

DOI: <https://doi.org/10.30749/2594-8261.v2n3p13-31>

O JUSPOSITIVISMO EM BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS E HART

JUSPOSITIVISM IN BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS AND HART

Reis Friede*

Resumo: o debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre as contribuições teóricas formuladas por Bentham, Austin, Kelsen, Ross e Hart para o Positivismo Jurídico.

Palavras-chave: Direito Natural. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

Abstract: the debate involving the Jusnaturalism and the Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers. Although we can affirm that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and the Natural Law have already been surpassed, there are still countless aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding dissonant opinions, which militate for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates exactly the opposite, given the non-elimination of the thinkers' esteem for the thematic now developed. Thus, the current article discourses about the theoretical contributions formulated by Bentham, Austin, Kelsen, Ross and Hart for the Legal Positivism.

Keywords: Natural Law. Jusnaturalism. Juspositivism.

* Desembargador Federal, Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF), Mestre e Doutor em Direito. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), no Rio de Janeiro. Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>

1 INTRODUÇÃO

Noberto Bobbio, aludindo às pesquisas empreendidas por Kuttner, afirma que o primeiro uso da fórmula Direito Positivo (*jus positivum*) teria ocorrido pelas mãos de Abelardo, filósofo medieval do fim do século XI, registrando, outrossim, que investigações anteriores apontavam que o emprego inaugural de tal expressão teria sido por Damaso, nos idos do século XII. Para Abelardo, segundo narra Bobbio (1995, p. 19), o Direito Positivo *illud est quod ab hominibus institutum*, ou seja, apresenta como característica o fato de ser *posto* pelo ser humano, ao contrário do Direito Natural, *posto* por algo ou alguém que está além dele, como a **natureza** ou **Deus**.

Contemporaneamente, a expressão Direito Positivo pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas estabelecidas com o fim de regular a vida em sociedade. É o Direito cuja elaboração depende da vontade humana, revelando-se através da forma escrita (lei) ou não-escrita (norma consuetudinária, norma costumeira ou costume jurídico). É, ainda, o Direito institucionalizado, passível de ser imposto coercitivamente, abarcando a Constituição, as leis, os códigos, os tratados, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, as portarias, etc.

Tal conjunto de normas jurídicas, como se vê, é criado a partir de decisão humana, seja através da atuação estatal (o processo de produção normativa, por exemplo), seja de modo socialmente difuso, por meio do qual se forjam os denominados costumes jurídicos. Assim, a análise do Direito Positivo de um dado país permite compreender as nuances de uma sociedade, mormente se considerarmos a essência do brocardo *ubi societas, ibi jus* (“onde está a sociedade, está o Direito”). Com efeito, diante do poder soberano inerente ao Estado, cada país estabelece, no âmbito do respectivo território estatal, e em atenção à realidade social, o pertinente Direito Positivo, revelador, em última análise, do modo de ser de uma determinada comunidade.

Exatamente como acontece em relação ao Jusnaturalismo, que experimentou diversas perspectivas teóricas ao longo do tempo, o Positivismo

Jurídico, de seu lado, também comporta várias incursões analíticas, reveladoras das mais diversas tendências explicativas, conforme será abordado.

2 O JUSPOSITIVISMO EM JEREMY BENTHAM

O inglês Jeremy Bentham (1748-1832), nos termos de sua Teoria Utilitarista do Direito, argumenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas sob o prisma dos efeitos produzidos quando de sua incidência concreta. Assim, na ótica de Bentham, **justa** é a norma que, uma vez aplicada, produz efeitos **bons**; ao contrário, aquela cuja incidência concreta acarreta consequências **ruins** deve ser reputada como **injusta**.

Jeremy Bentham é considerado como o principal responsável pelo fortalecimento do utilitarismo na sociedade, e sua influência hoje é maior do que nunca. Todos os autores que abordam questões relativas à análise de *custo/benefício* têm para com Bentham uma dívida intelectual. (EDMUNDSON, 2006, p. 72)

Nota-se, pois, que o critério esposado por Bentham, para o fim de qualificação dos aludidos resultados, consiste exatamente na noção de **utilidade**. Destarte, **bom**, na ótica do pensador inglês, é o que produz **prazer**; **mau**, por sua vez, o que causa **dor**. No plano social, **bom** ou **justo** é o que tende a aumentar a **felicidade** de todos ou, pelo menos, de um grande número de pessoas (DINIZ, 2000, p. 58).

Bentham admite apenas o sentido 'objetivo' de direito, identificado pelos juristas medievais. Porém, mesmo neste sentido, o conceito ainda está sujeito a uma construção utilitarista. O que é direito é apenas o que é vantajoso para a sociedade, de onde se segue que nada é imprescritível - quando acaba a vantagem, acaba também o direito. 'Direito' e 'vantajoso para a sociedade' são termos coextensivos. É só nesta base que Bentham admite qualquer discussão sobre 'direito' fora do âmbito legal. (EDMUNDSON, 2006, p. 76)

Explica Dias (2015, p. 147-166) que, “por ser conforme uma noção de natureza humana que busca o prazer e foge da dor”, o princípio de utilidade

“reconhece que os homens agem de acordo com determinadas finalidades, segundo seus interesses, e coloca como norma que os indivíduos busquem seu prazer ou seus interesses.” No mesmo sentido, ensinam Marcondes e Struchiner (2007, p. 116) que, de acordo com o princípio de utilidade, “o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou o sofrimento”, do que se depreende que “terão mais valor de um ponto de vista ético as ações que beneficiarem o maior número de pessoas possível”.

No que concerne especificamente ao embate entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, cabe mencionar que Bentham, em sintonia (no seu aspecto global) com as premissas do **Utilitarismo**, formulou críticas ao Direito Natural, justamente por entender que as leis são fruto da vontade humana, consistindo, ademais, em meios que possibilitam a consecução de determinados fins (princípio de utilidade). Com efeito, Bentham entende que “não há direitos naturais em contraposição ou distinção aos legais, sendo a expressão uma mera figura de linguagem; e que, quando se emprega essa expressão, no momento que se tenta dar-lhe sentido literal, o resultado é o erro – o tipo de erro que leva à perniciosidade, ao extremo da perniciosidade” (EDMUNDSON, 2006, p. 75).

Devido à sua resistência em atribuir qualquer sentido à ideia de direitos naturais, ou de quaisquer direitos morais fora de um contexto legal, ele obviamente nada tinha a dizer sobre os direitos morais utilitaristas (em contraposição aos direitos legais recomendados pelo princípio de utilidade). Portanto, a figura de Bentham é importante na história dos direitos por duas razões: em primeiro lugar, por sua crítica negativa da ideia mesma de direitos naturais; em segundo lugar, por sua abordagem positiva dos direitos ‘positivos’, ou seja, dos direitos legalmente reconhecidos. (EDMUNDSON, 2006, p. 72-73)

3 O JUSPOSITIVISMO EM JOHN AUSTIN

O inglês John Austin (1790-1858), a partir de influências teóricas advindas, principalmente, de Jeremy Bentham, mostrou-se preocupado em introduzir um enfoque analítico no âmbito da Teoria do Direito, tendo publicado, em 1832, aquela que é considerada sua mais relevante obra, fruto das dez primeiras lições que havia

proferido na Universidade de Londres: A Delimitação do Objeto do Direito (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832).

Contrapondo-se aos rumos jusnaturalistas de sua época, Austin empreendeu esforços no sentido de estabelecer – organizada, sistemática e analiticamente – os aspectos conceituais do Direito, buscando promover a separação entre este e a Moral, embora admitisse a existência de conteúdos morais no âmbito do sistema jurídico. De fato, o Direito, afirma John Austin, existe independentemente de ser **injusto**, isto é, sua validade deve ser aferida sob o aspecto conceitual, e não a partir de fundamentos morais. Uma lei **existente**, menciona Austin, **existe**, ou seja, é **lei**, ainda que a aprovemos ou não.

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ela existe ou não é uma investigação; se é ou não compatível com um suposto padrão é uma investigação diferente. Uma lei que realmente existe é uma lei, ainda que possamos não gostar dela, ou ainda que ela difira do texto pelo qual regulamos nossa aprovação ou desaprovação. Essa verdade, quando formalmente anunciada como uma proposição abstrata, é tão simples e óbvia que parece inútil insistir nela. Por mais simples e óbvia que seja quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração dos casos em que foi esquecida esgotaria um volume. (AUSTIN apud MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 91)

De acordo com as lições de Edmundson, Austin não admirava a expressão **Direito Natural**, tendo em vista que, na sua ótica, tal locução ensejava uma “analogia com as leis da natureza – tais como as da Física”, devendo, pois, ser evitada.

Se o apelo aos direitos ‘naturais’ é apenas um apelo à moralidade, então os direitos naturais não passam de direitos morais. Mas ‘moralidade’ é também um termo ambíguo. No entender de Austin, ele pode se referir tanto ao código moral convencional, ou positivo, da comunidade, como ao código moral ideal proclamado por Deus. Se o apelo for à consciência moral – *ainda em desenvolvimento*, da comunidade, ele deve ser entendido como referente a um ‘direito divino’. Há dois tipos de *direito divino*: o revelado e o não revelado. Os direitos divinos revelados encontram-se no âmbito da lei divina revelada, isto é, em mandamentos ou escritos bíblicos de inspiração divina. (EDMUNDSON, 2006, p. 87)

John Austin é destacado por ter concebido – a partir de inspiração teórica buscada nas reflexões de Jeremy Bentham – o Direito como um autêntico conjunto

de **comandos/ordens** (amparados na ideia de **coerção**) oriundos do **soberano** no exercício do seu poder ilimitado (Teoria Imperativa do Direito), razão pela qual, na visão austiniana, este não se submete ao próprio Direito por ele estabelecido, podendo utilizá-lo, portanto, como um instrumento de poder.

Austin assume como tarefa de sua formulação teórica separar o objeto do direito dos elementos que frequentemente são tomados equivocadamente como jurídicos. Para tanto, apresenta a noção de soberano como central, tornando-a, conjuntamente com as de 'comando', 'sanção' e 'hábito de obediência', os elementos do que designa ser a 'chave da teoria do direito'. Com efeito, procede nosso autor diferenciações finas a respeito 'das leis' em geral até alcançar lista que considera ser o foco da análise do estudo do Direito. A partir desse ponto, descreve as características do soberano e a importância dos componentes elementares do Direito. Nesse contexto, a ideia de comando e de sanção mantém relações próximas com a noção de soberano. Porque o comando é a ordem ou desejo editado ou pronunciado pelo soberano, e sanção é a consequência; e esta manifestação do poder do soberano corresponde ao mal que ele pode infligir se o seu desejo é ignorado ou desobedecido, com o que sua teoria afigura-se de extrema simplicidade e clareza: se uma norma **N** pertence a uma ordem jurídica **OJ**, isso significa que ela, a norma **N**, foi ditada pelo soberano. (SGARBI, 2006, p. 28)

Nesse contexto, cumpre ao juiz, ao decidir os mais diversos casos que se lhe apresentam, aplicar exatamente o **comando** advindo do **soberano**. Não obstante, diante da inexistência de um **comando** ajustável ao caso concreto, deve o juiz resolvê-lo como julgar mais adequado, posto que tacitamente autorizado a fazê-lo pelo mesmo **soberano**. Com efeito, sob o prisma de tal construção teórica de Austin, a autorização tácita para decidir acaba por tornar tais decisões tomadas pelos juízes em autênticos **comandos do soberano**.

4 O JUSPOSITIVISMO EM HANS KELSEN

Wayne Morrison, ao discorrer a respeito da visão crítica de Hans Kelsen (1881-1973) em relação à teoria anterior, afirma que o professor austríaco "interpreta Austin como um empirista relativamente simples, o que significa que Austin interrompeu sua análise no nível descritivo geral, sem proceder aos atos

interpretativos necessários à contemplação da natureza especificamente jurídica da atividade social observada”, asseverando, ademais, o seguinte:

Em essência, Kelsen acusa Austin de não ter compreendido a estrutura normativa da legalidade, e argumenta que, no fim, a teoria austiniana pretendeu extrair uma série de proposições ‘dever-ser’ de proposições ‘ser’ [...]. As unidades estruturais básicas da teoria de Austin eram observações de fatos sociais, a redução da ideia de regras de obrigações aos comandos de um soberano e aplicação desses comandos; à procura de dados empíricos para criar uma ciência do direito, o observador se dava conta das regularidades de um soberano que costumava ser obedecido e não obedecia a ninguém, e que comandava sujeitos que habitualmente obedeciam. Kelsen, porém, perguntou: ‘De que modo isso descreve o processo por meio do qual alguém deve obedecer ao direito?’

Para Kelsen, as regras eram as características observáveis (na escrita etc.) de um sistema normativo. As regras eram, portanto, as características de superfície do direito, e as normas sua essência interior; conquanto elas possam ter dado origem aos atos de ‘vontade’ de um Parlamento, ou à adoção de um costume por um juiz, uma vez aceitas como direitos adquirem existência independente; sua validade não depende da vontade de um mandatário: ‘uma norma é uma regra que afirma que o indivíduo deve comportar-se de uma determinada maneira sem afirmar, porém, que tal comportamento seja a vontade específica de alguém’. (MORRISON, 2012, p. 391-392)

A principal obra de Hans Kelsen é, sem sombra de dúvida, a conhecida Teoria Pura do Direito (1934). Segundo o magistério de Morrison (2012, p. 411), tal produção teórica “fala a uma modernidade que está lidando com a democracia, o perspectivismo e a indeterminação do objetivo social”, sendo claramente identificada por Kelsen “como um projeto de direito antinatural”. Na realidade, conforme anota Sgarbi (2006, p. 31), a *Teoria Pura* “não é apenas o nome de um livro, mas de um projeto”, tendo em vista que a pretensão de Kelsen, em última análise, era conduzir o Direito ao *status* de Ciência Jurídica, intento que, de certa forma, acompanhou toda a trajetória acadêmica do formidável pensador austríaco, cujo escopo teórico sempre consistiu em “estabelecer limites claros, além de respostas, ainda que nem sempre bem acabadas, ao seu maior propósito”, vale dizer, “a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país”. Por oportuno, conforme dito pelo próprio Kelsen:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 1987, p. 1)

Assim, segundo explica Sgarbi, o vocábulo **pura** é “palavra que expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que cumpre a ele, Kelsen, viabilizar”, isto é, uma “leitura específica da juridicidade, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do Direito”, inclusive o pertinente à moral (SGARBI, 2006, p. 33). No mesmo sentido, Alvarez aduz que:

Kelsen, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir ‘uma teoria do direito positivo’, do direito positivo ‘em geral, não de uma ordem jurídica especial’. Portanto, ‘teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas’, embora ‘forneça uma teoria da interpretação’. ‘Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto’. Teoria do direito positivo, isto é, do direito ‘que é e como é’, não do direito que deveria ou poderia ser. (ALVAREZ, 2009, p. 11)

Com o advento da Teoria Pura do Direito, conforme explica Soares, “o Positivismo Jurídico converte-se em uma variante do normativismo lógico, aprofundando o distanciamento da Ciência do Direito em face das dimensões valorativa e fática do fenômeno jurídico”.

A exigência da ‘pureza do método’ seria a condição da cientificidade da dogmática jurídica. Daí a defesa da ciência jurídica como uma ciência exclusivamente normativa, cujo objeto seria a normatividade jurídica. (SOARES, 2013, p. 162)

Da mesma forma, a aludida Teoria Pura, no dizer de Soares (2013, p. 162), configura uma nítida “reação ao sincretismo epistemológico no conhecimento jurídico”, tendo como escopo último afirmar “a autonomia e a especificidade

metódica da Ciência do Direito”, aspectos que, na ótica de Kelsen, encontravam-se comprometidos “seja pela tentativa metafísica do jusnaturalismo de convertê-la em uma filosofia da justiça”, seja pelo propósito “empirista do historicismo e do sociologismo jurídico de subordiná-la a outras ciências que cuidam dos fatos sociais, tais como a história e a sociologia”.

A concepção kelseniana envolve, ademais, a Teoria da Norma Jurídica (na qual a norma jurídica é estudada como sentido objetivo de um ato criador de Direito dotado de validade) e a Teoria do Ordenamento Jurídico, identificado como um **sistema de normas**, disposto hierarquicamente como uma **pirâmide**, no qual a validade de uma norma inferior depende de uma norma superior, que estabelece os critérios formais e materiais para sua produção (SOARES, 2013, p. 163). Assim, consoante as formulações teóricas de Kelsen, “dizer que uma norma é válida é o mesmo que dizer que **existe** no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente” (SGARBI, 2006, p. 41), do que se infere que, na visão kelseniana, não cabe à Ciência do Direito responder o que é **justo** ou conforme a **justiça**.

A Teoria Pura do Direito, como teoria, tem por fim a compreensão das ordens jurídicas independentemente de suas peculiaridades de conteúdo; ela não se ocupa da avaliação moral ou da validade moral particular dos regimes políticos; esta é uma tarefa da política. A validade ‘moral’ do regime usurpador é outro assunto; não cabe ao teórico, ao analisar o fenômeno jurídico, excluir de seu exame ordens normativas sobre a alegação de que ‘isso não é direito’. Como teórico, ao considerar a juridicidade, deve proceder à leitura dos enlaces de atribuição normativa e relatar suas possibilidades, por duas razões: 1) o caráter ‘avalorativo’ do conhecimento científico; e 2) a impossibilidade ‘racional’ de se dizer o que é justo. (SGARBI, 2006, p. 55)

Da mesma forma, dissertando sobre a validade da norma sob a perspectiva de Kelsen, Alvarez (2009) registra que “a validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal”.

Como princípio metodológico, Kelsen trata do direito em sua especificidade, isto é, naquilo que configura a juridicidade e, como bom positivista, naquilo que na juridicidade existe de permanente, porque só o permanente é identificável no tempo e aferível. Ora, o

permanente, na norma, não está no fato social, político ou fator axiológico, por se tratar de elementos mutáveis, mas na forma, no dever ser, isto é, enunciado de uma conduta devida, que pode ter qualquer conteúdo e, portanto, conter qualquer valor. Tal fator é a validade, a ser aferida, na dinâmica jurídica, pelo processo de produção e dimensionada pelo aspecto formal: a competência. Desta forma, conclui Kelsen, uma norma é válida, se produzida de acordo com o processo estabelecido por outra norma, razão porque a norma produzida tem seu fundamento de validade na norma que regula seu processo de produção. (ALVAREZ, 2009, p. 21-22)

A respeito da separação entre Direito e Moral, asseveram Bittar e Almeida que “validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos”, concluindo os autores, então, que “uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta”.

O Direito possui a nota característica de poder ser moral (Direito justo), e de poder não ser moral (Direito injusto); e, certamente, prefere-se o Direito moral ao imoral, porém não é isso que retira validade de determinado sistema jurídico. Um Direito positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um Direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido. O Direito não precisa respeitar o mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do Direito, para ser garantido em sua construção, não requer nada além do valor jurídico. Mais uma vez, deve-se afirmar que o que foi posto pelo legislador é norma jurídica, se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.

Assim, a conclusão acerca da relação entre Direito e Moral não pode ser outra senão a de que: ‘A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral’. (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 396)

Como se observa, “a autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico”, o que significa afirmar “que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural, seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas”. Em tal contexto, a “interpretação se torna um ato de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica”; com efeito, a “interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, transforma-se no ato da criação de uma norma individual” (BITTAR; ALMEIDA, 2011, p. 402).

Ainda de acordo com Kelsen (1990, p. 13), o Direito não estaria vinculado a qualquer regime político ideal, posto que, “do ponto de vista da ciência, livre de quaisquer julgamentos valorativos, morais ou políticos, a *democracia* e o *liberalismo* são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a *autocracia* e o *socialismo*”, não havendo, pois, “razão científica pela qual o conceito de Direito deva ser definido de modo a excluir estes últimos”; afinal, prossegue Kelsen, “o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais”.

5 O JUSPOSITIVISMO EM ALF ROSS

Alf Niels Christian Ross (1899-1979), jurista e filósofo dinamarquês, é reconhecido como um dos fundadores do Realismo Jurídico Escandinavo, corrente do pensamento jusfilosófico que concebe o Direito como um conjunto de fatos ou fenômenos psicofísicos, cujo estudo, portanto, deve seguir os “padrões tradicionais de observação e de verificação que animam toda a moderna ciência empirista” (ALF ROSS apud SGARBI, 2006, p. 65), de modo a livrar o pensamento jurídico de uma série de pressupostos não examináveis e não alicerçados na ciência.

Alf Ross, conforme explicado por Alvarez (2009, p. 11), recusa a filosofia do Direito Natural por se tratar de uma especulação metafísica e desprovida de justificação científica, do que se extrai, por conseguinte, que o “único direito é o Direito Positivo, compreendido como um conjunto coerente de normas vigentes, isto é, efetivas, portanto, observáveis e constatáveis, aferíveis e operacionalizadas através das decisões judiciais com base em diretivas de competência”.

Assim, a proposta de Ross é “desmistificar o Direito e as categorias com que este é tradicionalmente pensado”; para tanto, parte o professor dinamarquês de “uma concepção empirista e antimetafísica do conhecimento”, sendo o “Direito entendido como uma fusão de dois elementos”, a saber: “(1º) a realidade social que se manifesta por meio da aplicação, pelos juízes, do Direito positivado, e (2º) as normas que funcionam como um esquema para entender as ações dos juízes” (STOLZ, 2007, p. 115).

Analisando comparativamente as concepções de Kelsen e Ross a respeito da norma jurídica, Sgarbi leciona que:

Para Kelsen um fato assume particular significado jurídico através de uma norma que serve de instrumento de avaliação do fato como 'fato normativo'. Por outro lado, essa mesma norma tem significado de norma 'jurídica' na medida em que seja produzida conforme a estrutura dinâmica (estrutura de competências e delegações de competência) de determinada ordem jurídica. [...].

Alf Ross também afirma ser a norma um esquema de interpretação de certos fenômenos sociais: a estrutura do Direito, em sua teoria, também é dinâmica e em escalões. Todavia, diferentemente de Kelsen, Ross tem como propósito construir um modelo teórico de ciência que seja empírico: um modelo cujas proposições sejam verificáveis com base na experiência, como ocorre com as ciências naturais. Para tanto, diferencia o 'direito' do 'direito vigente'. Sendo que o primeiro, isto é, o 'direito sem adjetivações', consiste em conceito compreensivo do conjunto de normas compreendidas como diretivas; o segundo, é dizer, um 'direito vigente', consiste em expressão empregada para designar as normas efetivamente aplicadas pelos juízes quando decidem controvérsias. (SGARBI, 2006, p. 66)

Alf Ross, em quatro capítulos da obra *Sobre o Direito e a Justiça* (1953), aborda e critica as diversas correntes fundamentadoras do Direito Natural, afirmando, em síntese, que tais perspectivas teóricas não se submetem a "critérios de verificação ou falsificação", razão pela qual conclui que "as asserções metafísicas relativas às doutrinas do Direito Natural colocam-nas acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo" (SGARBI, 2006, p. 99), cabendo consignar, por oportuno, as seguintes objeções formuladas por Ross à filosofia do Direito Natural, ora resumidas por Alvarez:

Na *perspectiva epistemológica*, parte do pressuposto de que a veracidade e admissibilidade dos enunciados de conhecimento é função da aferibilidade, comprovabilidade, refutabilidade e controle. Em contraposição, 'as asserções metafísicas não admitem ser refutadas, porque se movem fora do alcance da verificação', razão porque não têm lugar no campo do pensamento científico. Neste contexto, 'a história do direito natural revela dois aspectos: 1º) o da arbitrariedade dos postulados fundamentais sobre a natureza da existência e do homem; 2º) o da arbitrariedade das ideias jurídico-morais desenvolvidas, porquanto seus fundamentos metafísicos não passam de justificativas para apoiar atitudes emocionais. [...].

Na *perspectiva da teoria do direito*, a crítica de Ross dirige-se ao jusnaturalismo racionalista, que deslocou o tratamento da lei natural, como ordem normativa, para os direitos naturais, reconhecidos a

sujeitos de direito. Neste sentido, afirma que 'enquanto o direito natural foi uma filosofia moral para justificar o direito positivo e guiar o legislador, não perturbou seriamente o pensamento jurídico genuíno. Seus postulados de que deve estar conforme com a natureza do homem e com os princípios da justiça não impediam, por si só, um tratamento realista dos problemas de política jurídica', porque, dada sua generalidade, 'os princípios supremos' [...] 'davam ao direito uma roupagem moral'. Porém, 'o racionalismo duplicou o sistema jurídico, porque concebeu o direito natural como um conjunto de direitos naturais, acima ou abaixo dos direitos subjetivos positivos'. (ALVAREZ, 2009, p. 18-20)

6 O JUSPOSITIVISMO EM HERBERT HART

Foi dito anteriormente que Jeremy Bentham e John Austin, no que se refere ao assunto ora discorrido, são considerados autores **positivistas imperativistas**, tendo em vista que ambos acolhem uma noção comum, segundo a qual o Direito é fruto da vontade do **soberano**, tese centrada nas ideias de **comando** e **coerção**, concepção esta que, diferentemente, não pode ser atribuída ao inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (ou H. L. A. HART, 1907-1992), jurista e filósofo do Direito, autor reconhecidamente importante para uma nova tomada de posição em relação às Filosofia e Teoria do Direito. Herbert Hart, neste contexto, rejeita a denominada Teoria Imperativista, cuja característica fundamental, conforme consignado, consiste justamente em vincular o Direito às noções de **comando** e **coerção**. Em O Conceito de Direito, obra publicada em 1961, Hart afirma que o termo **positivismo**, na literatura anglo-americana contemporânea, é empregado para traduzir uma ou mais das seguintes afirmações teóricas:

1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.; 4) que um sistema jurídico é um 'sistema lógico fechado', no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova [...]. Bentham e Austin

defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); Kelsen defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos 'juristas analíticos', aparentemente sem boas razões. (HART, 2009, p. 386-387)

Hebert Hart, pelo que se observa no item 2 da transcrição supra, demonstra que, a seu ver, não há necessariamente um vínculo entre Direito e Moral, o que o situa, segundo um segmento doutrinário, entre os autores **positivistas inclusivistas** (ou **positivistas incorporacionistas**). Significa dizer que Hart admite que conceitos e normas próprios do Direito possam incorporar regras pertinentes ao campo da moral, desde que o sistema jurídico o autorize.

Ademais, em O Conceito de Direito, Hebert Hart contesta a aludida *Teoria do Comando*, delineada por John Austin na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (A Delimitação do Objeto do Direito, 1832), cujos contornos fundamentais consagram a ideia de que o Direito caracteriza-se por abarcar um conjunto de comandos e ameaças estabelecidos por um **soberano**. Hart, partindo de uma distinção entre “**ter a obrigação de fazer algo**” e “**ser obrigado a fazer algo**”, e adotando como exemplo a conduta ameaçadora de um assaltante, afirma que, na verdade, inexistente obrigação quando o único motivo para obedecer é a ameaça, exatamente o que acontece no caso de um **assalto**. Diferentemente da intimidação contida na ação do assaltante, o Direito estabelece normas de agir aptas a orientar o comportamento não apenas daqueles aos quais as orientações normativas são destinadas, mas também aos funcionários públicos encarregados da aplicação de tais diretrizes.

Com efeito, Hart, de um modo geral, opõe as seguintes objeções ao arquétipo teórico austiniano:

Os fracassos principais da teoria [de Austin] são suficientemente instrutivos para justificar um segundo resumo. Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sobre o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidade do direito, especialmente as que outorgam

poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimilados às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno. (MARCONDES; STRUCHINER, 2015, p. 98)

Ademais, Herbert Hart, ao empreender uma análise crítica a respeito da teoria de John Austin, desdobra-a em três segmentos. De início, estabelece uma distinção entre as noções de **comando** e **regra**. Em seguida, procura demonstrar que os sistemas jurídicos são integrados por várias espécies de regras, sendo que algumas delas, como dito anteriormente pelo próprio Hart, nem de longe se assemelham aos mencionados **comandos** da teoria *austiniana*. E, por fim, Hart enfrenta as noções de *soberano*, **súdito** e **hábito de obediência**, concluindo que tais categorias são insuficientes para definir como funcionam as regras jurídicas. Desta feita, enquanto Bentham e Austin fundamentam os respectivos pensamentos teóricos na noção de **comando** oriundo de um **soberano**, Hart, por sua vez, argumenta que o Direito constitui-se em um sistema composto por **regras primárias** e **secundárias**, modelo assim abreviado por Stolz:

Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: *regras de reconhecimento*, *regras de alteração/modificação* e *regras de adjudicação*. As *regras primárias* prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as *regras secundárias*, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por *regras primárias*, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As *regras secundárias de alteração* outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução,

exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as *regras de adjudicação* dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. [...].

A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, Hart cria a noção de *rule of recognition* [*regra de reconhecimento*], que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de *regras primárias*, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma norma última que subministra um critério jurídico de validade supremo. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida, mas uma *regra de reconhecimento* não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma *regra de reconhecimento* existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da *regra de reconhecimento* se exige, ademais do cumprimento, a aceitação da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.

A *regra de reconhecimento* não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da *regra de reconhecimento* que articula a ideia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade. (STOLZ, 2007, p. 101-120)

Alvarez (2009, p. 3) afirma que o objetivo de Hart, no âmbito da Teoria Analítica, e dialogando com os Realismos Americano e Escandinavo, bem como com o formalismo de Kelsen, foi justamente “superar a teoria de Austin, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas”.

Neste sentido, o eixo da teoria está na concepção do Direito como união de *regras primárias* e *secundárias* e na *regra de*

reconhecimento como critério aferidor da identificação e existência do direito. Sob o aspecto conceitual, três teses presidem a construção de sua teoria e, conseqüentemente, pertinentes ao tema : (i) a *tese das fontes sociais*, segundo a qual o direito é resultado de prática social, na forma das normas de competência, e identificável através da regra de reconhecimento, no que se contrapõe às concepções iusnaturalistas, especialmente as de fundamentação metafísica que admitem a existência de um direito por fonte transcendente ou vinculada a uma concepção finalista ou físico-biológica da natureza; (ii) a *tese da separação conceitual entre o Direito e a Moral*, razão porque as conexões e coincidências são contingentes, não necessárias lógicamente e conceitualmente; (iii) a *tese da discricionariedade judicial*, segundo a qual, nos casos para os quais não há previsão clara de algum tipo de solução no direito estabelecido, o juiz deverá produzir decisão ao invés de inibir sua jurisdição. (ALVAREZ, 2009, p. 3)

Stolz (2007, p. 101-120), ao analisar a contribuição oferecida pela obra de Herbert Hart para a construção do Direito no âmbito dos Estados Democráticos Constitucionais, assevera que “um dos grandes méritos de Hart foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do Positivismo Jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões”.

7 CONCLUSÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos, tal como fizeram Bentham, Austin, Kelsen, Ross e Hart. Muito embora possamos afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática desenvolvida no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Teses básicas do Positivismo e suas críticas ao Jusnaturalismo. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 1, n. 2, p. 1-39, 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito**, São Paulo: Ícone, 1995.
- DIAS, Maria Cristina L. C. O Direito e a Ética em BENTHAM e KANT: uma Comparação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, p. 147-166, jan./abr. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- EDMUNDSON, William A. **Uma Introdução aos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de Ética: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de Filosofia do Direito: de Platão a Frederick Schauer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao Pós-Modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

SOARES, Ricardo M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STOLZ, Sheila. Um modelo de Positivismo Jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 101-119, jan./jun. 2007.