

O positivismo jurídico na análise da doutrina jurídico-filosófica italiana:

Desmistificando o conceito de Direito da teoria positivista

Juliano Aparecido Rinck¹

Introdução

Desde década de 60, do século passado, até os dias atuais estão presentes no cenário dos debates jurídico-filosóficos da Teoria Geral do Direito as questões pertinentes ao positivismo jurídico, principalmente, sobre suas reações interna. Mas, qual é o conceito positivismo jurídico? O que ele representa?

Buscando responder tais indagações não trabalharemos com um conceito pré-estabelecido pela doutrina, mas utilizaremos o próprio pensamento dos positivistas clássicos², além de um respaldo da recente bibliografia italiana³sobre a temática, para compreendermos a concepção de direito da corrente jurídico-filosófica determinada positivismo jurídico. Para tanto, enfocaremos o conceito de direito e de validade em cada autor selecionado, a fim de traçarmos elementos comuns pertencentes a todos que justifica de determinar-los como positivistas.

Pretendemos, ainda, ao estudarmos cada pensador desmistificar alguns equívocos a respeito de suas teorias, como: Hans Kelsen pode ser realmente acusado de ser o jurista dos regimes autoritário? O realismo escandinavo de Alf Ross representa também o positivismo jurídico? A tese do direito social de Herbert Hart pode ser denominada de positivista?

1. Breves considerações sobre o conceito de positivismo jurídico

¹ Mestrando em Filosofia do Direito pela UNIMEP, com apoio da CAPES. E-mail: juarinck@unimep.br

² Destacaremos os seguintes positivistas clássicos: Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

No âmbito dos estudos da Teoria do Direito buscando responder sua indagação central: “o que é o direito”, a corrente denominada positivismo jurídico é recente⁴, em relação a sua “antagonista” o jusnaturalismo/moralismo. Porém, o termo positivismo é mais antigo, tendo suas raízes nas ciências humanas e na filosófica, no desenvolvimento da tese da objetividade e no estudo da observação empírica.⁵

Os pesadores do positivismo jurídico comungam com o positivismo filosófico somente a rejeição de considerações metafísicas e/ou idealistas para explicar a natureza do direito, não aceitando as demais idéias historicamente designadas como positivistas. Assim, não podemos identificar a corrente jurídica com a corrente das Ciências Humanas, pois essa é muito mais genérico que aquela, deixando margem para uma interpretação extensiva, na qual poderíamos estar, até mesmo, incluindo uma abordagem sociológica e moral sobre o conceito de direito as quais, normalmente, não são consideradas como positivistas.⁶

O conceito positivismo jurídico não é monista, como coloca seus adversários, mas sim pluralista, envolvendo uma amplitude de teses para explicar o que é o direito, e sua relação ou não com outros campos, como a moral, a política e a justiça. Como bem evidência Schiavello:

Il fatto è che l'espressione 'positivismo giuridico' non individua un'unica concezione del diritto, ma una pluralità di concezioni tra loro(almeno apparentemente) non sempre compatibili.⁷

O positivismo Jurídico engloba, assim, não somente a tese da separação (*separability thesis*) entre o direito e os outros campos, tendo como principal representante o jurista austríaco Hans Kelsen, com sua obra *Teoria Pura do Direito*, 1934, mas também a tese social (*social thesis*) proposta por Herbert L. A. Hart, em *O conceito do Direito*, 1961, a tese das fontes (*source thesis*) exposta por Joseph Raz

³ Trabalharemos com as obras dos referidos autores: Silvana Castignone, Aldo Schiavello, Vittorio Villa.

⁴ Como coloca Dimoulis já na obra de Thomas Hobbes (1588-1679) encontramos as premissas do positivismo jurídico contemporâneo, ao rejeitar a idéia de um direito natural, o fundador da primeira teoria do Estado Moderno defendendo a primazia e superioridade qualitativa do direito criado e imposto, por meios de coação, pelos detentores do poder político. Assim, afirmando: não é a sapiência, mas sim a autoridade que cria a lei, complementa ainda, o direito é o que aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem. DIMOULIS, Dimitri. **O positivismo jurídico**. São Paulo: RT (no prelo).

⁵ Neste sentido ver: Dimoulis, 2005(no prelo) TROPER, Michel **Positivismo**. p. 609; MAULIN, Éric. **Positivisme**. p. 1171-1173

⁶ cf. DIMOULIS, Dimitri, **op cit.** 2005.

⁷ SCHIAVELLO, Aldo. **Il positivismo giuridico dopo herbert. l. a. hart**. p.1

e, até mesmo, o realismo escandinavo, tendo como expoente Alf Ross, e norte-americano.⁸

Entretanto, podemos traçar uma linha central dentro dessa diversidade do pensamento positivista no sentido *Lato senso*: o direito é uma criação do homem⁹. Definindo o direito com base em elementos empíricos e, necessariamente, mutáveis no tempo. Assim, descartando toda a fundamentação metafísica das teorias jusnaturalísticas. Essa é fundada na imutabilidade dos elementos que compõem o direito, como, por exemplos: os mandamentos divinos ou os imperativos da razão humana. Rejeitam, deste modo, toda e qualquer colocação que o direito não seja fruto da conduta humana, ou melhor, da vontade do legislador humano, isto é, do poder político.

Num sentido *Lato senso*, podemos afirmar que o positivismo jurídico é uma tese *monista*. Por não aceitar a existência de um outro direito que não seja o direito legislado, assim, distanciando-se totalmente do *dualismo* jurídico, que aceita um paralelismo jurídico, por exemplo, entre o direito natural e o direito positivo.¹⁰

Portanto, a crítica que se faz ao positivismo jurídico que ele promove o engessamento do direito, por consequência do sistema jurídico, consiste num equívoco, já que os seus fundamentos do conceito de direito, e da própria validade desses, são mutáveis e variáveis no tempo, podendo-se adequar à necessidade humana conforme sua evolução histórica.

Passaremos agora analisar as principais teses pertencentes a positivismo jurídico. Verificando os elementos comuns, o que possibilita de serem classificadas como positivistas, e desmistificando algumas colocações referentes a elas.

2. As teses positivistas

1.1 A tese da separação e o pensamento jurídico de Hans Kelsen

⁸ Cf. CASTIGNONE, Silvana. **Introduzione alla filosofia del diritto**. p. 46-47

⁹ Neste sentido temos: “O direito é uma criação humana” COLEMAN, Jules. **The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory**. p.143; “ o direito é posto, criado por seres humanos”, RAZ, Joseph. **The authority of law**. p.38; ” O direito ‘decorre de fontes humanas’ “AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. p. 124; “ somente o direito posto por seres humanos é direito positivo” KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, p. 465.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**, p. 133-138

A mais difundida tese positivista consiste na tese da separação, que prega uma visão separatista entre o direito e moral, rejeitando a abordagem unionista da corrente jusmoralista. Como bem expressa Hart: “[...] não é uma verdade necessária que o direito reproduz ou satisfaz certas exigências da moralidade, mesmo se frequentemente isso ocorre de fato.”¹¹

Podemos, neste sentido, afirmar que o positivismo jurídico adota uma abordagem unitária quanto à relação entre o campo da moral e do direito, o mesmo ocorre quando tratam do relacionamento com o campo da política, mas com colocação diferenciada que esclareceremos mais adiante.

A grande preocupação dos pensadores positivista é com os critérios da validade do direito, por isso renega qualquer critério invariável pertencente ao campo da moral para analisar se uma norma, ou mesmo um sistema jurídico, é válida ou não. Como poderíamos mudar, por exemplos, os dez mandamentos ou a palavra de Deus revelada ao profeta, no caso de adotarmos os valores da moral religiosa para fundamentar a validade do direito? Seria impossível realizar uma dinamização do direito com a evolução do homem e da sociedade.

O mesmo ocorre se sustentarmos a validade do direito na razão humana ou nos valores moralmente aceitos pela sociedade, pois quais critérios seriam aceitos? Ou ainda, como alterar esses? Poderíamos ter a hegemonia de um grupo detentor do poder, político, econômico sobre os demais. Como se enquadraria os valores dos excluídos do sistema social, por exemplo? Assim, o operador do direito não deve levar em conta a substância, o conteúdo, do direito, mas sim a forma, os aspectos formais, da norma. Neste sentido afirma Austin: “[...] a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito outra coisa. (...) O direito que efetivamente existe é direito, mesmo se não o aprovamos”¹².

O principal defensor da tese da separação foi o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Repudia completamente toda a fundamentação metafísica do jusnaturalismo, na sua concepção de direito, quando afirma que somente é direito o direito positivo, fruto de ação do homem, o legislador, historicamente contingente e

¹¹ HART, Herbert **O conceito de direito**. p. 185-186.

¹² AUSTIN, John. **op cit**. p.157. *apud*. DIMOULIS, Dimitri. **op. cit.**. 2005

imposto de forma coercitiva. Assim, o direito natural não pode ser considerado direito válido, ou simplesmente direito:

Secondo Kelsen, il diritto naturale, che egli fa coincidere con un ordinamento sociale assolutamente giusto, non esiste, in quanto la giustizia (assoluta) è un ideale irrazionale: vi sono diversi sistemi morali e concenzioni della giustizia differenti.¹³

A grande obsessão kelseniana é sem dúvida à crítica ao jusnaturalismo¹⁴ e a crença na justiça material, chegando a afirmar que a maior contribuição do positivismo jurídico é a proposição da tese da separação.¹⁵ Sendo o objeto da ciência jurídica somente o direito positivo¹⁶

Analisaremos agora alguns dos principais pontos da teoria do direito kelseniana, exposto na sua mais importante obra: Teoria Pura do Direito.

a) Porque o autor desenvolve uma teoria pura do direito? Kelsen não atribui a “pureza” como característica do direito, mas da teoria do direito. Para ele o direito na realidade social não se apresenta mais em “estado puro”, já está contaminado por outros elementos, como elementos factuais, sociais, políticos, éticos, psicológicos entre outros. Portanto, a “pureza” deve ser o resultado almejado pela teoria do direito, e não o fato o qual deve se desenvolver. Villa explica claramente essa visão kelseniana ao comparar o trabalho do teórico do direito como o de químico:

È utile qui paragonare il lavoro del teórico del diritto a quel del chimico: quest'ultimo, a certe condizioni, è in grado di produrre in laboratorio, come risultato di certe reazioni chimiche, degli elementi che in natura non si trovano mai “allo statu puro”; allo stesso modo, il teórico del diritto è in grado di produrre il diritto “puro” a partire da materiali “impuri” (le norme giuridiche per come si trovano nella realtà sociale) su cui lavora.¹⁷

O que resulta deste processo de purificação desenvolvido pela teoria kelseniana? A figura autônoma do direito em relação aos demais campos, ou seja, delimitasse o direito apenas a estrutura formal da norma, que se expressa na seguinte forma: “Se é A deve ser B”. Sendo “A” a conduta descrita na norma e “B” a sanção que essa implica, caso ocorra. Aqui podemos tecer algumas colocações ao esse sistema de kelseniano:

¹³ SCHIAVELLO, Aldo. **op. cit.** p. 9.

¹⁴: Kelsen tece duas observações em relação ao jusnaturalismo. A primeira consiste em saber qual dentre as múltiplas concepções de justiça deve-se atrelar o conceito de direito. A segunda refere-se a contradição dos jusnaturalistas de definirem o direito natural como ordenamento jurídico ao mesmo tempo social e natural. Ibid. mesma página.

¹⁵ KELSEN, Hans. **op. cit.** p.468.

¹⁶ Idem. **Teoria Pura do Direito.** p. 79-84.

¹⁷ VILLA, Vittorio. **Il positivismo giuridico: metodi, teori e giudizi di valore.** p. 52.

1) Para o jurista austríaco aplica-se esta forma a todas as normas de um sistema jurídico, chegando a afirmar que as normas que não possuem uma sanção não são normas verdadeiras propriamente ditas. Em relação a essa afirmação, seus adversários dizem que Kelsen parece ignorar a realidade de nosso ordenamento jurídico, como as normas constitucionais, de âmbito programático, por exemplo. Mas, ele responde essa crítica com uma complexa estratégia argumentativa, exposta em duas frentes: primeiro coloca a nulidade e a anulabilidade¹⁸ com forma de sanção para a área do direito privado, trabalhando o conceito de sanção em sentido *lato*, e segundo sustenta que as normas constitucionais são normas incompletas, que adquirem conteúdo concreto com as normas de nível inferior, que estabelecem as sanções.

2) Contrariando o senso comum Kelsen afirma que o ilícito não é ato antijurídico por excelência, mas ato jurídico por definição. A sanção é um elemento interno de toda norma jurídica, e não um elemento externo que reforça a eficácia da norma primária. Na verdade, para o jurista a própria norma primária é a norma de sanção, destinada à autoridade competente para aplicá-la, o juiz geralmente, sendo a norma de conduta secundária, destinada à pessoa comum.¹⁹

3) Kelsen determina a ligação entre o ilícito e a sanção não pelo princípio da causalidade, pertencente à esfera do “ser”, como a doutrina tradicional, mas pelo princípio da imputação, da esfera do “dever ser”.²⁰

b) Analisaremos como Kelsen considera uma norma validade, ou seja, como constrói sua teoria da validade. Condizente com o processo de purificação do direito, a teoria da validade²¹ kelseniana apresenta duas características importantes: é uma teoria formal e sistêmica da validade.

O processo de validação de uma norma não é visto por Kelsen de forma isolada. A norma não adquire validade independentemente de outra, mas dentro de um sistema pré-disposto. A sentença judicial, a norma mais básica do sistema - norma individual, é válida porque está de acordo com uma norma superior pré-estabelecida, que assim determina sua validade. Esquemáticamente: N1 vale porque N2, predisposta, determina que N1 vale e essa foi criada em conformidade com aquela.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 306-308.

¹⁹ *Ibid.* p. 124-128.

²⁰ *Ibid.* p. 86-100.

²¹

O sistema normativo kelseniano é concebido como “uma construção escalonaria de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”²², a chamada “pirâmide normativa kelseniana”. Em cuja base se encontra a decisão judicial e no topo a Constituição Nacional, nos ordenamentos jurídicos modernos. Deste modo, dentro dessa arquitetura normativa da validade podemos desenvolver o seguinte raciocínio ao verificar a validade de uma portaria: a portaria vale porque se baseia num decreto; esse por sua vez vale, pois está em conformidade com a lei e essa se encontra de acordo com a Constituição.

Por isso, que dizemos que a teoria da validade kelseniana é formal e sistemática, isto é, a norma apenas possui validade dentro de um sistema, e essa é atribuída por um caráter puramente formal, independentemente se os membros da comunidade conduzem-se ou não em conformidade com a norma.

Acreditamos que isso ocorre, visto que Kelsen distingue a esfera da validade da esfera da eficácia²³, sendo a primeira um atributo do “dever ser” e a segunda do “ser”. A eficácia é uma qualidade atribuída à conduta humana e não ao direito, ou seja, os homens observam a conduta estabelecida na norma e conduzem em conformidade com essa. Assim, eficácia e validade são reguladas por princípios diferentes, sendo a primeira pelo princípio da causalidade, do campo do “ser”, e a segunda pelo princípio da imputabilidade, do campo do “dever ser”.

Deste modo, ocorrendo à conduta descrita na norma, válida dentro do sistema, deve-se imputar uma consequência, uma sanção – Se é A deve ser B. Apesar de separar totalmente os conceitos, Kelsen, coloca a eficácia como condição na validade, no sentido que “uma norma não é válida porque é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz.”²⁴.

Neste ponto julgamos necessários fazemos uma distinção entre a validade da norma e a validade do sistema normativo. A norma possui validade independentemente da aceitação ao não do comportamento humano, já o sistema somente será válido de possuir eficácia, ou seja, se for aceito pelos indivíduos, membros da comunidade²⁵. Assim, quando críticos dos positivismo kelseniano afirmarem que a teoria validade

²² Ibid., p.247.

²³ Ibid., p.44.

²⁴ Ibid., p.46.

²⁵ Neste sentido falando sobre a eficácia do sistema jurídico para Kelsen, expressa Villa: “il rapporto com i comportamenti sociali, che per Kelsen è decisivo “all’inizio del processo di validità (il comportamento di chi pone le norme), tonar di nuovo in campo “alla fine” del processo.” **Op. cit.** p. 57.

proposta pelo jurista austríaco possibilita justificar um sistema jurídico de um regime político ditatorial²⁶, como o do nazismo, por exemplo, se equivocam ao interpretar o conceito de validade de Kelsen. O sistema normativo do nazismo foi válido, porque os indivíduos daquele sistema aceitaram e se comportaram conforme com aquele seja por livre concordância ou pela imposição da força do sistema, isso não importa para Kelsen.

27

O que difere da validade da norma produzida por aquele sistema que, segundo Kelsen, essas possuíam validade por serem produzidas em conformidade com pirâmide hierárquica normativa, daquele sistema.

Se Kelsen considera o direito como válido dentro de um sistema hierarquicamente estruturado, como a norma geral e abstrata de nível mais elevado, a que atribui validade a todo sistema normativo, possui sua validade? No direito moderno de ordem estatal, seria indagar porque a constituição nacional vale?

Coerente, sendo essa a marca da teoria kelseniana, como sua concepção de validade, kelsen sustenta a validade da constituição, a norma suprema do ordenamento jurídico, numa norma pressuposta, que chama de Norma Fundamental.

Essa possui para o autor uma única função: a de declarar que a “constituição é válida”, apenas. Assim, ela não deve determinar qualquer conteúdo à norma inferior, a constituição, pois caso contrário estaria proporcionando um engessamento do sistema jurídico. Poderíamos dizer, neste sentido, que a norma fundamental é uma norma vazia, já que não preestabelece um conteúdo, apenas possui um aspecto formal de validade.

Isso ocorre, pois Kelsen caracteriza o sistema jurídico como um sistema dinâmico que possibilita um desenvolvimento e uma atualização do sistema, distinguindo do sistema estático, como os sistemas de normas morais, por exemplo. Nesses sistemas o conteúdo das normas inferiores (“perdoe seu inimigo”) são

²⁶ Cf Dimoulis fazem tal acusação: ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito**. Uma perspectiva integrada. p. 18; Barroso, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. p.25-26; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **op. cit.** p.150; PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Uma introdução à interpretação sistemática do direito. p. 66.

²⁷ Argumentação semelhante encontra-se em: DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, positivismo e Pragmatismo na interpretação do direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 769,1999, p.11-27. e **O positivismo jurídico**, 2005 (no prelo), do mesmo autor.

derivações do conteúdo da norma fundamental (“Ama teu próximo, como a ti mesmo”), portanto, limitando as possibilidades de evolução do sistema.²⁸,

Como podemos observar Kelsen não se preocupa com o conteúdo normativo, mas com a forma. Quer indicar porque um direito é válido, e como identificar sua validade. Assim, descarta toda e qualquer fundamentação metafísica para explicar o fenômeno jurídico, pois busca criar uma teoria geral do Direito, “pura”. Sendo essa independente de quaisquer aspectos instáveis para avaliação do que é o direito e como um direito é válido. Sem dúvida criou uma nova visão do Direito e proporcionou uma série de novos questionamentos jurídicos filosófico sobre o Direito, como veremos adiante.

1.2. O realismo jurídico e o pensamento jurídico de Alf Ross:

A corrente do realismo jurídico desenvolveu-se na primeira metade do século passado na Escandinávia e, principalmente, nos EUA. Apesar de, não se auto determinar-se positivista²⁹, também aceita de certo modo a teoria da separação, entre o campo do direito e o campo da moral, rejeitando uma fundamentação metafísica do direito, e o direito como fruto do comportamento humano.³⁰

O realismo norte-americano desenvolvido no sistema da *common law*, onde os juizes possuem um importante papel no plano na produção normativa. Atribui ao direito uma natureza empírica, sendo ele um conjunto de fatos, ou seja, o direito é a decisão concreta tomada pelos juizes em relação ao caso concreto nos tribunais.

A “pirâmide hierárquica” kelseniana, no realismo jurídico, não existe. O direito não é considerado uma norma abstrata preestabelecida, produzida pelo legislador, antes

²⁸ cf. VITTORIO, Villa. **op. cit.** p. 58.

²⁹ Para Norberto Bobbio o realismo jurídico não se enquadra na concepção de positivismo jurídico, pois a define direito como “o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade”, ou seja, consideram “o direito como uma realidade *fatual*”. Assim, consideram o direito do ponto de vista da eficácia (na esfera do ‘Ser’) e não da validade (na esfera do ‘Dever Ser’), como os jurispositivistas, pois para os realistas “é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juizes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas mero *flatus vocis*”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** p. 142-144.

³⁰ Castignone desenvolve na doutrina filosófica jurídica italiana um sério estudo sobre o realismo jurídico, principalmente, referente à corrente escandinava, considerando também pertencente ao positivismo jurídico, contrariando Norberto Bobbio. Ver: CASTIGNOME, Silvana. **Diritto, linguaggio, realtà.** Saggio sul realismo giuridico. 1995 e **Introduzione alla filosofia del diritto.** p.111-118. No mesmo sentido intera Villa dizendo que o realismo rossiano engloba “integralmente” a tradição positivista. Villa, Vittorio. **Op cit.** p. 61.

de sua aplicação, mas a própria aplicação. De modo que, sua validade está na vontade do julgador e não em uma norma superior hierárquica. Portanto, o realismo jurídico norte-americano rejeita a distinção clássica do positivismo entre o “ser” e o “dever ser”, contudo mantém que o direito é fruto de uma vontade política, o juiz.³¹

Após essa breve explanação sobre o realismo norte-americano, voltaremos o nosso estudo para o realismo escandinavo, que apesar de ter pontos em comum com o realismo anglo-saxônico possui suas divergências, influenciadas pela suas diferentes condições sócio-econômicas que se desenvolveu. Trabalharemos o pensamento do jurista dinamarquês Alf Ross, que foi discípulo de Axel Hägerström, um dos fundadores do corrente do realismo jurídico escandinavo.

Ross apesar de identificar sete teses³² que podem ser rotuladas como positivistas, somente, aceita três delas: a que coloca como possível distinguir o direito com “é” e o direito como “deveria ser”; a que põe como objeto da ciência jurídica o direito em termos puramente empírico, baseado na observação e na interpretação dos fatos sociais concretos, e a que nega a existência do direito natural. Pois, sua concepção de direito sendo:

Direito valido é o conjunto abstrato de idéias normativas que servem como um esquema de interpretação para os fenômenos do direito em ação, o que, por sua vez, significa que essas normas são efetivamente obedecidas, e que o são por que elas são vividas como socialmente obrigatórias.³³

O destinatário das “idéias normativas” para Ross, não é o individuo comum, mas aos juizes ou as autoridades públicas, em geral, competentes. Isso porque, são eles que iram exercer o “direito em ação”, que consiste num conjunto de decisões dos juizes, impostas pelo aparato de força do Estado.

³¹ Sobre realismo jurídico ver: SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**, p. 36-38.

³² Sendo as seguintes: “i) la tesi secondo cui è possibile distinguere tra il diritto qual è ed il diritto quale dovrebbe essere; ii) l’assunto metateorico, che presuppone i), secondo cui l’oggetto della scienza giuridica è il diritto qual è, descrivibile <<in termini puramente fattuali, empirici basati sull’osservazione e sull’interpretazione di fatti sociali>>, e non il diritto quale dovrebbe essere; iii) la concezione austriana e, più in generale, imperativistica del diritto, secondo cui le norme giuridiche sono i comandi di un “sovrano” (il legislatore) ai suoi “sudditi” (i cittadini); iv) la tesi associata all’imperativismo;<<della forza che “sta dietro” il diritto>>; v) la concezione meccanicista del ragionamento giudiziale la quale, sulla scorta di una concezione del diritto come sistema chiuso e completo di norma, ritieni che le decisioni dei giudici siano l’esito di una deduzione logica a partire da norme giuridiche generali ed astratte (formalismo interpretativo); vi) l’ idea, che Ross definisce quasi-positivista, secondo la quale il diritto, per il solo fatto di essere stato emanato da una autorità, deve essere obbedito; vii) la negazione dell’esistenza del diritto naturale.” SCHIAVELLO, Aldo, **op. cit.** p. 11-12.

³³ Ross, apud, Barzotto, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. p. 76.

Assim, a concepção de validade para Ross diferencia-se da concepção formal de validade kelseniana, pois para aquele jurista o direito não só possui um caráter normativista³⁴, como lhe atribui também um critério empírico³⁵ para validade da norma jurídica. Assim, norma válida é aquela que o juiz considera como socialmente obrigatório, ou seja, a validade é um elemento psicológico presente na mentalidade do juiz.³⁶

Ross separa os conceitos de validade e de eficácia, sendo o primeiro de caráter psicológico e o segundo natureza sociologia:

O conceito de validade repousa, de acordo com o que dissemos, em hipótese referentes à vida espiritual do juiz. Não se pode determinar o que é direito válido por meios condutivistas, isto é, mediante observação externa da regularidade nas reações (costumes) dos juizes.³⁷

Pelo fato dos juizes sentirem-se vinculados, através da “ideologia jurídica em vigor”³⁸, as normas que aplicam, é o que lhes atribui validade, e não por serem simplesmente produzidas pela autoridade legislativa estatal. Sendo, na realidade, essa ideologia as “fontes do direito”, da doutrina clássica, ou seja, *“a norma é válida quando identificada segundo os padrões admitidos como “fontes” pela ideologia judicial.”*³⁹.

Por isso, justifica a separação dos conceitos de validade e eficácia para Ross, pois esse último consiste em mero ato de aplicação da norma pelo juiz, já o primeiro é algo muito mais complexo e determinado por parâmetros internos e externos ao juiz. Portanto, para o autor, a eficácia é apenas efeito da validade.

³⁴ Como diz Eugênio Bulygin: “Se por ‘realismo jurídico’ entende-se uma teoria para a qual o direito não consiste em normas, mas em algum tipo de fato (como por exemplo, condutas de juizes e outros funcionários), então Alf Ross certamente não é um realista. Para Ross, o direito é um conjunto de normas (...). Por conseguinte, Ross rechaça toda interpretação reducionista das normas que pretende reduzi-las a proposições descritivas de certos fatos(como, por exemplo: predições de futuras sentenças judiciais). BULYGIN, Eugenio. **“Alf Ross y el realismo escandinavo”** in Anuário de Filosofia Jurídica y Social, 1981, p. 77, apud. Ibid., p. 78.

³⁵ Para ser cientificamente aceitável o critério de validade, para Ross, deve ser empiricamente observável e controlável, deste modo, sua concepção de validade difere-se da concepção de Kelsen cuja natureza é meta-empírica (a norma fundamental pressuposta). Cf. SCHIAVELLO. **op cit.** p.64/69.

³⁶ VITTORIO, Villa. **op.cit.** p.61.

³⁷ Ross, p. 37 apud. Barzotto, Luis Fernando. **op cit.** p. 78

³⁸ O direito é visto por Ross como fenômeno social, e não individual, desse modo devemos entender a validade do direito rossiana, não está na figura do juiz isolado, mas como parte de um todo. Assim, a validade não é determinada pelo livre arbítrio do juiz, mas o seu critério psicológico está ligado ao que Ross, chama de ideologia normativa/jurídica em vigor. Essa indica o modo pelo quais os juizes devem agir para encontrar as diretivas que serão aplicadas para solucionar o caso concreto.

³⁹ Ibid., p.85.

Apesar de a validade ser algo totalmente empírico para Ross, somente aceita a justificativa metafísica no mesmo sentido de Kelsen, ou seja, como a norma pressuposta que atribui validade ao sistema normativo.⁴⁰

Assim, podemos afirmar que Ross, a despeito de ser um realista nato, também é um positivista, pois o ser humano e os seus atos consistem nas figuras centrais do seu conceito de direito, como fato social, e de validade, determinada pelo comportamento do juiz perante a norma.

1.2. A tese social e o pensamento jurídico de Herbert L. A. Hart

Na segunda metade do século XX ocorreu na Teoria do Direito uma profunda mutação no âmbito do positivismo jurídico, até então fortemente sustentado pela tese da separação kelseniana, para explicar o fenômeno normativo.

Esta ruptura foi ocasionada pela obra do filósofo do direito inglês Herbert L. A. Hart (1907-1992) *The Concept of Law* (1961), onde apresenta a teoria do direito como prática social ou, simplesmente, teoria social do direito.⁴¹

Hart, contrariamente a Kelsen e Ross, apresenta uma visão não reducionista entre a relação regra e comportamento, pois sustenta que existe, na realidade, uma estreita ligação entre os dois elementos⁴² dentro do ordenamento jurídico, ou melhor, na visão hartiana o que ocorre é uma relação interna, entre esses dois elementos, de forma conceitual, devido a sua concepção de validade normativa.

O normativismo⁴³ hartiano coloca a norma/regra como elemento central ao conceito de direito, desse modo combate os que descrevem o conceito de direito como puramente factuais, seja como “ordem coercitiva”, a visão kelseniana, ou como “hábitos de obediência”, na visão rossiana. Assim, para Hart o direito, ou o ordenamento jurídico, é um conjunto de regras, essas podem ser analisadas por duas perspectivas:

⁴⁰ Ibid., p.87.

⁴¹ Também se classifica o positivismo de hartiano de *analítico*, já que ele se insere na tradicional corrente de pensamento jurídico analítica do positivismo inglês do século XIX desenvolvida por Bentham e Austin, esse último influência, profundamente, o pensamento hartiano.

⁴² VILLA, Vittorio. *op cit.* p. 71.

⁴³ Cf. Schiavello diz que as razões do sucesso da obra de Hart são várias, destacando entre elas: a original explicação do método hermenêutico da regra social; o esforço em conciliar a relação entre direito e coerção, onde sugere uma incorporação do primeiro ao segundo, e evidente conexão entre direito e moral, o direito como pretensão de se fazer justiça. *op. cit.* p. 23-24.

pelo “ponto de vista interno” e pelo “ponto de vista externo”⁴⁴, tendo no interior do primeiro o fundamento da teoria da validade hartiana: a regra de reconhecimento.

Como Hart desenvolve sua complexa teoria jurídica? Primeiramente, distingue o conceito de regra, em termos hartiano regra social, do de hábito⁴⁵, depois apresenta sua inovação metodológica analisando a regra social sobre o “ponto de vista interno”, que representa:

[...] uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifesta crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de tais críticas e exigências são justificadas, o que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa de <<ter o dever de>>, <<ter de>> e <<dever>>, <<bem>> e <<mal>>.⁴⁶

No ponto de vista interno é que ocorre a vinculação do indivíduo a regra, mas não necessariamente de modo sentimental⁴⁷. Hart transporta essas considerações da regra social para o âmbito do direito. Desenvolvendo, assim, a sua teoria da validade do direito dentro do ponto de vista interno. Concebendo o direito como conjunto de regra estruturado numa prática social⁴⁸. Atribui, portanto, a uma regra, que se fundamenta no

⁴⁴ Hart elucida a diferença entre os dois pontos de vista comparando com a atitude dos motoristas diante do semáforo. Os motoristas, em geral, conhecem e aceitam as regras de trânsito, assim agindo em conformidade com essas. Até mesmo prevendo e compreendendo o comportamento dos outros motoristas, esse seria o ponto de vista interno. Já o ponto de vista externo explica com a presença de um observador que não conhece as regras do trânsito. Esse pode se dar de duas maneiras: ponto de vista extremo externo onde o observado apenas registra a esfera do “ser”, o comportamento dos motoristas, não compreendendo o esfera do “dever ser”, as leis de trânsito. Já o outro ponto de vista chamado de externo moderado além da verificação empírica da conduta, também o observador adentra naquela sociedade para compreender o porquê dos motoristas pararem diante do sinal vermelho, ou seja, relaciona à conduta (parar no sinal vermelho) com a regra (o Código de Trânsito). Mas, a regra não aplica a ele e nem necessita comportar-se de acordo com essa. Hart. **op cit.** p. 99-101

⁴⁵ Hart explica a diferença entre hábito e regra comparando o comportamento do indivíduo num grupo em duas situações distintas: primeira, é hábito dos membros de um determinado grupo irem ao cinema todos os sábados à noite; segunda, constitui regra nesse grupo que os homens ao entrarem numa igreja tirem o chapéu. A primeira situação é um hábito, já a segunda uma regra. Para ser uma regra implica em: sua não observação gerar uma crítica, exemplo, não deveria se comportar deste modo; sempre existirá uma minoria que não comportará em conformidade com ela e recusará aceitá-la como padrão, e, principalmente, possui um ponto de vista interno (explicado na nota anterior). Ibid., p. 64-66.

⁴⁶ Ibid., p.66.

⁴⁷ Hart frisa a importância de “muitas vezes é erradamente representado o aspecto interno das regras como uma simples questão de <<sentimento>>, por oposição ao comportamento físico observável exteriormente.” Ibid., p.66.

⁴⁸ “[...] il diritto come una *pratica sociale* le regole giuridiche esistono, in senso proprio, solo in quanto inserite in una pratica sociale normativa, in quanto, cioè, vengano interpretate, usate, applicate, menzionate, dei membri di una comunità di rules followers, una parte rilevante dei quali adotta il punto di vista interno.” VILLA, Vittorio. **op. cit.** p. 81

comportamento dos membros da sociedade⁴⁹, o critério de validade da norma jurídica: a regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento, de carácter secundário⁵⁰, consiste na regra suprema⁵¹ do sistema jurídico⁵², que estabelece quais regras devem ser reconhecidas como juridicamente válidas, ou seja, identifica quais regras diretas, regras primárias de obrigação, devem pertencer ao sistema normativo. ⁵³ Essa regra não se apresenta de forma explícita, já que para Hart depende (e decorre) do comportamento dos agentes estatais, dos tribunais e dos particulares.⁵⁴ Assim, compreende-se a visão hartiana de direito como prática social, visto que o critério de validade consiste numa conduta social que reconhece, para aquele determinado país e momento histórico, o que é direito válido.

Devido a essa essência empírica o conteúdo da regra de reconhecimento é variável no tempo e no espaço. Podendo, deste modo, incluir vários elementos, seja de natureza formal ou material. Temos aqui um dos pontos mais criticados da teoria hartiana, já que a regra de reconhecimento possibilita que os valores do campo da moral ingressem no campo das ciências jurídicas, ou seja, no direito. O que é totalmente repugnado pelos positivistas clássicos, como Kelsen, e pelos pós-hartianos, como Joseph Raz entre outros.

Apesar da teoria normativa hartiana não pactuar totalmente das idéias do positivismo clássico, podemos considerar que a tese social também como uma das vertentes do positivismo jurídico. Pois, também rejeita a idéia de um outro direito que não seja direito posto pela sociedade e reconhecido por essa como válido. Assim, o direito natural é excluído da teoria jurídica hartiana.

Considerações finais

⁴⁹ HART, Herbert. **op. cit.** p. 112.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 111.

⁵¹ *Ibid.*, p. 117.

⁵² Destacamos a importante comparação que Schiavello faz entre a regra de reconhecimento e a norma fundamental de kelseniana. Ambas são a regra superior do ordenamento jurídico, mas a noção de validade não se aplica a regra de reconhecimento, para Hart, ou seja, não existe uma regra de reconhecimento de uma regra de reconhecimento, já a norma fundamental de Kelsen sempre é válida. Outro ponto que observa é que a regra de reconhecimento tem um carácter empírico, complexo, já à norma fundamental possui uma existência metafísica. **op. cit.** p. 34.

⁵³ HART, Herbert. **op. cit.** p. 104.

⁵⁴ HART, Herbert. **op. cit.** p. 113.

Decorridos o estudo do conceito de direito e validade pelos principais autores do século passado verificamos que realmente a corrente do positivismo jurídico engloba um conceito complexo, devido a sua diversidade de autores e de pensamentos. Mas, podemos traçar alguns pontos comuns entre eles, o que nos possibilita de classificá-los todos como positivistas:

Primeiro, ambas as variantes do positivismo jurídico rejeitam uma a presença de um direito que não seja o direito posto, seja formulado pelo legislador, no caso de Kelsen, seja pelo os juizes ou autoridade estatais, como para Ross e Hart. Podemos, assim, afirma que a negação do direito natural é uma constante para todos as teses positivistas..

Segundo, complementando a primeira, a presença do homem é fundamental para determinar o que é o direito e qual direito é válido para um determinado sistema, numa referida sociedade.

Terceira, nenhuma norma jurídica vale por si só, sempre deve estar presente um determinado sistema e tendo sua validade estabelecida por ele. Apesar de Kelsen não considerar a norma fundamental como parte integrante do sistema, consideramos que ela está sim ligada de certo modo ao sistema a qual ela determina a validade, do contrário seria uma norma isolada sem função alguma.

Quarto, a moral e o direito são campos semelhantes, porém distintos. Ainda que algumas versões mais flexíveis, como a de Hart, aceitem como presente no direito, ela isoladamente é apenas valor e não direito, pois não cria força vinculante entre o individuo e a regra.

Quinto, a relação entre direito e política é conexa, na nossa visão, o positivismo jurídico não nega a separação entre o campo do direito e o campo da política, pois todo direito válido tem sua origem em imposições feitas pelo poder político e dele depende. Vemos, por exemplo, para Kelsen o direito posto é o direito legislado, para Ross o direito tem natureza empírica feito pelo juiz/legislador, mesmo para Hart a norma de reconhecimento tem um caráter político, pois é realizada por entes políticos, no sentido lato senso. Assim, não podemos negar a “*conexão genética*” ente o direito e política no positivismo jurídico. Ousamos afirmar que essa ligação é essencial para uma visão positivista do direito, do contrário cairíamos na visão jusnaturalista, onde esse não é criando necessariamente por um ente político, mas metafísico.

O ponto que os positivistas adotam uma visão da tese da separação entre o direito e a política está no conceito de direito que necessariamente não inclui preceitos políticos e principalmente na interpretação do direito. Pois, nessa última o aplicador ou estudioso do direito não deve ao desempenhar sua função utilizar parâmetros políticos que discrepem dos adotados pelo criador da norma.

Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito*. Uma perspectiva integrada. São Paulo: Atlas, 2004.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined* (1832). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. *The uses of the study of jurisprudence* (1863). In AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence*. London: Weidenfeld, 1954, p. 365-393.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

_____, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BULYGIN, Eugenio. “Alf Ross y el realismo escandinavo” in *Anuário de Filosofia Jurídica y Social*, 1981, p. 77, apud BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo*

jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

CASTIGNONE, Silvana. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Roma: Laterza, 2004.

_____. *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional*. *Revista dos Tribunais*, v. 769, 1999, p. 11-27.

_____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Positivismo jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Rt, 2005(No prelo)

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

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans . *Teoria pura do direito (1960)*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado (1945)*. São Paulo: Martins Fontes. 2000-a.

MAULIN, Éric. *Positivisme*. In ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (orgs.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Puf-Lamy, 2003, p. 1171-1177

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico. Uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979

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

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: RT, 2005

SCHIAVELLO, Aldo. *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2004.

TROPER, Michel. Positivismo. In ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 607-610.

VILLA, Vittorio. *Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore*. Torino: Giappichelli, 2004.