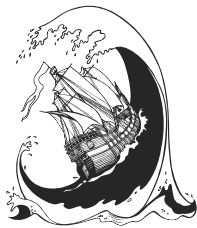


O ENFOQUE ANALÍTICO NA
FILOSOFIA DO DIREITO:
DE BENTHAM A KELSEN



CONTRACORRENTE

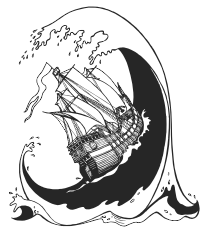
PIERLUIGI CHIASSONI

O ENFOQUE ANALÍTICO
NA FILOSOFIA DO DIREITO:
DE BENTHAM A KELSEN

Helena Taveira Torres
Henrique Mello
(Tradutores)

São Paulo

2017



CONIRACORRENTE

Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)

Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná – UFPR)

Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo – USP)

Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo – USP)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)

Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Carolina Ressurreição (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Ficha Catalográfica elaborada pela Editora Contracorrente)

-
- C532 CHIASSONI, Pierluigi.
O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen | Pierluigi Chiassoni;
tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello – São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
Título original: L' indirizzo analitico nella filosofia del diritto. Vol. 1: Da Bentham a Kelsen.
ISBN: 978-85-69220-23-7
Inclui bibliografia
1. Filosofia do Direito. 2. Metodologia jurídica. 3. Jeremy Bentham. 4. Hans Kelsen.
I. Título.

CDU – 340.12

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

ÍNDICE

PREMISSA	13
APRESENTAÇÃO	17
CAPÍTULO I – ALVORECERES DA UTOPIA ANALÍTICA: JEREMY BENTHAM	21
1. ADVERTÊNCIA PRELIMINAR.....	22
2. DOIS MODELOS DE FILOSOFIA DO DIREITO POSITIVO ...	23
3. HOBBS E O ESTUDO NOMÓTETA DAS “LEIS CIVIS EM GE- RAL”	27
4. BENTHAM E A FILOSOFIA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	30
5. O MAPA BENTHAMIANO DO SABER JURÍDICO.....	32
5.1 Jurisprudência expositiva, jurisprudência crítica	33
5.2 Jurisprudência autoritativa, jurisprudência não-autoritativa ...	34
5.3 Jurisprudência local, jurisprudência universal	35
5.4 Um mapa inovador.....	37
Bentham <i>vs.</i> Smith.....	37
Bentham <i>vs.</i> Kant.....	39
6. DOIS EXERCÍCIOS DE DESMISTIFICAÇÃO	40
6.1 Primeiro exercício: o mito do <i>Common Law</i>	41

PIERLUIGI CHIASSONI

6.2 Segundo exercício: a “natureza” das obrigações jurídicas	46
7. O MÉTODO ANALÍTICO BENTHAMIANO: INSTRUÇÕES PARA ASPIRANTES A DESMISTIFICADORES.....	50
7.1 Como mistificar o direito.....	50
7.2 Como desmistificar o direito	52
7.2.1 Pressupostos fundamentais	52
7.2.2 Instrumentos para a análise dos discursos jurídicos.....	54
7.2.3 Instrumentos para um aparato conceitual claro e moralmente neutro.....	57
8. VARIEDADES DE IMPERATIVISMOS.....	62
9. CODIFICAÇÃO DO DIREITO, CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO, TEORIA DAS NORMAS JURÍDICAS.....	67
10. O CONCEITO BENTHAMIANO DE “NORMA JURÍDICA”: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	70
11. QUATRO TESES FUNDAMENTAIS	72
11.1 Uma proposta terminológica.....	73
11.2 A ineludível teoriedade da noção de norma jurídica	77
11.3 Textos legislativos, normas, ideias de normas.....	78
11.3.1 Bentham e a concepção expressiva das normas	81
11.4 Preeminência teórica do conceito de norma jurídica	82
12. SUJEITOS, OBJETOS, ESTRUTURA, DESTINATÁRIOS, GENERALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	83
12.1 Destinatários (“partes interessadas”).....	86
12.2 Normas jurídicas <i>in populum</i> , normas jurídicas <i>in principem</i>	89
12.3 Normas gerais, normas particulares.....	94
13. A FONTE DAS NORMAS JURÍDICAS	95
13.1 A noção de soberano	100
13.2 Normas concebidas, normas adotadas (normas soberanas, normas subordinadas).....	106

O ENFOQUE ANALÍTICO NA FILOSOFIA DO DIREITO: DE BENTHAM...

14. NORMAS IMPERATIVAS, NORMAS NÃO-IMPERATIVAS ..	112
15. A “LÓGICA DA VONTADE”: FRAGMENTOS DE LÓGICA DEÔNTICA BENTHAMIANA.....	115
16. DINÂMICA DAS NORMAS: NORMAS ORIGINÁRIAS, NORMAS SUPERVENIENTES	127
16.1 A lei universal de liberdade	128
16.2 Aspectos da nomodinâmica benthamiana.....	130
17. UMA TEORIA DAS NORMAS PERMISSIVAS	136
17.1 Relevância normativa das normas permissivas.....	136
17.2 Relações entre normas permissivas e normas imperativas	140
17.3 As normas permissivas podem ser reduzidas às normas imperativas?.....	141
17.4 Caráter auxiliar das normas permissivas.....	141
17.5 Caráter parasitário das normas permissivas	143
17.6 Relevância teórica das normas permissivas.....	145
18. NORMAS PRINCIPAIS, SUBSIDIÁRIAS, REMEDIADORAS, PROCESSUAIS	146
19. NORMAS CONSUETUDINÁRIAS, DE DIREITO TRADICIONAL, DE DIREITO ESCRITO	150
20. NORMAS COMPLETAS, NORMAS INCOMPLETAS. FRAGMENTOS DE HERMENÊUTICA BENTHAMIANA.....	152
21. NOTAS FINAIS SOBRE O IMPERATIVISMO BENTHAMIANO	160
21.1 Elementos constitutivos do direito	161
21.2 Destinatários das normas jurídicas.....	164
21.3 Estrutura das normas jurídicas.....	165
21.4 Relações entre normas jurídicas: o direito como sistema.....	165

CAPÍTULO II – IMPERATIVISMOS DO SÉCULO XIX: JOHN

PIERLUIGI CHIASSONI

AUSTIN E A ANALYTICAL JURISPRUDENCE	169
1. A ERA DO POSITIVISMO IMPERATIVISTA	170
2. O MAPA AUSTINIANO DO SABER JURÍDICO.....	173
2.1 <i>Particular jurisprudence</i>	176
2.2 <i>Science of legislation</i>	178
2.3 <i>General jurisprudence</i>	182
3. O MÉTODO ANALÍTICO DA <i>GENERAL JURISPRUDENCE</i> . ..	187
4. UM IMPERATIVISMO RADICAL	191
5. A TEORIA AUSTINIANA DOS COMANDOS.....	194
5.1 Desejo dirigido aos comportamentos alheios	196
5.2 Vontade de prejudicar.....	199
5.3 Capacidade de prejudicar	201
5.4 Manifestação do desejo e da vontade de danar	206
5.5 Duas noções de comando: MacCormick <i>vs.</i> Austin	209
5.6 A “supérflua e perigosa ficção” da vontade soberana: duas críticas ao voluntarismo austiniano.....	213
6. COMANDOS E REGRAS JURÍDICAS.....	217
7. COMANDOS PARTICULARES, COMANDOS GERAIS	217
8. DO SOBERANO E DE OUTROS SUPERIORES POLÍTICOS	224
8.1 Soberanos monocráticos, soberanos colegiados	226
8.2 Soberano e produção de normas jurídicas.....	227
8.3 Limites jurídicos ao poder do soberano?	228
8.4 Digressão: normas de competência e normas sobre a produção jurídica	232
8.5 Austin e as normas sobre produção jurídica	236
9. LEIS ACESSÓRIAS.....	239

O ENFOQUE ANALÍTICO NA FILOSOFIA DO DIREITO: DE BENTHAM...

9.1 Leis interpretativas. Fragmentos de hermenêutica austiniana .	240
9.2 Leis revogadoras.....	244
9.3 Leis imperfeitas	245
9.4 Ainda sobre as normas constitucionais	245
10. IMPERATIVOS DISSIMULADOS.....	247
11. A HERANÇA DE AUSTIN	248

**CAPÍTULO III – IMPERATIVISMOS DO SÉCULO XIX:
SAVIGNY, JHERING, THON E A *ALLGEMEINE
RECHTSLEHRE*.....**

1. O MODELO GERMÂNICO DE FILOSOFIA DO DIREITO POSITIVO.....	252
2. A FILOSOFIA DO DIREITO POSITIVO DE FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY	254
2.1 Natureza do direito.....	259
2.2 Fontes do direito.....	264
2.3 À margem da filosofia de Savigny.....	269
3. MEDITAÇÕES METADISCIPLINARES: ADOLF MERKEL E O ESTATUTO DA <i>ALLGEMEINE RECHTSLEHRE</i>	271
4. THON VS. JHERING, OU DO IMPERATIVISMO SEM SANÇÃO	277
5. CARÁTER SOCIAL DO DIREITO	279
6. DO DIREITO ESTATAL EM PARTICULAR.....	284
7. NORMATIVIDADE DO DIREITO	288
7.1 O Dilema de Thon.....	291
8. IMPERATIVIDADE DO DIREITO.....	296
8.1 Imperativos e discursos das fontes.....	297
8.2 Variedade de imperativos	303
8.2.1 “Normas nuas” e “normas dotadas de conseqüências jurídicas”	303

PIERLUIGI CHIASSONI

8.2.2 Imperativos independentes e não independentes.....	308
8.3. Imperativos e outras normas jurídicas	309
9. IMPERATIVISMO E REALIDADE DO DIREITO	315
CAPÍTULO IV – COGNITIVISMOS INTERPRETATIVOS: DE PUFENDORF A WINDSCHEID.....	321
1. A ERA DO FORMALISMO INTERPRETATIVO	322
2. DOIS COGNITIVISMOS DO SÉCULO XVII	324
2.1 Alguns pressupostos ideológicos	326
2.2 O método de Pufendorf.....	328
2.3 O método de Leibniz.....	332
3. A ESCOLA DA EXEGESE	337
3.1 Fontes do direito e instrução acadêmica na França do século XIX	339
3.2 A ideologia profissional.....	343
3.3 Os códigos interpretativos dos juristas exegéticos.....	352
4. A DOCTRINA DE SAVIGNY.....	377
4.1 Interpretação de leis isoladamente consideradas: as diretivas do método organicístico	377
4.2 O intérprete diante das leis defeituosas	384
4.3 A interpretação das fontes “em seu conjunto”: antinomias e lacunas.....	388
5. RUDOLF VON JHERING: DA INTERPRETAÇÃO À CONS- TRUÇÃO JURÍDICA	391
6. A INTERPRETAÇÃO SEGUNDO A PANDECTÍSTICA: BERNHARD WINDSCHEID	403
7. CONSIDERAÇÕES INCIDENTAIS SOBRE A COMPLETUDE DO DIREITO.....	409

CAPÍTULO V– A UTOPIA NO SÉCULO XX: KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO	413
1. A UTOPIA NO SÉCULO XX	414
2. HANS KELSEN: UMA VIDA A SERVIÇO DA CIÊNCIA	415
3. QUATRO FASES NA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA KELSENIANA	418
3.1 Construcionismo (neo)kantiano débil.....	423
3.2 Construcionismo (neo)kantiano forte	431
3.3 Construcionismo (neo)kantiano descritivista.....	441
3.4 Pós-construcionismo descritivista	448
4. O MAPA KELSENIANO DO SABER JURÍDICO	454
5. A TEORIA PURA DO DIREITO EM POUCAS PALAVRAS. 458	
5.1 Direito, moral, religião	459
5.2 Normas jurídicas: considerações preliminares.....	464
5.3 Normas jurídicas: tipologias	466
5.4 Normas individuais, gerais, hipotéticas, categóricas.....	467
5.5 Normas primárias, normas secundárias.....	469
5.6 Normas permissivas e situações de permissão em sentido negativo (regulamentação “negativa” dos comportamentos)....	471
5.7 Normas que conferem poderes.....	477
5.8 Normas ab-rogatórias.....	481
5.9 Normas interpretativas. Fragmentos de hermenêutica kelseniana	485
5.10 Normas que conferem direitos	490
5.11 Normas jurídicas, princípios de direito, princípios morais	494
5.12 A teoria kelseniana da validade	496
CAPÍTULO VI – O REALISMO RADICAL DA TEORIA PURA DO DIREITO	513
1. UMA TEORIA ENIGMÁTICA	514

PIERLUIGI CHIASSONI

2. O REALISMO RADICAL DA TEORIA PURA DO DIREITO: O ARGUMENTO EM ABSTRATO.....	516
2.1 O realismo jurídico em poucas palavras.....	517
2.2 A teoria pura do direito como filosofia jusrealista.....	520
3. O REALISMO RADICAL DA TEORIA PURA DO DIREITO: O ARGUMENTO NO DETALHE	527
3.1 “Ciência Jurídica”.....	527
3.2 O realismo da epistemologia jurídica pura	530
4. ALGUMAS CONCLUSÕES	542
CONCLUSÕES PROVISÓRIAS	545
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	549

PREMISSA

Cultores eminentes da matéria – Norberto Bobbio, Guido Fassò, Herbert Hart, Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos S. Nino – consideraram insensata a pretensão de fornecer uma determinação exata da filosofia do direito (de sua verdadeira natureza, de seu verdadeiro objeto, de seu verdadeiro método, etc.), sugerindo, ao contrário, que é necessário considerar a concomitância, na “filosofia do direito” amplamente entendida, de uma pluralidade de enfoques de investigação heterogêneos.

Um desses enfoques caracteriza-se pela reflexão filosófica acerca do direito positivo. É a “filosofia do direito positivo” ou “teoria geral do direito”, ou também, mais simplesmente, “teoria do direito”. Sua tarefa estatutária fundamental consiste em indagar o fenômeno social do direito – os chamados sistemas ou ordenamentos jurídicos positivos – com a finalidade de construir redes de conceitos (dentre eles os conceitos de “direito”, “ordenamento jurídico”, “validade”, “eficácia”, “sanção”, “interpretação”, “aplicação de direito”, “criação de direito”, “lacuna”, “antinomia”, “estado”, “soberania”, etc.), elaborar tipologias de objetos (distinguindo, por exemplo, entre normas imperativas, normas permissivas, normas de competência, etc.), e formular teses explicativas cujo valor consista em ser útil a (melhor) compreender as experiências jurídicas e a (melhor) trabalhar com elas, como juristas, advogados, notários, assessores legais, funcionários públicos, juízes e legisladores.

PIERLUIGI CHIASSONI

O presente trabalho – originado em um ciclo de lições, com todos os limites do gênero literário (e ainda outros, os quais o leitor notará facilmente por si mesmo) – pode ser lido numa tríplice chave.

Em primeiro lugar, como resultado parcial e provisório de uma investigação para-histórica sobre a filosofia analítica do direito positivo, da qual pretende trazer à luz o caráter de enfoque informado por uma linha precisa de política cultural: a utopia – a “utopia realista”, para usar uma feliz expressão de John Rawls – do domínio da razão analítica sobre o pensamento jurídico e, assim, sobre a criação e aplicação do direito.

Em segundo lugar, como fragmento de uma introdução filosófica ao estudo do direito, no qual as posições dos autores do passado são aproximadas daquelas de autores contemporâneos, num diálogo ideal sobre problemas comuns, teóricos e metodológicos.¹

Em terceiro lugar, como narração de algumas páginas exemplares na história da cultura jurídica ocidental, entre a segunda metade do século XVII e a segunda metade do século XX: páginas nas quais se evocam os feitos intelectuais de alguns pais da república jusfilosófica (Hobbes, Bentham, Austin, Savigny, Jhering, Kelsen), e das quais se podem extrair motivos para refletir sobre o direito e interrogar-se sobre posturas e papéis a assumir em relação a ele – como é oportuno que o faça, rapidamente, qualquer um que inicie os estudos jurídicos.

Compõe-se de seis capítulos:

O capítulo I (“Alvoreceres da utopia analítica: Jeremy Bentham”) é dedicado ao fundador da filosofia analítica do direito, ao primeiro radical utopista da razão analítica: Jeremy Bentham. Nele me proponho

¹ “Os historiadores de profissão – escreve Uberto Scarpelli (no “Prefácio”. *In*: SCARPELLI, Uberto; LUZZATI, Claudio. *Compendio di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2000, p. xi) – veem um autor no contexto de seu tempo, estudam a formação, as relações, as orientações de fundo, as influências, as fortunas; um analítico entra nas articulações do discurso, distingue no sistema e estima as singulares soluções de específicos problemas, na cadeia dos escritores captura a cadeia dos problemas e de suas transformações até os problemas atuais”.

O ENFOQUE ANALÍTICO NA FILOSOFIA DO DIREITO: DE BENTHAM...

a dar uma ideia da riqueza e profundidade do pensamento jurídico benthamiano, merecedor de atenção ainda hoje, não somente por razões de historiografia filosófica, mas, também, para os que, aqui e agora, não pretendam renunciar ao bem da racionalidade nos eventos juspolíticos (com a consciência de que, como sugere o poeta Eugenio Montale, “apagada cada lâmpada/a sardana será infernal”).

Os capítulos II (“Imperativismos do século XIX: John Austin e a *analytical jurisprudence*”) e III (“Imperativismos do século XIX: Savigny, Jhering, Thon e a *allgemeine Rechtslehre*”) estão dedicados, como indicam os títulos, a algumas teorias dos Oitocentos, que refletem duas concepções de filosofia do direito positivo, dominantes na cultura jurídica ocidental além dos confins do século XIX: por um lado, a *general*, ou *analytical jurisprudence*, que teve em John Austin seu mais ilustre expoente; por outro, a *allgemeine Rechtslehre*, representada por Adolf Merkel, August Thon e, *avant la lettre*, Friedrich Karl von Savigny e Rudolf von Jhering.

O capítulo IV (“Cognitivismos interpretativos: de Pufendorf a Windscheid”) é dedicado à interpretação jurídica. Remonta às origens seiscentistas do cognitivismo (“formalismo”) interpretativo, documentadas de modo paradigmático por algumas páginas de Samuel Pufendorf e de Gottfried Wilhelm Leibniz, e de lá de volta até o século XX, passando pela Escola da Exegese e as ideias sobre interpretação e método jurídico de Savigny, Jhering e Windscheid. Propõe-se a oferecer um panorama quase exaustivo das “teorias” da interpretação que precedem, e preparam, a revolta antiformalista que caracteriza boa parte da reflexão dos novecentos, da qual, como se verá no capítulo V, Kelsen é expoente paradigmático.

O capítulo V (“A utopia no século XX: Kelsen e a teoria pura do direito”) e o capítulo VI (“O realismo radical da teoria pura do direito”) são dedicados, finalmente, ao mais ilustre herdeiro da *analytical jurisprudence* e da *allgemeine Rechtslehre*: Hans Kelsen, defensor, por quase sessenta anos, de uma teoria “pura” do direito.

Algumas considerações sobre o papel da filosofia analítica do direito na formação do jurista na era atual são formuladas, como conclusões

PIERLUIGI CHIASSONI

provisórias, havendo o projeto, que continuo perseguindo, de fazer seguir a este primeiro volume um segundo, que falará da utopia da razão analítica, com alguma oportuna digressão, desde o “giro linguístico”, nos anos cinquenta do século XX, até o constitucionalismo contemporâneo.

O presente volume constitui uma versão inteiramente revisada de *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, surgido em 2009. Adicionei, além disso, um novo capítulo, dedicado à teoria pura de Hans Kelsen, que integra a exposição contida no capítulo V, por sua vez alterado em grande parte. Tudo isso com um duplo propósito: facilitar a compreensão dos conteúdos não raramente complexos, tornando a viagem no tempo das leitoras e dos leitores o mais prazerosa possível. Naturalmente, não me iludo em ter obtido sucesso. De resto, *habent sua fata libella*.

O trabalho do tradutor sempre é duro e ingrato. No caso deste livro, segundo creio, o foi ainda mais, considerando meu estilo de escrita, nada simples. Desejo, portanto, expressar minha mais profunda gratidão aos professores Heleno Taveira Torres e Henrique Mello, que se ofereceram para traduzi-lo, e graças à sua competência elaboraram uma tradução que considero excelente. Tenho, todavia, outra boa razão para agradecer-lhes. Proporcionaram-me a oportunidade, lendo sua tradução, de esclarecer pontos obscuros e emendar passagens duvidosas de meu texto original, também à luz de minhas mais recentes investigações. De forma que a presente versão brasileira representa uma edição revisada da edição italiana.