

FILOSOFIA JURÍDICA

Prof. Batalha

2º bimestre / 2010

Renata Valera

SUMÁRIO

DESENVOLVIMENTO DA FILOSOFIA JURÍDICA	1
TEORIA JURIDICA DE JOHN AUSTIN	3
TEORIA REALISTA DE OLIVER WENDELL HOLMES.....	10

DESENVOLVIMENTO DA FILOSOFIA JURÍDICA

A filosofia jurídica como **discussão da legitimidade do Direito** desenvolve vários modelos para fundamentar o Direito positivo.

O primeiro grande modelo foi o modelo jusnaturalista. Dentro deste modelo, o fundamento do Direito positivo seria o conjunto de princípios racionais (tais como a liberdade, a igualdade, a desobediência civil, etc) que estariam presentes na consciência de todos os homens.

Outro modelo para discutir a legitimidade do Direito apareceu no século XIX, quando o jusnaturalismo entrou em crise. Foi o modelo do positivismo jurídico.

Esse novo modelo não busca o fundamento do Direito positivo na razão, pelo contrário, ele nega que existam princípios racionais presentes na consciência de todos os homens, pois, para esse novo modelo, todo Direito é sempre um fenômeno histórico, particular, vinculado a uma certa sociedade em uma certa época dentro de um conjunto específico de valores.

Para este outro modelo só existe o Direito positivo. Por isso este modelo ficou conhecido como positivismo jurídico. E, dentro dele, o fundamento do Direito positivo, passou a corresponder ao poder.

Esse modelo positivista parece estar presente até hoje, pois, na sociedade contemporânea, o Direito é frequentemente associado a algum poder. É por isso que o positivismo parece estar presente até hoje.

Há, porém, um problema muito grave dentro do modelo positivista. Ele parece indicar que a legitimidade do Direito depende apenas do **poder**, como se bastasse o poder declarar algo como Direito para que esse algo seja aceito pela sociedade como Direito.

Dentro do modelo positivista, a legitimidade parece ser uma simples questão de legalidade. Este é o problema. Parece que o fundamento da legitimidade é, na verdade, a legalidade, bastando estar na lei para que seja legítimo.

O desenvolvimento histórico das sociedades ocidentais durante o séc. XX não comprova esta idéia.

A Alemanha nazista, os EUA racistas... Todas estas atrocidades estavam garantidas pela lei.

Em termos históricos, parece que somente o poder legítimo pode ser considerado como fonte de Direito. Para dar conta desse poder legítimo, a filosofia jurídica elaborou no séc. XX, um terceiro modelo, segundo o qual o fundamento do Direito Positivo seria a dignidade da pessoa humana, pois o poder só seria legítimo quando reconhecesse que o ser humano tem um valor em si mesmo.

Dentro do **modelo humanista**, a legitimidade do Direito uma questão muito simples e essencial. Não é preciso encontrar nenhuma característica do ser humano para fundamentar o Direito Positivo.

Não é preciso mais nada para fundamentar o Direito além do próprio ser humano, pois é ele um valor em si mesmo. Isso é ser humanista. O ser humano é um ser diferenciado porque tem valor. Basta que o poder reconheça o ser humano como ser humano.

Os três modelos que aparecem no contexto da filosofia jurídica (humanismo, positivismo e jusnaturalismo) representam, em termos muito gerais, o desenvolvimento da questão da legitimidade moderna.

No entanto, esses modelos, ao apresentarem estes fundamentos (razão, poder e dignidade da pessoa humana), acabam enfrentando um problema característico da sociedade contemporânea: **o problema da crise dos fundamentos**. Esse problema começa a se tornar claro no séc. XIX e hoje ele está em bastante evidencia. Na sociedade contemporânea parece que todo fundamento é sempre algo vago, variável, com sentidos heterogêneos e, por isso mesmo, conflituosos¹. Nenhum fundamento, na modernidade, parece ser capaz de trazer segurança e certeza. Isso principalmente a partir de Nietzsche. No mundo em que vivemos, com liberdade subjetiva dada a todos, cada um tem seu deus, a verdade é uma simples questão de interpretação. Se Deus morreu, todo fundamento pode ser questionado. Se Deus morreu, no mundo em que vivemos tudo é possível. A noção de fundamento é, como todas, variável. Bobbio diz isso também. A dignidade é discutível.

Em vista do problema da crise dos fundamentos, a filosofia jurídica não parece ter grande função para o conhecimento do Direito na prática. Seus modelos parecem ser **grandes ideologias** que, ao serem aplicados, sempre podem ser questionados.

Se a filosofia jurídica pode contribuir para o conhecimento do Direito, mas sua contribuição não está nos modelos, pois os modelos somente apresentam fundamentos ainda mais problemáticos.

Em termos históricos, a contribuição da filosofia jurídica parece estar, desde o séc. XIX, em um outro aspecto das teorias que os juristas elaboram para discutir a legitimidade do Direito. É possível reconhecer alguma utilidade na divisão entre jusnaturalismo, positivismo e humanismo, mas esse outro aspecto tem a vantagem de não se limitar a um fundamento.

Em vez de fundamentar o Direito Positivo (em vez de apresentar um fundamento para o Direito Positivo), as teorias jurídicas desde o séc. XIX também desenvolvem uma outra atividade que se caracteriza pela crítica do senso comum dos juristas e pela apresentação de uma nova visão do Direito com base nessas críticas. Esse outro lado da filosofia jurídica é conhecido como **conhecimento crítico social**. É ao estudo do conhecimento crítico social que iremos nos dedicar agora neste curso.

Pela filosofia jurídica desenvolvemos um conhecimento crítico social, além de fundamentar o Direito. Este conhecimento corresponde a teorias da filosofia jurídica criticando o senso comum dos juristas.

As principais teorias jurídicas que apresentam este conhecimento crítico social podem ser organizadas em 3 (três) grupos: teorias da coerção, teorias da validade e teorias da justificação do Direito.

As teorias da coerção apareceram no séc. XIX. Elas se desenvolveram especialmente no sistema anglo-saxônico com uma crítica ao senso comum dos juristas daquela época que ainda eram muito ligados ao modelo jusnaturalista. Com esta crítica, essas teorias trouxeram uma nova visão do Direito, segundo a qual o elemento social que caracteriza o Direito seria a coerção. O Direito tem a ver com a idéia de sanção, controle social.

Já as teorias da validade surgiram no começo do séc. XX com uma crítica do senso comum daquela época, que associava Direito e coerção. Com essas críticas as teorias da validade trouxeram uma nova visão do Direito, segundo a qual o Direito não é uma ordem coativa, e sim um conjunto de normas válidas (que alguns vão chamar de ordenamento). Essas teorias foram importantes até a década de 70 (Kelsen, Hart, etc...), quando surgiram novas teorias que apresentaram uma crítica ao senso comum dos juristas, que associavam Direito e validade.

De acordo com essas novas teorias, o elemento social que caracteriza o Direito não é nem a coerção, nem a validade, mas o processo argumentativo pelo qual se justifica uma situação por referência a princípios.

¹ Ver texto do Bobbio.

TEORIA JURIDICA DE JOHN AUSTIN



- 1) Pressupostos: Utilitarismo
- Teoria moral → Bem — Felicidade
 - Teoria social → Reforma social → leis/instituições — Exp = prazer ≠ dor = bem-estar
 - Nova ética → Funcionalista/consequencialista
- 2) A teoria dos comandos (teoria jurídica de Austin)
- 2.1) Crítica ao senso comum jurídico → “lei” + “natural”
 - 2.2) Relação entre Direito e soberania
 - 2.3) Nova visão do Direito = comandos coercitivos do soberano

A filosofia jurídica costuma ser organizada sob modelos de fundamentação (os principais: jusnaturalismo, positivismo e humanismo), mas não se resume a isso. A filosofia jurídica é mais que a apresentação de modelos de fundamentação.

Na sociedade contemporânea, a noção de fundamento é ela própria a resposta. Fundamento é algo vago, variável, heterogêneo e conflituoso. Portanto, a filosofia jurídica não pode se resumir a trazer modelos de fundamentação.

Os filósofos do Direito trazem, além de um simples modelo de fundamentação, uma crítica ao senso comum dos juristas. Se propõem a apresentar um novo entendimento da relação entre Direito e sociedade. Este outro aspecto da filosofia jurídica, que está além da apresentação de modelos de fundamentação, se chama **pensamento crítico social**.

A primeira grande teoria jurídica a trazer uma crítica social (trazer o conhecimento crítico social) para o Direito, para além dos modelos de fundamentação, foi a de Austin (teoria dos comandos de John Austin).

CRÍTICA DO JUSNATURALISMO E PROPOSTA DE UMA TEORIA ANALÍTICA

A teoria jurídica elaborada pelo jurista inglês John Austin, no começo do séc. XIX (por volta de 1830~40) na Inglaterra, começa com uma crítica ao jusnaturalismo.

Austin criticada dois conceitos bases do jusnaturalismo: o conceito de direito subjetivo e o conceito de lei natural.

Austin não negou a existência de leis naturais, nem de leis divinas. Ele apenas não aprovou o uso destas expressões no estudo do Direito.

Lei natural era um conceito que, quando empregado no Direito, significava “lei que vem da razão”, algo que já estava empregado na consciência das pessoas.

Este conceito, empregado em outras áreas do conhecimento tinha outros significados, como “lei da natureza” (como a lei da gravidade, p.e.).

Assim, Austin defendia que de tanto falar em lei natural no campo do Direito os juristas estavam confundindo Direito com moral, religião, etc.

Sua proposta foi olhar apenas para as leis jurídicas, e fazer com elas uma análise.

Elementos específicos das leis jurídicas, identificados a partir da análise de Austin (método analítico):

- manifestação da vontade
- esta vontade não se manifesta por meio de um pedido, e sim de um comando
- este comando vem acompanhado de uma coerção (ameaça de um mal caso corra desobediência do que foi ordenado, esse mal é a sanção)

A partir da identificação destes elementos, conclui-se que Direito é um comando coercitivo.

No entanto, o Direito não é apenas isso, pois muitas pessoas podem dar um comando coercitivo (um ladrão, um chefe - assédio), e isto não é Direito.

O Direito é comando coercitivo do soberano.

Coerção difere de coação. Na coação alguém age por você. Na coerção você faz o que quiser porque é livre, mas se não fizer o que eu quero você sofrerá um mal.

TEORIA POSITIVISTA: NEGA O DIREITO NATURAL

A teoria de Austin costuma ser entendida como uma **crítica do jusnaturalismo** e, a partir disso, ela é considerada uma **teoria positivista do Direito**. Cf. Bobbio, Austin é o pai do positivismo no sistema anglo saxônico (Inglaterra).

É preciso, porém, tomar muito cuidado com este entendimento (que aparece, p.e., na obra do Bobbio), ele é apenas uma visão simplificadora da teoria de Austin, que procura simplesmente encaixar a teoria nos modelos tradicionais de filosofia jurídica.

Dizer que Austin é positivista não explica sua teoria, apenas a rotula utilizando o método da exclusão, “ele não é humanista, nem jusnaturalista... então sobrou positivista”.

Rotular a teoria de Austin não ajuda a compreender o seu raciocínio jurídico, assim como, não ajuda a perceber qual foi exatamente a contribuição do Austin para um conhecimento crítico social do Direito.

Cuidado sempre com o Bobbio, ele é muito simplificador.

Para compreender a teoria de Austin é preciso, em primeiro lugar, compreender seus pressupostos, os pressupostos específicos de sua teoria.

PRESSUPOSTOS DA TEORIA DE AUSTIN

Entre esses **pressupostos**, certamente se destacam o historicismo e a preocupação com a linguagem². A teoria de Austin recebeu influência dos estudos históricos do Direito, que começaram a ser feitos no sec. XIX, assim como ela também recebeu influência do estudo da terminologia jurídica (estudo dos conceitos jurídicos) feitos na Idade Média pelo pensamento escolástico.

A filosofia jurídica desenvolvida por Austin está organizada em uma obra que reúne as aulas dadas por ele. Esta obra foi publicada em 1832 com o nome de “A delimitação do campo da teoria do Direito” (*The province³ of jurisprudence⁴ determined⁵*).

Nestas aulas, Austin demonstra admiração pelo estudo histórico do Direito e pelo uso muito preciso dos conceitos jurídicos.

Ele sempre busca tratar o Direito como um fenômeno social localizado historicamente e, dentro desse fenômeno, ele busca apresentar uma classificação dos conceitos jurídicos que possa ser a mais exata possível⁶, sem metáforas ou analogias.

² O sentido exato das palavras era preocupação de Austin em sua teoria. No entanto, na prática do Direito, o interessante é que as palavras tenham amplo significado para se encaixar no caso do nosso cliente!

³ Província, espaço, campo.

⁴ Não é jurisprudência, é teoria do Direito, ou estudo racional do Direito.

⁵ Delimitado.

Austin foi um advogado na Inglaterra, mas não gostava da profissão de advogado. Não se dando muito bem na prática, ele recebeu fazer teoria, então ele se tornou professor da Universidade de Londres, titular da cadeira de “*jurisprudence*”, que significa “estudo do Direito”, “teoria do Direito”, e não jurisprudência. Para dar as aulas ele foi estudar um pouco na Alemanha, pois na Inglaterra não existia estudo universitário de Direito até o séc. XVIII.

Na Alemanha ele foi aluno de Savigny e companheiro de classe de Marx! Savigny é o responsável pelo início dos estudos históricos do Direito na Alemanha.

Austin seguiu a tradição alemã, contrariando a tradição inglesa.

Na Inglaterra o estudo do Direito não era universitário e preciso, ocorria nos bares das Cortes e com a análise de casos concretos.

As aulas na Universidade inglesa não eram obrigatórias, as matérias eram escolhidas pelos alunos. As aulas do Austin foram perdendo alunos, pois na Inglaterra eles eram muito práticos. Austin parou de ser professor, foi viver de renda, morreu com depressão.

Ele se considerava um homem que nasceu no lugar errado na data errada. Gostaria de ter sido alemão do século XIII, e não inglês do sec. XIX.

O pressuposto que predomina na obra de Austin não é, porém, o estudo da linguagem nem o historicismo. A principal influência recebida pela teoria de Austin estava no próprio contexto do pensamento inglês. Seu pressuposto principal era uma teoria desenvolvida no contexto do pensamento inglês para explicar a moral. Essa teoria é a utilitarista.

Embora Austin tivesse enorme preocupação com a história do Direito (como Savigny) e a exatidão das palavras (precisão da linguagem, como os escolásticos, p.e., São Tomás de Aquino), entre os pressupostos historicismo, exatidão da linguagem e utilitarismo, o principal pressuposto para a concepção do Direito de Austin é o utilitarismo.

Em primeiro lugar, para entender a teoria de Austin, é preciso entender o utilitarismo, e não classificá-la como positivista por ir contra o jusnaturalismo.

Austin era muito ligado ao utilitarismo em sua própria experiência prática social. A filha de Austin namorou com Stuart Mill! Austin era vizinho de James Mill, pai de Stuart Mill. Austin, além disso, era amigo de Bentham!

A teoria utilitarista é antes de tudo uma teoria moral. Seu objeto de estudo é o objeto de estudo tradicional da moral, a noção de bem. Essa noção, porém, foi entendida pelos utilitaristas de um modo peculiar: o bem foi identificado com a felicidade⁷.

Sendo uma teoria moral, o utilitarismo, portanto, preocupa-se com a questão do bem, como a maior parte da tradição filosófica, desde Platão até o século XVIII. O utilitarismo é uma teoria moral como uma teoria do bem.

Moral é o campo daquilo que é bom, afastando o que é mau. Isso não é nada revolucionário, esta é apenas mais uma teoria de bem e mal. Kant troca a ética baseada na noção de bem pela ética baseada na noção de dever.

Para compreender a felicidade seria possível elaborar um raciocínio especulativo. Para os utilitaristas, porém, o caminho para compreender a felicidade não é a especulação, é a consideração da experiência concreta do ser humano. A felicidade, não é considerada em termos abstratos. Essa é a inovação do pensamento utilitarista⁸. A felicidade deve ser observada empiricamente (na experiência da vida humana). Neste contexto, a felicidade aparece como a realização do prazer e a ausência de dor e sofrimento. O bem,

⁶ Austin sempre está preocupado em falar de um Direito num contexto histórico, e não universal. Para isso ele sempre utiliza a análise das palavras, preocupado em evitar o uso de analogias e metáforas. Há na obra de Austin, a preocupação de utilizar corretamente os conceitos, sem uma consideração mais prática do Direito.

⁷ O homem busca o bem para ser feliz, então o bem é a felicidade. O homem busca o que é bom, buscando acima de tudo ser feliz. O máximo do bom é a felicidade. Portanto, o bem é a felicidade. Isso até parece Aristóteles.

⁸ Os utilitaristas rejeitam o estudo especulativo da felicidade, que é frequentemente feito pelos filósofos.

portanto, é aquilo que é útil para maximizar o prazer e minimizar a dor.⁹ O bem é aquilo que é útil para o bem-estar. Uma boa ação para o utilitarista é aquela que traz prazer e afasta a dor, aumentando o bem-estar naquela situação.

Em suma, o utilitarismo é uma teoria moral que estuda o bem, que corresponde à felicidade observada na experiência humana. O bem, portanto, é o prazer, sem a dor e o sofrimento.

Utilitarismo:

- teoria moral
- sobre o bem
- bem é felicidade (não é o belo, não é a verdade)
- felicidade compreendida na experiência humana
- maior prazer, menor dor e sofrimento
- bem-estar
- bem-estar do maior número de pessoas → bem estar social (e não pessoal)
- boa ação é a ação útil para promover o bem-estar social (uma ação é boa ou ruim pelo seu resultado)

Essa teoria moral (a moral do prazer, da utilidade, do bem-estar) não serve, contudo, para elaboração de uma psicologia dos comportamentos individuais. A teoria utilitarista é mais uma teoria social preocupada com o modo de organização da sociedade (da vida social como um todo). A defesa do critério moral da utilidade serve para os utilitaristas rejeitarem outras teorias sociais, especialmente, a teoria contratualista, que era predominante no sec. XVIII e no início do sec. XIX.

A visão da moral do pensamento utilitarista é aplicada pelos utilitaristas para compreender a sociedade. Os utilitaristas propõem uma moral do prazer para se contrapor a compreensão tradicional da melhor forma de organização social. A compreensão tradicional é a compreensão contratualista, ou seja, os utilitaristas rejeitam a idéia de que a sociedade será melhor organizada se for pressuposto em contrato hipotético entre governantes e governados. O contrato social é hipotético, não está na experiência humana. Assim, a teoria utilitarista tem objetivo social, mostrando que há uma explicação da vida social melhor que a dos contratualistas.

Até o séc. XIX teoria social não é sociologia. A sociologia só foi criada no sec. XIX. Antes da sociologia já existia teoria social, a predominante era a do contrato social. As teorias contratualistas não objetivavam mostrar a vida como ela é, a sociedade como ela é. As teorias contratualistas objetivavam mostrar como seria a melhor forma de sociedade baseando-se em hipóteses. A teoria do contrato social não é empírica, é hipotética.

Para os utilitaristas a teoria do contrato social é fantasiosa, pois deixa de lado a experiência da vida humana para explicar a sociedade apenas a partir de hipóteses (que não podem ser comprovadas pela experiência). As teorias contratualistas, por isso, não são realistas, não explicam a realidade. Para os utilitaristas, não existe contrato social e a política não é baseada em hipóteses. A compreensão da política também vem da experiência humana.

De acordo com os utilitaristas, para organizar a sociedade os governantes devem buscar aquilo que é útil para o bem-estar do maior número de pessoas. A melhor forma de organizar e explicar a sociedade é a mais útil, portanto, para organizar a sociedade, o melhor critério só pode ser o bem-estar da maioria. Com base no critério da utilidade, os utilitaristas apresentaram vários projetos de reforma da sociedade. Reforma da legislação, das prisões, dos governos, etc.

Ao elaborar a teoria utilitarista para contrariar o contratualismo, o utilitarismo também contrariou a teoria do Direito que estava por trás do contratualismo: o jusnaturalismo, pois toda teoria jusnaturalista/contratualista sempre desemboca num precedente para rebelar-se contra o governo (direito à desobediência civil). Hobbes: se o Estado ferir o Direito à vida pode-se rebelar. Locke: se o Estado ferir

⁹ Em termos empíricos, ser feliz é buscar o próprio prazer e afastar a dor e o sofrimento.

qualquer direito, especialmente a propriedade, pode-se rebelar, e este direito de rebelar-se é tão amplo que surge a noção de revolução.

O que os utilitaristas pretendem com a moral do prazer não é uma psicologia, é propor uma reforma das leis e instituições sociais com base no critério do bem-estar. Utilitaristas não são revolucionários, rebeldes, são reformistas.

É o utilitarismo a base do *Welfare state* (estado de bem-estar social).

É o utilitarismo a base da estatística (forma de cálculo matemático para organização do governo).

O utilitarismo é mais que uma psicologia, é uma teoria social com vários reflexos políticos.

A principal contribuição do utilitarismo ultrapassa, contudo, o campo político. A principal contribuição está na ética. A doutrina utilitarista criou uma teoria moral com reflexos sociais que, no seu conjunto, significa uma nova ética, totalmente diferente da tradição ética anterior, muito ligada à ética personalista desenvolvida a partir do cristianismo.

A ética personalista é um exemplo de ética tradicional. O utilitarismo é uma nova ética, uma ruptura total com a tradição ética personalista de base cristã.

Batalha: “Essa é uma boa questão para a prova!” → Qual a diferença entre teoria ética utilitarista e as teorias éticas anteriores?

Na tradição ética a boa ação é considerada de um modo substancialista, essencialista e orientado para o passado. O bem é uma substância dentro da tradição ética. Isso quer dizer que existem na tradição ética, coisas boas e coisas ruins. O bem e o mal são substantivos e não subjetivos. Na ética cristã, matar alguém não é bom, é ruim, é o mal, o mal concreto. Mentir é ruim, a mentira em si mesmo é má.

A ação é boa quando leva em consideração o bem como uma essência prévia que determina o ato. Uma ação é boa quando leva em consideração o bem como essência prévia que determina o ato.

Quando realizo um ato bom, boa ação, concretizo o bem. O bem antes era uma essência prévia. Atualização no ato do bem determinado por Deus. Deus é o único bem em si mesmo.

Isso leva a uma orientação da ação sempre para o passado. Agir bem é observar aquilo que já é considerado bom no passado da minha comunidade. Essa orientação para o passado é uma orientação para os costumes. Esta é a idéia de moral em latim “*mores*”, que significa “costume”. Então, seguir a moral, tradicionalmente, é seguir os costumes.

Manga com leite faz mal! Vc não deve agir assim. Rejeite a manga com leite! Vc não pode gostar disso!

A ética utilitarista rejeita todas essas idéias, substancialistas, essencialistas, orientadas para o passado. A ética utilitarista traz uma nova visão da ética com caráter funcionalista, quantitativa, e consequencialista, ou seja, orientado para as conseqüências futuras. O critério de julgamento dos comportamentos, leis, instituições, etc, na nova ética, é o princípio da utilidade.

Este critério utilitarista é racional. Uma ética irracionalista seria uma ética não cognitivista, uma ética que não tenha razão que explique porque uma ação é boa ou ruim. No utilitarismo essa razão existe: é a utilidade.

Na ética utilitarista o bem não é uma coisa, é uma função avaliada em quantidades e não em qualidades: o bem é aquilo que é útil para o maior prazer e menor dor para o maior numero de pessoas.

O Capitão Nascimento (tropa de elite) tem moral sim, mas não a tradicional (cristã), e sim a utilitarista!

Na nova ética funcionalista e consequencialista, matar é ético se funciona! Mentir também pode ser ético, etc.

No entanto, o princípio da utilidade é um critério totalmente vazio, sem nenhuma substancia que o defina. Útil é aquilo que funcione para aumentar prazer e diminuir dor do maior numero de pessoas.

O utilitarismo troca a linguagem da moral da religião para a economia.

Essa avaliação quantitativa será ponderada com relação aos resultados da ação. Logo, o julgamento ético, nos utilitaristas, é um cálculo. Nesta nova ética, o bem não é mais um pressuposto da ação, uma essência que antecede a existência de um ato. O bom é o resultado do ato. O critério da ação, portanto, é deslocado do passado para o futuro.

O juiz que julga bem é o que calcula conseqüências para o maior prazer e menor dor para o maior numero de pessoas... e não aquele que respeita a dignidade humana. Um ser humano escolhe bem tendo em vista as conseqüências de seu ato.

O utilitarismo transforma a escolha ética num calculo de conseqüências que podem aumentar o bem-estar e reduzir o sofrimento do maior numero de pessoas.

Ética consequencialista: razão estratégica, calculista → que, no começo do nosso século, resulta no nazismo.

Essa orientação da ética para o futuro levará, no campo penal, a uma nova teoria da pena, segundo a qual a função social da pena não é a retaliação, mas a prevenção.

Na tradição ocidental, pena é retaliação, vingança.

Utilitaristas dizem: o sentido da pena não está no passado, com a retaliação, está para o futuro com a prevenção.

Além disso, o utilitarismo também tem outro reflexo jurídico que aparece na teoria da Austin.

Dentro dessa teoria, com base nas idéias utilitaristas, Austin critica a idéia de que Direito é simplesmente lei e, mais ainda, a teoria jusnaturalista que entende que o Direito não é só lei, mas estaria baseado em leis naturais.

Austin com base no utilitarismo mostra que as duas idéias não tem sentido. Direito não tem a ver com natureza, tem a ver com soberania e seus comandos coercitivos. Direito são comandos coercitivos do soberano.

CONSEQUÊNCIAS DA TEORIA DE AUSTIN PARA O PENSAMENTO JURÍDICO

A teoria dos comandos proposta por Austin traz 3 conseqüências principais para o pensamento jurídico:

- 1) O Direito passa a ser entendido como um produto da política. O conhecimento jurídico, no fundo, passa a ser o conhecimento das determinações que os políticos da comunidade estabeleceram como Direito. No fundo, Direito é política, pois o Direito vem da soberania, é determinado por ela.
- 2) A política que determina o Direito se caracteriza pela repressão. O sentido social das leis jurídicas passa a ser o controle repressivo da liberdade de alguns indivíduos para garantir o convívio dos demais indivíduos. Se Direito é comando coercitivo do soberano, as leis jurídicas são repressivas. O Direito é um grande mecanismo social de repressão de comportamentos. O Direito existe para limitar a liberdade de uns para garantir a liberdade de outros.
- 3) Todos os enunciados que não apresentarem os elementos específicos das leis jurídicas (vontade, comando, coerção, soberania) não podem ser considerados parte do Direito mesmo que se aproximem da forma das leis jurídicas (mesmo que pareça ser lei jurídica).
 - 3.1) Neste contexto, costumes não são Direito para Austin, pois os costumes não tem forma de ordem, e sim de hábito; esse hábito é uma prática social baseada na tradição, e não na coerção. Para Austin, costume faz parte da moral.
 - 3.2) Também não é Direito os tratados internacionais, pois eles se dão entre soberanos (e não entre súditos), não havendo hierarquia. O que eles fazem são acordos (e não comandos coercitivos). Para Austin, Direito internacional não existe, o que existe é uma moralidade internacional.
 - 3.3) O Direito constitucional, para Austin, também não é Direito. A Constituição aparece sob a forma de uma lei, mas é uma lei diferente das outras leis. A CF é uma lei, mas é uma lei diferente das outras leis. A CF é uma lei que simplesmente declara¹⁰ direitos dos súditos¹¹ como cidadãos, servindo para limitar o poder do soberano. A CF reprime o soberano, e não os súditos. O soberano passa a ter algo acima dele: a CF. Quem manda é a CF, ela é a soberana.
Para Austin isso não faz sentido, pois ela não dá ordens, não reprime, não é decorrente do

¹⁰ Declarar é deixar claro.

¹¹ Os súditos são aqueles que estão abaixo da ordem hierárquica.

soberano.

A CF não faz parte do Direito, e sim da moral. Direito de verdade é Direito Penal!

Esse modo de compreender o Direito, originado na teoria dos comandos de Austin, teve grande repercussão na sua época (séc. XIX). Muitos juristas foram influenciados pelo método analítico, pelos elementos que esse método permite identificar e pelas conseqüências que ele traz para o conhecimento do Direito. Não apenas no sistema anglo-saxônico, mas também e, principalmente, no sistema romano germânico, estudar o Direito passou a ser buscar os comandos coercitivos do soberano.

De certa forma, essa visão do Direito é influente até hoje, pois foi incorporada pelo senso comum dos juristas, se tornando praticamente uma ideologia que os juristas utilizam muitas vezes sem consciência disto.

Nos EUA, porém, a teoria dos comandos não foi recepcionada de um modo amplo. Ela enfrentou resistência de um grande grupo de juristas que a consideraram tão insuficiente quanto as teorias jusnaturalistas. Esse grupo de juristas não é totalmente contrário às idéias de Austin. Eles concordam com a crítica que Austin fez ao conceito jusnaturalista de lei natural.

Eles, porém, entendem que a crítica de Austin ainda é superficial porque não ataca um ponto fundamental de toda a teoria jusnaturalista: o idealismo, ou seja, a falta de contato direto com a realidade efetiva que se manifesta nos fatos sociais.

Austin teria se preocupado demais com as palavras, conceitos das teorias, esquecendo que o conhecimento verdadeiro não é o estudo das palavras mais adequadas, ele é o conhecimento da realidade social.

O principal crítico das insuficiências do jusnaturalismo e da própria teoria de Austin para conhecer o Direito foi o juiz americano Oliver Wendell Holmes Jr.

Holmes elaborou uma teoria baseada na crítica de 2 aspectos do jusnaturalismo que não foram enfrentados pela teoria de Austin.

Críticas:

- 1) Por um lado, a teoria jusnaturalista não se limita a falar em leis naturais. Ela também trata dos direitos e deveres subjetivos que as pessoas tem, e entende que esses direitos e deveres já estão na natureza humana, como se bastasse consultar a consciência para saber o que é Direito de fato obrigatório dentro da vida social.
- 2) Por outro lado, os jusnaturalistas defendem tanto que a origem do Direito é a razão, que para eles a força que move o Direito seria a lógica, como se nos casos concretos o Direito fosse determinado de um modo lógico, como se as decisões dos juízes fossem meras deduções demonstrativas (pega a lei, encaixa no caso e tira uma conclusão), como se os juízes fizessem uma mera subsunção.

Para Holmes, todas estas idéias estão completamente equivocadas (tão quanto a expressão lei natural), pois, de um modo realista, os direitos e deveres existem de fato quando estão efetivados. O Direito não existe "law in books", ele é "law in action". Essa efetivação, Segundo Holmes, é feita pelos juízes, dentro dos processos judiciais, mas o modo judicial de decidir casos concretos não é a subsunção, os juízes não fazem deduções, eles não decidem a partir da lógica, a força que move os juízes é outra, ela está na história, na política e, principalmente, nos interesses que predominam em cada caso concreto.

A melhor forma de conhecer o Direito, portanto, não pode ser nem o conceito de lei natural nem o método analítico de Austin.

O melhor método de conhecer o Direito é a pesquisa empírica feita nas decisões dos tribunais.

Essa teoria ficou conhecida como teoria realista do Direito.

Pergunta do Batalha no começo da aula: Contribuição das **teorias crítico-sociais** para o estudo do Direito – crítica do conhecimento do senso-comum dos juristas para além dos modelos de fundamentação. NOVO ENTENDIMENTO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E SOCIEDADE.

TEORIA REALISTA DE OLIVER WENDELL HOLMES JR.**1) Pressupostos metodológicos****2) A questão do ponto de vista****3) Novo significado para a legislação****4) O ceticismo perante as regras**

A teoria realista proposta por Holmes pressupõe que o conhecimento verdadeiro do Direito não decorre do estudo da linguagem. Ela pressupõe que a linguagem é apenas um conjunto de palavras, elementos abstratos para as pessoas falarem umas com as outras, enquanto a realidade é uma questão de fato.

A realidade não está nestes elementos abstratos, ela está em fatos sociais, práticas institucionais e comportamentos que as pessoas desempenham dentro da vida social. As palavras não são a realidade sobre algo. As palavras representam coisas que existem no mundo real. O conhecimento verdadeiro (a realidade do Direito), portanto, só pode estar no estudo dos fatos, da realidade social, das práticas e dos comportamentos humanos. Estes comportamentos, no campo do Direito, se manifestam por meio das práticas processuais, a prática jurídica ocorre nos tribunais, tendo por foco a figura central do processo: o juiz.

Portanto, o conhecimento verdadeiro do Direito é o conhecimento que leva em consideração os fatos sociais, as práticas e os comportamentos dos juízes ao tomarem suas decisões.

A teoria jusnaturalista e a teoria de Austin não levam estes aspectos em consideração. A teoria jusnaturalista estuda as leis jurídicas com base em pressupostos mentais (direitos universais que estariam dentro da consciência de todo ser humano).

A teoria de Austin não busca leis naturais nas leis jurídicas, mas ela estuda as leis jurídicas apenas em seus conceitos (crítica do conceito de ‘lei natural’ e proposta de adoção do conceito ‘comandos coercitivos do soberano’).

Para Holmes, estas teorias, portanto, não mostram a realidade do Direito. A teoria mais adequada para mostrar a realidade do Direito parece ser a teoria que vai além do método jusnaturalista e do método analítico, buscando os fatos sociais, as práticas e os comportamentos nos quais o Direito efetivamente se manifesta. O método para desenvolver este estudo do Direito (a partir de fatos sociais, práticas e comportamentos do Direito) é o método empírico. A melhor forma de conhecer o Direito é o método empírico. Este é o pressuposto metodológico da teoria do Holmes.

Pergunta que poderia estar na prova: Em vista destes pressupostos, Holmes considera adequado o método analítico proposto por Austin?

Não, pois o método analítico baseia-se no estudo da lei jurídica, no campo da teoria. Isso se classifica como o direito “Law in books”. Para Holmes, um realista, o Direito encontra-se nos fatos sociais, na prática ocorrida nos tribunais (“Law in action”).

Em vista dos pressupostos do método analítico proposto por Austin, o método analítico não é adequado para estudar o Direito, segundo Holmes, pois, a análise das leis cuida apenas da linguagem jurídica, separando (analisando) os conceitos especificamente jurídicos dos outros conceitos que podem gerar mal entendidos e confusões.

Com o método analítico, Austin objetivava o estudo do Direito sem utilizar o conceito de lei natural, e sim utilizar a lei como comandos coercitivos do soberano. Termos políticos que descrevem o Direito de verdade.

Para Holmes, o uso de palavras não descreve o Direito, pois a realidade não está nas palavras, está nos fatos sociais, no comportamento das pessoas na vida concreta/real, na prática jurídica.

Para Holmes, o melhor método de estudo do Direito é o método empírico. Este método permite identificar como os juízes decidem efetivamente e, assim, com base no comportamento habitual dos juízes, os juristas podem prever a probabilidade de estes comportamentos se repetirem. Para Holmes, o uso método empírico leva à idéia de que o conhecimento do Direito corresponde à previsão, ou mais ou menos acerto, a respeito de como os tribunais decidirão os casos futuros.

Conhecer o Direito é conhecer a probabilidade de o juiz decidir o processo a seu favor ou contra você.

Para Holmes, a teoria de Austin foi um bom começo para a crítica do direito natural, mas não teve bom desenvolvimento, pois parou nesta crítica.

Austin em sua teoria somente propôs um estudo das palavras, da linguagem, que para Holmes, não é o estudo da realidade concreta do Direito.

É preciso ser mais que analítico para dar fim ao jusnaturalismo. É preciso utilizar o método empírico.

Um jusnaturalista chama a lei escrita de lei porque corresponde ao registro daquilo que a consciência humana identifica como lei natural, dada pela razão.

Austin chama uma lei escrita de lei porque é um registro do que os políticos nos mandaram fazer sob a ameaça de sanção caso não cumpramos tais ordens, são produto do poder político legislativo, são registro dos comandos coercitivos do soberano.

Holmes não chama uma lei escrita de lei, de Direito, chama de pedaço de papel. Estar escrito ali não significa que exista de fato na realidade. Para saber se existe na realidade é preciso olhar para a sociedade, para a vida social, e não no livro. O Direito no livro (“law in books”) não é o Direito na realidade (“law in action”). Para Holmes uma lei só existe se tem eficácia, e não se ela somente está escrita porque o soberano assim ordenou coercitivamente.

Para Holmes, para conhecer o Direito, é preciso observar fatos sociais, práticas e comportamentos. Mas, esses aspectos devem estar relacionados especificamente ao Direito. A prática social na qual o Direito se manifesta de modo mais específico é o processo judicial. Dentro dos processos estão as situações concretas nas quais o Direito se efetiva. É dentro do processo que aquilo que estava escrito no livrinho é efetivado. O principal momento do processo para a determinação do Direito é a decisão judicial. Nas decisões dos juízes, o Direito se manifesta e se impõe como obrigatório de fato. Portanto, para conhecer o Direito na realidade é preciso, segundo Holmes, estudar como os juízes decidem os processos. O conhecimento jurídico verdadeiro é o conhecimento do comportamento dos juízes dentro dos processos.

Mostrar o Direito de fato é mostrar a jurisprudência. Conhecer o Direito concreto de fato é conhecer a jurisprudência.

O modo como estudamos o Direito em nossa faculdade não é a partir da jurisprudência, é a partir da leitura da doutrina e da legislação.

Para Holmes isso não é conhecimento do Direito de verdade. O conhecimento de nossa faculdade não é realista.

Por isso alguns dizem: “aprendo mais no estágio que na faculdade!”. Na facul estudo apenas palavras! Palavras dos livros, do código (“law in books”). Não estudamos pelo método empírico, estamos do campo da fantasia!

Holmes não nega que as leis fazem parte do Direito, no entanto, elas somente o são quando fundamentam a decisão dos juízes. Os artigos de lei são apenas parte do Direito quando embasam a decisão dos juízes. Esta é a teoria da previsão do Holmes.

O melhor ponto de vista para desenvolver a capacidade de prever as decisões dos tribunais, é o ponto de vista de quem mais se preocupa com as conseqüências de seus atos. Essa pessoa Holmes chama de o “homem mau”. Isso, porem, não significa apenas que para conhecer o Direito, pouco importa a moralidade. O melhor ponto de vista para estudar o Direito é o ponto de vista que mais se preocupa com as decisões dos juízes dentro dos processos judiciais.

Holmes afirma que não interessa se vc é bom ou mau para estudar o Direito. Vc pode ser mau e estudar o Direito, não interessa se vc tem ou não moralidade. O homem mau pode conhecer o Direito até mesmo mais que o homem bom.

Segundo Holmes, ninguém tem mais preocupação com isso do que o “homem mau”, ou seja, aquela pessoa que age sem moralidade na sua conduta mas muito interessada nas conseqüências que esses casos podem ter quando julgados nos Tribunais. O “homem mau” não tem preocupações morais, ele é uma pessoa interesseira, com interesse no resultado de seu processo. Ele é indiferente com a moral mas muito preocupado com os resultados de seu processo.

O conhecimento do Direito não depende da moral, mas depende de um raciocínio calculista das conseqüências que os atos podem ter perante o Poder Judiciário. Isso indica que, para Holmes, o conhecimento da realidade do Direito não depende apenas dos fatos sociais, ele também depende de uma certa razão calculista que, no fundo, tem origem em uma certa moral (uma certa moral que defende o cálculo): a moral utilitarista. Esta é outra semelhança do Holmes com o Austin. Assim como Austin, Holmes também foi influenciado pelo utilitarismo. Enquanto Austin usou o utilitarismo para criticar a noção de lei natural a teoria de Holmes vai mais adiante, e transforma o utilitarismo na principal referência para o estudo do Direito. Conhece o Direito quem sabe calcular a probabilidade de certas decisões judiciais se repetirem ou não.

Apostila, p. 70-72.

Para conhecer o Direito, portanto, os juristas devem usar o método empírico é, com base nesse método, tratar o Direito do ponto de vista do “homem mau”. O jurista deve se colocar no lugar do “homem mau”. Se ele fizer isso, ele poderá desenvolver a capacidade de prever como as decisões judiciais serão tomadas no futuro.

Para Holmes, conhecer o Direito é isso. Conhecer as tendências de decisões. Postura calculista, estatística. Você tem que enxergar o Direito do ponto de vista do bandido! O “homem mau” não se preocupa com a moral, somente com o Direito!

O réu olha para o Direito como fato concreto, ele quer saber como o processo será decidido.

A teoria realista leva a uma **teoria da predição** como forma de conhecer o Direito. Conhecer o Direito é conhecer o que os Tribunais decidirão de fato.

Para os jusnaturalistas, conhecer o Direito é conhecer a natureza humana.

Para Austin, conhecer o Direito é conhecer os comandos coercitivos do soberano.

Para Holmes, conhecer o Direito é conhecer a jurisprudência.

Se não existe aplicação de uma lei (novo fato), aquele Direito não existe.

Então os juízes criam o Direito para aquele novo fato, a partir de si próprios (com base em si próprios, e não na lei, porque a lei não importa!).

A teoria da predição não transforma a legislação em um elemento irrelevante para o estudo do Direito.

Holmes não nega que a legislação pode ser fonte de Direito, no entanto, o significado da legislação dentro da teoria realista é um significado novo.

As leis não são fonte de Direito porque seriam leis naturais ou comandos coercitivos do soberano.

Uma lei serve para o estudo do Direito na medida em que oferece profecias sobre como os tribunais decidirão no futuro. **Esse é o novo significado da legislação.**

A legislação pode ser fonte de Direito, desde que seja útil para fazer as predições.

O estudo da jurisprudência certamente é mais adequado para prever como os Tribunais decidirão os casos futuros. No entanto, sempre existe a possibilidade de aparecerem casos novos para os quais exista jurisprudência anterior que dê base para predições. Nestas situações, segundo Holmes, o conhecimento realista do Direito certamente poderá falhar como previsão, mas mesmo assim ele será possível como descrição dos reais fatores que interferem para a solução dos casos. Entre estes fatores poderiam estar as regras da lei (isso levaria à idéia austiniana de que o Direito é embasado nos comandos coercitivos do soberano).

Porém, as decisões dos casos concretos, em termos empíricos, não são lógicas. Os juízes não decidem por dedução lógica do que está na lei (subsunção).

Em termos empíricos não é assim que os juízes se comportam.

Eles olham para o caso, e então tomam suas decisões com base em psicologia, economia, política, moral, diversos aspectos, depois eles vão à lei para “justificar”, a objetividade que o caso não tem.

Mesmo quando a jurisprudência não oferece condições para prever as decisões, as regras no são os elementos determinantes do Direito. Não é porque não tem jurisprudência que o juiz vai resolver com base na lei.

No fundo, as regras não tem caráter vinculante para a determinação do Direito. O que determina o direito é a decisão do juiz. Se não há jurisprudência e o juiz considera a legislação inadequada, o juiz decide a partir de si próprio, criando o Direito para o caso concreto.

Ou seja, Direito é algo que traz uma grande insegurança. Caiu com o juiz errado, já era!

A perspectiva calculista utilitarista do “homem mau”, praticamente transforma as decisões judiciais num único ponto relevante para a determinação do Direito. A legislação continua sendo considerada parte do Direito, mas o que realmente importa é o modo como os juízes decidem os casos concretos. Esse modo leva em consideração as regras, mas pode atribuir a elas pouco valor, pois o fator determinante para a consideração do Direito é o contexto no qual se realiza o calculo das conseqüências da decisão judicial. Esta postura ficou conhecida como ceticismo perante as regras.

Uma vez assumida a postura do homem mau, o importante é o calculo da decisão do juiz, mesmo atribuindo algum valor à legislação. Isso significa que:

O realismo jurídico praticamente desloca para o juiz o papel de criador do Direito. Isso é ‘ceticismo perante as regras’ (p. 72 da apostila), tornando sem sentido a noção de ‘aplicação do Direito’. Para que eu possa aplicar tintura no cabelo, é preciso ter tintura e cabelo! Como aplicar tintura no cabelo sem tintura? A decisão judicial, portanto, não é aplicação do Direito, pois a **decisão judicial origina o Direito (o Direito não existia antes da decisão)**. Os juízes criam o Direito mediante suas decisões. Esse entendimento trazido por Holmes estimulou outros juristas a elaborar outras formas de realismo jurídico para estudar o que condiciona as decisões dos juízes na prática, fora o utilitarismo.

Nos EUA é muito comum o estudo sobre a psicologia dos juízes. Quais são os fatores psicológicos que levam os juízes a decidir de determinada forma. Ex: se o juiz for homem e o réu mulher o juiz decidirá de tal forma... Aqui no Brasil ainda aprendemos o Direito como se fosse comandos coercitivos do soberano. A corrente realista leva a estudos interdisciplinares entre Direito e psicologia, sociologia, economia, antropologia, etc... Método empírico.

Na sua monografia vai ter capítulo histórico? Vc vai discutir as palavras? Sua monografia será conceitualista? Vc está na teoria austiniana. Ou sua monografia será pratica? Realista?

Texto do Bobbio – Limites do discurso humanista – dificuldades em se falar de conceitos absolutos hoje.