

**O CAMINHAR DO POSITIVISMO JURÍDICO ANGLO-SAXÃO: DE THOMAS HOBBS A HERBERT HART**

*THE PATH OF ANGLO-SAXON LEGAL POSITIVISM: FROM THOMAS HOBBS TO HERBERT HART*

**Bernardo Strobel Guimarães<sup>1</sup>**  
**Luis Henrique Braga Madalena<sup>2</sup>**  
**Lucas Sipioni Furtado de Medeiros<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é apresentar uma introdução a uma das teorias mais influentes e mal compreendidas da história da Filosofia do Direito: o positivismo jurídico. Essa reconstrução é importante por dois motivos principais: primeiro, para que se compreendam seus objetivos e fundamentos; segundo, para demonstrar sua gradual transformação desde suas vertentes clássicas, com Thomas Hobbes e, mais especificamente, Jeremy Bentham e John Austin, até às vertentes contemporâneas, com destaque para a teoria de Herbert Hart. Ao fim, esperamos ter introduzido o leitor a conceitos que ainda se encontram no centro do debate de praticamente qualquer discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito, a exemplo das noções de regra de reconhecimento e separação entre Direito e Moral. Para tanto, o método de pesquisa utilizado foi o descritivo, adotando-se, a partir dele, a técnica de investigação bibliográfica.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico. Thomas Hobbes. Jeremy Bentham. John Austin. H. L. A. Hart.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present an introduction to one of the most influential and misunderstood theories in the history of the Philosophy of Law: legal

---

<sup>1</sup> **Qualificação:** Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Tributário pela PUCPR. Especialista em Direito Econômico pela Sociedade Brasileira de Direito Público. MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela ISAE/FGV; **e-mail:** [bernardo@strobelguimaraes.com](mailto:bernardo@strobelguimaraes.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0678600050387547>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>; **vinculação:** PUC (PR)

<sup>2</sup> **Qualificação:** Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Editor Adjunto da Revista Eletrônica da ABDConst: Constituição, Economia e Desenvolvimento. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da ABDConst. Coordenador da Pós de Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica (ABDConst); **e-mail:** [luishenrique7@gmail.com](mailto:luishenrique7@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0874477652560454>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2600-0389>; **vinculação:** ABDConst. (PR)

<sup>3</sup> **Qualificação:** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela mesma Instituição; **e-mail:** [sipioni.lucas@hotmail.com](mailto:sipioni.lucas@hotmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7302753330077177>; **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6899-0854>; **vinculação:** UFPR (PR)

positivism. This reconstruction is important for two main reasons: a) first, to understand its objectives and foundations; b) secondly, to demonstrate the gradual transformation that took place within the positivist current, from its classical strands, with Thomas Hobbes and, more specifically, Jeremy Bentham and John Austin, to its contemporary strands, with emphasis on the theory of Herbert Hart. In the end, we hope to have introduced the reader to concepts that are still at the center of debate in practically every discussion involving the Jurisprudence and Philosophy of Law, such as the notions of the rule of recognition and the separation between Law and Morals. Descriptive research method and bibliographical research technique were adopted to elaborate the research.

**Key-words:** Legal positivism. Thomas Hobbes. Jeremy Bentham. John Austin. H. L. A. Hart.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. THOMAS HOBBS E A ORIGEM DO POSITIVISMO; 3. A TEORIA DO DIREITO DE JEREMY BENTHAM; 4. A TEORIA DO DIREITO DE JOHN AUSTIN; 5. A TEORIA DO DIREITO DE H. L. A. HART; 5.1 AS CRÍTICAS DE HART À TEORIA DE AUSTIN; 5.2. HÁBITOS E REGRAS; 5.3. REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS; 5.4. A REGRA DE RECONHECIMENTO; 5.5. DIREITO E MORAL NA TEORIA DE HART; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico é um fenômeno complexo, e essa complexidade começa já no nome, pois não há algo como “o positivismo jurídico” – no singular. Há, na verdade, diversos positivismos jurídicos. Isso se deve ao fato de que se intitulam positivistas autores que possuem concepções de Direito radicalmente diferentes entre si.<sup>4</sup> Com isso em mente, e sendo o objetivo a compreensão da teoria, pelo menos em parte de sua complexidade, nos parece que a melhor saída é a investigação de seu surgimento e evolução no decorrer dos séculos, que é o que aqui será feito.

Em razão dessa multiplicidade de correntes positivistas, uma advertência prévia é necessária: a presente análise toma o positivismo tal como ele é concebido na cultura jurídica anglo-saxã; não serão abordados autores que se filiam à tradição continental, notadamente Hans Kelsen e Norberto Bobbio. Dentro desse recorte, os objetivos principais do presente artigo são dois: apresentar uma breve explanação sobre a riquíssima tradição jurídica

---

<sup>4</sup> Nas palavras de Lenio Streck, “Quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade que foi se forjando ao longo dos séculos” (STRECK, 2020, p. 263).

desenvolvida na tradição da *common law* e, no caminho, desfazer alguns mal-entendidos sobre o positivismo jurídico.

Para cumprir com esses objetivos: a) no primeiro capítulo é analisada a teoria jurídica de Thomas Hobbes, o primeiro expoente do positivismo jurídico; b) os segundo e terceiro capítulos são destinados à vertente positivista conhecida como Teoria Imperativista do Direito, e isso a partir dos escritos de Jeremy Bentham e John Austin; e c) por fim, examina-se a teoria de H. L. A. Hart, um dos grandes nomes do positivismo no século XX. Ainda, o método de pesquisa utilizado foi o descritivo, adotando-se, a partir dele, a técnica de investigação bibliográfica.

A ideia é dialogar com inúmeros autores que, nos últimos anos, vêm escrevendo livros e artigos buscando aclarar o positivismo jurídico no Brasil.<sup>5</sup> Não se busca apresentar uma defesa do positivismo, mas entender seus pressupostos e seu caminhar. Muito se critica, mas pouco se sabe sobre o positivismo. Talvez, diante da multiplicidade de críticas, haja uma compreensão deficiente do fenômeno, seja em suas vertentes mais clássicas – que serão aqui analisadas – seja nas mais contemporâneas. Quando menos, esperamos familiarizar o leitor a conceitos que ainda se encontram no centro do debate de praticamente qualquer discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito, a exemplo das noções de regra de reconhecimento e tese da separabilidade.

## 2. THOMAS HOBBS E A ORIGEM DO POSITIVISMO

Muito embora as raízes do positivismo jurídico remontem inevitavelmente ao *common law* e, conseqüentemente, a autores como Sir. Edward Coke, John Selden e Matthew Hale,<sup>6</sup> fato é que somente após Thomas Hobbes é que se evidencia a ruptura

---

<sup>5</sup> Citamos, a título de exemplo (e em ordem alfabética): Adrian Sgarbi, André Coelho, Bruno Torrano, Dimitri Dimoulis, Gulberto Morbach, Horácio Neiva, Noel Struchiner, Rodrigo Borges Valadão, entre outros. Embora nem todos esses sejam adeptos à teoria, fato é que têm dedicado parte de seus estudos a apresentar ao público brasileiro versões positivistas sob a sua melhor luz. Buscamos, com esse artigo, seguir esse mesmo caminho.

<sup>6</sup> Especialmente na teoria desses dois últimos autores é possível identificar o início de um acolhimento de teses positivistas, como o apelo ao conceito de autoridade e às regras positivadas. Ocorre que seus argumentos ainda eram muito dependentes da ideia de direito natural e do historicismo inerente ao *common law* para que se

paradigmática que deu origem ao positivismo jurídico. E isso porque, em Hobbes, a fonte do Direito não mais remonta à razão, como sustentava Edward Coke, mas à pura e simples autoridade: “Não é a sabedoria, mas a autoridade que faz uma lei” (HOBBS, 2015, p. 21). Hobbes, por isso, é considerado por muitos o fundador do positivismo jurídico por ser o primeiro a definir o Direito exclusivamente pela ideia de autoridade, no sentido de que a validade de uma lei não depende da sua correção moral (LOBBAN, 2012, p. 39).

Em Hobbes, o Direito é imposto pelo Estado Leviatã; são os comandos do soberano para seus súditos com vistas a ditar seus comportamentos, e pouco importa o ajuste desses mandamentos à moralidade da comunidade ou aos valores morais compartilhados por aqueles a que eles se destinam. A partir do momento em que há governo e leis civis, são elas que passam a ditar quais comportamentos são adequados e quais não são (HOBBS, 1996, 214). E, se é assim, se o Direito é posto pelo soberano, que determina o que é “bom” e “mal”, não há o que se falar na existência de leis injustas; injusto, para Hobbes, é uma qualidade que pode (e deve) ser atribuída a algo contrário à lei, mas não à lei em si, que é sempre justa (HOBBS, 1995, p. XXXV e 230).<sup>7</sup>

Agora, por que Hobbes utiliza o termo “lei civil”, e não apenas “lei”? A resposta é simples: pois ele pressupunha a existência de uma outra espécie de lei, a lei natural. Como se vê que associar Hobbes ao positivismo jurídico não é uma tarefa tão fácil. Bobbio sintetiza a controvérsia afirmando existir um aparente contraste entre o ponto de partida e o ponto de chegada de Hobbes, o que suscita controvérsias acerca da qualificação de sua teoria: “[...] a investigação de Hobbes começa com a lei natural. Portanto, teóricos jusnaturalistas corretamente o consideram como um dos seus. Mas Hobbes termina com uma sólida

---

puésse atribuir a eles o pioneirismo de uma visão positivista do Direito. Essa questão, porém, não será aqui aprofundada. Para quem se interessar, ver LOBBAN, 2007, p. 61-64 e MORBACH, 2021, p. 43-56.

<sup>7</sup> No mesmo sentido, já observamos em momento anterior que, em Hobbes, “O conceito de justo do direito justifica-se como tal, uma vez que resta previsto de forma positiva no Ordenamento, da mesma forma que o injusto é o que se apresenta proibido, única e exclusivamente em razão desta última característica” (MADALENA, 2020, p. 57).

construção de uma concepção positivista de Estado. Portanto, juspositivistas o apropriam”<sup>8</sup> (BOBBIO, 1993, p. 118).

Por isso, antes de bater o martelo e qualificar Hobbes como o primeiro positivista, indispensável analisar o papel desempenhado pelo direito natural e pela lei natural em sua teoria. E, em Hobbes, tratam-se de conceitos totalmente distintos, se não antitéticos: a lei diz respeito a obrigações; o direito, a liberdades (HOBBS, 1983, p. 170). É a partir dessa diferenciação que Hobbes esclarece que no estado de natureza os indivíduos possuíam um direito natural fundamental: o da autopreservação. Face à inexistência de leis e, portanto, obrigações, ao homem era permitido “[...] utilizar-se de todos os meios, e fazer todas as ações necessárias sem as quais ele não seria capaz de preservar a si mesmo”.<sup>9</sup> (HOBBS, 1983, p. 47). Daí porque no estado de natureza “[...] todo homem é inimigo de todo homem [...]”<sup>10</sup> (HOBBS, 1996, p. 84).

Além do direito natural, existe a lei natural, também diretamente relacionada com o instinto de autopreservação. Ocorre que as leis naturais não são leis de fato, mas axiomas lógicos – conselhos – frutos do exercício da razão e inerentes à própria natureza humana, segundo os quais “[...] aos homens é proibido fazer tudo aquilo que for destrutivo à sua vida ou ameace retirar os meios disponíveis para preservá-la [...]”<sup>11</sup> (HOBBS, 1996, p. 86). Tais leis, contudo, não geram obrigações jurídicas. Todo homem apenas cultiva internamente o desejo de que elas sejam cumpridas, não havendo o que se falar em um desdobramento perante terceiros (HOBBS, 1996, p. 105).

Hobbes, portanto, rejeita a existência de uma lei natural em sentido estrito: “Esses ditames da razão são chamados pelos homens de leis, mas erroneamente, porque são apenas conclusões ou teoremas que dizem respeito àquilo que leva à conservação e defesa de suas

---

<sup>8</sup> Tradução livre do trecho “[...] Hobbes’s inquiry begins with natural law. Therefore natural law theorists rightly consider him one of their own. But hobbes ends with the solid construction of a positivistic coception of the state. Therefore, legal theorists appropriate him.”

<sup>9</sup> Tradução livre do trecho “[...] to use all the means, and do all the actions, without which he cannot preserve himself.”

<sup>10</sup> Tradução livre do trecho “[...] every man is enemy to every man [...].”

<sup>11</sup> Tradução livre do trecho “[...] by which a man is forbidden to do, that, which is destructive of his life, os taketh away the means of preserving the same [...].”

vidas [...]”<sup>12</sup> (HOBBS, 1996, p. 105). Apenas após o surgimento do Estado é que realmente passarão a existir leis em sentido estrito – as leis civis –, consistentes nos comandos do soberano e cujo cumprimento será garantido por meio do uso da força:

A lei da natureza é uma parte da lei civil em todos os Estados. Do mesmo modo, a lei civil é uma parte dos ditames da natureza. A justiça (isto é, cumprir com as convenções e dar a cada um o que é seu) é uma decorrência da lei da natureza. Mas todo aquele submetido à autoridade do Estado deve obedecer a lei civil; [...] e, portanto, a obediência à lei civil é também um ditame da lei da natureza. [...] o direito da natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, o propósito das leis não é outro senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei veio ao mundo exatamente para limitar a liberdade natural dos homens [...]”<sup>13</sup> (HOBBS, 1996, p. 177-178).

Assim, para o autor, esses conselhos – as leis naturais – podem vir a se tornar leis de fato; basta que alguém com autoridade assim o estabeleça. Daí a conclusão de Bobbio (1993, p. 122): “Essa primeira aproximação ao sistema de Hobbes nos deixa com a impressão de que a lei natural não tem outra função a não ser fornecer uma justificação para o nascimento do Estado”.<sup>14</sup> A partir deste ponto já começa a ficar mais inteligível como a pressuposição de Hobbes acerca da existência da lei natural e do direito natural não impede a sua associação ao positivismo jurídico. Analisemos, entretanto, essa questão mais a fundo.

Se os indivíduos abdicaram de seus direitos, transferindo-os ao soberano, seja ele um monarca ou uma assembleia, para garantir a sua segurança, e o soberano está obrigado a realizar esta tarefa pela lei da natureza (HOBBS, 1996, 222), que o legitima, como defender

---

<sup>12</sup> Tradução livre do trecho “*These dictates of reason, men used to call by name of laws; but improperly: for they are but conclusions, or theorems, concerning what conduceth to the conservation and defence of themselves [...].*”

<sup>13</sup> Tradução livre do trecho “*The law of nature therefore is a part of the civil law in all commonwealths of the world. Reciprocally also, the civil law is part of the dictates of nature. For justice, that is to say, performance of covenant, and giving to every man his own, is a dictate of the law of nature. But every subject in a commonwealth hath covenanted to obey the civil law; [...] and therefore, obedience to the civil law is part also of the law of nature. [...] the right of nature, that is, the natural liberty of man, may by the civil law be abridged, and restrained: nay, the end of making laws, is no other, but such restraint; without the which there cannot possibly be any peace. And law as brought into the world for nothing else, but to limit the natural liberty of natural men [...].*”

<sup>14</sup> Tradução livre do trecho “*This first approach to Hobbes’s system leaves us with the impression that the law of nature has no function other than to provide a justification for the birth of the state.*”

a filiação de Hobbes ao positivismo jurídico? Afinal, se o poder do soberano está limitado pelas leis da natureza, estas ligadas a valores morais, parece claro que sua teoria não mais satisfaz as grandes teses positivistas. Esse aparente paradoxo, porém, pode ser visto como uma equivocada compreensão da teoria de Hobbes. E isto porque, como alerta Norberto Bobbio (1993, p. 123), Hobbes lançou mão da ideia de lei natural apenas como um artifício teórico para justificar o poder absoluto do soberano e a supremacia da lei civil. Hobbes se apropriou de um dos principais argumentos utilizados pelos jusnaturalistas para amparar a pretensão de limitação do poder do Estado – a supremacia da lei natural – para justificar o exato oposto: o poder absoluto do soberano.

Confirmando esse raciocínio, diz Michel Villey (2009, p. 735) que, em Hobbes, a lei natural não é jurídica. “Embora funde a relação que vincula os súditos ao soberano, é impossível extrair dela alguma das relações que deverão ser instituídas entre cidadãos. Dela não se deduz nenhuma regra de direito subjetivo. Ela é exclusivamente moral”. Ou seja, ainda que Hobbes sustente estar o soberano vinculado aos ditames da lei natural, dessa vinculação não se pode retirar deveres e obrigações (no sentido jurídico dos termos) do soberano para com seus súditos em razão de tal lei carecer de conteúdo jurídico-normativo. Conclusão: as leis da natureza, isoladas, não possuem a normatividade necessária para impor limites ao poder do Estado. O próprio Hobbes deixa isso bem claro quando afirma que o soberano deve prestar contas de suas ações somente a Deus, que é o autor das leis naturais que o obrigam, jamais aos homens (HOBBS, 1996, p. 222).

Em resumo, a pretensão de Hobbes era afirmar o poder absoluto do soberano e a supremacia das leis civis, o que ele buscou fazer a partir do seguinte raciocínio: a ideia de que os indivíduos, em nome da segurança, abdicaram de seus direitos e conferiram ao soberano um poder absoluto é válida, e isso porque ela é uma consequência lógica de uma outra lei, qual seja, a lei primeira e suprema, da natureza, que confere aos indivíduos o direito à autopreservação (BOBBIO, 1993, p. 144; MORBACH, 2021, p. 79). Temos então que, em Hobbes, as leis naturais existem, mas não vinculam juridicamente. Sua função é atribuir legitimidade absoluta ao direito positivo, que nada mais é do que a vontade do soberano.

Para que não restem dúvidas:

Roubo, Assassinato, Adulterio e tudo mais que há de errado são proibidos pelas leis da natureza, mas o que conta como roubo por parte do cidadão, ou como assassinato ou adultério, ou como ato ilícito em geral, é aquilo determinado pela lei civil, e não pela lei natural. [...] nem todo ato de matar um homem é Assassinato, mas apenas o assassinato de alguém que a lei civil nos proíbe de matar. [...] Assim, o que é considerado Roubo, Assassinato, Adulterio ou o que é um comportamento ilícito em geral, é determinado pela lei civil, isto é, os comandos daquele que detém poder soberano<sup>15</sup> (HOBBS, 1998, p. 86-87).

Ou seja, embora Hobbes aceite a existência das leis naturais, ele também sustenta que as leis que vinculam e estabelecem um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, que são as leis civis, “[...] advinham única e exclusivamente do contrato social, de modo que apenas existiam dentro da comunidade política [...]” (MADALENA, 2020, p. 54). Portanto, em seus escritos, Thomas Hobbes, opondo-se à teoria jusnaturalista dominante, buscou afirmar que as leis da natureza, por si sós, não carregam a normatividade necessária para servir de fundamento para a limitação do poder do Estado. É o exato oposto: as leis da natureza são a justificação da absoluta e incondicional obediência dos súditos aos comandos do soberano. Na afirmação de Bobbio (1993, p. 124), “Hobbes é tão bem-sucedido em virar o jogo que é capaz até de mostrar que a obediência absoluta e incondicional é o primeiro e fundamental ditame da própria lei da natureza”.

Portanto, em Hobbes, o fundamento da lei passa a ser a autoridade do soberano, e não a razão ou qualquer outra justificativa ligada a aspectos divinos ou naturais; instituído o Estado, o soberano passa a ser o único qualificado para estabelecer e interpretar as leis (civis), sendo que estas não precisam corresponder à moralidade da comunidade para serem válidas. A lei sempre é justa unicamente em razão de ser fruto da vontade do soberano, não sendo lícito aos cidadãos desobedecê-las, afinal, somente no estado de natureza aos homens

---

<sup>15</sup> Tradução livre do trecho: “*Theft, Murder, Adultery and all wrongs [injuriae] are forbidden by the laws of nature, but what counts as a theft on the part of a citizen or as murder or adultery or a wrongful act is to be determined by the civil, not the natural, law. [...] not every killing of a man is Murder, but only the killing of someone whom the civil law forbids us to kill. [...] Thus one learns what Theft is, what Murder is and Adultery, and generally what wrong is, from de civil law, that is from the commands of the holder in that commonwealth of severign power.*”

era permitido seguir o seu próprio juízo.

Concluindo com Franz Wieacker (1967, p. 343), o resultado da construção teórica de Hobbes foi “[...] a radical dissolução do direito natural originário no direito positivo autoritário do soberano”. Por isso, embora Hobbes não negue por completo a tradição do direito natural, isso não impede que a ele seja atribuído o rótulo de primeiro grande positivista, notadamente se levado em consideração o papel que a lei natural assume em sua teoria – a legitimação da obediência incondicional ao soberano.

Por isso, ao romper com a doutrina jusnaturalista até então dominante, Hobbes acabou por inaugurar os alicerces da corrente teórica que, três séculos depois, será denominada de “positivismo jurídico” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 50-51). A chave para isso foi deslocar o fundamento da moral para a autoridade, imputando ao Estado a fonte das leis. Quebra-se aqui o fundamento da autoridade da norma, que deixa de ser legítima a partir de cogitações de justiça natural e passa a ser vinculante por emanar de uma autoridade.

### **3. A TEORIA DO DIREITO DE JEREMY BENTHAM**

Os ataques de Thomas Hobbes ao *common law* deixaram os juristas filiados a esta tradição jusfilosófica com a difícil tarefa de compatibilizar a visão de que é a autoridade que põe e justifica o Direito com a existência de uma série de regras desenvolvidas pela atividade dos Tribunais ao longo do tempo e, portanto, vinculadas à noção de razão e historicidade. É neste cenário que surge Jeremy Bentham, que enxergava as tentativas da teoria clássica do *common law* de descrever o Direito como totalmente estéreis em razão de soar ridículo insistir na ideia de que existe um direito natural superior ao direito positivo. Por isto, ele passou a desenvolver uma concepção alternativa de Direito, desvinculada do apelo à razão e pautada pelo utilitarismo e na identificação das leis como os comandos provenientes da vontade do soberano, instituindo uma Teoria Imperativista do Direito. Ao assim proceder, se distanciou da teoria jusnaturalista e se aproximou do positivismo jurídico ao acolher, como Hobbes, duas das grandes teses positivistas: a tese das fontes sociais, segundo a qual a validade de uma norma depende somente de onde ela emana, bem como a tese da separação

entre direito e moral, que predica que a validade de uma norma jurídica independe da sua adequação a sentimentos morais (BUSTAMANTE, 2015, p. 310).

Quando menos, três foram as grandes contribuições de Bentham para a teoria do Direito. Primeiro, foi ele quem trouxe “[...] as discussões acerca da natureza do direito para o centro dos debates sobre a argumentação jurídica e a atividade normativa do poder judiciário” (BUSTAMANTE, 2015, p. 310). Segundo, foi ele o primeiro a estabelecer uma relação clara entre o utilitarismo, doutrina moral segundo a qual uma ação é correta se por meio dela for possível promover a maior felicidade do maior número de pessoas possível e má quando por meio dela se promova o oposto da felicidade ao maior número de pessoas MILL, 1906, p. 09-10), e o positivismo jurídico (POSTEMA, 2019, p. vii).<sup>16</sup> Por fim, foi ele o primeiro a atribuir à teoria do Direito duas funções principais: a primeira, a cargo da *expository jurisprudence*, é descrever o Direito como ele é, sem valorações morais – sem a pretensão de correção do Direito posto; a segunda, a cargo da *ensorial jurisprudence*, é prescrever como o Direito deveria ser – valendo-se do *princípio da utilidade* (BENTHAM, 2000, p. 234-235). Sobre esse último ponto, diz Bentham que:

Existem dois personagens que qualquer homem que queira dizer algo sobre o Direito deve levar em consideração: a do *Expositor* e a do *Censor*. Cabe ao Expositor nos explicar como ele supõe que o Direito é; ao Censor, nos ensinar como que ele acredita que o Direito *deveria ser*. O primeiro, portanto, está principalmente preocupado em estabelecer ou investigar os *feitos*: o segundo, em discutir as razões. [...] Ao *Expositor* compete mostrar o que o *Legislador* e o *Juiz* estão fazendo; ao *Censor* compete sugerir ao *Legislador* o que ele deve fazer no futuro<sup>17</sup> (BENTHAM, 2010, p. 10-11).

<sup>16</sup> Neste ponto, assevera Gerald Postema que Bentham não era um utilitarista e um positivista, mas sim um utilitarista positivista, isto é, a defesa do positivismo jurídico em Bentham está fundamentada, em primeiro lugar, na sua concepção utilitária da tarefa fundamental do Direito (POSTEMA, 2019, p. 462).

<sup>17</sup> Tradução livre do trecho “*Hay dos caracteres, tanto de uno como del otro, se puede decir que cualquier hombre que encuentre algo que decir sobre el tema del Derecho los tendría en su consideración; - el del Expositor, y el del Censor. A la provincia del Expositor le pertenece que nos explique, como él supone, qué es el Derecho: a la del Censor, enseñarnos lo que él cree que debe ser. La primera, por consiguiente, se preocupa principalmente de establecer, o de investigar los hechos: la última, en discutir las razones. [...] Al Expositor le corresponde mostrar lo que el Legislador y su asalariado el Juez ya han hecho: al Censor le corresponde sugerir lo que el Legislador deba de hacer en el futuro.*”

Na definição de Bentham, o Direito deve ser compreendido como o conjunto de comandos reveladores da vontade do soberano, cuja função é ditar os comportamentos daqueles que estão sob seu domínio e cujo cumprimento é garantido mediante o uso (ou ameaça de uso) da força – leia-se, sanções em caso de descumprimento (POSTEMA, 2019, p. 171), sendo o soberano aquele que é habitualmente obedecido pelos indivíduos da sociedade – *expository jurisprudence* (BENTHAM, 1970, p. 01). E, uma vez sedimentada esta descrição, passa a ser papel do jurista prescrever como o Direito deve ser produzido, e isso tendo como norte o princípio da utilidade – *ensorial jurisprudence*.

Em resumo: Jeremy Bentham entendia o Direito como uma questão de mandamentos e sanções de um soberano; a norma jurídica é a união entre um comando fruto da vontade do soberano e uma sanção a ser aplicada em caso de descumprimento. Essa é a descrição que ele faz do Direito em sede de sua *expository jurisprudence*. E então, após essa identificação e descrição daquilo que o Direito é, passa a ser possível, e até mesmo desejável, determinar aquilo que ele deve ser.

Fica claro, então, o problema de Bentham com o *common law*: se o Direito é aquilo posto pelo soberano, e nada mais, e no *common law* o Direito é fruto da atividade dos juízes, temos que o *common law* não é genuinamente Direito (LOBBAN, 2007, p. 162). Diz ele que o direito produzido pelos juízes nada mais é que uma “[...] composição fictícia que não tem nenhuma pessoa conhecida como sua autora, nem nenhum conjunto de palavras conhecido por sua substância, [mas, mesmo assim] forma em todos os lugares o corpo principal do tecido jurídico”<sup>18</sup> (BENTHAM, 1970, p. 12). Segundo ele, o *common law* é para o Direito “[...] como o éter imaginário que, na falta de uma matéria sensível, preenche toda a medida do universo”<sup>19</sup> (BENTHAM, 1970, p. 12).

Ademais, por estar firme na ideia de que a razão subjacente ao conceito de Direito no *common law* era muito dependente da subjetividade, Bentham acreditava que a afirmação

---

<sup>18</sup> Tradução livre do trecho “[...] that fictitious composition which has no known person for its author, no known assemblage of words for its substance, forms every where the main body of the legal fabric [...].”

<sup>19</sup> Tradução do trecho “[...] like that fancied ether, which, in default of sensible matter, fills up the measure of the universe.”

de que determinada lei contrariava a razão significava, na verdade, que o que a lei em questão contrariava era aquilo que o jurista pensa, em seu íntimo, ser a razão. Por isso, sustentava que a razão não era capaz de oferecer um padrão claro a ser seguido pelos indivíduos, sendo melhor recorrer ao princípio da utilidade (LOBBAN, 2007, p. 163).

E o apelo à razão era visto por Bentham não somente como uma mera farsa argumentativa. Ele também cumpria o papel de atribuir um véu de legitimidade às subjetividades e arbitrariedades dos juristas:

[...] para Bentham, a teoria jurídica jusnaturalista e a linguagem apologética utilizada pelos juristas também tinham uma importante função política na sociedade aristocrática de seu tempo, pois se prestavam no mais das vezes a fornecer justificativas para uma postura conservadora e autoritária por parte dos juízes (BUSTAMANTE, 2015, p. 312).

Dessa forma, um dos principais motivos que levou Bentham a adotar a tese da separabilidade se pautou na constatação de que entender o contrário seria o mesmo que permitir que aqueles que consideram dada norma imoral a corrijam com base em seus próprios juízos subjetivos. O argumento da razão, utilizado no âmbito do *commom law*, nada mais era que um artifício utilizado pelos juízes para impor autoritariamente e de forma ilegítima a sua subjetividade a todos os membros da sociedade. Para o autor, os juízes do *common law* se escondiam atrás de mitos argumentativos para tomar para si, sem contestações, um poder tão ilimitado quanto corrupto (POSTEMA, 2019, p. 262-264).

Sua concepção de Direito, por outro lado, construída a partir da clareza da linguagem, do rompimento com a tradição do direito natural e na prevalência do princípio da utilidade, permitiria a construção de sistema onde o Direito é autônomo em relação às preferências morais dos juízes; um sistema capaz de preservar o princípio da segurança jurídica por conter um critério objetivo e empiricamente verificável para identificar o Direito: Direito é aquilo posto pelo soberano, ponto. Com efeito, Bentham, em sede de sua *censorial jurisprudence*, planejava transformar o *common law*, um modelo de Direito fruto de uma “[...] conspiração

entre advogados e juízes para tornar o direito desnecessariamente complexo e obscuro”<sup>20</sup> (SCHAUER, 2015, p. 11), em algo muito mais simples e inteligível aos cidadãos em geral.

Conforme Bobbio, Bentham identificou e criticou cinco defeitos fundamentais do *common law*: a) a incerteza, visto que o direito judiciário, em razão de ser fundado em mitos que buscam disfarçar o alto grau de subjetividade permitido ao juiz, não satisfaz à exigência fundamental de segurança jurídica; b) a retroatividade, no sentido de que os juízes primeiro criam o Direito e depois punem com base nele; c) o não protagonismo do princípio da utilidade, defeito este que é uma consequência lógica da postura utilitarista do autor; d) a ilegitimidade, visto que o juiz não tem competência para produzir Direito em todos os campos regulados pelo Direito, vício que não ocorreria na produção legislativa do Direito, em que a redação das leis é confiada a indivíduos ou comissões com competência específica para tanto; e e) seu caráter antidemocrático, haja vista não ser possível qualquer espécie de controle popular sobre a produção do Direito pelos juízes (BOBBIO, 2006, p. 97-99).

Por tudo isso e, principalmente, contra isso, Bentham acabou se tornando um defensor da codificação,<sup>21</sup> visto por ele como a melhor forma de sistematizar os comandos do soberano e, conseqüentemente, possibilitar uma maior aproximação do Direito como ele é daquilo que ele efetivamente deveria ser: um sistema claro e completo, organizado e estruturado a partir da vontade do soberano e do princípio da utilidade. Seu projeto de codificação possuía quatro pilares fundamentais: (i) a utilidade, isto é, as regras nele contidas partiriam da máxima de propiciar a maior felicidade para o maior número de pessoas; (ii) a completude, de forma a evitar a criação do Direito pelos juízes nos casos de lacunas; (iii) a clareza, para permitir que seu conteúdo seja conhecido por todos os cidadãos; e (iv) a justificação, isto é, os Códigos e as leis viriam acompanhadas da indicação das finalidades que elas se propõem a atingir (BOBBIO, 2006, p. 100).

---

<sup>20</sup> “[...] conspiracy between lawyers and judges to make the law unnecessarily complex and obscure.” Em SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 11.

<sup>21</sup> A evolução de Bentham de crítico para reformista do *common law* foi gradual. Ela, porém, não será aqui explorada. Para os interessados, ver POSTEMA, 2019 e BOBBIO, 2006, p. 91-100.

#### 4. A TEORIA DO DIREITO DE JOHN AUSTIN

Embora o ambicioso projeto codificador de Bentham nunca tenha saído do papel (KELLY, 2010, p. 413 e 416), grande parte de sua teoria jurídica imperativista foi subscrita por seu aluno John Austin. Mas a visão de Austin diferenciava-se da de Bentham em um aspecto fundamental: para ele, a tarefa assumida por seu mestre em sede de uma *ensorial jurisprudence*, isto é, a codificação do direito inglês com fundamento no princípio da utilidade, era de pouca importância, notadamente por ele aceitar, ainda que com ressalvas, a legitimidade do Direito produzido pelos juízes.<sup>22</sup> Portanto, enquanto o foco de Bentham estava na reformulação do *common law – enensorial jurisprudence* –, o de Austin estava na construção de uma teoria do Direito que identificasse o fenômeno jurídico e o descrevesse como ele é – *expository jurisprudence* (STRECK, 2020, p. 275). Para Austin (2001, p. 157),

A existência do direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos é outra. O direito existir é uma questão; ele estar conformado a determinado padrão aceito é uma questão diferente. Uma lei que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ela seja fruto de um texto que aprovamos ou desaprovamos.<sup>23</sup>

O objetivo de Austin era identificar e descrever a natureza do Direito com vistas a diferenciá-lo de outros sistemas sociais, e isso porque na sua visão o Direito é frequentemente confundido com outras normas com as quais se relaciona, que passam a ser consideradas inapropriadamente como parte do Direito. O autor tomou para si a tarefa de delimitar, de forma clara, aquilo que constitui o fenômeno jurídico (AUSTIN, 2001, p. 11 e 18) – daí o nome do seu livro. Com efeito, ao subscrever a tese da separabilidade entre o direito e a moral, Austin não tinha em mente legitimar governos autoritários. Ele jamais argumentou no sentido de que o Direito não deveria ser moralmente aceitável. Sua pretensão

---

<sup>22</sup> Além disso, Austin, ao contrário de Bentham, não negava a existência de um direito natural, mas tão somente o rejeitava como fonte do Direito por ser impossível aos indivíduos conhecer o seu conteúdo (AUSTIN, 1873, p. 106-107).

<sup>23</sup> Tradução livre do trecho: “*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another, Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.*”

era simplesmente assinalar que “[...] muito do que o direito é não é moral, e que o fato de algo ser direito não diz nada sobre o seu valor moral”<sup>24</sup> (BIX, 2009, p. 19-20).

Em sua teoria, Austin buscou identificar e explicar os elementos que não podem faltar em um sistema para que ele seja considerado um sistema jurídico minimamente desenvolvido, como as noções de dever, direito, sanção, liberdade, etc. Seu trabalho, nesse sentido, deve ser visto como uma tentativa de explicar como o Direito se apresenta nos Estados modernos em geral, estando excluídos do seu campo de análise não aqueles sistemas considerados moralmente inaceitáveis, mas aqueles em que não estão presentes todos os elementos que ele posteriormente identificará como sendo condição de possibilidade para se falar em um sistema jurídico propriamente dito (LOBBAN, 2021, p. 226).

Austin também era defensor da Teoria Imperativista, e definia o Direito como os comandos de um soberano aos seus súditos: todo o Direito “[...] é estabelecido, direta ou indiretamente, por um monarca ou grupo soberano a uma pessoa ou conjunto de pessoas que se encontram em um estado de sujeição com respeito ao seu autor”<sup>25</sup> (AUSTIN, 2001, p. 285). Dissecando esse raciocínio, Joseph Raz (2012, p. 07) afirma que, para Austin, uma lei é um (i) comando geral (ii) de um soberano (iii) para seus súditos. Então, *c* é um comando o comando de *S* se, e somente se, a) *S*, por meio dele, quer regular o comportamento de certas pessoas; b) *S* expressou essa vontade; c) *S* pretende punir tais pessoas caso sua vontade não seja satisfeita; d) *S* tem poder para fazê-lo; e) *S* expressou sua intenção de fazê-lo; e f) *c* expressa o conteúdo da vontade de *S* de regular o comportamento de certas pessoas e de sua intenção de puni-las casos não atuem conforme sua determinação, e nada mais (AUSTIN, 2001, p. 21; RAZ, 2012, p. 15).

As definições de soberano e súditos, por sua vez, são intercambiáveis. Para Austin, súditos são as pessoas que estão habituadas a prestar obediência a uma pessoa ou a uma assembleia de pessoas, enquanto soberano é aquele não tem o hábito de obedecer a ninguém

---

<sup>24</sup> Tradução do trecho “[...] mucho de lo que es derecho no es moral, y que lo que hace ser derecho a algo no garantiza para nada su valor moral.”

<sup>25</sup> Tradução livre do trecho “[...] is set, directly or circuitously, by a monarch or sovereign number, to a person or persons in a state of subjection to its author.”

semelhante a ele e é obedecido habitualmente pela maioria de uma dada sociedade<sup>26</sup> – uma sociedade que possui súditos e soberano é vista por Austin como uma sociedade política e independente (AUSTIN, 2001, p. 166).

Quanto ao soberano, para Austin, a soberania é (i) não subordinada, isto é, o poder legislativo não deriva de uma lei nem pode por uma ser revogado; (ii) ilimitável, de modo que o soberano pode produzir qualquer lei e não está limitado por deveres legais no exercício do seu poder legislativo; (iii) única, ou seja, para cada sistema jurídico há apenas um poder legislativo não subordinado e ilimitado; e (iv) indivisível, isto é, o poder legislativo está obrigatoriamente nas mãos de uma pessoa ou um conjunto de pessoas determinadas – a soberania pode ser dividida (atribuída a um conjunto de pessoas) sem deixar de ser única (RAZ, 2012, p. 11).

É com base principalmente nessas definições de “comando” e “soberano” que Austin buscou delimitar a esfera do Direito, afinal, essa união entre soberano e comando, esse último implicando obrigatoriamente em uma sanção, só se observa nas normas jurídicas.

Este modelo, contudo, foi duramente criticado por não abarcar normas que conferem poderes – como as regras que determinam os critérios constitutivos de um contrato válido –, que não podem ser reconduzidas à dualidade comando/sanção. Austin, que estava ciente da existência dessas normas e das críticas que a ele eram dirigidas, explorou duas linhas argumentativas para tentar resolver a questão: a) primeiro, ele sustentou que no caso das normas que conferem poderes a sanção toma a forma de nulidade, no sentido de que caso um ato praticado sem a observância das normas que prescrevem a sua condição de validade – um contrato sem assinatura, por exemplo – está sujeito a ser anulado. A anulação do ato seria a sanção aplicada ao agente que o praticou (AUSTIN, 1873, p. 522); b) segundo, ele alegou que as regras que conferem poderes não são leis propriamente ditas e, por isso, de fato, a ideia de sanção não faz parte da sua essência – esse argumento, porém, não foi objeto

---

<sup>26</sup> Como bem lembra Scott Shapiro (2011, p. 57), para Austin – em uma visão, de certo modo, completamente contrária à de seu predecessor Hebert Hart – o soberano assim o é não porque alguma regra o legitimou, mas simplesmente porque, em razão de ser habitualmente obedecido pela maioria de dada sociedade, ele possui o poder de fazer valer sua vontade perante os outros.

de maiores reflexões (LOBBAN, 2021, p. 229-230).<sup>27</sup>

Retornando à questão da legitimidade do *common law*: vimos que para Bentham o *common law* nem sequer era Direito. O Direito, na verdade, é aquilo posto pelo soberano, e não pelos juízes. E, se Austin concordava com este último ponto, haja vista também ser adepto à teoria imperativista, como é possível que ele não só aceite o *common law*, como também passe a descrevê-lo? A resposta de Austin é a seguinte: o direito judiciário se trata de uma espécie de comando tácito do soberano, derivando daí sua legitimidade:

[...] quando os costumes se tornam regras jurídicas por meio de decisões judiciais, as regras jurídicas que emergem dos costumes são comandos tácitos do poder legislativo do soberano. O Estado, que tem competência para abolir essas regras, permite que seus membros as efetivem; e isso, portanto, significa seu contentamento, por sua aquiescência voluntária, que essas regras sirvam como Direito aos governados<sup>28</sup> (AUSTIN, 2001, p. 36).

Em suma, Austin, na esteira de Hobbes e Bentham, era defensor de uma teoria imperativista do Direito, identificando as normas jurídicas com os comandos gerais do soberano, pouco importando o ajuste de tais comandos à moralidade. Seu traço distintivo, porém, foi o fato de ter focado em descrever o Direito como ele é, com o objetivo de diferenciá-lo de outras regras sociais, deixando de lado as preocupações político-normativas de Bentham, de modo que se é a Hobbes que se credita o surgimento do positivismo enquanto teoria do Direito,<sup>29</sup> é a Austin que se deve creditar a inauguração da escola jurídica dominante em terras britânicas: o positivismo jurídico descritivo.

## 5. A TEORIA DO DIREITO DE H. L. A. HART

Chegou o momento de analisar a obra daquele que é considerado o maior nome do

---

<sup>27</sup> Esses argumentos, contudo, não convenceram grande parte de seus críticos, e inclusive serão objeto de refutação muitos anos depois por meio dos escritos de H. L. A. Hart, como será visto.

<sup>28</sup> Tradução livre do trecho “[...] when customs are turned into legal rules by decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature. The state, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, that they shall serve as a law to the governed.”

<sup>29</sup> Da “coisa”, e não do “nome”, como já visto.

positivismo jurídico anglo-saxão: Herbert Lionel Adolphus Hart, ou, simplesmente, H. L. A. Hart. Antes, porém, uma indagação e três esclarecimentos se mostram relevantes. Primeiro a pergunta: por que esse salto de mais de 100 anos de Austin para Hart – Austin praticamente começou e terminou sua produção acadêmica por volta da metade do século XIX, ao passo que Hart publicou *O Conceito de Direito* em 1961? Simplesmente porque nada de juridicamente inovador aconteceu durante esse período. Nas palavras de Gerald Postema, antes de Herbert Hart a teoria jurídica do mundo do *common law* europeu era “[...] um vilarejo sonolento e complacente, dominado pela teoria jurídica *austiniana* [...]”<sup>30</sup> (POSTEMA, 2011, p. 03). E é exatamente por esse motivo que o primeiro passo de Hart em sua proposta de definir o conceito de Direito é opor-se à definição dada por John Austin.

Agora, os esclarecimentos: a) em primeiro lugar, a descrição que Hart faz da teoria de Austin não pode ser vista como totalmente fiel, na medida em que como sua pretensão era pura e simplesmente criticá-la, e não explicar ou esclarecê-la, o modelo *austiniano* proposto por Hart se trata uma reconstrução arbitrária de teses que apenas parcialmente se adequam à teorização de Austin (BARZOTTO, 1999, p. 107-108); b) em segundo lugar, Hart não discordava de Austin no plano metodológico, mas da descrição por ele apresentada. Como afirma Matthew Kramer (2018, p. 32), apesar de reconhecer a importância e a perspicácia de seus predecessores, “[...] Hart sentia que a teoria imperativista do direito, em geral, representa um impedimento para uma compreensão clara da natureza dos sistemas jurídicos”; c) em que pese o sugestivo nome do livro, e isso ficará mais claro nas linhas subsequentes, o objetivo de Hart jamais foi o de apresentar uma definição completa e incontroversa acerca da natureza do Direito, mas fornecer esclarecimentos sobre o funcionamento dos sistemas jurídicos em geral e sobre as principais características que compõem aquilo que chamamos de Direito. Em outras palavras, sua pretensão era apresentar as características e elementos centrais que justificam a atribuição do rótulo “Direito” a alguns sistemas de regras e a outros não (HART, 1994, p. 17).

---

<sup>30</sup> Tradução livre do trecho [...] *sleepy, contended, complacent village, dominated by Austinian jurisprudence* [...].”

Segundo Hart, poucas questões relativas à sociedade humana são tão controversas e suscitam tantos debates quanto “O que é o Direito?”, ou “Qual é a natureza do Direito?” (HART, 1994, p. 01 e 06). É de se notar, porém, que embora veja essa pergunta como sendo fundamental, Hart nunca chegou a respondê-la diretamente. Como notou Brian Bix (2020, p. 26), ele deixou de responder à pergunta para transformá-la, e isso porque entendia que quando perguntamos “O que é o Direito?” nosso objetivo, na verdade, é responder a uma série de perguntas menos ambiciosas e completamente diferentes, mas, ao mesmo tempo, mais importantes para a definição da natureza do Direito. Para Hart, as reais perguntas são: “de que forma o Direito difere de meras ordens afiançadas por ameaças?”, “quais as semelhanças e diferenças existentes entre obrigações jurídicas e obrigações morais?” e “o que são as normas e até que ponto elas são os elementos essenciais do Direito?” (HART, 1994, p. 13). Contudo, antes de apresentar suas respostas a essas perguntas, Hart entendia ser necessário apontar as deficiências da teoria de Austin.

## 5.1 AS CRÍTICAS DE HART À TEORIA DE AUSTIN

Os ataques de Hart à concepção imperativista do Direito *austiniana* começam por um ponto que já deixa clara sua preocupação com a questão linguística e a influência que os movimentos filosóficos relacionados à filosofia da linguagem e à filosofia analítica exerceram em suas obras: o significado que Austin empresta à expressão “comando”. Segundo Hart, o modelo de “comando” *austiniano* não capta distinções triviais do dia a dia. Ele explica essa questão por meio do exemplo de um homem armado que ordena ao funcionário de determinado banco que lhe entregue o dinheiro ou ele irá atirar.

Com base neste exemplo, Hart realiza uma distinção entre as expressões “ordenar” e “dar uma ordem”. Segundo ele, no exemplo dado, o correto seria afirmar que o assaltante *ordenou* ao funcionário que lhe desse o dinheiro, e não dizer que o assaltante *deu uma ordem* ao funcionário, e isso porque essa segunda frase sugere alguma espécie de autoridade por aquele que a emite em relação ao seu interlocutor (HART, 1994, p. 18-20). O ponto aqui é: se o Direito se resume a um sistema de ordens sustentadas por ameaças, o que impede que a

ordem de um assaltante seguida de uma ameaça de lesão corporal seja considerada Direito? E Hart responde: o Direito pode ser diferenciado da ordem emitida por um assaltante através de três características principais: a) sua generalidade, no sentido de que as normas jurídicas são fórmulas gerais cuja incidência abrange todas as pessoas da comunidade política em questão que se enquadram no seu âmbito de incidência (HART, 1994, p. 18-21); b) seu caráter perene, no sentido de que, ao contrário das ordens dadas por um assaltante, que são temporárias e desrespeitadas assim que ele sai de cena, as leis nascem com a pretensão de que sua observância seja contínua, (HART, 1994, p. 23); c) o hábito geral de obediência por parte daqueles a que ele se propõe a regular (HART, 1994, p. 23-24).

Essa primeira aproximação, porém, que é de certa forma compatível com a teoria *austiniana*, não é suficiente para abarcar toda a complexidade que envolve a natureza do Direito. E isto por basicamente três motivos: a) a definição do Direito como os comandos gerais do soberano aos seus súditos não é capaz explicar a existência de regras que não impõem deveres ou sanções, mas poderes e atribuições, públicos ou privados, como é o caso das regras que definem as competências dos órgãos legislativos e jurídicos e definem as formas de se fazer ou celebrar contratos (HART, 1994, p. 27); b) a concepção imperativista ignora que as leis são igualmente aplicáveis àqueles que as criam, não havendo que se falar na existência de um poder absoluto possuído por parte daquele ou daqueles responsáveis por introduzir as normas jurídicas no sistema (HART, 1994, p. 42-43); c) ao contrário do que ocorre no modelo de Direito baseado na dualidade comando/sanção, onde é um imperativo ser possível a identificação de quando e onde uma lei foi criada, o mesmo não acontece, por exemplo, em sistemas jurídicos filiados à tradição do *common law*, onde muitas vezes é impossível definir a origem de um costume (HART, 1994, p. 46-47).

Uma outra objeção de Hart à teoria de Austin se refere aos problemas relacionados ao conceito de soberania. Para Hart, o principal problema de identificar o soberano como a pessoa ou grupo de pessoas habitualmente obedecidas pelos indivíduos é que essa definição leva à impossibilidade de se explicar a alternância de poder. Se o costume de obediência é central para se identificar quem é o soberano de uma dada comunidade, eventual novo

soberano, antes de possuir a legitimidade para comandar, deveria esperar pela constituição e maturação de uma obediência habitual a ele – o antigo hábito dizia respeito somente ao seu antecessor.<sup>31</sup>

Assim, aceita a teoria de Austin, até a institucionalização de um hábito de obediência em relação ao novo soberano, nenhuma nova lei poderia ser criada (HART, 1994, p. 53). E, para Hart, esse problema é facilmente solucionado por uma figura pouco explorada por Austin: as regras jurídicas. Na sua visão, o que explica a continuidade do poder legislativo é a existência de uma regra, aceita pelos cidadãos, que estabelece quem deve substituir o legislador que vier a faltar (BARZOTTO, 1999, p. 110).

De qualquer forma, é com base em tais argumentos que Hart rejeita o modelo de ordens sustentadas por ameaças – a teoria imperativista do Direito – como suficiente para descrever o conceito do Direito. Além disto, diz ele que o principal motivo do fracasso da teoria de Austin reside no fato de que os elementos a partir dos quais ela foi construída, quais sejam, “[...] as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem, e combinados não são capazes de produzir, a ideia de uma regra, sem a qual não conseguimos elucidar nem sequer as formas mais elementares do direito”<sup>32</sup> (HART, 1994, p. 80).

## 5.2 HÁBITOS E REGRAS

A visão de Hart sobre o Direito está assentada na centralidade das regras; em particular, na sua visão acerca da diferença entre regras e hábitos, cuja melhor explicação é dada por exemplos. Imaginemos a situação de um inglês que toma chá todos os dias às 17h. Instintivamente, somos levados a afirmar que tal pessoa tem um hábito. Por outro lado, é

---

<sup>31</sup> Aqui temos um bom exemplo da falta de fidelidade de Hart para com a teoria de Austin, e isso porque nada na teorização deste último vai de encontro com a ideia de que o conceito de hábito pode ser explicado em termos de “obediência às normas positivadas”. As pessoas obedecem ao soberano não em razão de um hábito, no sentido de uma regularidade comportamental, mas porque existe uma norma de moralidade positiva, uma regra costumeira talvez, que assim determina. Veja: o ponto não é que a teoria de Austin é capaz de dar conta de todas as críticas de Hart – não é! –, mas tão somente demonstrar que, em alguns pontos, a descrição de Hart está equivocada.

<sup>32</sup> Tradução do trecho “[...] *the ideas of orders, obedience, habits, and threats, do not include, and cannot by their combination yield, the idea of a rule, without which we cannot hope to elucidate even the most elementary forms of law*”.

fácil perceber que seria forçado afirmar a existência de uma regra social que regula e impõe essa habitualidade. Para tanto, basta nos perguntarmos se seria correto concluir que um inglês que em determinado dia não tomou chá às 17h cometeu uma violação (a uma regra) e merece ser censurado ou de alguma forma criticado por isso. Claramente não.

O correto é concluir apenas que a habitualidade não se confirmou. Uma situação diferente pode ser observada no comportamento das pessoas que retiram o chapéu ao entrar em uma igreja. Nesta situação também estamos diante de um hábito, mas é possível identificar algo mais. Não retirar o chapéu ao entrar na igreja é algo diferente do hábito de simplesmente não tirar o chapéu, uma vez que retirar o chapéu ao entrar na igreja constitui uma regra de etiqueta religiosa, de forma que podemos afirmar que quem não retira o chapéu nesta situação viola uma regra social (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 117-119).

Aprofundando essa linha de raciocínio, Hart diz que hábitos e regras diferem entre si em três pontos principais. Primeiro, para a constituição de um hábito basta a convergência de comportamento entre os membros de um grupo, enquanto essa identidade de comportamento não é, por si só, suficiente para falarmos na existência de uma regra; falar em regras implica na constatação de que em caso de desvios ao que ela prescreve haja uma pressão social no sentido de atuar conforme a regra – as regras, nesse sentido, carregam consigo uma carga de pressão social que falta aos hábitos (HART, 1994, p. 55)

Em segundo lugar, onde há uma regra, eventual desvio de comportamento não apenas é censurado; esse desvio, por si só, é visto como uma boa razão para que essa crítica seja feita, porque, em tais casos, a crítica é considerada legítima (HART, 1994, p. 55-56). Em outras palavras, a não observância de uma regra motiva críticas. Mas, mais do que isso, tanto aqueles que formulam as críticas quanto, em regra, aqueles que as recebem, aceitam-nas como legítimas, reconhecendo a falta. Assim, por exemplo, considerada a regra de etiqueta religiosa mencionada, uma pessoa que não a cumpre não só é censurada pelas demais, como também, geralmente, enxerga essa crítica como sendo correta e justificável.

Aqui entra em cena o que Hart chama de aspecto interno e aspecto externo das regras. O aspecto interno diz respeito ao participante do grupo, que enxerga a regra como

prescrevendo uma pauta geral de atuação aceita pelo grupo como um todo. O externo, por sua vez, diz respeito ao observador alheio ao grupo, isto é, aquele que não enxerga a conduta imposta pela norma como sendo um padrão de comportamento – a rejeita ou mantém uma postura de indiferença –, de modo que ainda que atue em conformidade com o comando, se limita a verificá-lo e a observá-lo, como qualquer outro faria (HART, 1994, p. 56). Tanto os hábitos quanto as regras possuem essa dimensão externa.

Por outro lado, é condição necessária para que se possa falar na existência de uma regra que algumas pessoas encarem o comportamento por ela prescrito como um padrão que deve ser seguido por todos. Assim, no caso da regra de etiqueta religiosa, um observador externo poderia muito bem descrever as pessoas que retiram o chapéu ao entrar na igreja como sendo indivíduos que compartilham um hábito. Mas essa não é a questão. Esse observador externo, por não pertencer ao grupo, muitas vezes, ao descrever tal comportamento, não leva em conta a atitude interna do indivíduo em relação ao simples ato de retirar o chapéu. Em outras palavras, caso não se projete como sendo um membro do grupo, ele não é capaz de captar o aspecto interno da regra de etiqueta religiosa em questão.

Sobre o aspecto interno presente nas regras, diz Barzotto que se trata de uma atitude crítico-reflexiva<sup>33</sup> assumida pelo indivíduo perante o comportamento exigido pela regra: “O comportamento em questão é assumido como padrão, e a crítica a seus desvios, bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça de desvio são vistos como legítimos e justificados” (BARZOTTO, 1999, p. 111).

Hart lança mão da ideia de aspecto interno das regras por entender que somente é possível compreender um sistema social como o Direito caso também se compreenda como os indivíduos que o criaram e a ele estão sujeitos o percebem. Na medida em que o Direito é uma instituição social criada para orientar a conduta humana, seu estudo obrigatoriamente deve levar em conta as percepções daqueles que aplicam e seguem as regras jurídicas. É

---

<sup>33</sup> Há que se tomar o cuidado de não confundir o aspecto interno das regras e a atitude crítico-reflexiva dela derivada com uma questão de “sentimentos”. Essa atitude, em verdade, se manifesta em forma de críticas e exigência de obediência, sendo irrelevante as experiências psicológicas daqueles que estão envolvidos na controvérsia (HART, 1994, p. 57).

nesse sentido que Hart afirma que para a compreensão de sistemas sociais em geral “[...] a metodologia das ciências em empíricas é inútil; o que é necessário é um método ‘hermenêutico’ que retrate o comportamento governado por regras como parece aos seus participantes [...]”<sup>34</sup> (HART, 1983, p. 13).

É necessária uma abordagem que se preocupe em analisar o aspecto interno das regras, já que uma análise puramente externa seria incapaz de diferenciar e explicar aspectos que compõem a própria essência do Direito, como é o caso das diferenças entre ações habituais e ações prescritas por regras. Em outras palavras, quem não se atenta para as três diferenças entre hábitos e regras não é capaz de compreender um elemento essencial da natureza do Direito: a diferença entre comportamentos regulares e comportamentos regulados (SGARBI, 2020, p. 129).

### 5.3 REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS

Substituindo o modelo de Austin, Hart pensa o Direito como a união de regra primárias e regras secundárias, sendo que, para ele, reside nessa combinação aquilo que “[...] Austin pensou ter encontrado na noção de ordens coercitivas, a saber, a ‘chave para a ciência do direito’”<sup>35</sup> (HART, 1994, p. 81).

As regras primárias são regras de conduta, são regras que impõem obrigações. As regras secundárias são caracterizadas por outorgar poderes, públicos ou privados, a certas pessoas ou grupo de pessoas. As normas primárias são aquelas que exigem que aqueles submetidos a elas pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, independentemente da sua vontade – como as regras penais –, enquanto as normas secundárias são uma espécie de metaregras, pois regulam os modos pelos quais as regras primárias podem ser criadas, extintas ou alteradas, entre outras atribuições (HART, 1994, p. 80-81).

---

<sup>34</sup> Tradução livre do trecho “[...] *the methodology of the empirical sciences is useless; what is needed is a 'hermeneutic' method which involves portraying rule-governed behaviour as it appears to its participants [...].*”

<sup>35</sup> Tradução livre do trecho “[...] *Austin wrongly claimed to have found in the notion of coercive orders, namely, 'the key to the science of jurisprudence'.*”

Para entender melhor a importância dessa diferenciação,<sup>36</sup> imperioso compreender como e por qual razão surgem as normas secundárias. Segundo Hart, as regras secundárias surgem em sociedades complexas e politicamente organizadas, já que sociedades primitivas comportam apenas a existência de regras primárias. Nelas não há qualquer procedimento apto a solucionar conflitos derivados da incerteza quanto ao conteúdo e âmbito de incidência das regras primárias, e isso porque esse procedimento depende da existência de regras de um tipo diferente das regras primárias: as regras secundárias. Por isso, um primeiro defeito identificado em um sistema jurídico como o de Austin é a incerteza no que se refere à identificação, conteúdo e alcance das regras existentes (HART, 1994, p. 91-92).

Outro problema de uma sociedade regulada apenas por regras primárias é o caráter estático do sistema jurídico, na medida em que eventuais modificações de regras, de forma a adaptá-las às mudanças sociais, também pressupõem a existência de regras de um tipo diferente daquelas que impõem obrigações: novamente, as regras secundárias (HART, 1994, p. 92-93).

O terceiro e último problema dessa sociedade primitiva hipotética é a ineficácia da pressão social difusa que garante o cumprimento das regras, isto é, ante a inexistência de um órgão dotado de autoridade para dar a última palavra em caso de conflitos, as disputas para saber se uma regra primária aceita foi ou não violada são intermináveis. E, de novo, uma instituição desse tipo pressupõe a existência de regras que lhe confirmem a competência de decidir, regras essas que não existem em uma sociedade primitiva (HART, 1994, p. 93-94).

Em resumo, sociedades primitivas, por apenas comportarem as regras primárias, são deficientes e incapazes de possuir um sistema jurídico completo e eficiente. A solução de cada uma dessas deficiências e, conseqüentemente, a construção de um sistema jurídico, passa, para Hart, pelas regras secundárias, sendo que ele pensa em três espécies de regras

---

<sup>36</sup> Para Matthew Kramer, apesar de intuitiva, a distinção entre normas primárias e normas secundárias a partir da afirmação de que as primeiras são normas que estabelecem deveres e as segundas normas que conferem poderes não é a mais adequada. Em verdade, para o autor, a verdadeira diferença entre normas primárias e normas secundárias repousa no fato de que as segundas são parasitas em relação às primeiras, sendo que o termo “parasita”, em Hart, deve ser lido de uma forma técnica, no sentido de que o conteúdo das normas secundárias depende da existência de outras normas no sistema (KRAMER, 2019, p. 10-11).

secundárias, uma cada deficiência: a) a regra de reconhecimento, para lidar com o problema da incerteza, que por ser de tamanha importância não só para a teoria de Hart, mas para o positivismo jurídico como um todo, será objeto de um item específico; b) as regras de modificação, para lidar com o problema da estaticidade, que são as regras que atribuem a pessoas ou órgãos legislativos o poder de criar, extinguir e alterar as regras primárias e estabelecem os procedimentos que devem ser seguidos para tanto; c) as regras de julgamento, responsáveis por lidar com o problema da ineficácia da pressão social para garantir a aplicação do Direito, que são as regras que conferem autoridade e o poder de decidir a determinados indivíduos, bem como estabelecem o procedimento que deve ser por eles seguido (HART, 1994, 94-97).

A partir disso, possível concluir que, em Hart, o que efetivamente marca a passagem do “mundo pré-jurídico” para o “mundo jurídico” é a introdução das normas secundárias no sistema. Exatamente por isso é comum se dizer que para Hart “[...] o Direito não é composto apenas por regras que impõem deveres e por regras que conferem poderes, mas é, ele mesmo, fundado por elas”<sup>37</sup> (SHAPIRO, 2011, p. 80).

#### 5.4 A REGRA DE RECONHECIMENTO

A regra de reconhecimento é, assim como as demais regras secundárias, uma metaregra, isto é, é uma regra sobre regras, mas em um sentido específico: a regra de reconhecimento define os critérios que devem ser satisfeitos pelas outras regras para que elas adquiram o caráter de juridicidade (HART, 1994, p. 100).

Segundo Hart, vários podem ser os critérios incorporados pela regra de conhecimento. Pode ser a referência a algum texto autorizado – uma Constituição, por exemplo –, ao cumprimento de determinado ato legislativo, como a promulgação, ou mesmo a referência a práticas costumeiras ou a decisões judiciais etc. Contudo, a regra de conhecimento, diz Hart, em geral, não é expressamente formulada como norma pertencente

---

<sup>37</sup> Tradução livre do trecho “[...] *the law is not only composed of rules that impose duties as well as confer powers, but founded on them as well.*”

ao ordenamento jurídico, “[...] mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam regras específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados”<sup>38</sup> (HART, 1994, p. 101).

Conectando o aspecto interno e a regra de conhecimento como regra social, temos que sua existência e seu conteúdo se derivam de uma postura crítico-reflexiva dos oficiais do sistema que, conscientes de seu aspecto interno, a aceitam como um padrão de comportamento a ser utilizado para validar outras normas. Desse modo, a validade do Direito em uma dada comunidade não depende apenas de sua eficácia social, mas também do comportamento que os oficiais do sistema assumem perante a regra de reconhecimento.

Isso não quer dizer, todavia, que a validade da regra de reconhecimento sempre dependerá de um aceite por parte dos oficiais, já que, uma vez em prática, a regra de reconhecimento, bem como as regras por ela validadas, vinculam independentemente das opiniões de seus destinatários e daqueles responsáveis por aplicá-las (TORRANO, 2019, p. 78). Até mesmo por isso, lembra Raz que a aceitação e aplicação da regra de reconhecimento por parte dos oficiais do sistema não precisam estar fundadas em considerações morais. O que se faz necessário é que a regra de reconhecimento e as regras por ela validadas sejam observadas, pelo motivo que for (RAZ, 1999, 146).

Ainda sobre a relação entre as autoridades do sistema e a regra de reconhecimento, afirma Kramer que não necessariamente existe uma regra de reconhecimento unívoca e reconhecida da mesma forma por todos os oficiais do sistema. Em verdade, é comum que existam divergências sobre quais são os critérios de validade que estão presentes na regra. Ocorre que, para que essas divergências não coloquem em xeque a própria noção de regra de reconhecimento, as divergências, quando existentes, devem recair sobre os critérios que se encontram na regra, e não sobre ela própria (KRAMER, 2019, p. 16).

Importante destacar que além de ser a norma última do sistema, visto sua existência não depender de nenhuma outra regra social ou jurídica, dentre os critérios que compõem a

---

<sup>38</sup> Tradução do trecho “[...] *but its existence is shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers.*”

regra de reconhecimento existe um que é superior aos demais. E ele é assim considerado em razão de as regras primárias identificadas por meio dele serem válidas ainda que conflitem com regras que foram identificadas a partir da referência a um outro critério – em um conflito como esse, as últimas deixam de ser consideradas válidas. Hart dá o seguinte exemplo: no Reino Unido, o critério supremo presente na regra de reconhecimento é a promulgação da lei pelo Parlamento, visto que se trata de um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais. Assim, eventual conflito entre uma lei promulgada pelo Parlamento e um costume geral ou um precedente do *common law*, prevalece a lei, em razão de seu caráter jurídico ter sido atribuído pelo critério máximo presente na regra de conhecimento que vigora em terras inglesas (HART, 1994, p. 106).

## 5.5 DIREITO E MORAL NA TEORIA DE HART

Vimos, então, que a regra de reconhecimento ocupa um papel de destaque na teoria de Hart, uma vez que é ela que garante não só a validade, como a própria existência de um sistema jurídico. E faz isso ao validar todas as demais regras do sistema e ao ser ela própria aceita como padrão obrigatório de comportamento pelos cidadãos e, principalmente, pelas autoridades. Disso se segue que a aprovação moral por parte dos cidadãos e dos oficiais não é condição necessária para se afirmar a existência e a validade de um sistema jurídico e a validade de suas regras. Satisfeitas, pois, as duas grandes teses do positivismo jurídico: a) a tese da fonte social, representada pela afirmação de que a validade de uma norma jurídica deriva de um fato social, qual seja, a regra de conhecimento, e não de seu conteúdo; b) e a tese da separação entre Direito e moral, segundo a qual a validade de uma norma não depende necessariamente da sua correção moral.

Explorando melhor a relação entre o Direito e a moralidade, Hart afirma que é verdade que em diversos momentos o Direito é influenciado pela moral, da mesma forma que é verdade que muitas leis satisfazem critérios morais básicos. Dessas duas afirmações, porém, não se pode retirar uma terceira no sentido de que a correção moral de uma norma jurídica é condição necessária para a sua validade (HART, 1994, p. 185).

Levando tal questão ao extremo, diz Hart que é plenamente possível atribuir a um sistema moralmente perverso e iníquo o caráter de juridicidade (HART, 1994, p. 117) – o que não significa que os indivíduos a ele submetidos tenham a obrigação de obedecê-lo (HART, 1958, p. 620). Hart, em suma, assim como Austin, rejeita a noção de que a validade de um sistema jurídico depende da correção moral das suas normas. E ele defende essa autonomia do Direito em relação à moral por basicamente duas razões (WALUCHOW, 2007, p. 99-118). Em primeiro lugar, porque uma definição de Direito que dependa de critérios morais nos obrigaria a retirar o caráter jurídico de certas regras que exibem todas as características do Direito, mas são, de alguma forma, moralmente reprováveis. Por sua vez, essa exclusão levaria essas regras a serem objeto de estudo de outra disciplina, o que não geraria nada além de confusão (HART, 1994, p. 209-210).

Em segundo lugar, temos uma justificativa aparentemente paradoxal. Segundo Hart, é melhor que o conceito de Direito seja autônomo da moralidade, já que é historicamente verificável que homens maus criarão leis más, que serão por outros aplicadas. E, como o abuso de poder é inevitável, é preferível que os cidadãos tenham sempre em mente a possibilidade de existirem leis injustas,<sup>39</sup> do que internalizarem, a partir de uma postura jusnaturalista, a ideia de que é impossível uma lei ser moralmente iníqua. Isso porque, no primeiro caso, independentemente do grau de autoridade do soberano, suas criações legislativas sempre serão submetidas ao escrutínio moral dos indivíduos, o que pode não ocorrer entre os que partem do pressuposto de que nada de imoral pode existir em um sistema jurídico – eles ficarão cegos para a imoralidade (HART, 1994, p. 210-211). Então,

Por mais paradoxal que alguns possam achar, essa razão oferecida por Hart para insistir na separação conceitual entre o “direito” e a “moralidade” era uma razão moral. Hart era um positivista porque era também um crítico moral. Seu objetivo não era emitir um mandado de obediência aos senhores do Estado. Era garantir a possibilidade de os cidadãos realizarem uma crítica moral implacável aos usos e

---

<sup>39</sup> Segundo John M. Kelly (2010, p. 545), uma das principais preocupações de Hart foi contradizer a noção jusnaturalista que uma lei injusta não é uma lei em absoluto. Para o autor inglês, nada nos impede de reconhecer uma lei injusta como Direito e “[...] ao mesmo tempo condená-la como ruim, buscando sua revogação, recusando-nos a obedecer a ela e resistindo aos que a aprovaram”.

abusos do poder do Estado<sup>40</sup> (MACCORMICK, 2008, p. 197).

Hart também sustenta que a negação em absoluto da validade jurídica de normas moralmente perversas pode vir a simplificar sobremaneira a complexa variedade de problemas morais aos quais tais normas dão origem. De um lado, defender a ideia de que uma coisa é o que o Direito é e outra é o que ele deveria ser cumpre um papel de precaução, já que, caso os indivíduos confundam invalidade com imoralidade, eles podem, deixando de considerar os riscos envolvidos em tal postura, partir do pressuposto de que as leis moralmente iníquas não devem ser obedecidas em nenhum caso. E, para além desse perigo de anarquia, pensando sob o ponto de vista da “[...] pessoa que é chamada a *obedecer* às normas perversas, podemos considerar indiferente se ela pensa, ou não, estar diante de uma regra válida, desde que perceba a iniquidade moral da norma e faça o que a moral exige”<sup>41</sup> (HART, 1994, p. 211).

Dizendo de outro modo, entende Hart que é melhor que existam critérios claros identificadores das normas jurídicas até mesmo para que seja possível que leis ditas injustas sejam objeto de crítica. Sem critérios claros que permitam identificar exatamente aquilo que merece ser criticado, é possível que determinada defesa moral da lei se confunda com o próprio conteúdo da lei, situação em que se torna difícil, para não dizer impossível, afirmar se determinada lei é ou não moralmente justificável, ou se causa ou não efeitos imorais. “Não ganharíamos nada”, diz ele, “permitindo que nossa repugnância moral subverta a nossa percepção analítica; cada uma das duas partes pode cumprir seu papel em sua própria esfera” (KELLY, 2010, p. 545-546).

A tese da separação cumpre, em Hart, a função de instigar nos cidadãos uma atitude crítica constante em relação ao Direito. Nos dizeres de Neil Maccormick, uma das principais

---

<sup>40</sup> Tradução do trecho “*Paradoxical as some may find it, this reason offered by Hart for insisting on the conceptual separateness of ‘law’ and ‘morality’ was a moral reason. Hart was a positivist because he was also a critical moralist. His aim was not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It was to reinforce the citizen’s warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power.*”

<sup>41</sup> “*person who is called upon to obey evil rules, we may regard it as a matter of indifference whether or not he thinks that he is faced with a valid. rule of ‘law’ so long as he sees its moral iniquity and does what morality requires.*”

razões para se insistir na separabilidade entre o Direito e a moralidade é uma razão moral, consistente na afirmação de que “[...] toda ordem do direito positivo ou da moral positiva deve estar sujeita ao julgamento crítico de uma moral esclarecida que almeja tornar racionalmente coerentes e explícitos os valores e princípios inerentes aos padrões morais como tais”<sup>42</sup> (MACCORMICK, 2008, p. 200).

Contudo, ao contrário do que possa parecer, não há que se falar em um paradoxo ou em uma contradição nessa linha de argumentação, já que, para o positivismo, a tese da separabilidade se refere apenas ao nível da validade das normas jurídicas, não abarcando seu conteúdo ou sua aplicação. Complementando essa explicação, lembra Matthew Kramer que apesar de sustentarem uma separação conceitual entre o Direito e a moral, jamais um positivista convicto afirmou que o Direito é um fenômeno necessariamente não-moral (KRAMER, 2018, p. 156).

Sobre essa questão, diz Carlos Santiago Nino que a tese social subscrita por Hart é uma tese meramente conceitual, não implicando qualquer postura valorativa “[...] sobre como devem ser as normas jurídicas e qual é a atitude a ser adotada diante delas”. E, por isso, a teoria *hartiana* é compatível com a afirmação de que existem normas e sistemas que, apesar de jurídicos, não devem ser aplicados e seguidos por serem moralmente iníquos (NINO, 2010, p. 43).

Um positivista que segue essa linha de pensamento pode dizer, sem se contradizer, como faz Hart e até mesmo Raz, que “[...] em determinados casos os juízes são moralmente obrigados a desconhecer certas normas jurídicas [...]” (NINO, 2010, p. 43). Tanto é verdade que, refletindo sobre a existência de sistemas jurídicos perversos, diz Hart que o melhor que os indivíduos têm a fazer diante da institucionalização do abuso de poder e da barbárie é manter em mente a noção de que a qualificação de algo como juridicamente válido não significa a afirmação da existência de um dever moral de obediência. Independentemente da autoridade que possui o sistema jurídico e seus oficiais, todas suas exigências devem ser

---

<sup>42</sup> Tradução do trecho “[...] *every order of positive law or positive morality ought always to be subjected to the critical judgment of an enlightened morality which seeks to make rationally coherent and explicit the values and principles inherent in moralities as such.*”

submetidas a um escrutínio moral (HART, 1994, p. 210).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, possível notar que os fundamentos iniciais da teoria que posteriormente viria a ser chamada de positivismo jurídico se encontra nos escritos de Thomas Hobbes, autor que, se desvinculando da tradição naturalista da época, afirmava que não é a razão ou qualquer outro elemento moral que cria e justifica o Direito, mas a autoridade do soberano. Essa noção passa por refinamentos e aprimoramentos nas mãos de Jeremy Bentham, cujo traço distintivo foi a tentativa de codificação do direito inglês com base no princípio da utilidade em sede de uma *ensorial jurisprudence*, e John Austin, considerado o pai da escola jurídica dominante em terras britânicas: o positivismo jurídico descritivo, e atinge seu auge na obra de H. L. A. Hart, que não só deu seguimento ao projeto metodológico de Austin como também fez consideráveis avanços na defesa de uma proposta positivista de conceber o Direito, com destaque para as noções de regra de reconhecimento e separação entre Direito e Moral, que ainda hoje se encontram no centro do debate de praticamente toda discussão envolvendo a Teoria e a Filosofia do Direito.

## 7. REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence: the philosophy of positive law**, vol. I. Edited by Robert Campbell. 4.ed. London: John Murray, 1873.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. New York: Cambridge University Press, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Of laws in general**. Edited by H. L. A. Hart. London: The Athlone Press, 1970.

BENTHAM, Jeremy. **Um fragmento sobre el gobierno**. Traducción de Enrique Bocardo Crespo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

BIX, Brian H. **Diccionario de teoria jurídica**. Traducción de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

BIX, Brian H. **Teoria do direito: fundamentos e contextos**. Tradução de Gilberto Morbach. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the natural law tradition**. Translated by Daniela Gobetti. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. Tradução de Clausia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2 ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, vol. 71, no. 4, 1958, pp. 593–629. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/1338225](http://www.jstor.org/stable/1338225)>. Acesso em 27 dez. 2021.

HOBBS, Thomas. **De cive**. A critical edition by Howard Warrender. New York: Oxford University Press, 1983.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução, apresentação e notas de Raul Fiker. São Paulo: EDIPRO, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited with an introduction and notes by J. C. A. Gaskin. New York: Oxford University Press, 1996.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KRAMER, Matthew. **H. L. A. Hart**. Medford: Polity, 2018.

KRAMER, Matthew H. **The Legal Positivism of H.L.A. Hart**. University of Cambridge Faculty of Law Research Paper n°. 11/2019. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3347611](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347611)>. Acesso em 27 dez. 2021.

LOBBAN, Michael. **A history of the philosophy of law in the common law world, 1600-1900**. London: Springer, 2007.

LOBBAN, Michael. John Austin. In.: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia. (Ed.) **The Cambridge companion to legal positivism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

LOBBAN, Michael. Thomas Hobbes and the common law. In.: DYZENHAUS, David; POOLE, Thomas. **Hobbes and the law**. New York: Cambridge University Press, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. California: Stanford University Press, 2008.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Chicago: University of Chicago Press, 1906, p. 09-10.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2. ed. rev., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSTEMA, Gerald J. **Legal philosophy in the twentieth century: the common law world**. New York: Springer, 2011.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2019.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCOTT, Shapiro. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo**. 2. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Traducción de Marcela S. Gil y Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

Data da submissão: 09/01/2024

Data da primeira avaliação: 11/01/2024

Data da segunda avaliação: 12/01/2024

Data da aprovação: 20/06/2024