

DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS, UMA SÓ CIÊNCIA: AS TEORIAS POSITIVISTAS COMO ELO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW

TWO NORMATIVE TRADITIONS, ONE SCIENCE: POSITIVIST THEORIES AS A LINK BETWEEN COMMON LAW AND CIVIL LAW

William Soares Pugliese*

Darlan Agomar Minozzo**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O *civil law* e a gênese do positivismo. 2.1 A evolução do Estado Moderno. 2.2 A Exegese. 3 A contrapartida alemã e o positivismo científico. 3.1 Escola História. 3.2 A jurisprudência de conceitos (dogmática). 3.3 A jurisprudência do direito livre, o antiformalismo francês e o socialismo jurídico. 4 O *common law* e o positivismo inglês. 4.1 Entre Bentham e Austin. 5 Conclusão.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é demonstrar que, embora as tradições do *civil law* e do *common law* possuam origens distintas, encontraram no juspositivismo o desenvolvimento científico cujos debates dialógicos entre os filósofos e jusfilósofos resultaram em benefícios mútuos, com reflexos até os dias atuais. Para fim do presente ensaio, o corte metodológico levou em conta apenas a dicotomia entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Para tanto, o primeiro item apresenta a família romano-germânica. No segundo, examina-se a Hermenêutica prussiana, com pretensão de cientificidade após a queda do Sacro-império Romano-Germânico, com o desenvolvimento de várias escolas de jurisprudência com viés academicista em contrapartida ao formalismo da exegética francesa. No terceiro item, busca-se as origens do *common law* que se desenvolveu na Inglaterra, em princípio avesso a norma escrita, descoberto e declarado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês, evoluindo para utilização dos precedentes como critério na decisão de casos em um caráter construtivista do ordenamento. Em conclusão, o que se pretende demonstrar é que o *common law* e o *civil law* debatem e desenvolvem o mesmo direito a partir das suas respectivas visões sobre o positivismo.

Palavras-chave: positivismo. tradições normativas. *civil law*. *common law*. pretensão de cientificidade.

* Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Vice-Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha 2 de Pesquisa: Jurisdição e Democracia) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR (2020/2021). Advogado.

Artigo recebido em 12/01/2022 e aceito em 27/03/2023.

Como citar: PUGLIESE, William Soares; MINOSSO, Darlan Agomar. Duas tradições jurídicas, uma só ciência: as teorias positivistas como elo entre o common law e o civil law. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 81, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: The objective of the present work is to demonstrate that, although the civil law and common law traditions have different origins, they found in juspositivism the scientific development whose dialogical debates between philosophers and jusphilosophers resulted in mutual benefits, with repercussions to the present day. For the purpose of this essay, the methodological approach took into account only the dichotomy between the two major branches of Western law. Therefore, the first item presents the Roman-Germanic family. In the second, Prussian Hermeneutics is examined, with the pretension of scientificity after the fall of the Holy Roman Empire, with the development of several schools of jurisprudence with an academicist bias in contrast to the formalism of French exegetics. In the third item, the origins of the common law that developed in England are sought, in principle contrary to the written norm, discovered and declared from the immemorial customs of the Englishman, evolving to the use of precedents as a criterion in the decision of cases in a constructivist character of the order. In conclusion, what we intend to demonstrate is that common law and civil law debate and develop the same law from their respective views on positivism.

Keywords: positivism. normative traditions. civil law. common law. scientific claim.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que embora as tradições do *civil law* e do *common law* possuam origens distintas, encontraram no juspositivismo o desenvolvimento científico cujos debates dialógicos entre os filósofos e jusfilósofos de ambos os lados, resultaram em benefícios mútuos com reflexos até os dias atuais.

Para fim do presente ensaio, não se olvidando de outras “famílias de direito” (DAVID, 2002) ou ramificações de ordenamentos jurídicos existentes no mundo - como, por exemplo, a tradição soviética, muito bem descrita por Uzelac (2019) -, o corte metodológico levou em conta apenas a dicotomia entre os dois grandes ramos do direito ocidental, quais sejam o *civil law*, ou família romano-germânica utilizado na maioria dos países da Europa-continental e a tradição do *common law*, direito costumeiro ou consuetudinário, de origem anglo-saxônica, adotadas desde a Inglaterra até Estados Unidos da América, Nova Zelândia, Canadá, entre outros.

A primeira escola positivista foi a Exegética francesa que sob forte influência das ideias iluministas atribuía na codificação das normas a segurança das decisões jurídicas. Neste contexto, tal qual dogmas da igreja católica, não cabia interpretação das normas sendo o juiz apenas la bouche de la loi com vistas à manutenção da supremacia do Parlamento. Essa escola formalista teve contrapartida na Alemanha, cuja pretensão de cientificidade fez desenvolver o positivismo sob uma outra perspectiva e a reforma protestante trouxe consigo uma mudança de paradigma com o acesso às escrituras sagradas agora traduzidas do latim para alemão em uma

mudança da dogmática para a hermenêutica que impactou vários ramos além da religião, desde a filosofia, a história, sociologia e principalmente o direito.

A vitória de Napoleão e a queda do Sacro Império Romano-Germânico fez florescer uma rivalidade refletida no pensamento jusfilosófico da época e como em um diálogo de pensadores, filósofos, juristas, professores e operadores do direito, o positivismo se desenvolveu sob duas perspectivas na Europa Continental: a exegética francesa, formalista, profissionalizante, dogmática e o antiformalismo alemão com pretensão de cientificidade, voltado para a hermenêutica por meio do desenvolvimento de várias escolas.

Por outro vértice, em paralelo ao continente, a grande ilha anglo-saxã desenvolvia o pensamento juspositivista a partir do direito comum fundado pelos costumes dos tempos imemoriais do povo inglês que mais tarde sofreu forte influência do utilitarismo de Bentham e Austin cujas teses foram anos depois rebatidas por Hart.

O que se pretende demonstrar é que desde a hermenêutica clássica de Savigny que lançou as bases da interpretação jurídica utilizadas até os dias atuais, passando por Bentham e Austin até a Teoria Pura de Kelsen, ampliada por Hart, cujas teses foram criticadas por Dworkin, todos, mesmo partindo de tradições jurídicas diferentes (*common law* e *civil law*), invariavelmente debatem o mesmo objeto: o positivismo jurídico.

Para melhor adentrar a essa discussão, no primeiro item do ensaio em tela, o objeto de estudo será a família romano-germânica (*civil law*) em que nasce o positivismo, a codificação das normas, com olhar para a Escola Exegética Dogmática francesa, de caráter profissionalizante, codificada, com viés legicentrista extremado e algumas de suas vertentes desenvolvidas de forma heterogênea como a primeira e mais polêmica escola positivista.

No segundo, em razão de uma dicotomia dentro da tradição da *civil law* se voltará os olhos para a Hermenêutica prussiana com pretensão de cientificidade após a queda do Sacro-império Romano-Germânico, com o desenvolvimento de várias escolas de jurisprudência com viés academicista em contrapartida ao formalismo da exegética francesa.

No terceiro item se buscará analisar as origens do *common law* que se desenvolveu na Inglaterra, em princípio avesso a norma escrita, descoberto e declarado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês, evoluindo para utilização dos precedentes como critério na decisão de casos em um caráter construtivista do ordenamento, adquirindo uma função vinculativa ou persuasiva dentro do sistema normativo (MITIDIERO, 2018, p. 32-33), em paralelo ao direito desenvolvido na Europa Continental.

Em conclusão, o que se pretenderá demonstrar é que o *common law* e o *civil law* debatem e desenvolvem o mesmo direito a partir das suas respectivas visões sobre o positivismo e que, por conta disso, denota-se

natural a utilização, por uma corrente, de instrumentos “emprestados” da outra - e vice-versa -, a exemplo do que ocorre no Brasil com a sistemática de precedentes, cujo desafio é, ainda hoje, sua adequação ao direito brasileiro a fim de que seja aplicado para trazer uniformidade, estabilidade, integridade e coerência ao ordenamento jurídico, conforme prescreve o artigo 926, do CPC/15.

1 O CIVIL LAW E A GÊNESE DO POSITIVISMO

1.1 A evolução do Estado Moderno

Destarte, é preciso posicionar o leitor no momento histórico e na localização física de desenvolvimento do direito romano-germânico, no intuito de compreender as nuances do pensamento filosófico que levou não só a evolução da *civil law*, mas antes, as profundas modificações no conceito de Estado, até a construção de um pensamento científico para o Direito.

Para René David (2002, p. 41), “[a] eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana”, ou seja, havia uma pluralidade de demandas e pensamentos se desenvolvendo naquele momento na Europa continental. “O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, [...] numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica” (DAVID, 2002, p. 42), ao contrário do que ocorreu no Direito Inglês, com o desenvolvimento de Tribunais reais fortemente centralizados.

Segundo Estefânia Maria Queiroz Barboza (2014, p. 67), ainda que este modelo de *civil law*, ou romano-germânico tenha influência do direito da Roma antiga, foi aos poucos dele se distanciando tendo diferentes fontes como o direito canônico, direito comercial, as revoluções e a ciência do direito. Afirma a autora que “[d]o ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e comentadores” (BARBOZA, 2014, p. 68).

Já para Marcos Maliska (2003, p. 3), o modelo feudal medieval foi superado com o início do período absolutista, surgindo a partir deste período o Estado Moderno. O reconhecimento do princípio fundamental dos direitos das gentes que previa igualdade entre os estados foi resultado do Tratado de Paz de Westphalia, assinado em Münster na Alemanha em 1648.

Miguel Gualano de Godoy (2012, p. 32) afirma que neste período que vai do Século XV ao XVII, a Europa passou por grandes transformações no campo da política, economia, artes, tecnologia não sendo diferente com o direito, que na época era caracterizado por uma pluralidade de fontes, com normas expedidas pelo Rei, pela Igreja, por Corporações de Ofício, pelo Suserano entre outras fontes. Esse modelo entrou em crise em razão da emergência do mercantilismo capitalista e principalmente pela movimentação do homem para o centro do pensamento e das relações sociais, com a passagem do Teocentrismo para o Antropocentrismo. Nesta medida, a sociedade clamava por respostas que o Direito Medieval já era capaz de dar e a base do Estado Moderno começava a ser formar neste ambiente com questões como, a quem cabia o poder Soberano, ou se homem era o não dotado de direitos inatos.

Neste período, as Universidades começaram a estudar o Direito Romano como expressão de justiça, com caráter teórico e erudito lecionado pelos professores das Universidades aproximando-se daquele direito mais do que dos direitos positivos locais daquela época (BARBOZA, 2014, p. 68-69), como aliás ensina René David (2002, p. 46):

A família de direito romano-germânico tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das Universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do Imperador Justiniano, uma ciência comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. O epíteto romano-germânico é escolhido para homenagear este esforço comum, desenvolvidos ao mesmo tempo nas Universidades dos países latinos e dos países germânicos.

É neste contexto que ocorrem as grandes revoluções paradigmáticas da evolução do juspositivismo e, via de consequência o início da tradição do *civil law*, principalmente a Revolução Francesa de 1798, cujos eventos consistiram em uma legítima revolução intelectual com pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e principalmente o Estado e sua administração, influenciando também o direito público, a organização dos sistemas jurídicos e até regras substantivas de direito processual (BARBOZA, 2014, p. 69).

Grosso modo as revoluções significaram o rompimento de certos paradigmas evidenciando-se a valoração do direito natural e da razão e a ideia de que todos os indivíduos nascem iguais tendo igual direito a propriedade, a liberdade e a vida (BARBOZA, 2014, p. 69-70).

Destaca-se que na França, após a revolução, a separação dos poderes surge como forma de proteção do cidadão contra a Coroa que tinha o Judiciário como classe aristocrática a proteger seus interesses. Nesse contexto, o Parlamento francês surge no pós-revolução como defensor dos interesses da sociedade frente aos poderes até então dominantes, que mantinham laços espúrios entre si. Em razão disso, extensas codificações são editadas no intuito de limitar cada vez mais o poder do juiz (MARINONI, 2019, p. 41).

No período anterior a Revolução Francesa, a aplicação da lei dependia da atenção aos interesses das classes protegidas, agindo os juízes sem a necessária isenção dos julgamentos donde resulta a admissão dos conceitos de Montesquieu acerca da separação dos poderes com a imposição da distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário (MARINONI, 2019, p. 41-42).

Aqui, por fins didáticos, cabe traçar um paralelo com o *common law*, onde o juiz era tratado como se fosse um oráculo do direito (“*oracles of the Law*”), sendo suas decisões prova viva da existência do direito, enquanto que no *civil law*, a concepção era dos juízes como seres inanimados (“*Juges Inanimés*”) e conforme Montesquieu, o poder de julgar deveria ser “invisível e inexistente”, tendo o juiz apenas como a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*) e a interpretação como mera declaração de que uma norma preexistente aplicada meramente em um juízo lógico-dedutivo (MITIDIERO, 2018, p. 27-28).

Daniel Mitidiero (2018, p. 28) afirma que, paradoxalmente, “[...] essa teoria declaratória da jurisdição serviu concomitantemente para outorgar e para negar força vinculante às decisões dos juízes nessas diferentes tradições” e essas duas pressuposições que tornavam possível o nobre sonho tanto da segurança jurídica pelo juiz, quanto pelo legislador criaram um “verdadeiro pesadelo” das figuras mitológicas do *oracles of the law* e dos *Juges Inanimés*, deslocando o tema do plano do conhecimento para o plano da crença.

Volvendo ao raciocínio inicial, naquele período, um movimento científico se desenvolvia em contrapartida ao iusnaturalismo, através de várias escolas e movimentos positivistas. Segundo Andrés Bernal (2020, p. 29), em que pese essa variedade de movimentos, o positivismo possuía algumas características gerais a saber: a) desconsideração das teorias metafísicas dentro do discurso científico do direito; b) a opinião de que o direito válido não está relacionado com direito justo; c) a consideração do Estado como única fonte de direito válido; d) a aceitação do monismo ao invés do dualismo jurídico (ex. um direito positivo e um direito natural), e) a reivindicação da expressão linguística determinável (escrita) como forma própria do direito (diferenciação de jurídico e moral).

No intuito de demonstrar a evolução do Direito como Ciência única (o Positivismo) unindo as tradições objeto do presente estudo, é mister iniciar com a Escola da Exegese, no intuito de demonstrar a origem e a evolução dessa pretensão de cientificidade, razão pela qual a partir daqui, se adotará como marco teórico a obra *Positivismos Jurídicos* de Andrés Botero Bernal, e explicar, ainda que superficialmente, cada uma das principais escolas positivistas como se verá adiante.

1.2 A Exegese

Afirma Andrés Bernal (2020, p. 41) que a primeira e mais criticada escola positivista é a da Exegese, escola onde se identificavam três modelos de direitos: o historicismo, o individualismo e o estatalismo, cabendo aqui destacar que no Historicismo os fundamentos do direito não estavam inseridos em uma lei do parlamento, nem mesmo nos direitos inalienáveis do indivíduo e sim na interpretação (e atualização) judicial de costumes e textos antigos que são convertidos em ritos (ou mitos) do sistema ao longo da história. Ocorre que este historicismo, ainda influenciado pelo Antigo Regime, gerou uma reação contrária através do jusnaturalismo racionalista em face do modelo político dominante.

Percebe-se no historicismo uma similaridade com a tradição do *common law*, e de fato as várias tribos da Europa continental se utilizavam dos costumes não escritos ou antigos textos na resolução dos seus conflitos, antes da evolução do direito romano-germânico.

O Antigo Regime começou a ser corrompido internamente a partir do século XVI, e com maior força a partir do século XVII, graças ao surgimento de ideias muito semelhantes em várias áreas: 1) na filosofia com a ideia de indivíduos (*res cogitans*) autônomos do mundo (*res extensa*); 2) na teologia pela concepção de um indivíduo autônomo, com plena consciência e responsável diretamente por ela desde uma percepção interna, o que deu lugar ao discurso progressivo de tolerância religiosa; 3) no direito e na política, a partir de um indivíduo com vontade autônoma, através do qual as fontes de obrigações jurídicas e políticas já não podiam seguir baseadas na natureza das coisas, e sim na vontade, ou seja, é no surgimento do individualismo e do contratualismo que serviu inclusive como argumento contra a escravidão, por não ser fruto de uma convenção voluntária do indivíduo; 4) e na economia, com a ideia de um indivíduo autônomo que rege seu próprio destino sobre sua propriedade privada, ou seja, o capitalismo (BERNAL, 2020, p. 41).

Aqui surge uma figura emblemática na construção da exegética positivista: Jean-Jacques Rousseau e sua obra *O Contrato Social* de 1755, lançando as bases do pensamento revolucionário francês, afirmava que no

estado civil, o governo surge fruto mais da necessidade que de um contrato, para regular os conflitos dos indivíduos e para proteger a desigualdade favorável aos ricos e poderosos (BERNAL, 2020, p. 44). “[...] [D]esde su modelo racional - la ley es ante todo la voluntad general, y es, por tanto, soberana, idea inmediatamente anterior a la afirmación de que la ley (del Estado), por ser soberana, es de estricto cumplimiento y observancia, esto es, la EXÉGESIS” (BERNAL, 2020, p. 47).

Sobre as bases do constitucionalismo liberal moderno, é que se fundamenta e legitima a democracia como consagra a obra de Rousseau (2012), organizando a ideia de que a soberania deve estar nas mãos do povo, como ideais de liberdade e igualdade, sendo o autor que deu fundamento teórico para a Revolução Francesa e com ele, o pensamento ocidental sobre o Estado Moderno passou por grandes transformações, quicá as mais significativas desde a cristianização (MALISKA, 2003, p. 21).

Miguel Godoy destaca que a contribuição de Rousseau para a formação do Estado Moderno como reivindicação da soberania popular funda o caráter democrático do Estado, cuja característica era, até então, ausente ou incipiente. A partir deste ponto, caberia ao povo a tarefa de se auto legislar, ou seja, inaugurar a ordem normativa em forma de Constituição que regeria a sociedade. Era a conjugação entre o constitucionalismo¹ e a democracia².

Observa-se aqui uma tensão entre a razão e a política, ou seja, entre o Direito e a “vontade”. Isso porque, desde o Antigo Regime houve contínuas expressões jurídicas baseadas na vontade política indireta, com o rei ordenando algo que segue a “vontade de Deus”, ou vontade política direta, quando se trata da vontade soberana própria das monarquias absolutistas, ou ainda, muitas vezes pelas práticas jurídicas consuetudinárias, também chamadas de direito espontâneo, no intuito de defender-se das práticas políticas de seus governantes, se baseando no fato de que o costume teria sido a “vontade do povo expressa na história”, ou a “vontade de Deus” que se expressa na história de um povo, o que demonstra a complexidade da questão da nebulosa fronteira entre o direito como razão ou o direito como vontade (BERNAL, 2020, p. 48).

¹ Evidentemente que não se trata do mesmo constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra, mas uma gênese, um início ainda incipiente mas basilar.

² “[...] se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras sejam respeitadas, daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. Daí pensar que a conjugação constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base: soberania popular e poder constituinte.” (GODOY, 2012, p. 37-38).

A questão a ser respondida era: se o direito passa a ser visto como “vontade”, de quem era essa vontade em uma época em que ela (a vontade) era o fundamento metafísico de todo o sistema e o Estado acabou substituindo-o do rei absolutista pela vontade da Lei/código, que era a concretização da “vontade geral”? Acrescenta-se a isso o fato de que este rei do absolutismo, já havia substituído a vontade de Deus durante os séculos XVII e XVIII.

Nesta medida, na segunda metade do Séc. XIX, o debate acerca da vontade se acirra, donde se discute então o que é “vontade geral”, “vontade democrática”, “vontade objetivada e racionalizada”; trata-se da busca de um sentido por traz das palavras da lei através da interpretação do sistema eleitoral e regras do debate parlamentar e de uma dupla ficção sobre a vontade: 1) política-democrática (vontade soberana é a da maioria); 2) hermenêutica-lógica (a vontade permite a plenitude hermenêutica do direito):

[l]a soberanía pasa del individuo a la sociedad, de la sociedad al Estado, del Estado al legislador y del legislador a la ley. La ley estatal se vuelve soberana, indiscutible (§31). Nace así el movimiento de intérpretes del Código Civil, que, ya en el siglo XX, será denominado EXÉGESIS (BERNAL, 2020, p. 49/50).

Este último conceito de “vontade geral” permitiu concluir ser expressão da democracia do povo francês no momento de eleger seus representantes no Congresso ou Assembleia legislativa, ou seja, a equiparação da “vontade geral” com a “vontade da maioria eleitoral” ou ainda “vontade democrática” atrelado a um sentido objetivo por traz das palavras da lei, sendo dever do intérprete descortinar qual é o sentido que está além da palavra escrita vez que a norma é vontade objetiva racionalizada.

Em uma visão iluminista poder-se-ia dizer que, se o único que recebia a soberania de forma privilegiada pelo contrato social de um lado e de outro pelo voto, era o legislador, a lei poderia ser dita duplamente soberana porque: 1) o indivíduo cede soberania ao povo, este ao Estado que, por sua vez, entrega ao legislador que faz a lei, ou seja, a lei é vontade soberana; 2) o povo elege os legisladores com um mandato de representação razão pela qual a lei é obrigatória para o povo da mesma maneira que para aquele que foi eleito (BERNAL, 2020, p. 57).

É justamente por isso que a Escola da Exegese entendia que se a lei é soberana só poderia ser cumprida e não interpretada, principalmente se por interpretação entendermos reconstrução ou ainda criação de uma norma fora da vontade do legislador razão pela qual, se o direito é fruto de uma vontade política soberana o juiz e o professor são meros aplicadores, comentadores ou oradores, eximindo-os de responsabilidade já que “*dura lex, sed lex*”.

Em se considerando os ideais revolucionário de liberdade, onde o indivíduo ciente do que pode e o que não poder fazer se torna livre de represálias; igualdade formal pois, se a norma é a mesma para todos eliminam-se as hierarquias estamentais e o complexo pluralismo jurídico do Antigo Regime; e fraternidade vez que, se todos conhecem as normas sabendo até onde se pode ir sem transgredir o direito alheio, surge a irmandade em prol da realização da vontade geral, o direito passa de casuístico e espontâneo para a generalidade uniformizante e ao voluntarismo político do liberalismo e a concretização do mundo jurídico da ideia político-burguesa de liberdade formal seria o Código, ou seja, um conjunto ordenado, sistematizado, totalizante e racional de disposições relativas à determinada matéria (BERNAL, 2020, p. 59).

Contudo, o grande defeito deste Estado liberal era considerar que o legislador seria um órgão mais jurídico do que político, atento as necessidade sociais para criar ou reformar o direito com racionalidade e justiça, já que eleito por uma maioria responsável politicamente, o que de fato não era verdade pois essa hiper centralidade da lei através da codificação levou a um formalismo jurídico resultando em três perigosos efeitos: 1) desconhecimento por parte da lei das circunstâncias sociais, políticas e econômicas que o direito deveria canalizar para possibilitar a convivência, face a sua generalidade, imparcialidade e abstração das leis; 2) a desatualização rápida das normas positivas agravada pela ausência de um legislador atento; 3) extrema concentração do poder graças ao direito, no Estado de forma geral e no executivo em particular que podia (como ainda pode) fazer colapsar a política, a sociedade, caso considere que todos os problemas sociais são assuntos de Estado, e a economia caso guiada por ele (o Estado) (BERNAL, 2020, p. 61).

Ainda é importante ressaltar algumas estratégias que surgiram na implementação desta nova cultura legicentrista-codificada no jurídico e estatalista campo político: 1) consolidação da justiça como atributo do Estado, tendo os juízes como funcionários submetidos ao controle desse Estado; 2) a reconstrução do tipo penal de prevaricação de maneira tal que o juiz que não seguisse o código poderia ser visto como um verdadeiro traidor; 3) a diminuição ou até eliminação da justiça estamental corporativista dos juízes leigos e dos processos judiciais sem registro escrito; 4) o fortalecimento da justiça estatal fundamentalmente letrada ou profissional com divisão hierárquica propiciando, além das carreiras jurídicas a revisão das decisões em graus de recurso e alçada; 5) a progressiva especialização da linguagem e do saber jurídico; 6) a reconstrução do tribunal de cassação convertido em tribunal extraordinário de revisão dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais; 7) a exigência de motivação escrita das sentenças com

o apontamento da lei aplicada ao caso concreto; 8) a reforma dos estudos jurídicos primeiro fazendo com que os currículos de formação estivessem sob o controle estatal para garantir o cumprimento da nova política pública de transformação da cultura jurídica e também da garantindo às universidades o monopólio da formação dos futuros advogados; 9) a instauração e uma perspectiva legicentrista (Exegese) como marco teórico da formação dos futuros advogados com amparo no direito romano Justiniano, com a aproximação do juiz à lei soberana, como uma teoria geral do direito através do nascimento do positivismo jurídico (BERNAL, 2020, p. 64).

Pode-se afirmar que a Exegética é a primeira escola positivista, nascida na França, de intérpretes do Código Civil e, em contrapartida a este pensamento exegético francês, codificado, dogmático, com prática acadêmica de viés profissionalizante, surge o modelo germânico desenvolvido sob outra perspectiva, voltado para a hermenêutica estimulada também pela reforma protestante, pela filosofia e história, numa visão científica do estudo do Direito como se passa analisar no próximo capítulo.³

2 A CONTRAPARTIDA ALEMÃ E O POSITIVISMO CIENTÍFICO

Como se observou anteriormente, a escola exegética francesa, codificada, com caráter eminentemente profissionalizante, influenciada também pelo Direito Canônico excessivamente formalista e dogmático,

³“La exégesis no solo decayó por los problemas históricos y sociales ya vistos, sino también por la presión ejercida por la reacción académica alemana. Resulta que durante el siglo xix en Alemania surgieron varias escuelas, entrelazadas entre sí por las redes de profesordiscípulo y de colegas, con instrumentos propios de expresión (monografías, revistas, enciclopédias y diccionarios jurídicos), con ocasión del modelo universitario adoptado en ese país. En primer lugar, como reacción al modelo profesionalizante en términos generales, y al legiscentrismo exegético en concreto, para las facultades de jurisprudencia se sugirió en tierras germanas la imperiosa necesidad de una universidad científica, esto es, para lo que nos atañe (las facultades de derecho), un modelo universitario que no se centraba tanto en la formación profesional y en la norma eficaz ante los jueces (como era en el modelo francés de ese entonces), como sí en teorías científicas sobre qué debía ser derecho. Es decir, el derecho enseñado antes que norma positiva era el discurso de los profesores encaminados especialmente a la construcción de un código civil, considerado por la Europa de aquel entonces como sinónimo de progreso y civilización, código que debía ser hecho según el espíritu del pueblo o Volksgeist.” (BERNAL, 2020, p. 114).

após a queda do Sacro Império Romano-germânico, provocou uma vigorosa reação antiformalista das escolas de jurisprudência⁴ alemãs.

Ao contrário do que ocorreu na França, a reforma protestante trouxe em seu bojo a tradução, publicação e a popularização dos textos bíblicos com uma profunda mudança de paradigma do dogmatismo católico para a hermenêutica protestante, com influência na filosofia, na história, na sociologia e não foi diferente no direito.

O direito, mais do que a simples descrição da norma escrita, passa a ser ensinado nas universidades através de um discurso dos professores, direcionado para a construção de um código segundo o Espírito do povo alemão (*Volksgeist*), entendendo que um bom sistema jurídico não era simplesmente aquele que surgiria da razão individual como queriam os racionalistas e iluministas, mas sim das forças coletivas solidificadas ao longo de gerações dando unidade e identidade ao povo (BERNAL, 2020, p. 114).

Por essa razão na Alemanha entendia-se que a codificação deveria ser posterior a atividade acadêmica, ou seja, em primeiro lugar a prática do discurso dos professores acadêmicos (*Juristenrecht*), acerca do “espírito do povo” e depois disso, a codificação das leis, de maneira tal que o discurso jurídico científico desenvolvido nas faculdades de direito carregasse consigo finalidades políticas de criar uma unidade jurídica posterior a uma construção nacionalista-germânica, adaptável às circunstâncias políticas do momento.

Veja-se que esta ideia nacionalista do “espírito do povo” se refletiu nas universidades, na sociedade que no Séc. XIX reclamava uma identidade nacionalista e na política, justificando o desejo da construção de um Estado-Nação alemão, a partir de um coletivo de principados e reinos que se uniram para fazer frente às outras potências europeias, principalmente a França (BERNAL, 2020, p. 115).

Assim, “se o direito desejava ser considerado como um saber sério, devia ser científico; portanto, os professores deveriam ser cientistas, e os cientistas, para serem reconhecidos como tal, deveriam ser positivistas, pois a ciência era o positivismo” (BERNAL, 2020, p. 115)⁵, o que fez desenvolver na Alemanha algumas das principais Escolas Positivistas.

⁴ Destaca-se que a expressão Jurisprudência aqui tratada e que será utilizada ao longo de boa parte do texto se refere à designação do discurso científico-universitário do direito alemão, não podendo ser confundido com outras concepções semânticas utilizadas no mundo jurídico. Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 27, nota 8) afirmam que: “A palavra ‘jurisprudência’ é utilizada frequentemente em pelo menos três sentidos distintos, a saber, jurisprudência como estudo do direito, jurisprudência como pareceres dos juriconsultos e, por fim, jurisprudência como significado de conjunto de decisões.”

⁵ Tradução livre de: “[...] si el derecho deseaba ser considerado como un saber serio, debía ser científico; por tanto, los profesores debían ser científicos, y los científicos, para ser reconocidos como tal, debían ser positivistas, pues la ciencia era positivismo.”

Cabe ressaltar que tais escolas, ainda que se reconheça sua pretensão cientificista eram recheadas de alusões ao direito natural, à justiça e construções políticas, o que mais tarde, levou Kelsen (2009) a desenvolver um positivismo puro, convertendo-se em um dos mais importantes filósofos do direito contemporâneo, fonte de debates até os dias atuais.

As principais escolas positivistas alemãs foram a Escola Histórica, a Jurisprudência de Conceitos (ou Dogmática), a Jurisprudência de Interesses, a Jurisprudência de Direito Livre, o Antiformalismo Francês e o Socialismo Jurídico.

É importante destacar que a evolução da tradição do *civil law* trouxe consigo o desenvolvimento do Direito como ciência, ao que se chamou positivismo, com várias escolas que evoluíram dos debates filosóficos e jurídicos da época, ciência esta que é objeto comum de debate entre as famílias jurídicas mais relevantes do mundo até os dias atuais.

Sem a pretensão de aprofundar em cada uma das escolas positivistas alemãs, para melhor inteligência do tema, é necessário ao menos pontuar as principais características de cada escola:

2.1 Escola Histórica

Trata-se da primeira escola positivista alemã, um movimento idealista-organicista que percebia o direito a partir de entidades metafísicas (*Volksgeist*) e observava o coletivo e o individual entrelaçados como um conjunto orgânico vivo; romântico pois transportava para o mundo uma determinada concepção de homem e de nação como ser ideal ou espiritual; antiliberal, por entender que o Código de Napoleão, fruto de um odiado ideário revolucionário, não poderia ser recebido na Alemanha pois não respondia ao “espírito do povo alemão”, pondo em evidência o conteúdo político da teoria e, finalmente, positivista científico, pois o código alemão não só deveria ter conotações jurídico-científicas como político-nacionalistas (BERNAL, 2020, p. 117).

O maior expoente e precursor da Escola História, também chamada pandectística, foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) que considerava que cada Estado-nação deveria respeitar o espírito de seu próprio povo, desenvolvendo um rol fundamental na construção do modelo científico-universitário, no que diz respeito ao direito, que permitiu criar uma escola em sentido estrito com suas redes de professores-discípulos, na reinterpretação do direito romano como sistema-base do discurso científico-universitário e

do futuro do direito privado, resultando na instauração do *mos germanicus* (BERNAL, 2020, p. 119).⁶

Foi na Escola Histórica, e.g., com base nos dogmas de Savigny que se desenvolveram os tipos de interpretação jurídica, quais sejam, a gramatical, a literal, a lógica, a histórica e a sistemática, tendo importante relevância até os dias atuais.

Contudo, ainda que pautada no racionalismo guardava fortes raízes metafísicas, o que foi objeto de críticas vez que a meta do pensamento científico passou a ser a busca por um direito mais geral e abstrato, o que começa a se desenvolver na próxima escola, a Jurisprudência de Conceitos, como se verá adiante.

2.2 A jurisprudência de conceitos (dogmática)

Jurisprudência de conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), conhecida como Dogmática pela escola jurídica, era o discurso científico que considerava que o principal trabalho do acadêmico era a formulação, ou a descoberta dos conceitos e dos dogmas básicos do que seriam os fundamentos de um futuro direito alemão, através da aplicação do método lógico-dedutivo em conjunto com o modelo hermenêutico, donde o direito positivo era entendido como resultado da dedução lógica dos principais conceitos estudados pela ciência jurídica (BERNAL, 2020, p. 123).

Vem desta escola o modelo muito usado até hoje no estudo do Direito, de se utilizar a relação de gênero e espécie de forma hierárquica na explicação de conceitos jurídicos, partindo-se do mais geral para o mais específico. Contudo, foi criticada pois embora racional, não dava o devido valor à prática dos juízes, advogado e professores.

Andrés Bernal afirma que a jurisprudência de conceitos foi considerada formalista, ainda que não no mesmo sentido da Exegese francesa, pois fez do direito um exercício esquemático, metódico e sistemático, contudo, justamente por isso, afastou o direito da realidade social (BERNAL, 2020, p. 124).

⁶ Tradução nossa de: “*De esta forma, Savigny jugó un rol fundamental en la construcción del modelo científico-universitario, en lo que concierne al derecho, que permitió crear una escuela en sentido estricto con sus redes de profesor-discípulo, en la reinterpretación del derecho romano como sistema-base del discurso científico-universitario y del futuro derecho privado, lo que implicó la instauración del mos germanicus.*”

2.3 A jurisprudência de interesses

Esta escola, segundo Bernal (2020, p. 126-129), foi bastante heterogênea, podendo ser dividida em dois grupos principais: o normativista-judicial que afirmava que toda norma é fruto do interesse do legislador, não podendo, nem o juiz, nem o cientista, ao exercerem suas tarefas, perder de vista o componente normativista; e outro científico-social (jurisprudência social) que propôs uma ressignificação do que devia ser a Dogmática, considerando que a atividade interpretativa era eminentemente criativa e focada no social.

A jurisprudência de interesses, neste segundo grupo, concentrou-se muito nos estudos da nova classe social dos trabalhadores ou proletariado, traduzindo-se numa espécie de sociologia jurídica promovendo o desenvolvimento de um novo Estado Social de Direito já no final do séc. XIX e início do séc. XX, influenciando o surgimento do socialismo e no marxismo da época, reclamando profundas modificações econômicas e políticas. Naquela época, em todos os cantos da Europa, estava em ebulição a crítica ao modelo tradicional individualista burguês, que se apoiava em um sistema jurídico abstrato que dava as costas aos problemas sociais mais agudos.

Vale ressaltar que já surgiam neste período os movimentos antiformalistas e, da mesma forma que a jurisprudência de interesses enfrentava a dogmática para fundamentar um direito social na Alemanha, na França os antiformalistas enfrentavam a Escola Exegética para propor soluções parecidas.

2.4 A jurisprudência do direito livre, o antiformalismo francês e o socialismo jurídico

Como se pode notar até aqui, cada escola positivista que se sucedia, tinha como base de oposição a escola imediatamente anterior, de maneira tal que a ciência positivista foi sendo construída a partir de suas próprias bases filosóficas e científicas.

A Jurisprudência do Direito Livre teve seu maior desenvolvimento a partir do início do Séc. XX, partindo de um considerável descontentamento com o formalismo do direito positivo e, como solução propôs uma abertura do direito, através de trabalhos destinados a demonstrar que o direito não se restringe a lei e que sua importância não está, tanto como se acreditava, apenas no campo jurídico, principalmente quando se tomava como lei nada mais do que a opinião de um intérprete sobre um texto normativo, razão pela qual se defendia a pluralidade de fontes jurídicas, a produção normativa com

conceitos abertos (boa-fé, justa causa, força maior, abuso de direito, *bonus pater familiae*), ampliando a atuação do julgador que para esta escola toma o lugar do legislador como principal ator do direito (BERNAL, 2020, p. 132).

Defendia-se que o novo jurista deveria estar atento às mudanças sociais e econômicas tendo o direito como resposta a tais mudanças, superando o individualismo do direito privado estagnado, aceitando esta mudança de paradigma a partir da solidariedade como princípio condutor.

O juiz passa a ser visto como o condutor da comunicação entre a realidade e o direito, corrigindo a norma legislativa conectando-a com a vida em constante movimento e através de suas sentenças fazer com que o direito tenha sentido para a sociedade defendendo a discricionariedade judicial (BERNAL, 2020, p. 133).

Nesta linha, ganha destaque um filósofo chamado François Géný, insurgindo-se contra os atrasos do formalismo exegeta e a desatualização dos textos normativos que ficaram estagnados no tempo, a necessidade de uma revolução nas fontes jurídicas assim como no método de sua compreensão, basicamente através da revitalização dos princípios gerais do direito, a partir de duas perspectivas: a) o princípio da economia proposto por Ihering, mediante o qual a base de um bom sistema jurídico deve ser o mais reduzido possível, o que somente seria capaz através de normas muito gerais o que permitiria ter uma melhor visão do conjunto, um ordenamento que não estaria tão sujeito a obsolescência; b) por outro lado, uma justiça objetiva, vez que as chamadas normas-base, ou princípios que se sobrepõem a lei/código, seriam extraídos intuitivamente da razão e da consciência moral a partir na natureza e da instituição jurídica, conforme o contexto social e político vigente. Neste contexto, a lei codificada deixa de ser fonte principal para ser fonte acessória para o cumprimento do direito, em conformidade com essa corrente jusnaturalista principiológica exegeta (BERNAL, 2020, p. 134).

Disso tudo, considerando que estas escolas antiformalistas também podem ser classificadas como positivistas, face sua pretensão científica, se pode extrair algumas conclusões a saber: 1) por fazerem oposição ao legicentrismo se pode dizer que a desconstrução da Escola Exegética se iniciou dentro do positivismo; 2) esta pretensão de cientificidade em grande medida se viu cumprida com a edição do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900, com recurso de um século de produções acadêmicas alemãs cumprindo-se o sonho de Savigny de um código desenvolvido por uma academia jurídica cultivada dentro das universidades, com evidente acento nacionalista; 3) sem a escola alemã não se poderia falar em um discurso científico do direito, de fundamental importância para o direito atual e como tal, também deve ser classificada como positivista; 4) tais escolas foram a fundação sobre a qual se construiu tanto o estruturalismo quanto o

funcionalismo do Séc. XX, que subsiste até os dias atuais na relação entre direito, ciência e universidade (BERNAL, 2020, p. 140).

Paralelamente ao positivismo desenvolvido na Europa Continental, na Inglaterra se desenvolvia um positivismo próprio a partir das ideias de Bentham e Austin o que se passará a tratar no próximo capítulo, mas não sem antes se analisar a origem histórica da tradição da *common law*.

3 O COMMON LAW E O POSITIVISMO INGLÊS

Segundo René David (2002, p. 344), para o direito inglês, mais do que para o direito francês, “[...] o conhecimento da História é indispensável [...]”, pois o jurista inglês entende que o direito é produto de uma longa evolução que não sofreu grandes alterações, orgulhando-se “[...] desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova do grande saber da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e da qualidade correspondentes os juristas e do povo inglês”.

Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 37-38) afirmam que existem várias acepções para a expressão *common law*, sendo a primeira em sentido próprio como ‘direito comum’ nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cujas cortes foram constituídas pelo Rei e estavam diretamente subordinadas a ele, desenvolvido ao longo dos Séc. XI e XIII; contudo, se a expressão for utilizada em oposição ao *statute law* (direito legislado), incluiria além do *common law*, do direito canônico e direito comercial, a *equity* que é um sistema diferente.

Os Tribunais de Westminster elaboraram um novo direito, um direito comum para toda a Inglaterra chamado de *comune ley* ou *common law*, retirando seus elementos dos costumes locais como em uma obra de “síntese” ou “seleção”, construída de decisão em decisão através da prática judiciária de seus tribunais, apresentada essencialmente como um produto da razão. “A esta obra da razão assinalar-se-á mais tarde, como fundamento, um pretense costume geral imemorial do Reino, do qual os juízes reais seriam os oráculos” (DAVID, 2002, p. 340).

Desde o Séc. I ao Séc. V d.C, a Inglaterra integrava o Império Romano, havendo relatos de que o direito anglo-saxônico se inicia com a conversão ao cristianismo, no final do Séc. VI, contudo, a romanização não deixou vestígios de relevo no direito, na língua e em outras instituições dos períodos seguintes, ou seja, até o ano 1000 conviviam normas de diversas origens, aplicando-se também os costumes locais, sendo apenas a partir do ano 1066, com a conquista dos normandos o início da unificação do direito (VIANA; NUNES, 2018, p. 39).

Com o fim da Idade Média, a Inglaterra passou a desenvolver um sistema judicial diferente dos demais países da Europa Continental, vez que os tribunais não ficavam do lado da realeza nas disputas travadas entre a coroa e o parlamento já que as investidas reais foram barradas pelos magistrados que impendiam a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pelo direito aplicado de forma costumeira no território inglês (*Law of the land*). Com a queda da linhagem dos Stuart, o *common law* ganhou ainda mais força, visto como o mais alto produto desde muitas gerações, com força para conter até o poder de uma realeza autoritária (PUGLIESE, 2017, p. 113).

Para Andrés Botero Bernal (2020, p. 154), assim como a Exegese glorificava o legislador e o comentador da lei, e as escolas alemãs da mesma forma consideravam o professor-tratadista, a *common law* faz com o juiz que descobre na história judicial o mandamento aplicável ao caso concreto no seu julgamento, em uma clara aproximação do modelo historicista mencionado no capítulo anterior, pois ao contrário dos outros modelos não houve no anglo-saxão a ruptura com a tradição historicista.

René David (2002, p. 331) divide a história do direito inglês em quatro períodos principais: 1) o primeiro é anterior a conquista normanda em 1066; 2) o segundo vai de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors em 1485 onde ocorre a efetiva formação do *common law*, impondo-se como direito novo em oposição aos costumes das tribos locais; 3) o terceiro período vai de 1485 até 1832 e é marcado pelo desenvolvimento do *common law*, no entanto, houve um outro sistema complementar e possivelmente rival (*equity*), com quem teve que se comprometer; 4) o quarto período se inicia em 1832 que continua até os dias atuais⁷ adaptando-se em uma sociedade cada vez mais dirigida pela administração.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 41) põe luz no tema:

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significa o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais

⁷Não se desconhece o fato de que o livro está desatualizado e não menciona a reforma do direito inglês ocorrida em 1990, bem como a instituição de um novo Código de Processo Civil em 1998 e a reorganização de todo o judiciário inglês dos anos 2000 que mudou a configuração da *House of Lords*, instituindo a *Supreme Corto f the United Kingdom* em substituição da *Appelante Committee*. (VIANA; NUNES, 2018, p. 40, nota 52).

de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para o outro. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*.

A *equity* surge como oposição ao *common law*, a partir da percepção das deficiências desse modelo em razão dos obstáculos existentes nos Tribunais de Westminster com a possibilidade da modificação do resultado de um caso através da utilização de um recurso direto ao rei que era fonte de justiça e, como tal, deveria impedir o seu mau funcionamento no reino, aplicando a moral no lugar do direito estrito caracterizado pelo extremo formalismo. “Esse cenário permite afirmar a existência de um dualismo no direito inglês, marcado pela convivência concomitante das regras do *common law* (obra dos Tribunais Reais de Westminster) e as soluções de *equity* (advindas do Tribunal da Chancelaria)” (VIANA; NUNES, 2018, p. 49/50).

Duas figuras de relevo surgem para refrear esse abalo sofrido no *common law*: Edward Coke que em 1628 com a obra *Istitutes of the laws of England* trouxe uma proposta de organização do direito inglês, estimulando os juizes a não recorrerem as outras fontes face a compilação de casos e a atribuição ao *common law*, através da atuação dos juizes de controlar os atos do Parlamento; e Blackstone, com os *Commentaries on the Laws of England* de 1765 a 1769 (VIANA; NUNES, 2018, p. 51/52).

Segundo a tradição jurídica representada por Blackstone, para o *common law* daquela época, o direito não se esgotava nos precedentes vez que se manifestava também nas ordens do soberano (rei ou Parlamento), dependendo do caso com normas que expressavam vontade política, porém, a força vinculante do direito que se revela mais contundente é no costume judicial ou sistema de precedentes que não possui uma “vontade” especificamente. Tal sistema, segundo a sua tradição, é preexistente aos juizes que aplicam e dão forma ao comando resgatado da história, atendendo a justiça expressa no tempo de acordo com as necessidades da comunidade, atualizando o direito do passado e evitando o dogmatismo e a estagnação do sistema jurídico (BERNAL, 2020, p. 155).

Quanto à função da norma, enquanto para o sistema jurídico continental, seja ele romano-germânico ou codificado, trata-se de um guia para a ação ou comportamento futuro em razão da necessidade dos cidadãos pautarem seu comportamento *a priori*, baseando em juízos exegetas ou hermeneutas sobre o sentido dos enunciados presentes na norma, cujo sentido deve ser seguido também pelos juizes em suas decisões, no *common law*, a norma positiva é estabelecida fundamentalmente pelo juiz, de maneira que possam julgar as condutas já praticadas a posteriori, cuja sentença possa ser

lida e reconstruída posteriormente por outro juiz e, por sua vez, o cidadão que queira derivar seu comportamento com base na norma positiva deverá fazer um juízo de previsibilidade sobre a forma como o juiz analisaria sua conduta (BERNAL, 2020, p. 156).

Feito este breve relato sobre a origem do direito inglês e a importância do precedente judicial na sua formação, volta-se novamente ao objetivo do presente trabalho que é identificar o viés positivista científico no *common law*, conforme feito no capítulo anterior com o *civil law*, o que se fará retornando ao corte metodológico através da obra de Andrés Botero Bernal, conforme se verá a partir do próximo tópico.

3.1 Entre Bentham e Austin

Como tem sido defendido no presente ensaio, fato que é de extrema relevância para a compreensão da aproximação entre as tradições ora abordadas, o pensamento filosófico do juspositivismo se desenvolveu paralelamente entre os sistemas como se houvesse uma busca comum da construção de uma teoria científica do direito que por fim resultou na base científica objeto de estudo nas duas tradições jurídicas em discussão.

Dois grandes jusfilósofos ingleses que engrossaram o debate acerca da jurisprudência analítica e utilitarista foram Jeremy Bentham e John Austin.

Bentham era reconhecido por ser um grande crítico das instituições sociopolíticas inglesas defendendo que o maior problema do *common law* representado na obra de Blackstone é se apresentar como uma doutrina jusnaturalista-consuetudinária-objetiva, quando na verdade consistia em arbítrio judicial ou mera arbitrariedade sendo o direito fruto da vontade corporativa ou individual dos juízes e não da razão natural expressa no tempo. Andrés Bernal (2020, p. 157) afirma que para Bentham, não havia nem direito nem moral objetivas além dos fatos e da experiência, entendendo que se deveria partir do empirismo, ou seja, algo apenas existe se for verdadeiramente verificável, tendo como meta o utilitarismo traduzido como a busca pela maior felicidade ao maior número de pessoas possíveis, afirmando que o jusnaturalismo e os princípios do direito judicial do modelo tradicional se tornaram um fantasma, uma desculpa, uma ficção dos juízes para ocultar sua capacidade criadora e seu governo aristocrático e autárquico. Considerando que não havia nenhum fato demonstrável da existência do direito natural, nem do *common law* (sistema de precedentes), estes princípios não são mais do que “quase comandos” ou “quase direitos” facilitando o exercício de um governo arbitrário do direito, que a ciência do direito deve denunciar.

Bentham assinalava que no *common law* a vontade, que no jargão jusnaturalista era tida como objetiva, era na verdade ficção e subjetivismo,

o que não poderia ser admitido por uma sociedade moderna e liberal, razão pela qual seria necessário renovar o conceito de norma para afirmá-la como um conjunto de signos declarativos emitidos pela vontade soberana estatal a respeito da conduta que essa vontade desejava fosse observada pelos cidadãos, ou seja, uma norma seria validada somente se resultado da vontade soberana, seja porque o soberano a concebeu expressamente, seja por ter sido adotada depois de ser emitida por outro órgão. Bentham entendia que uma norma poderia continuar sendo direito mesmo após a mudança de soberano e, principalmente, porque considera-se direito uma norma expedida por um poder subordinado como e.g. a ordem de um juiz, pensamento que acabou influenciando mais tarde a teoria de Kelsen da concepção do direito como sistema jurídico dinâmico⁸ (BERNAL, 2020, p. 158).

Bentham propôs uma reforma através de um código inglês, abrangente, racionalizado e universal, chamado *pannomion*, capaz de substituir o direito judicial arbitrário, subjetivo desconhecido do cidadão: universal pois segundo a razão lógica e utilitarista, poderia propor normas adequadas para todos; abrangente pois se poderia conceber em apenas um texto, todos os ramos do direito por sua própria pretensão de validade geral. Tal código seria fruto da vontade do legislador soberano, mas sua elaboração seria levada a efeito por um homem apolítico e técnico que por sua razão analítica, por sua capacidade de sentir a felicidade do povo e por seu domínio do direito, resultaria nas melhores normas possíveis a partir da objetividade do critério utilitarista, podendo ser utilizado por muitos povos em muitas épocas tal sua validade geral (BERNAL, 2020, p. 158).

Do exposto percebe-se claramente a existência de uma ciência do direito com muitas ramificações, cujos fundamentos porém, influenciavam os pensadores tanto da Europa continental, quanto da grande ilha, a ponto de fazer surgir na Inglaterra teorias que sustentavam a codificação tal qual ocorreu no modelo francês, onde uma comissão propunha um texto que uma vez aprovado era objeto de estudo pela academia; ou o modelo alemão, tendo nos professores os elaboradores dos conceitos que deveria ser compilados por uma comissão especial. Na proposta de Bentham, o código deveria partir de um codificador solitário.

As propostas positivistas de Bentham não foram totalmente aceitas, contudo, fecundaram um caminho através da relação entre a lógica analítica, ou seja, a análise de atos linguísticos entendidos como o significado e uso

⁸ “[...] as normas de concepção estabelecem a validade de outras normas de adoção, o que posteriormente se denominará como normas de competência, dentro de uma hierarquia normativa [...]”. Tradução nossa de: “[...] las normas (de concepción) establecen la validez de otras normas (de adopción), lo que posteriormente se denominará como normas de competencia, dentro de una jerarquía normativa [...]”. (BERNAL, 2020, p. 158).

das palavras, a justiça e a utilidade, caminho este seguido por John Austin, através da jurisprudência analítica ou utilitarista, que tentou harmonizar três diferentes fontes, o utilitarismo, influenciado por Bentham e James Mill, a filosofia idealista alemã e o pensamento jurídico da Escola História e da Jurisprudência de Conceitos.⁹

Para Austin, o direito é composto de ordens gerais habitualmente obedecidas e por ameaças eficazes que lhe dão respaldo emitidas, expressa ou implicitamente, pelo soberano ou por súditos delegados que lhe devam obediência. Segundo Bernal (2020, p. 161), a ideia do direito estar integrado por imperativos eficazes como defendido por Austin, é uma das principais colunas de fundação da teoria “imperativista” do direito, tendo como seus maiores expoentes no futuro Kelsen, Olivecrona e Hart, superando Austin ao agregar dois novos componentes, o medo e a organização. Pode-se lembrar v.g., do exemplo da ordem do assaltante como uma ordem (comando) também respaldado na ameaça, contudo, para Olivecrona, não pode ser ordem jurídica vez que não atua como uma organização aos olhos do assaltado, enquanto para Kelsen, Austin não teria diferenciado comando, de “comando judicialmente obrigatório”, ou seja, ainda que o direito seja uma ordem, nem toda ordem é direito. Por sua vez, Hart considera, assim como Olivecrona, que o conceito de ordens respaldadas por ameaças não é claro suficiente para diferenciar uma norma jurídica do mandato de um assaltante.

Austin se encontra em um ponto intermediário entre a teoria tradicional de Blackstone e a revolucionária de Bentham ao assinalar que os princípios do direito judicial são válidos juridicamente, porém estes princípios não são preexistentes às decisões judiciais. Outra diferença entre Bentham e Austin é que para o primeiro, os princípios do *Common law* são mera excesso de palavras, sendo necessário um código que abarque todo o direito, abrangente, com vocação geral, que revolucione o direito deixando claro quem é o verdadeiro soberano e quais são os seus comandos; Austin

⁹ “Con base en estas influencias, Austin partió, en sus estudios, de la ‘voluntad racional’, aprehensible por medio del lenguaje y de los “enunciados” del derecho. Los aspectos más relevantes de dicha voluntad racional, que explicaría el derecho y que fundamentaría el POSITIVISMO INGLÉS o JURISPRUDENCIA ANALÍTICA, son los siguientes. El derecho, como sistema positivo, puede ser explicado racionalmente como un diálogo de voluntades, y no como un fruto histórico, tal como lo entendería Savigny o Blackstone. Pero, consecuente con la filosofía británica previa, llamada ‘empirismo inglés’ (Berkeley318 [1685-1753] y Hume319, entre otros), la voluntad guía racionalmente la conducta a partir de lo que conocemos como experiencia. Esto le permite al hombre hacer generalizaciones o construir ideas o creencias (jurídicas, en lo que nos ocupa), con base en lo que cree experimentar, en lo que es a partir de juicios de utilidad que son los que demuestran, según él, la racionalidad impresa en la voluntad. Por tanto, hay que alejarse de la jerga seudocientífica de abstracciones y supuestas deducciones que, por ser distantes del carácter empírico de la ciencia del derecho, son indemostrables y solo son acatadas no por su racionalidad, sino por la fuerza que en ellas imprime quien las emite.” (BERNAL, 2020, p. 160).

não refuta totalmente os princípios morais e judiciais, mantendo uma atitude de cautela com as especificidades de cada sistema jurídico nacional, razão pela qual, na prática, é inviável um código abrangente, embora não rechace totalmente a ideia da codificação (BERNAL, 2020, p. 164).

Aqui se passou a diferenciar a ciência da jurisprudência da ciência da legislação, a partir de uma distinção entre o discurso do ser e do dever ser, ou seja, a linguagem descritivo-analítica (verdadeiro ou falso) e a prescritiva-imperativa (válido ou inválido), o que fará eco em todo do tipo de discurso dentro do positivismo jurídico. O direito e a moral, embora elementos normativos, não são iguais, vez que detêm diferentes critérios de validação, motivo pelo qual, esse juízo moral que pode incidir sobre uma norma não é científico nem jurídico e não é juridicamente obrigatório, contudo, norma injusta segue sendo norma, vez que é imperativa e ao mesmo tempo jurídica pois válida para o direito ainda que moralmente reprovável (BERNAL, 2020, p. 165).

Cabe destacar, apenas a título de argumentação, que estes debates foram campo fértil para o que mais tarde seriam as críticas de Ronald Dworkin (2020) ao positivismo em geral, tomando por base a obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart (2009), cujo pensamento inspirado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2009) rebateu frontalmente a teoria imperativa de Austin, em uma clara demonstração de que direito de hoje é reflexo direto deste diálogo entre as principais famílias normativas, forjado sob o impacto das “marretas” intelectuais dos grandes filósofos e jusfilósofos, historiadores e pensadores desde mundo moderno ao contemporâneo.

Segundo Dworkin (2020, p. xi),

Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria do direito que é geral [...]. Pode-se encontrar uma sua obra um aparte conceitual e uma parte normativa de uma teoria geral do direito e, na parte normativa, teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, todas adequadamente articuladas por uma teoria política e moral utilitarista e uma teoria metafísica empirista mais geral. Cada componente desta teoria foi desde então desenvolvido e aprimorado por diferentes autores, mas a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas continua sendo uma teoria benthamiana.

Bernal (2020, p. 165) ainda identifica uma diferença pontual entre Bentham e Austin, vez que para Bentham a ciência da jurisprudência é factual ou empírica, estuda a linguagem jurídica mas sempre com vista

ao objetivo de que tal ciência conduza o direito a sua finalidade principal que é a felicidade pública, enquanto para Austin a visão da ciência é mais racional que empírica, ainda que possa ser considerado um empirista, pois a jurisprudência geral se ocupa de estudar os princípios comuns dos sistemas jurídicos os quais são deduzidos das normas positivas, evidenciando uma ciência abstrata ou formal, do que “[...] *deja en claro, por demás, cierta herencia que el idealismo alemán, presente en la ESCUELA HISTÓRICA y la JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS, dejó en Austin*”.

Em que pese o caráter propositivo e reformador das teorias da jurisprudência analítica o seu verdadeiro reflexo só começou a ser sentido a partir de meados do séc. XIX no momento de criar normas para as colônias inglesas, principalmente na Índia, revivendo com grande força as ideias codificadoras de um direito escrito que limitasse o *common law*, assim como, pelos reflexos na consolidação da ciência jurídica britânica influenciando em vários juristas da época.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber ao longo do texto, o desenvolvimento do Estado Moderno trouxe consigo a necessidade da construção do direito de forma unificada, diversa do pluralismo visto no feudalismo, um direito que pudesse regular as relações entre os indivíduos de uma mesma sociedade com tratamento igual, que regulasse as relações desses mesmos indivíduos com o seu Estado e deste Estados com outros Estados.

Observou-se que este direito ocidental se desenvolveu paralelamente sob três perspectivas inicialmente diversas, mas olhando para um mesmo horizonte, encontrou fundamentos teóricos comuns: na França, impulsionado pelos ideais universais iluministas, um direito codificado, formalista, fez surgir a Escola Exegética de comentadores na busca pela segurança das relações privadas, foi a primeira escola positivista; em resposta ao formalismo francês, após a queda do Sacro Império Romano-germânico, na antiga Prússia uma forte tendência nacionalista desenvolvida a partir de um ideal do espírito do povo germânico (*volksgeist*), fez surgir várias escolas de jurisprudência sob uma pretensão de cientificidade, focada na hermenêutica e no desenvolvimento do direito como ciência, o que mais tarde foi reconhecido como positivismo.

Estas duas vertentes desenvolvidas na Europa Continental tiveram origem Romano-germânica e, embora antagônicas, foram a semente da tradição do *civil law* utilizado em boa parte dos países ocidentais desde a Europa até a América Latina indo até o Japão, tendo no positivismo suas bases filosóficas e científicas.

Paralelamente, na Inglaterra, um direito anglo-saxônico se desenvolvia sobre os costumes imemoriais dos ingleses desde o primeiro século do segundo milênio, tendo por base um sistema construtivista de respeito às decisões precedentes como fonte de norma: era o nascimento do *common law* que embora fruto de uma semente diversa, não descuidou das teorias científicas produzidas na Europa-continental dando origem ao positivismo inglês e sua jurisprudência analítica.

O que se identificou na presente pesquisa foi que o direito se desenvolveu no ocidente a partir de três perspectivas diversas, duas delas, a francesa e a germânica deram origem ao *civil law* e uma terceira, a anglo-saxônica resultou no surgimento do *common law*, contudo, tão logo o pensamento jusfilosófico enverçou para uma pretensão científica as duas tradições encontraram no positivismo o elo que uniu os dois lados desta corrente, dando fruto a debates acadêmicos até os dias atuais.

Estas escolas positivistas resultaram em uma das mais importantes obras do direito, a exemplo da Teoria Pura do Direito do austríaco Hans Kelsen, O Conceito de Direito do inglês Herbert Hart que rebateu a Teoria Imperativa de John Austin e após foi motivo de críticas para o americano Ronald Dorkin desde Levando os Direitos a Sério. Contudo, esta análise não cabe no presente ensaio face à grandiosidade das ideias planteadas ciente de que o positivismo foi além e hoje possui muitas vertentes: o positivismo exclusivista, o positivismo inclusivista, o positivismo lógico-inclusivista, o pós-positivismo o que certamente dará origem a muitos novos debates e pesquisas, ciente de que independente da tradição normativa a que se filie o pensador, a ciência é uma só.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, E. M. Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERNAL, A. B. **Positivismos jurídicos (1800-1950)**: estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época. Bucaramanda, Colombia: Universidad Industrial de Santander, 2020. Ebook.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

GODOY, M. G. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

MALISKA, M. A. **Os desafios do estado moderno, federalismo e integração regional**. 460 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba/Munique, 2003.

MALISKA, M. A. **Fundamentos da Constituição**: abertura - cooperação - integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, L. G. M. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, D. **Precedentes, da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018..

PUGLIESE, W. S. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

UZELAC, A. Sobrevivência da terceira tradição jurídica? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, p. 56-81, maio/ago. 2019.

VIANA, A.; NUNES, D. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.