

**AS ESCOLAS DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO:
uma análise da Jurisprudência Analítica, do Positivismo Exegético e da
Jurisprudência dos Conceitos¹**

**THE SCHOOLS OF CLASSIC LEGAL POSITIVISM:
an analysis of Analytical Jurisprudence, Exegetical Positivism and
Jurisprudence of Concepts**

Lais Nardon Martins²

Resumo: o presente trabalho tem como tema a análise do positivismo jurídico clássico, analisando as três principais correntes jurídicas, que predominavam no século XIX e no início do século XX, na Inglaterra (Jurisprudência Analítica), França (Positivismo Exegético) e Alemanha (jurisprudência dos Conceitos). Com isso, o objetivo central proposto é o estudo e a análise das três principais linhas jurídicas do positivismo clássico. Quanto à metodologia adotada, tem-se que o método de abordagem teórico será o dedutivo, através das técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica e histórica. Desse modo, o trabalho é dividido em um capítulo, subdividido em três seções. Em cada seção será abordado cada uma das três principais correntes jurídicas do positivismo clássico, na seguinte ordem: Jurisprudência Analítica (Inglaterra), Positivismo Exegético (França) e Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha). Assim, o resultado da pesquisa sobre o estudo do positivismo clássico, nas correntes inglesa, francesa e alemã, demonstraram

¹ Artigo submetido em 11-04-2022 e aprovado em 02-07-2023.

² Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-São Leopoldo/RS), Graduada em Antropologia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL-Pelotas/RS) e Pesquisadora. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-Porto Alegre/RS, 2016). Participou de ritual indígena, na aldeia Kamayurá, e no ritual indígena Kuarup, na aldeia Yawalapíti, Alto Xingu, Terra Indígena do Xingu, Mato Grosso, (2007). É Mãe. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos (NDH) da UNISINOS, coordenado pela Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato, e do Grupo de Pesquisa Fundamentação Ética dos Direitos Humanos (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/22473>), coordenado pelo Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. Áreas de interesse: Povos Indígenas, Biodiversidade, Colonialismo, Descolonialidade, Dominação Civilizatória, Interculturalidade, Antropologia e Direitos Humanos.



que o positivismo primevo veio a contribuir para a teoria do direito, garantindo o patamar de ciência para o Direito, lhe separando de juízos morais.

Palavras-chave: Positivismo Clássico. Jurisprudência Analítica. Positivismo Exegético. Jurisprudência dos Conceitos.

Abstract: the present work has as its theme the analysis of classical legal positivism, analyzing the three main legal trends, which predominated in the 19th and early 20th centuries, in England (Analytical Jurisprudence), France (Exegetical Positivism) and Germany (jurisprudence of Concepts). With this, the proposed central objective is the study and analysis of the three main legal lines of classical positivism. As for the adopted methodology, the theoretical approach method will be the deductive one, through the research techniques of bibliographic and historical review. Thus, the work is divided into a chapter, subdivided into three sections. In each section, each of the three main legal currents of classical positivism will be addressed, in the following order: Analytical Jurisprudence (England), Exegetical Positivism (France) and Jurisprudence of Concepts (Germany). Thus, the result of the research on the study of classical positivism, in the English, French and German currents, demonstrated that primeval positivism came to contribute to the theory of law, guaranteeing the level of science for Law, separating it from moral judgments.

Keywords: Classical Positivism. Analytical Jurisprudence. Exegetical Positivism. Jurisprudence of Concepts.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, tem-se que, de acordo com o professor Lenio Luiz Streck,

Com efeito, em face do fim da Idade Média, o homem teve que buscar novos caminhos diante de um mundo não mais dogmaticamente prefixado. O mundo deixa de ser uma cartografia pré-definida. Assim, a garantia de um conhecimento verdadeiro passou a ser assegurada pela Razão por intermédio do método (científico). A verdade tornou-se somente aquilo que poderia ser comprovado num processo empírico de observação



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

e experimentação. Do exterior passou-se ao “interior”, lugar do sujeito moderno. (STRECK, 2017, p. 205)

Ou seja, “impôs-se, portanto, a necessidade de referência a dados empíricos, num movimento de rejeição a metafísica” (STRECK, 2017, p. 205), consistindo o positivismo científico em “fatos”. (STRECK, 2017, p. 205) E, nesta toada, “no âmbito do Direito, o positivismo representa a tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo”. (STRECK, 2017, p. 205)

Sendo que, de acordo com Streck, a raiz do positivismo jurídico, consiste na assertiva de que “[...] Direito é um fato social posto pela razão humana”. (STRECK, 2017, p. 197) Bem como,

O positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural e a substituição das normas de origem religiosa e costumeira pelas leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna. (DIMOULIS, 2017, p. 3)

Porquanto, a partir do final do século XVIII, o positivismo, em que pese possuía traços comuns “[...] apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico”. (STRECK, 2017, p. 205) Sobre essas diferentes versões de positivismo, vem a se consistir no positivismo clássico, ou primevo (STRECK, 2017, p. 207), que

Deste modo, observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese (Blondeau e Duraton) e na Alemanha com a Jurisprudência dos Conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei. O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, imitando-se o mito do dado. De novo, facilmente perceptível a mistura de paradigmas. (STRECK, 2017, p. 207-208)



Com isso, o presente trabalho tem como tema a análise dessas três principais correntes jurídicas, denominado positivismo clássico, que predominavam no século XIX e no início do século XX, na Inglaterra, França e Alemanha. Lembrando que,

O positivismo jurídico não é uma invenção do século XIX; ele já estava presente nos primórdios da Humanidade. E na segunda metade do século XIX que passa a ser considerado um novo paradigma filosófico, ao diminuir a força do Direito Natural como Direito, assumindo que existe apenas um Direito positivo, que tem o homem como autor da lei. Nasce calcado na idéia de completude e certeza, ou seja, que é possível precisar o conteúdo do Direito como um sistema autônomo de regras jurídicas formais apoiado em ideias jurídicas de como o Direito de ser. (HUPFER, 2008, p. 23)

Desse modo, urge o seguinte problema a que se pretende responder: Em que medida o novo paradigma, instado pelo positivismo clássico, significou para o Direito, na Inglaterra, com a Jurisprudência Analítica, na França, com o Positivismo Exegético, e na Alemanha, com a Jurisprudência dos Conceitos?

A hipótese que se apresenta, é a de que o positivismo clássico, por influência do iluminismo, tem a pretensão de romper com o Direito Natural, e garantir cientificidade para o Direito, através do uso da racionalidade e da lógica, por intermédio de uma interpretação literal.

Por essa razão, o objetivo central proposto é uma pesquisa histórica sobre as correntes jurídicas do positivismo clássico, e, especificamente, estudar e analisar essas concepções positivistas, na Inglaterra (Jurisprudência Analítica), na França (Positivismo Exegético) e na Alemanha (Jurisprudência dos Conceitos).

Quanto à metodologia adotada, tem-se que o método de abordagem teórico será o dedutivo, partindo da análise das três principais correntes jurídicas do positivismo clássico – Jurisprudência Analítica (Inglaterra), Positivismo Exegético (França) e Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha) -, no intuito de



analisar a medida de significância para o Direito desses movimentos. Para tanto, o trabalho contará com as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica e histórica.

Ainda, o trabalho será dividido em um capítulo, subdividido em três seções. Em cada seção será abordado cada uma das três principais correntes jurídicas do positivismo clássico, na seguinte ordem: Jurisprudência Analítica (Inglaterra), Positivismo Exegético (França) e Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha).

2 O POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Durante o século XIX e início do século XX, as principais correntes jurídicas que prevaleciam na Inglaterra, França e Alemanha, foram denominadas de positivismo clássico ou primevo. (STRECK, 2017, p. 212) Esse positivismo clássico, sofreu influências do cientificismo e “[...] tentava alcançar uma objetividade afastando qualquer juízo de caráter pessoal, que seria sempre contingente, isto, por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante”. (STRECK, 2017, p. 220) Na qual,

[...] assentou-se claramente a tese da separação (conceitual) entre Direito e Moral. Esta característica se perpetua até a contemporaneidade, apesar de ter sido abrandada pelo positivismo inclusivo, como será exposto mais adiante. Em síntese, esta tese afirma que a existência/validade do Direito se dá independente de quaisquer constrangimentos de índole moral. (STRECK, 2017, p. 212)

Sob a seguinte égide:

[...] na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). (STRECK, 2017, p. 207)



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Assim, através da ótica do positivismo clássico, como o novo paradigma instado para o Direito, de separação entre Direito e Moral, no intuito de balizar o significado das três principais correntes jurídicas do positivismo clássico - Jurisprudência Analítica (Inglaterra), Positivismo Exegético (França) e Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha) -, o presente trabalho, nas seções que seguem, passa a expor e analisar a Jurisprudência Analítica (Inglaterra), Positivismo Exegético (França) e Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha).

2.1 Jurisprudência Analítica (Inglaterra)

A partir do século XII, a Inglaterra passou a adotar o sistema jurídico de *Common Law*, pelas decisões das jurisdições reais. Sistema esse que, se manteve e se desenvolveu, bem como se impôs na maioria dos países de colonização e língua inglesa. (GILLISSEN, 2003, p. 207)

Dentro desse sistema jurídico de *Common Law*, o positivismo jurídico clássico teve como os principais teóricos, da Jurisprudência Analítica, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859).

Para Bentham, a principal consideração, a cientificidade do Direito estaria em tê-lo como um “fato”, como ele é e não como ele deveria ou poderia, nas seguintes palavras de Streck:

Jeremy Bentham (1748-1832) defendia que o Direito deveria ser analisado assim como ele é, em distinção as apreciações de como deveria ser. O caráter científico do Direito estaria em considerá-lo como um “fato”, e não como um “valor”. Em consequência, estaria a teoria jurídica separada da moral, pois esta era entendida com um campo de valorações. Fato não tem valor. Fato deve apenas ser descrito. Portanto, a positividade do Direito não estaria numa complexa realidade social. Diferentemente, esta era compreendida nas relações lógico-sistemáticas das premissas jurídicas. (STRECK, 2017, p. 208)



Bentham, na busca por uma segurança jurídica, era um defensor da codificação e possuía muitas críticas de como os juízes decidiam na Inglaterra, sendo que

Chamou o Direito Inglês de Direito para cachorro (Dog Law). Explicou que o modo como se aprendia o Direito Inglês era do mesmo modo que um cachorro aprendia a não fazer algo: apanhando. Por isso Bentham foi um defensor da codificação buscando uma maior segurança jurídica. (STRECK, 2017, p. 209)

Já Austin, que foi aluno de Bentham, e ao contrário de seu antecessor, considerava positiva a atuação dos juízes, com uma crucial diferença entre os juízes produzirem a lei, através dos julgados, como é no caso de *Common Law*, e agirem com arbitrariedade, ao repudiar o que está nos estatutos. (STRECK, 2017, p. 209) Destacando-se que ele,

Acreditava que a existência do Direito seria independente de seus (de)méritos morais/valorativos. Sustentou, em *The Province of Jurisprudence Determined*, que “a existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra” (1995, p. 157). O Direito seria constituído de comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*autoritas non veritas facit legis*). Austin defendia a codificação, pois entendia ser o Direito legislado uma forma superior em relação de ao Direito judiciário. Todavia, estando no *Common Law*, também considerava que os juízes criavam Direito, de modo particular, por delegação legislativa diante da impossibilidade de as regras darem conta de forma absoluta de todas as hipóteses fáticas. Portanto, juiz põe “fato”. Positiva. (STRECK, 2017, p. 209)

Streck afirma, em que pese ressalvas, Austin já reconhecia e aceitava uma certa discricionariedade (STRECK, 2017, p. 209) e “[...] procurava pensar o Direito a partir de critérios lógico-descritivos a fim de identificar seus conceitos e categorias, que seriam deduzidos de modo empírico e factual dos ordenamentos positivos e da prática judiciária. (STRECK, 2017, p. 209)



Feitas essas considerações, tem-se que essas foram as primeiras teorizações do positivismo, no ambiente anglo-saxão. (STRECK, 2017, p. 208) Sobre as quais, Sgarbi afirma que não se pode ignorar a relevância e o caráter inovador trazidos pela Jurisprudência Analítica, mesmo com uma posterior rejeição dessas ideias. (SGARBI, 2006) Passando-se então, a análise do caso francês que é o Positivismo Exegético.

2.2 Positivismo Exegético (França)

O professor Streck, ensina que, a experiência francesa, assim como a alemã, que será estudada na seção posterior, possuía uma forte influência do Direito Romano, não somente em razão de as leis serem escritas, mas em virtude da forma como eram ensinadas e estudadas. (STRECK, 2017, p. 210) Haja vista,

Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos jurídicos. Este texto era – no período pré- codificação – o *Corpus Juris Civilis*. A codificação efetuou a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. Aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorporou de alguma forma as discussões romanísticas e acabou “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804, e Alemanha, 1900). (STRECK, 2017, p. 210)

De acordo com os escritos de Bobbio, a ideia de Codificação é fruto do pensamento Iluminista, da segunda metade do século XVIII. (BOBBIO, 1995, p. 63) E, uma das obras da Codificação das Leis é o Código Civil de Napoleão, que entrou em vigor em 1804, na França. (BOBBIO, 1995, p. 63) Sendo que, é no estudo do Código de Napoleão que a o Positivismo Exegético vem a se fundar,



com base na escola da exegese, através de um estudo limitado “[...] a uma interpretação passiva e mecânica do Código [...]”. (BOBBIO, 1995, p. 78)

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição de matéria seguido pelo legislador, e sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.

A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador (veja-se por exemplo, a *escola dos glosadores*, que constituiu na Idade Média a primeira fase de desenvolvimento do direito comum fundado na compilação justiniana). (BOBBIO, 1995, p. 83)

Uma vez, com a codificação, Streck leciona que,

Toda argumentação jurídica deveria tributar seus méritos aos Códigos, que passaram a deter, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Códigos como “fatos”. Isso porque eles seriam o dado positivo com o qual deveria lidar a Ciência do Direito. (STRECK, 2017, p. 210)

Neste sentido, a escola da exegese, pode ser dividida nos seguintes períodos: de 1804 a 1830, os primórdios; de 1830 a 1880, o apogeu; e, de 1880 em diante, o declínio. (BOBBIO, 1995, p. 84) Bobbio escreve, também, que os principais expoentes dessa escola, são: Alexandre Duranton, Charles Aubry, Frédéric Charles Rau, Jean Demolombe e Troplong (o “filósofo”). (BOBBIO, 1995, p. 84)

Já, uma das causas que determinam o advento da escola da exegese, para Bobbio, é que

A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um



procedimento lógico (silogismo), aquilo que está implicitamente estabelecido na lei. (BOBBIO, 1995, p. 80)

Bobbio destaca, ainda, que as principais características da escola da exegese, a fundar o Positivismo exegético, na França, resumidamente, com base em seus principais expoentes, acima citados, são: a) a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; (BOBBIO, 1995, p. 84) b) a concepção rigidamente estatal do direito; (BOBBIO, 1995, p. 86) c) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; (BOBBIO, 1995, p. 87) d) o culto do texto da lei; (BOBBIO, 1995, p. 88) e, e) o respeito pelo princípio da autoridade (respeito absoluto na lei e em alguns dos primeiros comentadores do Código Napoleônico). (BOBBIO, 1995, p. 88)

Mormente a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, assunto que até hoje polemiza o Direito, faz-se necessário aditar que, os postulados da escola da exegese, adivinham o seguinte:

[...] se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como *a busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas [...] são empregadas para atingir tal propósito. (BOBBIO, 1995, p. 87)

Então, tecidas essas ponderações acerca da escola da exegese, que funda a corrente jurídica do Positivismo Exegético, na França, na guarida do Positivismo Clássico, passa-se a experiência alemã, a qual se funda na mesma matriz de Direito Romano, como anteriormente apontado, que é a Jurisprudência dos Conceitos.



2.3 Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha)

Como anteriormente apresentado, Streck escreve que a experiência positivista clássica alemã, assim como a francesa, possuía uma forte influência do Direito Romano, não somente em razão de as leis serem escritas, mas em virtude da forma como eram ensinadas e estudadas. (STRECK, 2017, p. 210) Ocorre que, na Alemanha a Escola Histórica, fundada como uma crítica ao direito natural, difundida na Alemanha entre o fim do século XVIII e começo do século XIX, com o seu principal expoente Carlos Frederico von Savigny, é a predecessora do positivismo jurídico. (BOBBIO, 1995, p. 45) Bobbio traça as principais ideias da Escola Histórica, da seguinte forma: a) individualidade e variedade do homem; (BOBBIO, 1995, p. 51) b) irracionalidade das forças históricas; (BOBBIO, 1995, p. 51) c) pessimismo antropológico; (BOBBIO, 1995, p. 52) d) amor pelo passado; (BOBBIO, 1995, p. 52) e, e) sentido da tradição. (BOBBIO, 1995, p. 52)

Embora, possa-se afirmar que Savigny não fosse a favor da codificação (BOBBIO, 1995, p. 61), Bobbio ressalta,

Para Savigny, as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislativo. O primeiro é próprio das sociedades na sua formação; o segundo das sociedades mais maduras; o terceiro das sociedades em decadência. Ele sustentava, portanto, que o único modo de reverter o plano inclinado da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, enquanto o mais certo efeito da codificação seria o de tornar ainda mais grave a crise da ciência jurídica na Alemanha. (BOBBIO, 1995, p. 62)

Ainda, ao que concerne à Escola Histórica, Gillissen afirma que:

Foi sobretudo na Alemanha que a Escola histórica conheceu um grande sucesso. Reagindo contra a influência francesa e sobretudo contra a ideia de juristas eminentes enfatizaram ideia



de Volksgeist (espírito o povo): o papel do povo é, a seus olhos, predominante na formação do direito, constituindo os códigos obstáculos à sua evolução natural, que se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo. (GILLISSEN, 2003, p. 515)

Entretanto, Georg Frederich Puchta, um discípulo de Savigny, era um crítico da filosofia idealista alemã, a qual tinha como expoente Savigny, bem como da Escola Histórica, que, ao fim e ao cabo, “[...] propugnava por um sistema em que todos os elementos gravitavam ao redor de um núcleo e, justamente por circundarem esse centro - buscando nele referência - esse sistema apresentava estabilidade e coesão [...]”. (BRAGA; NEME, 2015, p 524)

Através da crítica de Puchta, da primeira metade do século XIX, tem-se instado o que convencionalmente vem a se chamar de a Jurisprudência dos Conceitos, que vem a suceder a Escola História, vez que:

Discípulo de Savigny, Georg Frederich Puchta é tido como o pai Jurisprudência dos Conceitos, sobretudo por ter sido o primeiro a enfatizar que o Direito enquanto ciência deveria ser estudado a partir de conceitos, igualmente, foi quem melhor sistematizou a teoria de um sistema lógico em forma de pirâmide. Nessa esteira, a considerar que sua principal obra chamou-se Pandekten (Pandectas), outros juristas passaram a utilizar o termo, definindo seu método, todos que o seguiram ficaram conhecidos como pandectistas. (BRAGA; NEME, 2015, p 524)

Sua teoria de um sistema lógico de pirâmide, a qual ficou conhecida como a genealogia dos conceitos, pode assim ser entendida:

Assim, em um sistema lógico ideal no topo da “pirâmide”, deve pairar um conceito mais geral e abstrato possível, de onde venha a se originar outros conceitos, que deles se possam surgir outros cada vez menos abstratos, até a cominação no caso concreto. Esse processo de decomposição do conceito supremo, em outros conceitos, por meio do raciocínio formal lógico dedutivo, ficou conhecido como “genealogia dos conceitos”: (BRAGA; NEME, 2015, p 525)



Atinente a Jurisprudência dos conceitos, cumpre destacar outro nome, que é Bernhard Joseph Hubert Windscheid, autor da conhecida obra "Tratado das Pandectas", conhecido pela vertente positivista legalista de Windscheid. (BRAGA; NEME, 2015, p 527) Windscheid, afastava-se de Puchta, pois “[...] era defensor da ideia de que os juristas não deveriam debruçar-se sobre questões de ordem política, econômica e ética”. (BRAGA; NEME, 2015, p 527) Enquanto, Puchta “[...] precursor da Jurisprudência dos Conceitos, que sustentava um conceito supremo de conteúdo ético”. (BRAGA; NEME, 2015, p 527)

Resumidamente, para Windscheid, a lei e o direito se equiparavam, cabendo ao intérprete buscar o verdadeiro pensamento do legislador, em um sistema de Direito histórico-racional:

Windscheid mantinha a teoria de Puchta acerca da pirâmide de conceitos, todavia, alçava ao vértice seu conceito supremo como eminentemente psicológico, entendido como um ato de vontade. Idealizou o direito enquanto um sistema histórico-racional, enfatizando a forte influência de Savigny, mas a racionalidade do sistema encontrava bases em um fator psicológico, resultado da chamada "razão dos povos", incorporada à lei por meio do legislador. Caberia ao intérprete, portanto, no processo de decomposição e recomposição, buscar o pensamento do legislador, como uma vontade racional idealizada. Poderia, ainda, o intérprete, com fundamento nesse verdadeiro pensamento do legislador, ir além do que estava positivado, ou seja, determinar aquilo que o legislador quis expressar, mas não o fez. Por isso, afirma-se que Windscheid é um positivista legalista, corrente de pensamento onde lei e direito se equiparam. (BRAGA; NEME, 2015, p 527)

Em outras palavras, Braga e Neme definem a Jurisprudência dos Conceitos como uma corrente que “[...] tinha como principal característica a crença no cientificismo - baseado no método científico (observação, descrição e análise lógica), comum às ciências empíricas ou naturais”. (BRAGA; NEME, 2015, p 524) Também, buscou elevar a teoria do Direito à categoria de ciência, sob paradigmas das ciências naturais “[...] pretendendo estabelecer leis



imutáveis e aplicáveis a todos os casos, bem como fornecendo a base para construção das teorias positivista do século XX”. (BRAGA; NEME, 2015, p 524) Ainda, fortemente influenciada pelo iluminismo, “tratava-se de uma tentativa de rompimento com o jusnaturalismo, sobretudo na busca por afastar quaisquer elementos metafísicos [...]”. (BRAGA; NEME, 2015, p 524)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa apresentada nas linhas acima buscou responder a seguinte pergunta: Em que medida o novo paradigma, instado pelo positivismo clássico, significou para o Direito, na Inglaterra, com a Jurisprudência Analítica, na França, com o Positivismo Exegético, e na Alemanha, com a Jurisprudência dos Conceitos?

Desse modo, a medida do significado para a teoria do direito é a separação do Direito e da Moral, ou seja, o novo paradigma do positivismo clássico, vem a balizar que “[...] a existência/validade do Direito se dá independente de quaisquer constrangimentos de índole moral”. (STRECK, 2017, p. 212) Baseado em ciência, “[...] tentava alcançar uma objetividade afastando qualquer juízo de caráter pessoal, que seria sempre contingente, isto, por intermédio de uma interpretação literal e uma racionalidade matematizante”. (STRECK, 2017, p. 220)

Com isso, a hipótese vem a se confirmar, pois a hipótese apresentada, era a de que o positivismo clássico, por influência do iluminismo, pretendia romper com o Direito Natural, e garantir cientificidade para o Direito, através do uso da racionalidade e da lógica, por intermédio de uma interpretação literal.

Nessa investigação, o objetivo central era uma pesquisa histórica sobre as correntes jurídicas do positivismo clássico, estudando e analisando, especificamente, essas concepções positivistas, na Inglaterra (Jurisprudência



Analítica), na França (Positivismo Exegético) e na Alemanha (Jurisprudência dos Conceitos).

Como resultado, sobre a Jurisprudência Analítica pode-se vislumbrar que, tinha como principais pensadores Bentham e Austin. Bentham criticava como os juízes decidiam na Inglaterra e defendia a codificação, já Austin, em que pese defendia a codificação, achava positiva a forma como os juízes decidiam, mas isso não podia ser confundido com arbitrariedade, pois uma vez tendo a previsão legal, essa deveria ser utilizada pelos magistrados.

A experiência francesa, assim como a alemã, possuía uma forte influência do Direito Romano, não somente em razão de as leis serem escritas, mas em virtude da forma como eram ensinadas e estudadas. O Positivismo Exegético, na França, encabeçado pela escola da exegese, consistia, resumidamente no estudo do Código Civil Napoleônico, de 1804, em que o código era o “fato”, o dado positivo que a Ciência do Direito tinha para trabalhar, bem como no ideário da intenção do legislador.

Já, a experiência alemã, teve como antecessora da Jurisprudência dos Conceitos, Escola Histórica, mas que foi superada por pensadores como Puchta, considerado o pai da Jurisprudência dos Conceitos, e Windscheid conhecido pela vertente positivista legalista de Windscheid. Em que, para Windscheid, a lei e o direito se equiparavam, cabendo ao intérprete buscar o verdadeiro pensamento do legislador, em um sistema de Direito histórico-racional.

Ou seja, tanto na Inglaterra (Jurisprudência Analítica), quanto na França (Positivismo Exegético) e na Alemanha (Jurisprudência dos Conceitos), reafirmar-se o entendimento, de que o positivismo clássico constituiu-se como um novo paradigma para a vertente do direito natural, já que o positivismo primevo, cria uma distinção entre Direito e Moral, através do uso da ciência e da lógica objetiva, com uma interpretação literal.

Assim, indubitavelmente, tem-se que o positivismo clássico veio a contribuir para a teoria do direito, garantindo o patamar de ciência para o Direito,



lhe separando de juízos morais, sendo este o resultado obtido neste estudo sobre o positivismo primevo. Entretanto, essa divisão de Direito e Moral, em que pese já muito trabalhada pela teoria do direito, ainda é uma temática atual e relevante que necessita de constantes estudos. Podendo, a presente pesquisa ser tida como um princípio de estudos nessa linha, futuramente.

4 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Rogério Piccino; NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. SÚMULAS VINCULANTES: UM RETORNO À JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS? PRECEDENTS BINDING: A RETURN TO THE CASE LAW CONCEPTS? In: AYUDA, Fernando Galindo; ROCHA, Leonel Severo; CARDOSO, Renato César (Coord.). *Filosofia do direito I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 522-538. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/2p7e8wdv/n7ttthqK7NugP9Rp.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. POSITIVISMO JURÍDICO: SIGNIFICADO E CORRENTES. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-21. t. 1: Teoria geral e filosofia do direito. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/positivismo-juridico:-significado-e-correntes_58eb13fadd542.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HUPFFER, Haide Maria. *Ensino jurídico: um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica*. Viamão: Entremeios, 2008.



SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. (Coleção de dicionários jurídicos.). Edição do Kindle.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVI, número 1, julho de 2023 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>