceitos positivistas e os da escola histórica – utilidade
* Divergencias em relação a Benthan a respeito do Direito Judiciário
	+ Este Direito poderia ser controlado popularmente
	+ A discricionariedade do juiz não é tão ampla
* Concepção evolutiva do Direito – primeiro direito judiciário e depois direito legislativo
* Codificação como instrumento puramente técnico-jurídico – afastamento da realidade político-social
* Conservadorismo de Austin em comparação com idealismo de Benthan

O que significa ser positivismo conceitual – o núcleo essencial do positivismo

* Essa crítica parece infundada especialmente porque o debate sobre o que é o “núcleo” de uma teoria não é um debate simplório.
* Existem diferentes noções acerca do que é o núcleo de uma teoria.
* Afirmar que algo é o “núcleo” de uma teoria é afirmar que esse fragmento teórico tem uma importância maior, uma centralidade teórica, e, portanto, é necessário clarificar o porquê disso ser de fato o “núcleo”.
* Se essa importância do positivismo conceitual for uma importância histórica parece equivocado afirmar que o positivismo normativo, que percebia o positivismo como uma necessidade histórica dos tempos modernos, uma escolha da sociedade; ou mesmo o positivismo decisional que criou os paradigmas para a criação de instituições que se relacionam com o processo de tomada de decisões não sejam os historicamente mais importantes e, portanto, o “núcleo” do positivismo.
* No entanto, a maioria dos defensores de que o positivismo conceitual é o núcleo do positivismo o fazem por motivos filosóficos e não, de fato, por motivos históricos.
* Essa defesa se relaciona, principalmente, com a alegação de que o positivismo conceitual é um pressuposto, uma condição necessária, do positivismo normativo e do decisional. Logo, é filosoficamente superior a ambos os outros tipos de positivismo.
* Esse ponto de vista, portanto, afirma que a veracidade da separação conceitual entre lei e moral é condição necessária para a veracidade ou falseabilidade do positivismo normativo e do decisional, e, então, é o núcleo do positivismo em si. Os outros são apenas derivações ou mesmo perversões do positivismo “verdadeiro”.
* Logo, quando A é condição necessária de B, então A é o núcleo essencial e B é algo meramente contingencial, secundário, acidental.
* No entanto, isso não parece se verificar. Tendo como exemplo a teoria da seleção natural, para que ela seja, de fato, correta é necessário que exista uma realidade que independa da mente, ou seja, uma realidade que, de fato, exista sem que seja necessário o intermédio de uma “mente”, para que os animais se reproduzam, sejam naturalmente selecionados e etc.
* Porém afirmar que uma realidade que independa de uma mente é o núcleo essencial da teoria da seleção natural e não, meramente um pressuposto, é completamente desvirtuar a teoria da seleção natural.
* Logo, assumir que uma pré-condição é mais importante do que o fato que é pré-condicionado por essa pré-condição não se verifica. Além disso, assumir que as relações lógicas são as relações mais importantes também não parece inquestionável.
* As relações entre o positivismo conceitual e os outros tipos de positivismo não são puramente lógicas. É possível que alguém descreva a separação entre lei e moral e não diga nada sobre como os juízes devam julgar, sendo possível ser adepto do positivismo conceitual e rejeitar até o positivismo decisional ou o normativo.
* Logo é possível evidenciar a pré-condição do positivismo decisional ou normativo, mas chegar em uma conclusão distinta, em uma alternativa até contrária ao positivismo decisional, por exemplo. Não parece muito racional afirmar que a pré-condição, por ser pré-condição, logo, é mais importante que a escolha por duas diferentes consequências dessa pré-condição.
* Conclusão: A noção de que o positivismo conceitual é mais importante que os outros, meramente porque é pressuposto deles não se verifica, logo, as alegações de que o positivismo conceitual é o mais importante e a “melhor” forma do positivismo não é uma afirmação justificada, devendo os outros dois tipos de positivismo terem sua importância reconhecida como correntes verdadeiras de positivismo.

Reflexão de Brian Bix

* Será que o Direito é teorizado de maneira distinta de outras teorias sociais, de maneira que afeta nosso modo de pensar modelos e erros?
* Diferentes maneiras de enxergar o Direito:

A: o Direito desempenha um papel importante na nossa maneira prática de pensar, como “o que podemos” e “o que não podemos” fazer. Outras teorias sociais não têm esta capacidade. Esta característica é enfatizada pelos naturalistas, mas também é muito citada por teóricos de outras correntes;

B: O Direito é um fato histórico ou um sistema normativo? Ou ambos?

* Sob a perspectiva de que seja um fato histórico, podemos dizer que é constituído por atos praticados por agentes, que estavam inseridos em determinados sistemas jurídicos. (Agentes = legisladores, juízes, órgãos administrativos, oficiais do Direito...).
* Ou então existe algum elemento modificador das regras, que melhora, que reforma as situações futuras?

Quando as teorias são feitas por áreas do Direito, as conclusões detalhadas tendem a se generalizar, de maneira que o “todo” pareça mais coerente e justo, como uma “construção racional” do Direito;

* Diferenciação do Direito: apesar de a natureza do Direito ser um objeto muito difícil de teorizar, sendo importante saber o que é um custo e o que é um erro na teorização do Direito. No entanto, há uma questão meta-teórica imutável: como balanceamos percepção e erro. Esta questão de custos e benefícios permanece em todas as teorias.
* Conclusões
* “O sucesso ou o fracasso de uma teoria torna-se uma questão de percepção e uma questão de julgamento entre aqueles que utilizam o Direito”;
* O que são teorias, afinal? São respostas a perguntas intelectuais e preocupações práticas existentes em determinada época. Desta maneira, as teorias têm de ser re-adaptadas com o passar do tempo, para que possam responder as questões e preocupações de um novo período.

 Críticas de Kelsen

* Crítica à ideia de que estar obrigado é temer uma sanção.
* É possível estar obrigado sem estar com medo.
* Desconforto com a utilização de um elemento psicológico para definir um conceito jurídico.
* O direito deve apenas observar se a sanção é ou não devida, não se ela provoca temor.
* Crítica à ideia de comando como conceito fundamental.
* A norma jurídica vai além da expressão da vontade do soberano.
* Crítica ao conceito de Austin de dever jurídico.
* Não parece haver distinção entre dever e responsabilidade (conduta que enseja a sanção e sujeição à sanção, respectivamente).
* Crítica ao conceito de Austin de direito subjetivo.
* Parece não ter sido explicado que quem possui um direito subjetivo possui a faculdade, dada pelo ordenamento jurídico, de exigir ou não a conduta objeto do dever.
* Crítica ao conceito de Estado.
* Não parece haver um conceito jurídico, mas apenas um sociológico (sociedade política independente).
* Crítica à ideia de que o direito internacional seria apenas moralidade positiva.
* Kelsen considera o direito internacional direito positivo.

Questões sobre soberania

* A mudança do soberano implica na mudança do sistema jurídico?
* Se Austin considerar que sim, parece ter criado um novo significado para a expressão;
* Se Austin considerar que não, parece ter entrado em contradição com sua teoria, posto o direito não seria mais o conjunto de comandos emanados de um soberano;
* Como explicar as normas emanadas por um novo soberano?
* A teoria da obediência habitual não parece abarcar tal fenômeno. (Mas não poderia ser uma forma de obediência habitual a submissão a um novo soberano?)