

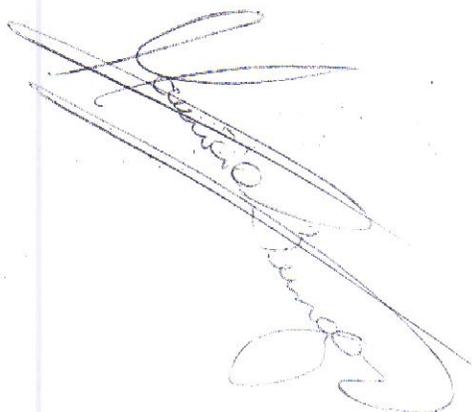
O POSITIVISMO JURÍDICO
LIÇÕES DE FILOSOFIA
DO DIREITO

NORBERTO BOBBIO, nasceu em 18 de Outubro de 1909. “Considerado um dos maiores pensadores políticos do século” (*Folha de São Paulo* 13.12.1992) é um jurista de notável saber e de lucidez incomparável.

Esta obra é resultado de suas aulas dedicadas ao positivismo jurídico. Divide-se em duas partes, sendo que a primeira trata das “origens históricas do positivismo jurídico” e a segunda “da doutrina do positivismo jurídico”.

Após amplas e profundas considerações, apresenta seu pensamento pessoal sobre três aspectos do positivismo jurídico:

- 1) O positivismo jurídico como ideologia onde distingue o positivismo ético extremista do positivismo moderado.
- 2) O positivismo jurídico como teoria; teoria esta baseada em seis concepções fundamentais que foram criticadas e negadas, são elas:
 - a) - a teoria coativa do direito;
 - a teoria legislativa do direito;
 - a teoria imperativa do direito;
 - b) - a teoria da coerência do ordenamento jurídico;
 - a teoria da completitude do direito;
 - a teoria da interpretação lógica ou mecanista do direito.



0

POSITIVISMO
JURÍDICO
LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO

NORBERTO BOBBIO

O POSITIVISMO JURÍDICO

LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto, 1909 -

O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone, 2006.

ISBN 85-274-0328-5

1. Direito 2. Direito - Filosofia 3. Positivismo 1. Morra, Nello, II.
Título

95-0422

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Positivismo jurídico: Direito: Filosofia

compiladas pelo Dr. NELLO MORRA

Tradução e notas

Márcio Pugliesi da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

Edson Bini, da Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo.

Carlos E. Rodrigues, da Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.

“lex divina”. Esquecendo-nos da primeira e da quarta destas categorias (a *lex aeterna* e a *lex divina*) que não nos interessam aqui, consideremos a *lex naturalis* e a *lex humana*: tais leis correspondem à distinção entre direito natural e direito positivo: em verdade, Santo Tomás não chama positiva a *lex humana* apenas porque também a *lex divina* é positiva.

A *lex naturalis* é definida pelo filósofo como:

Participatio legis aeternae in rationi creatura.

A *lex humana*, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, *per conclusionem* ou *per determinationem*.

a) tem-se derivação *per conclusionem* quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo): por exemplo, a norma positiva impeditiva do falso testemunho deduz-se da lei natural segundo a qual é preciso dizer a verdade;

b) tem-se a derivação *per determinationem* quando a lei natural é muito geral (e genérica), correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada: por exemplo, a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, mas a determinação da medida e do modo da punição é feita pela lei humana. É essencialmente em relação a esta segunda categoria que Santo Tomás afirma ter a lei humana vigor apenas por força do legislador que a põe (“vigorem legis ex sola lege humana”).

3. Direito natural e direito positivo no pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII.

A mais célebre distinção entre direito natural e direito positivo no pensamento moderno é devida a Grócio, considerado o pai do direito internacional) que em seu *De jure belli ac pacis* (1, 10) formula tal distinção em termos de *jus naturale* e *jus voluntarium*:

O direito natural é um ditame da justa razão, destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato

é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

E acrescenta:

Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios *quod illicitos por si mesmos*.

O direito civil é aquele derivado do poder civil, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fim de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum.

Nesta última afirmação encontramos uma interessante indicação acerca da origem do direito positivo, podendo afirmar-se que este é posto pelo Estado. Observamos, porém, que segundo Grócio o Estado é apenas uma das três instituições que podem pôr o “direito voluntário”; as outras duas são, a primeira, inferior ao Estado, a família, que ensina o direito familiar ou paterno (também Aristóteles falava do “dispositikón dikáion”, que se poderia traduzir como “direito paterno”, enquanto direito posto pelo chefe da comunidade familiar); a outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional que põe o *jus gentium*, entendido não no sentido (que vimos anteriormente) de direito comum a todas as pessoas, mas no sentido de *jus inter gentes* (isto é, direito que regula as relações entre os povos ou os Estados).

Para dar um último exemplo da distinção entre direito natural e direito positivo, iremos escolhê-lo no limiar da época em que nasce o positivismo jurídico, isto é, aos fins do século XVIII, em Glück, que em seu *Commentario alle Pandette* (Milão, 1888, vol. 1, pp. 61-62) diz:

O direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural* e *positivo*. Chama-se direito 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.

Um outro critério distintivo parece surgir aqui, critério que não mais se referirá à fonte, isto é, ao modo pelo qual um ou outro direito é

posto, mas ao modo pelo qual os destinatários vêm a conhecer as normas: o direito natural é aquele de que obtemos conhecimento através da razão, de vez que esta deriva da natureza das coisas; o direito positivo é aquele que vimos a conhecer através de uma declaração de vontade do legislador. Glück apresenta como exemplo de direito positivo o usucapão; porque não deriva da natureza das coisas, mas é determinado pelo legislador, e, como exemplo de direito natural, o princípio "pacta sunt servanda" e o dever do comprador de pagar ao vendedor o preço avençado.

Podem-se então, assinalar com toda evidência o limite entre direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador.

4. Critérios de distinção entre direito natural e direito positivo.

Tratemos, agora, de extrair das várias definições anteriormente examinadas um rol, tanto quanto possível completo, das características distintivas dos dois direitos.

Podemos destacar seis critérios de distinção:)

- a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. — 1ª definição);
- b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. — 2ª definição — Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;
- c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. — 1ª definição — Grócio);
- d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e

lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

OS PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS

5. Relações entre direito natural e direito positivo.

A partir do breve panorama histórico que apresentamos constata-se que até o final do século XVIII o direito foi definido individualizando-se duas espécies de direito, o natural e o positivo. Estas duas espécies de direito não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou qualificação: se uma diferença é indicada entre ambos refere-se apenas ao seu grau (ou graduação) no sentido de que uma espécie de direito é considerada superior à outra. Isto é, são postas em planos diferentes.

O exame das diversas concepções sobre a diversidade de planos em que se colocam o direito natural e o positivo nos levaria muito longe. Limitando-nos a algumas indicações a respeito diremos que na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo: de fato o direito natural era concebido como "direito comum" (*koinós nómos* conforme o designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma dada *civitas*; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral ("lex specialis derogat generali"), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito (basta lembrar o caso da *Antígona*, em que o direito positivo — o decreto de Creonte — prevalece sobre o direito natural — o "direito não escrito" posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela).

Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. Esta concepção do direito natural encontra sua consagração oficial na definição que Ibe é dada no *Decretum Gratiani*

(que é a primeira grande recensão de direito canônico, e que constituirá posteriormente a primeira parte do *Corpus juris canonici*).

Jus naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur

(isto é, o direito natural é aquele contido na lei mosaica do Velho Testamento e no Evangelho). Desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo. Esta superioridade é afirmada no próprio *Decretum Gratiani*, logo depois da passagem citada:

Dignitate vero jus naturale praepontitur legibus ac constitutionibus ac consuetudinibus.

Mas, como dissemos, esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação: direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo.

Voltando ao assunto de nosso curso, o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando "direito positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo e direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.*

6. O contexto histórico do positivismo jurídico. A posição do juiz quanto à formação do direito antes e depois do surgimento do Estado moderno

Entramos, assim, no tema de nosso curso: trata-se de estabelecer por que, como e quando ocorreu esta passagem da concepção jusnaturalista à positivista que dominou todo o século passado e que domina em grande parte até agora. A origem desta concepção é ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval.

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoñdo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, aqui, que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*.

Esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto (não pelo Estado mas pela sociedade civil). E, contudo, originariamente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada "opinio juris ac necessitatis".

O Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).

Podemos, de fato, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um "terceiro" (magistrado ou eventualmente árbitro) que diminuirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (A aplicação de tal sanção é confiada, num primeiro momento, à parte adversária e, em um desenvolvimento poste-