

## POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS CLASSIFICAÇÕES: COMPREENDENDO SUA IMPORTÂNCIA PARA A TEORIA DO DIREITO

Caroline Muller Bitencourt

Carla Luana da Silva

**Resumo:** Este artigo busca abordar as definições, distinções e as influências históricas do Positivismo Jurídico no campo teórico. Seria possível afirmar que o Positivismo Jurídico possui características específicas para afirmar-se como Teoria do Direito? Em caso positivo, o que o caracteriza? Utilizando a pesquisa bibliográfica como método de pesquisa, se propõe analisar com clareza o tema, onde em um primeiro momento são abordadas questões históricas acerca do Positivismo Jurídico, que ganham tamanha importância para entender o percurso progressivo de suas bases teóricas. Assim, buscando alcançar tais objetivos é utilizada a classificação trazida por Dimitri Dimoulis sobre Positivismo Jurídico *lato sensu* e *stricto sensu*, percorrendo até a distinção entre o Positivismo Jurídico, Dogmática Jurídica e Teoria do Direito.

**Palavras-chaves:** Positivismo Jurídico; *Stricto Sensu*; *Lato sensu*; Teoria do Direito. Dogmática;

**Abstract:** This article seeks to address at the definitions, distinctions and historical influences of theoretical Legal Positivism. Could be possible to state that the Legal Positivism has specific characteristics to assert itself as legal theory? If so, what characterizes it? Using literature as a research method technique, this work is proposed to analyze more clearly the theme, which in a first moment are going to be discussed historical questions about the Legal Positivism, that gain such importance to understand the progressive course of their theoretical bases. Thus, to achieve these goals was used the classification brought by Dimitri Dimoulis on *lato sensu* Legal Positivism and *stricto sensu*, covering up the distinction between the Legal Positivism, Legal Dogmatic and legal theory.

**Keywords:** Legal Positivism; *Stricto Sensu*; *Lato Sensu*; Law theory; Dogmatic.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atribuindo um significado amplo e contundente, a corrente do Positivismo Jurídico encontra-se como método de compreensão do direito que busca dar respostas concretas acerca de sua validade e aplicabilidade das normas jurídicas. Toda a análise é voltada para a compreensão do ordenamento jurídico e as normas que a compõe, que determinarão o caráter *sui generis* atribuído ao direito enquanto ciência autônoma, intitulado pelos seus adeptos.

O presente artigo visa abordar esses contributos teóricos da corrente do Positivismo Jurídico, sendo, que a partir dos seus aspectos peculiares busca-se transpor se é possível afirmar que o mesmo poderá constituir-se como Teoria do Direito? Assim, é necessário conhecer o positivismo jurídico em suas características e seus limites, para discutir os limites da decisão judicial no que passamos a chamar de juspositivismo.

Com o intuito de buscar essas características formuladoras de suas premissas, distinguindo-as dos outros ramos, para tal indagação faz-se necessário buscar o momento histórico de surgimento da corrente teórica do positivismo jurídico desde as suas concepções mais primitivas, conhecida como positivismo jurídico legalista, até a concepção do positivismo jurídico analítico.

Assim, ao entender o período histórico de seu surgimento, será importante distinguir os modos como foram delineadas tais bases teóricas, por cada autor que os representa no campo jurídico e é essa explanação que se trará sobre Positivismo Jurídico *Stricto Sensu* e *Lato Sensu* pelo autor Dimitri Dimoulis que abarca para o entendimento geral os aspectos que devemos considerar ao avaliar tal corrente. No caminho de resolver o problema apresentado é necessário delimitar as características da dogmática jurídica e teoria do direito, confrontando-o com as premissas do positivismo jurídico.

## DO POSITIVISMO LEGALISTA AO POSITIVISMO ANALÍTICO: ESCOLAS DE PENSAMENTO

Traçando uma linha evolutiva da origem do positivismo jurídico nota-se uma

progressão de suas premissas desde seu surgimento até suas concepções mais atuais, podendo-se apontar as influências que as delinearão assim como todas as teorias existentes no direito. Analisando os contextos, o positivismo jurídico possui períodos históricos de construções teóricas, questão que por muitos é esquecida quando criticam tal corrente analisando quase sempre os seus conceitos mais primitivos. Deixa-se de observar as suas múltiplas dimensões históricas, que percorreram desde uma concepção mais restrita e primitiva de avaliação da ciência do direito, em um ordenamento jurídico fechado com interpretação mecânica da lei, até, uma concepção mais aberta e descritiva do direito com a incorporação de preceitos morais aceitos pelas sociedades que o instituem ou, mesmo, as formas explicativas que encontraram para o aplicador do direito frente aos casos difíceis.

É reconhecível pelos estudiosos do positivismo jurídico que este, teve grande influência indireta dos outros positivismos existentes na filosofia e nas ciências, mas que, contudo, seus traços se tornaram peculiares e distintos. Pode-se obter que existe um campo amplo e abrangente denominado de positivismo em que a partir do mesmo observa-se a sua construção específica em cada área de atuação como na sociologia, o positivismo sociológico, na filosofia, o positivismo lógico e no âmbito jurídico, o positivismo jurídico. No âmbito jurídico é que se irá destacar o positivismo jurídico com traços peculiares que o materializa diferentes dos demais, embora ter certamente recebido influências dos outros positivismos como a rejeição a teses metafísicas ou idealistas para explicar o direito e seu funcionamento objetivamente (DIMOULIS, 2006)

Dessa forma cabe indicar a existência não só do positivismo jurídico como também de outros positivismos, como, o positivismo sociológico de Auguste Comte que baseava suas análises em ciências positivas capazes de serem comprovadas por métodos científicos válidos. Também, através do positivismo lógico, com a Escola do Círculo de Viena se preceituará a tese anti-metafísica a que se coincidirá o autor Hans Kelsen no positivismo jurídico, que trará uma severa oposição a sua negação nas ciências normativas (WALTER, 2013). O intuito desses modelos seria de tornar todas as ciências com critérios observáveis, aplicando um critério de objetivação para desconstituir a metafísica, no entanto os meios aderidos pela corrente do positivismo jurídico se diferiram.

Primeiramente, para entender a formação histórica da teoria do positivismo no âmbito jurídico deve-se considerar a ligação direta com o jusnaturalismo, corrente dominante até o final do século XIX. As premissas dessa corrente constituem-se antecessoras ao positivismo, onde forneceu através de suas concepções de direito natural, bases de análise e refuta para a formação da teoria do positivismo jurídico. Para as concepções mais tradicionais do jusnaturalismo, o indivíduo tornar-se-á a matriz do direito e do Estado, legitimando ambos, ao repousar em verdades eternas postulados imutáveis no tempo e no espaço, onde se situa nessas reflexões os autores Rousseau e Grotius (BONAVIDES, 1980).

A base de ligação entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico deve ser observada a partir das distinções conceituais entre direito positivo e direito natural desde Platão e Aristóteles, passando pelos escritos medievais, até a mais célebre distinção descrita por Grócio no pensamento moderno perdurado até o final do séc. XVIII (BOBBIO, 1999). Nessas concepções, que por ora percorreram um percurso histórico de mudanças, o direito positivo será considerado como um produto da vontade humana e o direito natural como produto da razão humana, superior ao homem ou transcendente a ele.

Conseqüentemente, a partir dessa dicotomia começará a ser percebido o direito positivo com sentido próprio quando ocorre a positivação do direito pelos órgãos estatais, que reconhecem como direito aquele que é estabelecido pelo Estado, e, o direito natural se desconstituirá de poder, surgindo bases à obra do positivismo. Para Bobbio (1999, p.26) “por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído dessa categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”.

De acordo com pesquisas históricas, a positividade do direito teria seus primeiros passos no século XII, de um direito imposto pelo legislador, encontrando-se características presentes em autores como Jean Bodin ou mesmo Thomas Hobbes (DIMOULIS, 2006). Nesse período, impõe-se o império da lei onde “a lei é simplesmente um comando do soberano [...] ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo seu conteúdo” (BARZOTTO, 2007, p. 14).

Em meados do século XVI e XVIII, segundo Ferraz Junior (2001), o direito torna-se cada vez mais escrito, constituindo-se em uma série de leis emanadas pelo

poder constituído na época. Passou-se por uma sociedade pluralista verificada na sociedade medieval ingressando no Estado Moderno de estrutura monista, concentrando para si todo o processo de produção jurídica do direito (BOBBIO, 1999). “[...] Este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto [...], da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito” (BOBBIO, 1999, p. 32).

“A codificação traz consigo a separação definitiva entre direito positivo e direito natural, [...] onde o direito positivo torna-se cada vez mais a fonte central do direito na sociedade” (DIAS, 2010, p. 46). Foi, assim, o surgimento da positivação do direito que desmembrou em uma quase derrota do direito natural, o qual tinha como pressuposto um direito que para ser legítimo deveria estar positivado no ordenamento jurídico.

Assim no século XIX, Dimoulis (2006) explana que as ideias de cunho positivista se consolidam juntamente com o monopólio do poder político do Estado nas sociedades tomadas pelo capitalismo, sendo resultado da Revolução Francesa de 1789. O Estado Absolutista, que impunha o “império da lei”, teve seu poder limitado pelas ideias burgueses que incitaram a Revolução Francesa, constituindo o Estado Liberal (BARZOTTO, 2007).

Tem-se um período pós-Revolução, mudando a concepção da sociedade ao instituir que todo poder é de competência jurídica e até mesmo condicionando a própria criação do direito ao jurídico (BARZOTTO, 2007), tendo seu fundamento ideológico desde Montesquieu, em o *Espírito das Leis*, com sua descrição da separação de poderes e seu pensamento a partir da lei até as ideias racionalistas de criação e aplicação do direito (BONAVIDES, 1980). A separação de poderes de Montesquieu serviria de ideologia ao liberalismo, destituindo a concentração anterior na mão de um só soberano, que explicava o direito a partir de um poder divino, e, ao mesmo tempo explicava a monopolização do direito por parte do Estado.

Segundo Bobbio (1999), para Montesquieu a explicação, relacionada ao poder judiciário, fundamenta que sua decisão teria que ser uma reprodução fiel da lei. Nesse sentido, afirma Ferraz Junior (2001), que esse período é voltado ao legalismo, tem-se o surgimento de um **positivismo legalista**, desenvolvido pela Escola da Exegese na França, baseadas em afirmações como todo direito é positivo

e somente o direito positivo é direito.

A Escola da Exegese debatia em torno da literalidade dos textos legais em que a atividade do intérprete seria de isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável. Com a obtenção da lei escrita, o objetivo seria ater-se a ela de modo a transpor seu sentido com a interpretação literal dos textos. Dimoulis (2006, p. 54, grifos originais) entende que os doutrinadores dessa época tinham

[...] a intenção de realizar uma simples “exegese”, isto é, uma interpretação estritamente gramatical e lógica (ou mesmo “mecânica”) do texto normativo [...]. Excluía-se da tarefa interpretativa qualquer consideração subjetiva ou construção conceitual feita pela doutrina.

Bobbio (1999) dispõe algumas ideias tratadas pelo autor Beccaria que trouxe para os estudos da época a “teoria do silogismo”, onde este, analisa que o juiz ao aplicar a lei deve fazer a dedução a conclusão de um silogismo, não criando nada de novo, somente explicitando as premissas compostas pela norma. A Escola da Exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão (BOBBIO, 1999, p. 89), a mesma, limitava a “interpretação passiva e mecânica do Código” (BOBBIO, 1999, p. 78).

Ainda, no século XIX, cabe destacar a importância do surgimento de outro movimento distinto do positivismo jurídico e de crítica a Escola da Exegese, o da Escola Histórica do Direito representada por Savigny, na Alemanha, que foi precursora também de críticas radicais ao direito natural, tornando-o mero instrumento filosófico do direito positivo (BOBBIO, 1999). A Escola Histórica também irá se conceber juntamente com o processo de codificação, surgindo como alternativa de esclarecimentos da regeneração da essência e da função do direito (DIAS, 2010).

Ressalta Dias (2010) que a Escola Histórica do Direito terá por objetivo analisar o direito como um resultado histórico, onde o direito será reconhecido em virtude de uma análise de historicidade e não por abstrações do direito racional, no jusnaturalismo ou dos ditames do legislador, no processo de codificação. “Logo, o direito se mostra como um fenômeno *orgânico* cuja fonte criadora, [...] se encontra no interior da consciência e da cultura da nação” (DIAS, 2010, p.53, grifos originais). Segundo o referido autor, esta corrente mostra-se “superadora” do jusnaturalismo, combatendo o direito natural, no entanto, seus métodos foram muito criticados por

ainda dependerem dos componentes jusnaturalistas, crítica esta, que será constituída pelo positivista Hans Kelsen.

Em meados do século XX pode-se notar a versão de análise do **positivismo jurídico analítico**, não sendo mais coerente a sua classificação nas deduções mencionadas pelo positivismo legalista, devido aos importantes debates sobre o direito e o funcionamento dos sistemas jurídicos até às soluções interpretativas dadas pelo aplicador do direito (DIMOULIS, 2006). Para esses novos rumos de concepção jurídica situa-se como influência decisiva no pensamento jurídico a Escola Analítica, na Inglaterra, representada pelo filósofo do direito John Austin, considerado fundador da mesma (ROSS, 2000, p. 292).

A Escola Analítica tratará de conceitos fundamentais para o conceito de direito, como por exemplo, a fonte do direito, a matéria do direito, o dever legal, a norma jurídica e a sanção legal procurando analisá-los e defini-los (ROSS, 2000). O autor positivista Hans Kelsen, com sua obra Teoria Pura do Direito é considerado pertencer a Escola Analítica, no entanto, historicamente não há conexão entre ambas (ROSS, 2000).

Essa abordagem da Escola Analítica é a que influenciou como visto a maioria dos autores mais debatidos atualmente, o que deve ser melhor observada visto que seus principais preceitos estão vivos na sociedade contemporânea. O objetivo do positivismo jurídico, nesse período, representado por lendários autores como Hans Kelsen e Herbert Hart é tornar a ciência do direito uma ciência autônoma de explicações racionais para seu objeto de estudo, dentro de seu próprio sistema normativo, incluindo os métodos interpretativos e assumindo uma posição descritiva na análise de um conjunto de regras, observando o fenômeno jurídico de forma metodológica de forma a afastar do mesmo a interferência moral e política de seus conceitos. Das abordagens dos autores influenciados sobre esta perspectiva surgiram diversas classificações, onde, dentre elas, se optou trabalhar com a divisão entre positivismo *stricto sensu* e *lato sensu* trazida por Dimitri Dimoulis que utilizará a refuta ao direito natural como meio de distinção.

## **A CLASSIFICAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO *STRICTO SENSU* E *LATO SENSU* A PARTIR DE DIMITRI DIMOULIS**

Além da importância do contexto histórico de surgimento para a análise do positivismo jurídico, principalmente o analítico, deve-se observar que o estudo do mesmo, em sua superfície, tende a guiar a delimitação de determinados conceitos como sendo abrangentes de todas as categorias de autores adeptos a compreender o estudo do direito posto, ensejando a construção de definições e críticas equivocadas. Filia-se, dessa forma, como orientação de estudo, a classificação trazida por Dimitri Dimoulis da separação do positivismo jurídico em *Stricto Sensu* e *Lato Sensu*, entendendo que não é a única mas que se mostrou coerente e de grande valia ao presente estudo.

Dimoulis (2006) traz a distinção clara e precisa nas suas duas classificações, onde procurou buscar um mapeamento e uma definição de natureza descritiva para essas correntes, observando a posição “central” adotada por cada autor e enquadrando aqueles que compartilham as acepções positivistas. Nesse sentido afirmou que a partir dessas definições facilitar-se-ia o conhecimento, a orientação e abrir-se-ia a possibilidade de críticas para a melhoria destas. São criadas por Dimoulis (2006, p. 78) a categoria de classificação denominada como positivismo *lato sensu*, com uma definição mais genérica e positivismo jurídico *stricto sensu* em que propõe conceitualmente que:

um vastíssimo grupo de autores que são juspositivistas no sentido de rejeitarem o direito natural e por isso são denominadas aqui juspositivistas *lato sensu* e [...] um grupo mais restrito de autores que rejeitam não somente o jusnaturalismo, mas também a vinculação do direito a outros fenômenos e sistemas normativos sociais e, por essa razão, são denominados aqui juspositivistas *stricto sensu*.

Nesses termos pode-se notar que os autores positivistas *lato sensu* são aqueles que em seus conceitos rejeitam o direito natural, apresentando uma oposição a essa corrente e, os positivistas *stricto sensu* rejeitam não só o direito natural como também qualquer tipo de vinculação a outros fenômenos não normativos, sendo portanto mais radicais.

Tomando como base a classificação trazida por Dimoulis (2006) caracterizar-se-ia o positivismo *lato sensu* composto por aqueles autores que considerariam o direito como um conjunto de normas postas em vigor pelos seres

humanos, sendo o direito constituído dos atos de vontade, baseados em fatos sociais empíricos por exemplo, advindos de uma autoridade legislativa.

Isso significa que o PJ *lato sensu* define o direito com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no tempo. Fazendo depender o direito de tais elementos contingentes, o PJ *lato sensu* rejeita a dependência do ordenamento jurídico de elementos metafísicos e tendencialmente imutáveis, tais como mandamentos divinos ou imperativos das razões humanas. (DIMOULIS, 2006, p. 79).

Assim, não seria fundamento das normas jurídicas terem sua validade por haver um poder divino criador ou advindo da natureza humana, como intitularia o direito natural, mas sim, os próprios fatos sociais e nestes poder-se-ia apropriar ser a validade do ordenamento jurídico. Essa característica seria a chamada tese dos fatos sociais ou fontes sociais que “[...] decorrem evidentemente de condutas humanas (individuais e coletivas) e criam as normas, isto é, as tornam juridicamente existentes” (DIMOULIS, 2006, p. 80).

Dimoulis (2006) explana que o jusnaturalismo sofreu inúmeras críticas, sendo a mais resplendente delas a questão da ausência de caráter vinculante do direito natural, o que seria atualmente aceito e defendido por muitos estudiosos do direito. Nesse sentido a maioria dos autores poderiam ser enquadrados nessa categoria denominada positivismo *lato sensu* pois apresentam refuto as seguintes características defendidas pelo direito natural:

a) são de origem divina ou decorrem de leis da natureza ou da razão humana, sendo, em todos os casos caracterizados pela imutabilidade; b) podem ser descobertos mediante reflexão e observação do homem e do mundo, independentemente de seu endossamento pelo legislador político; c) vigoram em paralelo a normas de direito positivo e podem entrar em conflito com essas últimas. (DIMOULIS, 2006, p. 81).

Diante disso, provém a afirmação de Dimoulis (2006) de que muitos dos autores nacionais insistem em indicar um possível fracasso do positivismo *lato sensu* sem levar em consideração que admitem a positividade e a mutabilidade do direito no tempo, característica desta corrente. Mas dessas classificações Dimoulis (2006) entende haver discordância entre os conceitos trabalhados pelos autores dessa categoria, como a explicação quanto ao significado dos fatos sociais positivados somente pelo legislador, quanto a origem do direito ser

predominantemente criada pelo estado e a vontade do legislador no momento da aplicação do direito.

Assim fazendo o enquadramento geral a classificação do positivismo *lato sensu*, Dimoulis (2006) entende ser necessário especificar as categorias compostas por este, sendo os positivistas propriamente ditos, designado por ele como positivismo *stricto sensu* e os moralistas, não sendo o último, foco do presente artigo. Dessa forma expõe Dimoulis (2006, p. 100) em sua classificação, que o positivismo jurídico *stricto sensu*

[...] considera que o estudo e a compreensão do direito não incluem sua avaliação moral e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico (ou de uma norma) não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto.

O positivismo jurídico *stricto sensu* rejeita a tese da existência de um direito natural somado a ideia da separação necessária entre direito e a moral, diferentemente da tese defendida pelos moralistas que defendem a união das mesmas em uma ligação necessária. Este último ponto, constitui-se como fato gerador de parte das críticas feitas ao positivismo ao tentar explicar o direito em si mesmo desprendendo-se de tal instituto.

Dimoulis (2006) leciona que da tese da separação entre o direito e a moral “no debate mundial em torno do PJ *stricto sensu*, cristalizam-se, a partir da década de 1980, duas correntes: o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo” (DIMOULIS, 2006, p. 134). Além de Dimoulis, também traz o autor Tavares (2008) uma explicação sobre esses distintos modos de interpretação que pairaram sobre a corrente do positivismo jurídico, lecionando que da tese da separação entre o direito e moral surgiram na verdade três tendências diferentes, o positivismo inclusivo, exclusivo e ainda o positivismo ético.

Da primeira tendência tratada como positivismo exclusivo, o referido autor explana que, como tese central, na visão dessa vertente, “a identificação do que é o direito não pode depender de critérios ou argumentos morais (TAVARES, 2008, p. 402, grifos originais)”, nesse sentido, afirma-se a independência dos critérios de aplicação do direito ao que se conhece como moral, condicionando a validade da norma jurídica a sua fonte geradora.

A formulação mais conhecida nesse sentido é aquela proposta por Joseph Raz. Em sua visão, mesmo quando uma norma jurídica indica ao julgador considerações morais para a resolução de um caso concreto, isso não implica que a moralidade foi incorporada ao direito; a norma continuará sendo identificada como válida por referência a suas fontes e não pelo seu conteúdo moral. (TAVARES, 2008, p. 402).

Assim, seria considerado positivismo exclusivo aquele que refuta a utilização da moral em qualquer hipótese, mesmo na conceituação da definição do direito, rigorosamente, não se admite em nenhuma hipótese a moral como fonte identificadora do direito, “o único elemento juridicamente relevante é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador” (DIMOULIS, 2006, p. 135), sendo possível essa avaliação a partir da percepção de que o direito adquire validade quando corresponde a fatos sociais que o estabelecerá na sociedade por meio da vontade humana de um autoridade legitimada para tanto. Desta forma, Dimoulis (2006) dispõe que a teoria da validade do direito adotaria um cunho formal, ao desconsiderar a avaliação de natureza material.

Da segunda percepção nas considerações de Tavares (2008), detém-se que para o positivismo inclusivo, “a identificação do que é o direito não depende necessariamente de critérios ou argumentos morais, embora possa circunstancialmente fazê-lo” (TAVARES, 2008, p. 403, grifos originais), admitindo a dependência de critérios morais ao determinar o direito. O positivismo inclusivo, seria aquele que acolheria a tese da separação entre o direito e a moral, contudo de forma mais flexível, afirmando que seriam possíveis sistemas jurídicos que apresentariam a incorporação de critérios morais (DIMOULIS, 2006).

Os partidários do PJI consideram que os valores morais não são sempre decisivos para definir e aplicar o direito. Apesar disso, afirmam que, em certas sociedades, pode haver uma convenção social impondo levar em consideração a moral para determinar a validade e para interpretar normas jurídicas. (DIMOULIS, 2006, p. 137).

A validade da norma jurídica poderá ser verificada pelos aspectos morais quando incorporados pela sociedade que a instituíram como fundamento, fazendo com que ela faça parte do seu conteúdo. Há a distinção entre o direito e a moral, no

entanto, haverá também a possibilidade de existirem sistemas jurídicos que irão utilizar valores morais para identificação e interpretação das normas desse sistema.

Herbert Hart, é um dos autores que sopesou essa questão inserindo a possibilidade da inclusão de requisitos de validade com valores morais a regra secundária de reconhecimento, baseado na aceitação da mesma pelas sociedades que instituem seu sistema jurídico (DIMOULIS, 2006). Essas formas definidas por Hart, serão objeto de críticas de autores moralistas, destacando-se Ronald Dworkin.

Do positivismo ético pode-se considerar que “a identificação do que é direito não deve depender de critérios morais” (TAVARES, 2008, p. 404, grifos originais). Nessa perspectiva é proposta a análise de descrever o direito como ele deve ser, pressupondo como função o estabelecimento previsível de regras de conduta claras e precisas com o intuito de não deixar a sociedade a mercê das incertezas morais (TAVARES, 2008).

Juntamente com a tese da separação do direito e a moral o positivismo *stricto sensu* trata da relação entre direito e política, onde não nega a estreita vinculação entre eles, mas considera que estes estão separados em níveis conceituais. Tem-se “[...] a constatação da conexão *genética* entre o direito e a política: o direito é oriundo da política e dela depende” (DIMOULIS, 2006, p. 106, grifos originais). Ainda Dimoulis (2006, p. 130) trás de sua distinção que

a definição dada pelo PJ *stricto sensu* ao direito válido se baseia no reconhecimento exclusivo de normas postas pelo legislador reconhecido para tanto em determinado espaço e momento histórico, excluindo interferências conceituais oriundas da moral, da política, dos costumes sociais [...].

Essas constatações influem a afirmar que o direito segue a política e necessita do poder da mesma para ser aplicado, sendo que, ao mesmo tempo, o direito funciona como limitador desse poder político ao submetê-lo a procedimentos e fixar-lhes suas finalidades gerais através das normas postas.

O Direito positivo é caracterizado pelo fato de sua realização se dar por meio da legislação consciente e sua validade por força da decisão, contudo, essa decisão não ocorre no sistema jurídico, mas, sim, no sistema político. Nesse sentido, ambos são condicionantes um do outro, pois o que vale juridicamente será determinado politicamente; logo, a política também está subordinada ao Direito. (BITENCOURT, 2013, p. 36).

A relação entre ambos será intrínseca, mas, contudo, suas conceituações devem ser separadas, sendo direito, direito e política, política. O positivismo jurídico *stricto sensu* vai considerar que para formulação do conceito de direito não é necessário a sua definição referências à política por determinar sua validade pelo próprio ordenamento jurídico, bem como, sendo esse mesmo ordenamento, que irá conferir autoridade à política.

Kelsen denomina isso, como indiferença política do positivismo, em que, assume duas consequências: primeira, o aplicador deverá se despir em sua atuação a considerações políticas que sejam distintas das adotadas pelo criador da norma, seu papel consistirá em implementar os comandos jurídicos e, indiretamente, a vontade política incorporada, e, segunda, consistirá na necessidade de desvincular o estudo do direito das opiniões políticas do estudioso (DIMOULIS, 2006). O objetivo é fazer com que tanto o aplicador quanto os estudiosos do direito de distanciem de suas convicções morais e políticas, mantendo rigor nas decisões e afirmações sobre os conteúdos do direito.

Para uma compreensão do positivismo jurídico propriamente dito apresenta particular importância situá-lo como fonte teórica de definição do direito, centrando-se na abordagem conceitual que preceitua, distinguindo-o das definições da Dogmática Jurídica e dos preceitos do que se entende por Teoria do Direito.

## **DIFERENCIANDO POSITIVISMO JURÍDICO, DOGMÁTICA JURÍDICA E TEORIA DO DIREITO**

Por muitos houve a tentativa de classificação da corrente teórica do positivismo jurídico, ou mesmo uma definição ampla e capaz de abarcar o que a determinaria. Esse instituto construiu sua fundamentação teórica em um direito posto em um ordenamento vigente, e, que a partir dele se estruturaria a determinação dos elementos que o compõe. De acordo com Dimoulis (2006, p. 65),

o positivismo jurídico constitui um conjunto de proposições teóricas em torno dos seguintes aspectos fundamentais do ordenamento jurídico: a) definição (fontes, função e finalidade); b) relação com os outros fenômenos normativos; c) interpretação das normas jurídicas; d) avaliação política e propostas de reforma do direito em vigor.

Nesse sentido afirma Dimoulis (2006, p. 66, grifos originais) que o positivismo jurídico “[...] é uma *teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito*”. Intitula-se assim, o positivismo jurídico, como uma Teoria do Direito, que poderá estar onipresente na prática jurídica ainda que os operadores do direito não estejam sempre conscientes, pois, esta corrente analisará os fundamentos dos sistemas jurídicos oferecendo a base para sua compreensão.

Para Barzotto (2007) a corrente do positivismo jurídico foi uma das grandes vertentes teóricas que buscaram explicar o direito, sua validade e aplicabilidade frente às normas jurídicas. Através do conceito de direito perfeitamente delimitado em relação a moral e a política foi possível abarcar o ideal de segurança nas relações sociais, propondo a validade como critério de juridicidade.

Considerado como a corrente que busca explicar o direito a partir do estudo das normas positivas, uma das características dos autores à corrente positivista foi o objetivo de tornar a ciência do direito uma ciência autônoma, livre de elementos “metafísicos” como a moral ou a política, que, nas suas concepções pudessem descaracterizar o ordenamento jurídico e sua validade, sendo que Barzotto (2007, p. 19) refere que “o conceito autônomo é elaborado a partir da definição do direito como sistema normativo”.

O positivismo jurídico indica a preocupação com o estudo do direito posto, entendendo os modos de funcionamento do mesmo ao seguir um caminho descritivo que tenta eliminar a subjetividade. Este estaria enquadrado como uma corrente de interpretação sistemática do direito, explicando sua estrutura, onde, se assemelha com os métodos de estudo da dogmática jurídica, embora, de conceituações distintas.

Ferraz Júnior (2001) traz a ideia que o direito, como um fenômeno jurídico complexo, pode ser estudado por vários ângulos, dentre os quais cita o zetético e o dogmático. Qualifica-se como enfoque zetético, nas palavras do referido autor, aquele que tem o objetivo de dissolver opiniões para colocá-las em dúvida, partindo desse modo de evidências, já o enfoque dogmático tem como pressuposto o ato de opinar e fazer a ressalva de algumas opiniões, que diferentemente da zetética, esta

parte sua interpretação de dogmas, assim “o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa [...] já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 41).

O importante aqui é a aplicação do enfoque dogmático para reconhecer as definições trazidas pela interpretação que vincula o estudo do fenômeno jurídico. Detém-se assim, que a dogmática é uma ciência objetiva, definindo-se como uma “[...] tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal” (WARAT, 2002, p.16), assim, baseia-se apenas nos aspectos de análises da norma do direito, onde busca afastar qualquer interferência. As proposições da dogmática se integram em um sistema inquestionável ao elaborar “[...] um sistema de conceitos, noções, princípios, aforismos e instituições com os quais se pretende completá-lo e fechá-lo” (WARAT, 2002, p. 16).

Segundo Ferraz Junior (2001), a dogmática, ou *dokéin*, significa ensinar, doutrinar, cumprindo a função de acentuar as repostas de uma investigação, pois não será ela que irá investigar, ela apenas aceitará os pontos de partida e de resposta sem discussão para alcançar a decidibilidade jurídica dos conflitos e dos pontos de comunicação. Serão disciplinas dogmáticas aquelas que irão considerar certas premissas como vinculantes para o estudo, estas, sempre partirão do “princípio da proibição da negação”, pois, seu trabalho será compreender o estudo do direito tornando-o aplicável dentro de parâmetros já demarcados no direito.

No mesmo sentido, o referido autor dispõe que a importância da dogmática se materializa assim, por fixar pontos fixos de referência para possibilitar a comunicação da sociedade, sendo impossível a existência da mesma sem os referidos dogmas. Fala-se em duplo grau de abstração da dogmática, no momento que criará dogmas de ação/normas e ao mesmo tempo dogmas de interpretação (que dizem como as normas devem ser consideradas, visto sua ambiguidade e vagueza).

Ferraz Júnior (2001) ainda cita que a dogmática pode ser estudada em três modelos que representam a concepção do homem como articulador do pensamento jurídico: a dogmática analítica, a dogmática hermenêutica e a dogmática da decisão. A primeira terá como pressuposto identificar o que é o direito em frente às contínuas

mudanças das normas nos sistemas jurídicos incorporando-se a ciência do direito, com o estudo da norma e de sua validade no ordenamento jurídico, com o intuito de sistematizar as regras para a obtenção de decisões possíveis; Para a segunda é atribuído a tarefa de entender o Direito identificado, para conseqüentemente se poder decidir, levando em consideração a relevância significativa é utilizada a perspectiva da teoria da interpretação; E a terceira, considera-se como teoria dogmática da argumentação jurídica, onde a decisão está ligada aos processos que desembocam na aplicação do direito.

Para chegar a determinadas conclusões a respeito do direito positivo, Warat (2002) ensina que a dogmática se vale de um método técnico-jurídico, baseado em três etapas, ato em que analisa a época da conceitualização dos textos legais, elabora os dogmas jurídicos e faz a sistematização dos mesmos. Considera-se assim, a dogmática em três momentos lógicos de interpretação, construção e sistematização. No momento de conceituar os textos legais a dogmática se vale do método exegético do positivismo jurídico para a interpretação da lei, nesse sentido,

esta se baseia no pressuposto de que não há mais direito do que o ordenamento jurídico estabelecido através das leis validamente ditadas e vigentes. Deste modo, a dogmática jurídica se vincula diretamente com o positivismo, limitando sua função à interpretação da lei através do método denominado exegético [...]. (WARAT, 2002, p. 17).

Nesse mesmo aspecto lembra Warat (2002) que a sistematização, tratada como terceira etapa do método-técnico jurídico da dogmática, chega à meta de matriz positivista.

Finalmente entramos na terceira etapa da dogmática jurídica que se caracteriza pela sistematização, chegando assim à meta perseguida pela ciência de matriz positivista, que é a constituição de uma disciplina específica, objeto de conhecimento, em um sistema. [...]. Se estabelece uma série de conceitos e princípios que mostram certos traços de universalidade e invariabilidade à algumas (sic) presenças estruturais comuns a todos os institutos ou construções jurídicos. (WARAT, 2002, p. 19).

Assim os preceitos de matriz positivista servem à dogmática, no sentido de que esta os utilizou para formular seu método dogmático de interpretação da lei, tendo esta, a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. Ainda Warat (2002) leciona ser o resultado da sistematização baseando-se na construção de uma disciplina específica, objeto de conhecimento em um sistema uma

dogmática geral ou Teoria Geral do Direito.

Segundo Warat (2002) o ponto mais elevado da Teoria Geral de Direito constitui-se com a elaboração da Teoria Pura de Kelsen ao focar seu estudo na norma e na demonstração lógica de validade da mesma, retirando toda noção metajurídica e valorativa, noção esta, combatida pelos dogmáticos.

Entende-se que a nomenclatura “Teoria Geral do Direito” e “Teoria do Direito” deve ser analisada cautelosamente, pois há um percurso histórico e explicativo para a mesma. A partir da ampliação dos horizontes de pesquisa da Teoria do Direito, com abordagens interdisciplinares, autores como Dimoulis (2006) entendem que esse fato ocasionou a necessidade da supressão do adjetivo “geral” ao envolver questões fundamentais de definição e estrutura do direito, deixando de ser uma parte geral e propedêutica da dogmática.

Reck (No prelo) explica que a Teoria do Direito é mais ampla que a Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, para o autor, Teoria Geral do Direito é uma construção do sistema jurídico ou mais especificadamente, é a construção das distinções fundamentais desse sistema, formando categorias gerais de estruturação que permitirá sua operacionalidade (no sentido de servir de suporte para a realização de outras operações). Esta vai assumir o caráter de formar categorias fundamentais do sistema, estabelecendo processos de ligação entre os diferentes saberes e práticas sociais que estão relacionadas ao direito, sendo seu conteúdo mais operativo, não caberá a Teoria Geral do Direito a missão de procurar a identidade do próprio direito, esta, caberá a Teoria do Direito (RECK, no prelo).

Dessa forma, Teoria do Direito ainda segundo Reck (no prelo) será aquela que vai buscar a identidade do direito, procurando descrever o direito enquanto direito, se apoderando assim, a um programa interdisciplinar para a construção dessa identidade ao colocá-lo na rede de significações. Objetivamente pode-se considerar que a Teoria do Direito adquirirá como tarefa a análise dos conceitos gerais do direito, da metodologia da legislação, da metodologia da aplicação do direito, da epistemologia do direito, e, da análise das ideologias jurídicas, contudo, deve-se notar que esses objetivos podem também ser objeto da dogmática jurídica (DIMOULIS, 2006).

Diante desses aspectos, Dimoulis (2006) dispõe para a especificação do

estudo da Teoria do Direito seis características gerais. Como primeira, o autor delinea a mesma como disciplina intermediária, explicando que seu objetivo não é interpretar determinado direito positivo, como a dogmática, mas observar os vários ordenamentos fazendo a análise de sua estrutura e da sua sistematização de conceitos; Segundo, a Teoria do Direito é uma disciplina comparativa e generalizante, fazendo com que seu conhecimento seja construído por comparações entre diferentes ramos do direito e ordenamentos jurídicos, desempenhando um papel de “generalização específica”; Terceiro, apresenta-se com caráter multidisciplinar, pois, necessita utilizar informações concretas sobre detalhes dos sistemas jurídicos e recorrer a saberes externos ao Direito; Quarto, constitui uma pluralidade teórica em que se constata uma pluralidade dos métodos de estudo e das concepções da disciplina, falando-se na verdade em “teorias do direito”; Quinto, trabalha com o estudo de formas e substâncias, analisando a validade do direito, estrutura lógica, das normas jurídicas e as relações entre normas e os métodos de interpretação; E, por último e não menos importante o aspecto característico da questão da crítica, ao buscar superar os limites do conhecimento jurídico-dogmático para a obtenção de uma visão global do direito de seus elementos e de suas ideologias.

Concretizando as definições da Teoria do Direito temos que esta:

[...] realiza um estudo crítico e interdisciplinar de conceitos jurídicos fundamentais mediante a comparação de vários ramos do direito e sistemas jurídicos, no intuito de elaborar uma teoria da estrutura do fenômeno jurídico, refletindo, principalmente, sobre a definição e os métodos de aplicação do direito. (DIMOULIS, 2006, p. 40).

De modo geral, tem-se como disciplina que estuda o fenômeno jurídico, a Teoria do Direito como a formação dos fundamentos de um sistema jurídico, em que “[...] analisa a questão da definição do direito e da cientificidade de seu estudo, desenvolve a teoria das normas e das fontes jurídicas e elabora críticas a ideologia jurídica” (DIMOULIS, 2013, p. 50).

Para Dimoulis (2013) uma parte da teoria do direito tem o objetivo de analisar os problemas de interpretação das normas jurídicas, trabalhando com problemas mais difíceis relacionados ao direito e outra parte estudaria a estrutura dessas normas. Com esses horizontes de pesquisa, passou a constituir-se em uma teoria

explicativa do fenômeno jurídico de abordagem interdisciplinar, deixando de ser simplesmente a parte geral e introdutória da dogmática jurídica.

Ainda Atienza (2003) citado por Dimoulis (2006, p. 17) entende que a referida é a “[...] análise dos conceitos jurídicos fundamentais que são comuns aos diferentes sistemas jurídicos ou ramos do direito” e que abarca todas as suas formas de manifestação inclusive à dogmática jurídica. Nota-se que a Teoria do Direito será considerada como gênero, que irá se fracionar/interdisciplinar uma série de disciplinas e teorias, tanto abrangentes de um direito posto ou não, sendo que, nela está incluído como espécie semelhantes quanto a observação do direito posto, a Dogmática Jurídica e o Positivismo Jurídico, sendo que a dogmática observará o direito posto de um ordenamento com a preocupação a problemas pontuais na elaboração de dogmas para orientar a sociedade, nessa elaboração pode-se incluir definições jusnaturalistas ou positivistas, tanto o é que utiliza-se do positivismo para seu método de interpretação da lei e, já o positivismo jurídico tentará observar o direito posto para a formulação de uma estrutura de explicação do direito para vários ordenamentos, para isto só tomará como objeto o direito vigente, observando a criação de uma ciência autônoma de identificação em si mesmo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente artigo visou-se abordar se era possível ao Positivismo Jurídico afirmar-se como Teoria do Direito, essa indagação relata a importância estudarmos seus limites para aplicação nas decisões judiciais. Constatou-se que a partir de suas características explanadas, distintas de outros institutos, o mesmo possui a capacidade de comportar e ser caracterizado como Teoria do Direito trazendo grande importância para o meio acadêmico.

Intitulou-se como foco de estudo a corrente teórica do positivismo no campo jurídico, distinguindo-o dos outros positivismo na sociologia e na filosofia, que indiretamente influenciaram a constituição do positivismo jurídico. Explica-se primeiramente o positivismo no âmbito jurídico a partir da dicotomia entre direito natural e direito positivo, onde se relatou que a positividade do direito pelos órgãos estatais foi o ápice para a formulação da teoria do positivismo jurídico, que

reconheceu como direito aquele que é estabelecido pelo Estado, e, o direito natural se desconstituiu de poder, surgindo bases à obra do positivismo.

A partir desse processo de codificação/ positivação do direito pode-se constituir os estudos da norma jurídica, onde se situa as concepções mais primitivas do positivismo jurídico, conhecida como positivismo legalista, influenciado pela Escola da Exegese, com uma interpretação mecânica da lei, passando pelas concepções da Escola Histórica do Direito até um positivismo mais analítico, com traços da Escola Analítica do Direito, em que se começa a descrever o direito pelos seus conceitos fundamentais, surgindo nesse momento obras renomadas de autores como Hans Kelsen e Herbert Hart.

Observando a importância do percurso histórico do positivismo jurídico, Dimitri Dimoulis foi um autor essencial para o presente artigo para delimitar de forma metodológica a classificação desta corrente incluindo autores que admitem a positividade do direito e a mutabilidade no tempo, assim delimitou a classificação em positivismo jurídico *lato sensu*, constituindo a ela autores que rejeitam as teses jusnaturalistas, em que ramifica o moralismo e o positivismo propriamente dito, chamado por ele de positivismo jurídico *stricto sensu*, composto por um grupo de autores que rejeitam não só as teses jusnaturalistas como também a vinculação a qualquer outro elemento.

O positivismo jurídico *stricto sensu* rejeita a tese da existência de um direito natural somado a ideia da separação necessária entre direito e a moral, dessa separação se firmou as distinções entre o próprio positivismo *stricto sensu* em positivismo exclusivo, que refutará a incidência da moral em qualquer hipótese e o positivismo inclusivo que acolherá a tese da separação, contudo de forma mais flexível ao admitir a possibilidade da incorporação de critérios morais nos sistemas jurídicos. E ainda, juntamente a separação do direito e da moral o positivismo *stricto sensu* acolherá a tese da separação entre direito e política onde reconhecerá a vinculação entre ambos, no entanto, mostrará a sua distinção em nível conceitual.

Definindo a corrente do positivismo jurídico e o percurso histórico de seu surgimento é possível identificar as suas conceituações confrontando-o/delimitando-o da Dogmática Jurídica e Teoria do Direito. Dessa forma definiu-se o que abarca a dogmática jurídica confrontando-a com a zetética,

explicitando seus ensinamentos a partir do “princípio da proibição da negação” ao compreender o estudo do direito tornando-o aplicável dentro de parâmetros já demarcados no campo jurídico para elaboração de seus dogmas, que fará através de seu método técnico-jurídico. Assim, a partir desse método pode-se notar que os preceitos de matriz positivista servem à dogmática, no sentido de que esta os utiliza para formular seu método dogmático de interpretação da lei ao pretender elaborar uma teoria sistemática do direito positivo.

Já quanto às observações a teoria do direito foi necessário distingui-la da Teoria Geral do Direito. Tendo como Teoria do Direito aquela que estuda o fenômeno jurídico, formulando os fundamentos de um sistema jurídico, em que analisará a cientificidade e definição do direito, desenvolvendo uma teoria de normas, fontes, dentre outros elementos. Verificou-se dessa forma que a Teoria do Direito será considerada como gênero, que irá se fracionar/interdisciplinar uma série de disciplinas e teorias, tanto abrangentes de um direito posto ou não, sendo que, nela está incluído como espécie semelhantes quanto a observação do direito posto, a Dogmática Jurídica e o Positivismo Jurídico, sendo que a dogmática observará o direito posto com a preocupação a problemas pontuais na elaboração de dogmas para orientar a sociedade, e, já o positivismo jurídico tentará observar o direito posto para a formulação de uma estrutura de explicação do direito, para isto só tomará como objeto o direito vigente, observando a criação de uma ciência autônoma de identificação em si mesmo. Assim, do objeto de estudo, poderá se concluir que este se constituirá em uma teoria do direito ou mesmo em uma tentativa de se tornar uma teoria explicativa do direito a partir das demonstrações explanadas de seu objetivo de tornar o direito uma ciência autônoma de fundamentação em si mesmo.

## REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BITENCOURT, Caroline Muller. A antiga relação de direito e política. In: \_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 36-44.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.

ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria geral do direito pragmático-sistêmica*. No prelo.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edipro: São Paulo, 2000.

TAVARES, Rodrigo. Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese In: DIMOLUIS, D. ;

DUARTE, E. O. (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008, p. 393- 407.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WALTER, Robert. A teoria pura do direito. In: KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 9. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.