

Positivismo jurídico

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

O **positivismo jurídico** ou **juspositivismo** é uma corrente da teoria do direito que procura explicar o fenômeno jurídico a partir do estudo das normas positivas, ou seja, daquelas normas postas pela autoridade soberana de determinada sociedade. Ao definir o direito, o positivismo identifica, portanto, o conceito de direito com o direito efetivamente posto pelas autoridades que possuem o poder político de impor as normas jurídicas.

Segundo esta corrente de pensamento, os requisitos para verificar se uma norma pertence ou não a um dado ordenamento jurídico têm natureza formal, vale dizer, independem de critérios de mérito externos ao direito, decorrentes de outros sistemas normativos, como a moral, a ética ou a política. O direito é definido com base em elementos empíricos e mutáveis com o tempo - é a tese do fato social, ou das fontes sociais ou convencionalista. Nega-se, com isso, as teorias dualistas que admitem a existência de um direito natural ao lado do direito positivo. Assim, uma regra pertencerá ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para os seus destinatários, desde que emane de uma autoridade competente para a criação de normas e desde que seja criada de acordo com o procedimento previsto legalmente para a edição de novas normas, respeitados os limites temporais e espaciais de validade, assim como as regras do ordenamento que resolvem possíveis incompatibilidades de conteúdo (antinomias).

Metodologicamente, o positivismo jurídico representa uma opção pela neutralidade do intérprete do direito, sustentando que ele não deve se posicionar relativamente aos conteúdos das normas, mas apenas descrevê-los, de modo a preservar a vontade política expressa por aqueles que criaram as normas.

Índice

- 1 Origem
- 2 Separação entre Direito, Moral e Política
- 3 Autores
- 4 Principais correntes
- 5 Fundamento de validade das normas e do sistema jurídico
- 6 Críticas
- 7 Bibliografia
- 8 Ver também
- 9 Ligações Externas

Origem

O termo **positivismo jurídico** tem origem no latim, de *ius positivum* ou *ius positum*.

O positivismo jurídico enquanto teoria explicativa do fenômeno jurídico surgiu na Europa capitalista a partir do século XIX, durante o processo histórico monopolização do poder político pelos aparelhos estatais. Neste período, verifica-se um intenso movimento de codificação do direito que floresceu em países europeus, como

na França, com o Code Napoléon promulgado em 1804. A secularização da sociedade e o reconhecimento da primazia do indivíduo conduziram ao desprestígio das teorias do direito natural e à substituição das normas de caráter religioso pelas leis estatais.

Algumas escolas europeias do pensamento jurídico podem ser citadas como precursoras do positivismo jurídico: a École de L'exégese francesa, a Escola Histórica do Direito na Alemanha, além de autores ingleses como Bentham e Austin.

Separação entre Direito, Moral e Política

O positivismo jurídico procura afastar-se das teorias jusnaturalistas do direito, que sustentavam a existência de um direito natural paralelo ao direito criado por legisladores humanos. Assim, rejeita a idéia de que o ordenamento jurídico dependa de elementos metafísicos e imutáveis como de mandamentos divinos ou de imperativos da razão humana. Ao contrário, define o direito com base em elementos empíricos ao sustentar que o direito é um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos, um produto da vontade de uma autoridade legislativa, com caráter vinculante.

A teoria positivista defende, ainda, a total separação entre direito e moral, afastando-se das correntes do moralismo jurídico defendidas por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Karl Larenz e Gustav Radbruch. Assim, para os positivistas, o estudo do fenômeno jurídico não depende de uma avaliação moral e o reconhecimento da validade das normas não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto. Consideram-se válidas todas as normas criadas por autoridades reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo. Dessa forma, o aplicador do direito deve decidir sobre o caráter jurídico da norma com base na sua forma e não na sua substância.

Isso não significa, no entanto, que os positivistas acreditem que não existe influência da moral no direito, ou que o direito deva permanecer separado da moral. Apenas defendem que a influência da moral no direito não deve ser objeto da teoria do direito e procuram separar o conhecimento do direito como ele é da avaliação moral do intérprete sobre como o direito deve ser.

Para o positivismo jurídico, direito e política, embora estritamente relacionados, estão separados em nível conceitual, o que afasta os defensores dessa corrente teórica dos integrantes do movimento realista do direito, que identificam direito e política ao encontrar nas finalidades políticas de cada decisão a explicação para as práticas decisórias do direito.

Autores

Alguns dos principais expoentes da teoria positivista são os autores Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen (autor da Teoria Pura do Direito), H. L. A. Hart (autor de "O Conceito de Direito"), Joseph Raz e Neil MacCormick (embora este último tenha se afastado significativamente do positivismo na sua obra mais recente). O positivismo jurídico atualmente tem representantes em alguns dos principais centros de pesquisa do mundo. Alguns nomes de destaque, além de Raz, são: John Gardner (Oxford), Leslie Green (Oxford), Brian Leiter (Chicago), Andrei Marmor (Southern California), Scott Shapiro (Yale), Wil Waluchow (McMaster).

Principais correntes

O positivismo jurídico é uma corrente da teoria do direito ainda amplamente debatida atualmente (nesse sentido, verificar as obras de Joseph Raz, Jules Coleman, David Lyons, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Raymond Carré de Malberg, Wilfrid Waluchow, além dos outros autores citados ao longo do texto).

Os teóricos do positivismo jurídico divergem sobre os fatos sociais que definem o direito (a vontade do legislador, a vontade do aplicador do direito, a eficácia social das normas, o reconhecimento pelas autoridades e pelos cidadãos e a existência de uma norma suprema e pressuposta que indica qual conjunto de normas possui validade jurídica).

Divergem também sobre as características do sistema jurídico, por exemplo, sobre se a finalidade do direito é a de garantir segurança jurídica e paz social e sobre a importância da sanção e da coerção na definição do direito.

Dois importantes correntes teóricas podem ser identificadas:

- Positivismo jurídico exclusivo ou radical - defendido por teóricos como Joseph Raz, sustenta que a moral nunca interfere na definição do direito, seja para constatar a validade de uma norma, seja para interpretá-la. As normas seriam, dessa forma, fruto de fatos sociais, de decisões humanas formuladas por pessoas dotadas autoridade suficiente para tanto. A autoridade é vista como a única fonte do direito. Considera que as pessoas obedecem o direito porque confiam na autoridade ou porque se sentem intimidados por ela. Esta obediência se verifica mesmo que as pessoas discordem do juízo de valor constante das normas. Essa corrente atribui uma maior liberdade de decisão do aplicador, ou seja, mais poder discricionário.
- Positivismo jurídico inclusivo ou moderado - defendido por teóricos como David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow. Defende que os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito, mas que as sociedades podem adotar convenções que prevejam que a moral deve ser levada em conta para se determinar a validade e interpretar o direito. Nega, assim, a existência de um poder verdadeiramente discricionário.

Fundamento de validade das normas e do sistema jurídico

Para os positivistas, o fundamento de validade de uma norma encontra-se em uma norma válida superior a ela na hierarquia das fontes do direito. Já a validade das normas que se encontram no topo desta pirâmide hierárquica depende, de alguma maneira, de sua eficácia social em determinado momento e local em razão da existência de um poder político efetivo.

Para Hart, por exemplo, o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra em uma norma última de reconhecimento, que especificaria os critérios segundo os quais a validade das leis é determinada. Ao contrário das normas subordinadas de um sistema, que podem ser válidas e existir mesmo que sejam desrespeitadas, a norma última de reconhecimento, "só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato"¹.

Já Kelsen sustenta a necessidade lógica de pressupor a existência de uma norma fundamental que seria "a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa"². Assim, a norma fundamental ordenaria que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento e atribuiria validade a todas as normas decorrentes da manifestação da vontade do criador dessas normas supremas.

Uma posição intermediária entre a pressuposição de uma norma imaginária e a observação da realidade social é adotada por Joseph Raz, para quem o fundamento de validade de um ordenamento jurídico se encontra na *ultimate legal rule*, uma norma cuja existência efetiva pode ser provada pela observação da realidade social em determinado local e momento.

Críticas

As críticas mais freqüentes e caricaturais dirigidas ao positivismo jurídico podem ser divididas da seguinte maneira:

- Aplicação mecânica da lei – com freqüência afirma-se que o positivismo, ao distinguir entre a criação e a aplicação da lei, prescreve que os juízes se limitem a subsumir fatos a normas, não podendo decidir conforme suas próprias considerações morais. Esta afirmação não faz sentido uma vez que se analisem as principais teorias positivistas como a de Kelsen, que sustenta que o direito seria uma moldura para a interpretação, como a de Hart, que trata do tema da textura aberta do direito, como a de McCormick, que descreve a existência de uma penumbra de dúvida nas normas, e como a de Raz, que admite a criação discricionária de uma regra jurídica pelo juiz. Para os positivistas, de maneira geral, o recurso do aplicador do direito à moral para decidir pode ser obrigatório, facultativo ou proibido conforme ele seja autorizado pelo ordenamento jurídico ou não.
- Legitimação incondicional do direito – freqüentemente se sustenta que para o positivismo jurídico a validade seria a consagração da justiça e que o dever de obediência às normas decorreria diretamente da sua validade, independente do seu conteúdo. Assim, o positivismo jurídico é visto como uma teoria que não formula exigências em relação ao conteúdo do direito. Não obstante, os positivistas vinculam a validade do direito ao requisito fático de eficácia social mínima, que está vinculado ao requisito de legitimidade do sistema jurídico. Assim, o positivismo não atribui validade a qualquer norma criada por qualquer autoridade.

Bibliografia

- DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2003.
- HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1979

Ver também

- Filosofia do direito
- Teoria geral do direito

Ligações Externas

- O Positivismo Jurídico e as críticas de Chaïm Perelman (<http://www.puc->

rio.br/direito/pet_jur/c3pessan.html)

- Jusnaturalismo ou Positivismo Jurídico (<http://www.fadisma.com.br/arquivos/ghidolinpdf.pdf>)

Erro de citação existem marcas `<ref>`, mas falta adicionar a predefinição `{{referências}}` no final da página

Obtida de "http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Positivismo_jurídico&oldid=34634483"

Categorias: Juspositivismo | Filosofia do direito

-
- Esta página foi modificada pela última vez à(s) 04h57min de 24 de março de 2013.
 - Este texto é disponibilizado nos termos da licença Atribuição-Partilha nos Mesmos Termos 3.0 não Adaptada (CC BY-SA 3.0); pode estar sujeito a condições adicionais. Consulte as condições de uso para mais detalhes.