

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

FERNANDO GALINDO AYUDA

LEONEL SEVERO ROCHA

RENATO CÉSAR CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Galindo Ayuda, Leonel Severo Rocha, Renato César Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-106-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

Buscar a unidade na multiplicidade, o universal no concreto: este sempre foi o escopo de parte considerável dos esforços filosóficos que se empreendem desde o mundo helênico. Entre Tales e Parmênides, Platão e Espinosa, Hegel e Schopenhauer, para citar alguns, definir a questão filosófica por excelência não era objeto de controvérsia. Nunca, no entanto, contou com aceitação geral ou pacífica tal projeto de filosofia: quimera inalcançável, diziam alguns, projeto irrealizável, natimorto, fadado ao fracasso, alardeavam outros tantos.

O livro que agora apresentamos, longe de contribuir na resolução do problema, só faz agravá-lo: não obstante sua indiscutível unidade e coerência enquanto obra de sólida Filosofia do Direito, que se note de imediato a multiplicidade de temas, perspectivas, autores, abordagens e "filosofias" que desfila. A tensão e a dialeticidade do um e do múltiplo, do particular e do universal, parecem aqui espelhadas na própria tessitura e natureza mesma deste livro.

A JUSTIFICAÇÃO ÉTICA DA TESE DA SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL EM JOHN AUSTIN

THE ETHICAL JUSTIFICATION OF THE THESIS THAT SEPARATES LAW FROM MORALITY THROUGH JOHN AUSTIN

Galvão Rabelo

Resumo

O jurista britânico John Austin está inserido no limiar do desenvolvimento da tradição juspositivista. Sua obra, que data da primeira metade do século XIX, foi especialmente importante para a fixação dos elementos básicos dessa vertente do pensamento jurídico. Entre suas contribuições para a doutrina juspositivista está a sua formulação da tese da separação entre o direito e a moral. No âmbito ético, por seu turno, John Austin foi um fervoroso utilitarista e defendeu a utilização do princípio da utilidade como o único critério racional para o desvelamento das normas morais superiores (as leis divinas). Considerando essas duas dimensões do seu pensamento, há muito se questiona se a sua ética utilitarista teria influenciado, de algum modo, a sua teoria jurídica, especialmente no que tange à tese da separação. Esta última, que está no centro da tradição juspositivista, tem sido interpretada de diferentes modos no debate jurídico contemporâneo. Uma vertente em especial, o chamado positivismo ético, abriu novas perspectivas para o estudo dessa tradição, ao defender a teoria juspositivista como um modelo teórico moralmente satisfatório para os sistemas jurídicos contemporâneos. Desse modo, utilizando a premissa central do positivismo ético (de que existem razões morais para a defesa da tese da separação) como instrumento metodológico-interpretativo, pretende-se retomar a questão da relação entre as convicções éticas e jurídicas de John Austin, a fim de compreender quais foram as razões morais que o levaram a defender a separação entre o que é o direito e aquilo que ele deveria ser.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, John Austin, Tese da separação, Utilitarismo, Positivismo ético

Abstract/Resumen/Résumé

The British legal philosopher John Austin stands at the threshold of the evolution of the legal positivist tradition. His work, which dates back to the first half of the 19th century, was especially important to establish the basic elements of this school of legal understanding. Among his contributions to the legal positivist doctrine, lies the creation of the thesis that separates morality from law. Under an ethical context, however, John Austin was an ardent utilitarian who defended the use of the principle of utility as the only rational criteria for the unveiling of superior moral standards (divine laws). Considering both dimensions of his understanding, it has long been wondered if his utilitarian ethics have influenced, somehow, his legal theory, especially in regards to the separation thesis. Said thesis, which is in the

center of the legal positivist tradition, has been interpreted in different ways in contemporary legal debate. A particular branch, called ethical positivism, opened new perspectives to the study of this tradition, defending the legal positivism theory as a morally satisfactory theoretical model for the contemporary legal systems. Hence, using the main premise of ethical positivism (which states that there are moral reasons to defend the separation thesis) as an interpretative and methodological tool, this paper plans on revisiting the link between John Austins legal and ethical convictions, in order to comprehend what were the moral reasons which led him to defend the separation of what law is and what it should be.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism, John austin, Separation thesis, Utilitarianism, Ethical positivism

INTRODUÇÃO

No século XIX, o positivismo jurídico desponta como uma nova abordagem teórica do fenômeno jurídico, identificada, pelo menos, por dois traços fundamentais: a significativa queda da importância teórica do direito natural (ou mesmo a total negação da sua existência) e a exigência metodológica de que o jurista analise o direito como ele é e não como deveria ser.

O jurista britânico John Austin se insere no limiar da formação da tradição positivista no âmbito da teoria do direito e, ainda na primeira metade do século XIX, contribuiu de forma significativa para a fixação de suas diretrizes teóricas fundamentais.

Seguindo os passos de seu mais influente mentor, Jeremy Bentham, Austin é um crítico ferrenho da tradição jusnaturalista, retirando o direito natural do âmbito de estudo da teoria do direito e estabelecendo o direito positivo como o objeto próprio da ciência jurídica (*Jurisprudence*).

No que tange à tese da separação entre o direito e a moral, considerada o núcleo duro do positivismo jurídico, Austin irá sustentar que a existência ou a validade do direito independe da adequação de seu conteúdo a qualquer padrão moral identificável. Afirma que a ciência do direito “se ocupa das leis positivas, ou das leis em sentido estrito, fazendo abstração de sua bondade ou maldade” (AUSTIN, 1998, p. 126).¹

Mas, embora não exista dúvida quanto ao fato de que Austin defendeu a tese da separação, sabe-se que atualmente o sentido que se atribui a essa tese pode variar. A partir da década de 80, tornou-se intenso o debate no âmbito do juspositivismo de duas tendências que ficaram conhecidas como positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*) e positivismo jurídico inclusivo (*soft positivism*) sobre o significado da tese da separação (seção 3).

No bojo desse debate surgiu uma vertente teórica, denominada positivismo ético ou prescritivo, que sustenta haver razões normativas (morais) para a adoção da tese da separação, isto é, o direito *deve ser* definido e aplicado de forma independente da moral, porque isso é melhor do ponto de vista de uma moral de segundo grau. A discussão deixaria, dessa forma, o plano puramente conceitual e assumiria o plano normativo.

Essa discussão teórica sobre os diversos sentidos possíveis da tese da separação, especialmente a proposta formulada pelo positivismo ético, faz ressurgir a questão sobre qual foi o sentido atribuído por John Austin à sua formulação da tese da separação ou, mais

¹ No original: the *science of jurisprudence* (or, simply and briefly, *jurisprudence*) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness.

especificamente, sobre as razões morais que o levaram a defender a separação daquilo que o direito é da valoração a respeito daquilo que o direito deveria ser.

John Austin defendeu a ética utilitarista durante toda sua vida e pertenceu ao círculo de reformadores utilitaristas ingleses ao lado de Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill. Considerava que os efeitos das ações humanas sobre a felicidade geral constituíam o critério pelo qual era possível descobrir as normas morais supremas (as leis divinas).

No que tange às relações entre a sua concepção ética e sua teoria do direito, sabe-se que Austin pretendia elaborar uma grande obra sobre o direito e a ética e suas relações recíprocas – projeto que lamentavelmente não conseguiu realizar. Sabe-se também que ele dedicou parte significativa de sua única obra jurídica publicada em vida (*The Province of Jurisprudence Determined*) a questões éticas, afirmando a sua importância para a compreensão da discussão jurídica que ele propõe.

Não obstante, a maioria dos comentadores da obra de John Austin afirma que a ética utilitarista que ele tão veementemente defendeu não teve qualquer influência sobre a elaboração de sua teoria do direito.

Diante desse cenário e com o intuito de revisitar a questão à luz das novas pesquisas empreendidas pelo denominado positivismo jurídico ético, o presente artigo levanta as seguintes questões: John Austin justificou moralmente a sua tese da separação entre direito e moral? A sua ética utilitarista exerceu alguma influência sobre a sua formulação da tese da separação?

Apesar da afirmação generalizada de que sua concepção ética não influenciou sua teoria do direito, há diversos elementos em sua obra que parecem autorizar a afirmação de que John Austin formulou a tese da separação tendo em vistas considerações utilitaristas, como, por exemplo, as consequências socialmente indesejadas que decorreriam da confusão entre o direito e a moral pelos destinatários e aplicadores do direito.

Tendo em vista essas considerações, faz-se necessário obter uma melhor compreensão sobre o sentido e o fundamento moral da tese da separação em John Austin e a sua relação com sua ética utilitarista.

Para alcançar esse objetivo será preciso desenvolver uma pesquisa de cunho jurídico-interpretativo no âmbito da filosofia do direito, com o propósito de: i) entender as linhas gerais do conceito de direito de John Austin; ii) elucidar o debate atual sobre o sentido da tese da separação no âmbito do positivismo jurídico, destacando a proposta do positivismo ético; iii) verificar a existência de fundamentos normativos na obra de Austin para justificar a tese

da separação, utilizando como ferramenta metodológica as conclusões do positivismo ético, as quais servirão como instrumento de interpretação da tradição positivista.

Especialmente para atingir esse último e principal objetivo, faz necessária uma pesquisa bibliográfica que se concentra especialmente sobre as fontes primárias (as obras de John Austin), sem desconsiderar, no entanto, fontes secundárias, compostas por outras pesquisas sobre Austin. Nesse ponto, merecerá destaque a interpretação feita por Wilfrid Rumble, na década de 80, sobre a influência do utilitarismo na tese da separação de Austin.

O trabalho possui feição histórica, abstrata, justificando-se pela necessidade de ampliar nosso conhecimento sobre o positivismo jurídico, especialmente em nosso país, onde se testemunha um ataque vigoroso a essa vertente teórica do direito.

Por mais contundentes que possam ser as críticas dirigidas ao positivismo jurídico, não se pode negar a sua importância para o desenvolvimento da teoria do direito. Trata-se de uma tradição teórica que ainda hoje ocupa o centro das discussões sobre o método jurídico, possuindo críticos e defensores ferrenhos.

Frequentemente, os representantes dessa tradição se queixam de que seus críticos têm dirigido seus ataques, comodamente, a uma “caricatura teórica” do positivismo, descurando de uma análise mais detida dessa teoria.² Seja ou não verdadeira essa alegação, é inegável a necessidade ou a conveniência de conhecer sempre mais e melhor aquilo que se critica.

Por essas razões, revela-se importante o estudo da obra de John Austin, autor situado em posição historicamente estratégica para quem deseja compreender melhor o positivismo jurídico. Acrescente-se a isso o fato de que o estudo da obra do autor tem sido especialmente negligenciado no Brasil, onde praticamente não existem estudos específicos sobre o trabalho de Austin nem traduções de quaisquer de suas obras para o português.

1 BREVE NOTA SOBRE A VIDA E A OBRA DE JOHN AUSTIN

John Austin nasceu em 03 de março de 1790, provavelmente em Creting Mill, Suffolk, na Inglaterra e, segundo o relato de sua neta, Janet Ross (1893), herdou de sua mãe a fragilidade física e tendência depressiva, um traço de seu caráter que certamente o impediu de realizar grande parte dos projetos intelectuais a que se propôs.

² Nesse sentido, cf. Dimoulis (2006) e Campbell (2002).

Antes de iniciar seus estudos jurídicos, Austin serviu por cerca de cinco anos ao Exército da Coroa, durante as guerras napoleônicas, tendo se alistado pouco antes de completar dezessete anos.

Como relata seus biógrafos, Joseph Hamburger e Lotte Hamburger (1985), após a baixa nas forças armadas, em 1812, Austin volta para a casa de seu pai, que o manteve financeiramente até que ele completasse os seus estudos jurídicos na *Inner Temple*³, tornando-se *barrister*⁴ em 1818. No ano seguinte, casa-se com Sarah Taylor, depois, Sarah Austin, uma mulher de elevada cultura, que entrou para a história da teoria do direito ao organizar e publicar postumamente os fragmentados escritos de John Austin.

Em 1819, ainda segundo Joseph Hamburger e Lotte Hamburger (1985), os recém-casados mudam-se para Queen Square, em Londres, e tornam-se vizinhos e amigos de Jeremy Bentham e James Mill, especialmente dos Mill. John Stuart Mill foi criado junto com a filha dos Austin, Lucy, e sabe-se que John Austin foi seu tutor de direito romano e direito inglês e que Sarah Austin foi sua professora de alemão.

Já em relação a Bentham, embora Austin fosse, na juventude, um grande entusiasta de suas ideias⁵, com o passar do tempo, Austin foi desenvolvendo uma doutrina própria, o que, segundo Morison (1982), provocou pontos de discordância em relação a Bentham e fez com que a amizade entre eles esfriasse.

Nesse período, Austin dedicou-se à advocacia por cerca de sete anos, mas não conseguiu êxito na carreira. Segundo Rumble (2005), seu insucesso na advocacia se deu, em grande parte, em virtude de seu espírito altamente teórico. Abandona-a em 1825 e, no ano seguinte, é nomeado para a Cátedra de Filosofia do Direito e Direito das Nações na recém-criada Universidade de Londres.

Entusiasmado com a nova empresa, Austin mudou-se para a Alemanha com sua esposa com o propósito de preparar as aulas que comporiam seu curso de Filosofia do Direito. O curso que Austin idealizou era, sem dúvida, uma proposta inovadora, pois, no dizer de

³ A pessoa que pretende tornar-se um *barrister* (*bar*) na Inglaterra precisa ingressar em uma das quatro associações profissionais conhecidas como *Inns of Courts*, que são responsáveis pela avaliação dos candidatos e por atribuir aos aprovados o título de *bar*. As quatro *Inns* são *Gray's Inn*, *Lincoln's Inn*, *Inner Temple* e *Middle Temple*, todas sediadas em Londres (ARGÜELLES, 2002; DAVID, 2000).

⁴ Na Inglaterra, a atividade jurídica que corresponde à advocacia no Brasil é exercida por dois tipos de profissionais: os *solicitors* e os *barristers*. Os *solicitors* são os profissionais do direito que se relacionam diretamente com os clientes, prestando consultoria jurídica e resolvendo problemas jurídicos contenciosos e não contenciosos. São responsáveis pela preparação inicial de uma causa. Os *barristers* são proibidos de manter contato direto com os clientes – a relação deve ser intermediada pelos *solicitors* – e têm a prerrogativa de atuar com exclusividade perante os tribunais, assumindo a causa em momento posterior (DAVID, 2000; GIFIS, 2010).

⁵ Rumble chega a afirmar que “a palavra ‘discípulo’ não é um termo forte o bastante para descrever a relação inicial de Austin com Bentham” (RUMBLE, 1985, p. 17, tradução nossa). No original: [...] the word ‘disciple’ is not too strong a term to use to describe the early relationship of Austin to Bentham.

Rumble “nada similar ao seu curso existia, tinha existido ou existiria nos próximos anos” (RUMBLE, 2005, p. 36, tradução nossa).⁶

Mas o caráter altamente teórico, abstrato e inovador do curso de Austin, associado ao espírito prático dos aprendizes de direito na Inglaterra e ao estágio rudimentar do ensino jurídico naquele país, contribuíram, na visão de Rumble (2005), para que Austin não obtivesse êxito na carreira docente. Sua última aula na Universidade de Londres foi ministrada em 2 de julho de 1833.

Em 1834 repetiu suas aulas na *Inner Temple* também sem êxito significativo. Austin, então, desiste da docência e entra em estado de profunda depressão. Segundo sua esposa, se ele nunca havia se queixado da falta de sucesso como advogado, a falta de êxito na carreira docente “foi a calamidade real e irremediável de sua vida – o golpe do qual ele jamais se recuperou” (AUSTIN, 1869, p. 9).⁷

Além disso, na década de 1830 Austin participou de duas comissões governamentais.

De 1833 a 1836, Austin integrou a Comissão de Direito Criminal (*Criminal Law Commission*), que tinha por objetivo organizar em um compêndio, de um lado, toda a legislação penal do país (*statutory law*), e, de outro, as normas consuetudinárias britânicas sobre questões criminais, além de avaliar a conveniência de se estabelecer um único diploma normativo para tratar de toda matéria criminal (RUMBLE, 2005; ROSS, 1893).

E de 1836 a 1838, Austin foi nomeado pela *Colonial Office* como Comissário Real para a ilha de Malta (*Royal Commissioner to Malta*). A colônia britânica de Malta estava insatisfeita com o governo britânico e, este, a fim de não perder mais uma colônia, toma a iniciativa de promover uma reforma administrativa no local. Para tanto, o Governo britânico formou uma Comissão incumbida de estudar os problemas levantados pelos malteses e de sugerir as reformas jurídicas pertinentes (RUMBLE, 1985; AUSTIN, 1869).

O período que vai de 1838 até a sua morte em 1859 foi um período marcado por problemas de saúde, depressão, isolamento social e falta de produtividade no trabalho, características que Rumble (1985) extrai da análise das cartas que Sarah Austin escreve a amigos.

Na década de 1840, os Austin ficaram pouco tempo na Inglaterra, vivendo a maior parte do tempo na Alemanha e na França. Em 1848, assustados com a Revolução na França, os Austin retornam para a Inglaterra e até a morte de John, em 17 de dezembro de 1859, moraram em Weybridge, distrito de Surrey.

⁶ No original: nothing similar to his course existed, had existed, or would exist, for years to come.

⁷ No original: this was the real and irremediable calamity of his life – the blow from which he never recovered.

Os primeiros escritos de John Austin foram dois artigos publicados em revistas ligadas ao radicalismo filosófico do círculo de Bentham. Seu primeiro artigo, *Disposition of property by will – Primogeniture*, aparece na *Westminster Review* em 1824 e consiste em um ataque ao costume da primogenitura e à defesa da igualdade dos filhos em relação à herança (AUSTIN, 1824). No segundo artigo, intitulado *Joint Stock Companies* e publicado em 1826 na *Parliamentary History and Review*, Austin (1826) defendeu a necessidade de limitar a responsabilidade dos sócios de sociedades anônimas.

No período em que lecionava na Universidade de Londres, Austin publicou, em 1831, um artigo denominado *Outline of a Course of Lectures on Jurisprudence*, que consiste em uma apresentação geral e preliminar de seu curso de teoria do direito.

Em 1832, condensou as primeiras dez aulas de seu curso da Universidade de Londres em seis capítulos e os publicou sob o título *The Province of Jurisprudence Determined*, o único livro que Austin publicou em vida.

Nos anos seguintes, além dos relatórios referentes à situação da colônia de Malta que elaborou juntamente com George Cornwall Lewis, Austin publicou mais dois artigos sobre questões políticas e econômicas.

Quando estava em Dresden, na Alemanha, em 1842, escreveu um artigo sobre economia política na *Edinburgh Review*, que consistia em uma resenha do livro do economista alemão Frederick List, *The National System of Political Economy*, no qual Austin (1842) criticava o intervencionismo econômico advogado por List e defendia o paradigma do livre mercado.

Outro artigo foi publicado em 1847, na *Edinburgh Review*, quando Austin (1847) morava na França e consistiu em um longo texto sobre centralização política, denominado *Centralization*.

Por fim, no ano de sua morte, em 1859, Austin publicou o famigerado texto *A Plea for the Constitution*, que é considerado o cume da evolução de seu conservadorismo político e, segundo Stuart Mill, possuía “um caráter muito mais Tory” do que o que foi sustentado ao longo de sua vida (MILL, 2006, p. 157). Nesse último trabalho, Austin (1859) critica propostas de reforma democrática do Parlamento Britânico e sai em defesa da Constituição e da aristocracia de seu país.

Após a sua morte, em 1861, Sarah Austin preparou uma segunda edição do *The Province of Jurisprudence Determined*, pois a primeira edição há muito estava esgotada. Na

ocasião, a obra foi acrescida do ensaio *Outline of the Course of Lectures* (publicado originalmente em 1831) e de um importante prefácio que ela preparou para a edição póstuma.⁸

Essa segunda edição do *The Province of Jurisprudence Determined* foi publicado em 1861 como o primeiro de três volumes das *Lectures on Jurisprudence*, a obra mais abrangente de Austin, que contém as 57 aulas preparadas para a Universidade de Londres complementadas por tabelas, longas notas explicativas das tabelas e ensaios inéditos (e incompletos) deixados pelo autor sobre codificação, interpretação, analogia e o rascunho de um projeto de Código Penal elaborado à época em que ele compôs a comissão de reforma.

A recuperação e organização das demais lições e textos inéditos produzidos por Austin foi o mais importante e difícil trabalho editorial de Sarah Austin. Os textos haviam sido deixados em estado fragmentário, confuso e incompleto, mas graças à sua dedicação os dois volumes subsequentes (e inéditos) das *Lectures on Jurisprudence* foram publicados em 1863. As *Lectures* constituem, portanto, a obra mais abrangente de John Austin.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO POSITIVISTA DE DIREITO DE JOHN AUSTIN

Hart (2010), para quem a clareza linguística é a virtude por excelência da filosofia do direito, atribuiu a John Austin o mérito de ter inaugurado a tradição analítica do estudo do direito (HART, 1998).

A preocupação com a análise da linguagem é realmente fundamental em Austin. A primeira preocupação de seu curso é delimitar com exatidão o objeto de estudo da ciência do direito (*Jurisprudence*), para, em seguida, conceituar com a mesma exatidão esse objeto. Para fazê-lo, é necessário traçar o limite que separa o âmbito da ciência do direito (em suas palavras, delimitar a província da filosofia do direito) das zonas normativas que se encontram em seus limites e que com ela se confundem.

Conforme explica Austin (1998), quatro espécies normativas recebem a denominação de “lei”, o que gera ambiguidade terminológica e confusão no tocante ao objeto de estudo do direito. Usualmente, utiliza-se o termo “lei” para designar: (i) as leis divinas, (ii) as leis positivas, (iii) as leis da moral positiva e (iv) as leis em sentido figurado ou metafórico.

⁸ Essa obra fundamental de John Austin também foi reeditada posteriormente por H. L. A. Hart em 1954 e por W. Rumble em 1995.

As leis divinas são as leis que Deus estabelece para suas criaturas humanas, criando um dever religioso, cuja inobservância (o pecado) pode conduzir a sanções religiosas (o sofrimento).

As leis divinas podem ser classificadas em leis divinas reveladas e não-reveladas. As leis divinas reveladas foram expressas através de uma mensagem linguística (“a palavra de Deus”), sendo de fácil conhecimento para o homem. As leis divinas não-reveladas, por seu turno, precisam ser descobertas pelos homens. Austin (1998) dedica grande parte de seu livro, especialmente os capítulos 2, 3 e 4, para a discussão do problema de como as leis divinas não-reveladas se manifestam aos homens.

As leis positivas (o direito positivo), que Austin (1998) estabelece como o objeto próprio da ciência do direito, são leis humanas, isto é, leis impostas pelos homens a seus semelhantes. A lei positiva caracteriza-se essencialmente por ser uma espécie de comando do soberano de uma sociedade política independente aos seus subordinados políticos.

As leis da moral positiva são leis humanas subdivididas por Austin (1998) em dois grupos. Em um primeiro grupo, encontram-se as leis morais positivas impostas por alguns homens a outros fora daquela relação de soberania política que caracteriza as leis positivas. Austin (1998) exemplifica com as regras que os pais estabelecem a seus filhos, que o senhor estabelece a seus escravos e as regras de uma associação ou de um clube.

Há, por outro lado, as leis morais que são impostas pela opinião ou pelo sentimento moral. Essas leis não são ditadas por nenhuma pessoa determinada, isto é, não possuem uma fonte determinada. São estabelecidas pela opinião geral e constituem um sentimento (de aprovação ou de reprovação) que nos acomete diante de determinadas condutas. Como exemplos Austin (1998) apresenta as regras difusas de uma determinada profissão, as regras de honra dos cavaleiros, as leis da moda e as normas de direito internacional público.

Por fim, Austin (1998) trata das leis em sentido figurado ou metafórico, que só impropriamente são chamadas de lei, já que não possuem entre suas características nada que se assemelhe à sanção e ao dever. Os exemplos são variados e vão desde as leis das ciências naturais (leis da física e a lei da evolução) até as leis dos animais.

Estando bem definidos e distinguidos os diversos âmbitos normativos e estabelecido que o objeto próprio da filosofia do direito é o direito positivo, Austin pode passar à depuração do conceito de direito. Para isso, Austin irá buscar auxílio da tradição

imperativista⁹ do direito inglês, para, ao lado de Hobbes e de Bentham, definir a norma jurídica como uma *espécie de comando*.

Para Austin (1998), o termo “lei”, utilizado em sentido próprio, é um *comando*, isto é, a expressão ou a manifestação de um desejo. Além disso, a coação também aparece como elemento essencial¹⁰ na teoria de Austin, pois, para que haja um comando, é necessário que a manifestação do desejo esteja acompanhada da possibilidade de imposição de um mal (a sanção). A sanção é definida por Austin como o dano provável que resulta da não observância do comando.

Segundo Austin, “se não se quer ou não se pode infligir um dano no caso de eu não cumprir o seu desejo, a expressão de seu desejo não é um comando, ainda que você o expresse de forma imperativa” (AUSTIN, 1998, p. 14, tradução nossa).¹¹

A lei positiva (norma jurídica) é, portanto, uma lei em sentido próprio. Mas o traço fundamental para a distinção da lei positiva de outras espécies normativas é a sua fonte. O que caracteriza a lei positiva é o fato de ela ser editada pelo soberano político de uma sociedade política independente em face de seus subordinados políticos.

No capítulo seis do *The Province of Jurisprudence Determined* Austin incursiona pela teoria política, procurando definir os termos “soberania” e “sociedade política independente”, termos essenciais para o seu conceito de direito.

A proposta de Austin (1998) é definir a soberania pela perspectiva do hábito de obediência, destacando na definição de soberania um traço positivo e outro negativo: soberano é aquela pessoa ou grupo determinado de pessoas que é habitualmente obedecido pela generalidade da sociedade política – aspecto positivo – e que, por seu turno, não possui o hábito de obedecer a ninguém – aspecto negativo.

Existindo essa relação de soberania e de sujeição entre pessoas, é possível identificar uma sociedade política independente que é definida por Austin (1998) como uma sociedade composta por soberano e súditos.

Em apertada síntese, pode-se definir o direito positivo como o conjunto de comandos gerais que o soberano de uma sociedade política dirige a seus súditos.

Sabe-se, além disso, que o conceito de direito de John Austin e a metodologia que ele desenvolve para estudá-lo envolve o estudo de uma tradição para a qual o próprio Austin contribuiu significativamente no momento de sua formação: o positivismo jurídico.

⁹ Cf. Bobbio (2006) sobre a teoria imperativista da norma jurídica.

¹⁰ Trata-se do que Bobbio (2006) denomina teoria da coatividade do direito.

¹¹ No original: if you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase.

O positivismo jurídico consiste em uma postura epistemológica em relação ao direito que tem início no século XIX e é de difícil caracterização, em virtude de sua amplitude e da diversidade de propostas teóricas formuladas por seus diversos adeptos. No entanto, a teoria denominada positivismo jurídico possui duas características gerais bem marcantes: a rejeição à tradição jusnaturalista (tese das fontes sociais do direito) e a defesa da tese da separação conceitual entre o direito e a moral.

A tese das fontes sociais foi enunciada por Raz (1979) e caracteriza aquilo que Dimoulis (2006) denominou positivismo jurídico *lato sensu*. Consoante essa tese, a validade do direito depende de fatos sociais decorrentes de condutas humanas. A ideia de que o direito é uma criação humana foi a linha de frente de refutação do jusnaturalismo no século XIX e ainda hoje é defendida pela quase totalidade dos estudiosos do direito.

Como acentua Dimoulis, o positivismo jurídico *lato sensu*

é uma teoria monista sobre o direito, distanciando-se claramente do dualismo jurídico que admite a existência de um direito natural ao lado do direito criado por legisladores humanos. Em virtude disso, o PJ [positivismo jurídico] *lato sensu* se define, de forma negativa, a partir da categórica e absoluta exclusão do direito natural da definição do direito e, conseqüentemente, do jusnaturalismo enquanto teoria do direito (DIMOULIS, 2006, p. 81).

Conforme observou Bobbio (2006), no século XIX é possível notar uma ruptura com a tradição bimilenar de predominância do direito natural sobre o direito positivo e a teoria de John Austin contribuiu sobremaneira com essa ruptura.

De um lado, Austin assume a tese das fontes sociais do direito e define o direito positivo como uma criação humana, isto é, como um complexo normativo composto por leis humanas caracterizadas pela fonte de que emanam. As normas jurídicas são comandos gerais emanados pelo soberano de uma sociedade política independente.

De outro lado, Austin (1998) ataca de forma severa a tradição jusnaturalista. Considerado como um *standard* para a avaliação das leis positivas, Austin afirma que o direito natural é sinônimo de leis divinas e, como tal, não pertence ao estudo da ciência do direito. Além disso, Austin (1859) refere-se com desprezo à expressão “direito natural”, quando ela é usada como forma de resistência ao direito positivo. Segundo ele, o recurso a esse termo altamente indefinido autoriza a resistência ao governo sob qualquer pretexto. Austin (1998) sustenta que é retoricamente mais forte dizer que uma lei contraria o direito natural do que dizer que a odeia pelo motivo que for. Nesse sentido, o recurso ao direito natural é visto como uma maneira de mascarar o interesse real por trás da desobediência ao direito.

A outra tese fundamental do positivismo jurídico é a tese da separação conceitual entre direito e moral. A teoria do direito que defende essa tese é denominada por Dimoulis (2006) como positivismo jurídico *stricto sensu*, e implica que a definição daquilo que o direito é não depende de sua eventual conformidade com determinados padrões morais.

A *tese da separação* aparece em Alexy (2014) como o elemento essencial para a caracterização do positivismo jurídico. Segundo ele, os representantes da tradição juspositivista afirmam que o direito deve ser *conceitualmente* separado da ideia de moral. Embora alguns positivistas admitam que, contingentemente, essas duas esferas possam se conectar – a depender do que determina o direito positivo a respeito –, segundo eles, essa conexão não é conceitualmente necessária.

Hoerster (2000), defendendo a separação entre o direito e a moral, formula o que ele denomina *tese da neutralidade*. Consoante essa tese, que Hoerster considera a mais central do positivismo jurídico, o direito deve ser definido a partir de critérios estritamente formais, neutros em relação ao conteúdo, isto é, o conceito de direito não pode pressupor nenhuma forma de valoração.¹²

Essa tese encontra em Austin uma de suas primeiras formulações na modernidade. Como se viu, Austin volta-se para a distinção conceitual do direito (as leis positivas) em relação a outros fenômenos normativos como as leis divinas e a moral positiva.

Como os juspositivistas em geral, Austin não nega a existência de conexões empíricas entre os diversos fenômenos normativos de que se ocupa. Ao contrário, afirma ser constante a sobreposição fática dos conteúdos das leis divinas, de regras da moral positiva e das normas jurídicas.

A tese da separação em Austin não indica, portanto, uma separação empírica entre direito e moral, mas uma separação conceitual, vale dizer, apesar de intensa conexão no plano fático, deve-se distinguir os fenômenos normativos no plano conceitual. Por essa razão, Rumble (1985) afirma que seria melhor usar a palavra “distinção” entre direito e moral, no lugar de “separação” – palavra que poderia induzir a ideia de uma não-conexão no âmbito empírico.¹³

É possível, também, na visão de Austin (1998), que haja conflito entre as diversas esferas normativas (legal, moral e religiosa). Há conflito quando as esferas regulam o mesmo

¹² É por essa razão que Hoerster afirma que mesmo as “normas extremamente imorais ou injustas como as leis racistas na Alemanha nazista ou na atual África do Sul caem sob o conceito de direito se respondem aos princípios constitucionais internos do respectivo ordenamento jurídico” (HOERSTER, 2000, p. 12).

¹³ Por razões similares, alguns autores de língua espanhola têm preferido utilizar a expressão “tesis de la separabilidad”. Cf. Moreso (2004).

comportamento de formas diversas. Mas o que é importante ressaltar é que, quando isso ocorre, o conflito entre a lei positiva, de um lado, e a lei divina ou moral, de outro, não afeta a existência da lei positiva. É bem conhecida a passagem de *The Province of Jurisprudence Determined*, na qual Austin afirma que

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não é uma questão; se se acomoda ou não a um suposto modelo, é uma questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que não esteja conforme ao critério segundo o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação (AUSTIN, 1998, p. 184, tradução nossa).¹⁴

O que Austin (1998) faz nesse aspecto é distinguir entre a ciência que estuda o que o direito é (ciência do direito) e a ciência que se ocupa daquilo que o direito deveria ser (ciência da legislação). Segundo Austin, a *ciência da ética* abrange a *ciência da legislação* que envolve o estudo de como as leis deveriam ser, e a *ciência da moral* que estuda como deveriam ser as regras morais. A *ciência do direito* se ocupa das regras jurídicas tais como elas são, e sua correspondente no âmbito moral seria a *ciência da moral positiva*, responsável pelo estudo de quais são as normas morais de fato existentes na sociedade.

Percebe-se, portanto, a preocupação em diferenciar a descrição de um fato (ser) e sua valoração (dever ser). Aliás, o uso do adjetivo “positivo” junto aos termos direito e moral serve também para demarcar que se trata de uma análise do ser e não do dever ser.

3 OS TIPOS DE POSITIVISMO JURÍDICO

Na década de 80 acirrou-se o debate entre exclusivistas e inclusivistas sobre a forma mais adequada de se compreender conceitualmente a tese da separação entre direito e moral.

A versão mais rigorosa da tese da separação, formulada pelo denominado positivismo jurídico exclusivo (*hard positivism*), sustenta que a moral nunca interfere no conceito de direito.

Segundo Moreso (2004), a tese de identificação do direito, do modo como foi interpretada pelo positivismo jurídico exclusivo, indica que a determinação daquilo que o direito é não depende absolutamente de recurso a critérios morais.

¹⁴ No original: 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.

Essa tese de identificação do direito foi bem formulada por Joseph Raz que a denominou de tese social forte (*strong social thesis*). Segundo Raz,

uma teoria do direito só é aceitável se os seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar a sua existência dependem exclusivamente de fatos provenientes do comportamento humano capazes de serem descritos em termos valorativamente neutros e aplicados sem recorrer a argumentação moral (RAZ, 1979, 39-40, tradução nossa).¹⁵

Raz sustenta que a condição social que funciona como critério de determinação da juridicidade das normas não é apenas uma condição *necessária* como também *suficiente* para a identificação da existência e do conteúdo do direito. Expressando essa ideia, Raz afirma que é possível dividir a tese social em duas outras teses:

A – uma condição social é necessária para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica somente se ela satisfaz a condição social. B – uma condição social é suficiente para identificar a existência e o conteúdo do direito: uma regra é uma regra jurídica se ela satisfaz a condição social (RAZ, 1979, p. 40, tradução nossa).¹⁶

A suficiência da condição social para a identificação do direito indica a absoluta desnecessidade de lançar mão de qualquer critério moral para determinar o que é o direito e qual é o seu conteúdo. É possível, portanto, concluir com Dimoulis que o positivismo jurídico exclusivo

afirma que, apesar das influências de ordem genética, a moral nunca interfere conceitualmente na definição do direito: algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, e os mandamentos morais nunca adquirem relevância jurídica como indica o termo “antiincorporacionismo” (DIMOULIS, 2006, p. 135).

Por seu turno, os representantes do denominado positivismo jurídico inclusivo (*soft positivism*) atribuem sentido diverso à tese da separação. Embora defendam-na, afirmando que a identificação do direito não depende necessariamente de recurso a elementos morais, sustentam que questões morais podem tornar-se necessárias para a identificação do direito caso sejam incorporadas, em sua regra de reconhecimento, considerações morais para a determinação do direito.

¹⁵ No original: a jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.

¹⁶ No original: A- A social condition is necessary for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule only if it meets a social condition. B--A social condition is sufficient for identifying the existence and content of the law: A rule is a legal rule if it meets the social condition.

Segundo Alexy,

O positivismo inclusivo, como defendido, por exemplo, por Jules Coleman, inclui uma rejeição tanto do positivismo exclusivo como do não-positivismo. Ele afirma que a moral não é necessariamente excluída nem necessariamente incluída [no conceito de direito]. A inclusão é declarada como uma questão contingente ou convencional [...] a depender daquilo que o direito positivo de fato estabelece (ALEXY, 2008, p. 285-286, tradução nossa).¹⁷

Dessa forma, segundo a interpretação que o positivismo jurídico inclusivo atribui à tese de identificação do direito, o direito pode perfeitamente ser identificado sem recurso a considerações morais. Entretanto, é possível que uma sociedade determinada convencie a necessidade de se recorrer a elementos morais para a determinação da existência e do conteúdo do direito (DIMOULIS, 2006).

Respondendo às críticas de Dworkin, Hart afirmou ser, em seu pós-escrito, partidário dessa vertente do positivismo jurídico. Segundo Hart, quando Dworkin lhe atribui a afirmação que a sua regra de reconhecimento se refere apenas a questões relativas à forma de criação do direito, ele

ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de “positivismo brando” (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo “dos simples fatos” (HART, 2009, p. 323).

Como ressalta Dimoulis (2006), a disputa entre o positivismo jurídico exclusivo e o positivismo jurídico inclusivo não é apenas uma discussão terminológica sobre a maneira mais adequada de interpretar a tese da separação, mas possui enorme relevância prática no que se refere à aplicação do direito, especialmente na delimitação da discricionariedade do aplicador.¹⁸

Além disso, no bojo dessa discussão surgiu uma forma diferente de interpretar a tese da separação encampada por uma vertente do positivismo jurídico que ficou conhecida como positivismo ético ou normativo.¹⁹

Essa vertente, na forma como foi proposta por Tom Campbell (2002), propõe abandonar a concepção consagrada de que o positivismo jurídico é uma teoria meramente

¹⁷ No original: inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and nonpositivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. The inclusion is declared to be a contingent or conventional matter [...] turning on what the positive law in fact says.

¹⁸ Sobre o assunto, conferir Moreso, 2004.

¹⁹ Segundo Dimoulis (2006), o positivismo jurídico ético ou prescritivo de Tom Campbell é uma versão (radical) do positivismo jurídico inclusivo.

descritiva e explicativa da realidade do direito, para defende-lo normativamente como um modelo jurídico ideal para a proteção de determinados valores e para orientar o desenvolvimento dos sistemas jurídicos. A questão deixa, portanto, o plano descritivo, no qual o positivismo jurídico revelou-se falho, e passa para o âmbito prescritivo, segundo o qual o positivismo jurídico *deve ser* adotado, no dizer de Campbell, “como uma teoria que recomenda que se criem e se mantenham sistemas jurídicos nos quais o Direito seja identificado, seguido e aplicado sem recorrer às opiniões morais dos envolvidos neste processo” (CAMPBELL, 2002, p. 307).²⁰

Ainda segundo Campbell,

O sentido do positivismo jurídico, assim compreendido, é recomendar que os sistemas jurídicos sejam desenvolvidos de tal forma que maximizem os benefícios sociais e políticos de se ter um sistema de regras de comando rapidamente identificável, de tal clareza, precisão e alcance que podem habitualmente entender-se e aplicar-se sem recorrer a juízos morais e políticos controvertidos (CAMPBELL, 2002, p. 306, tradução nossa).²¹

Por essa razão, é pertinente a observação de Moreso (2004) de que o positivismo ético, no plano conceitual, aceita a interpretação da tese da separação proposta pelo positivismo jurídico inclusivo, mas, no plano normativo, subscreve a interpretação da tese da separação feita pelo positivismo jurídico exclusivo.²²

Conceitualmente, o positivismo ético admite a possibilidade de que critérios morais sejam incorporados no teste de identificação do direito. Contudo, sustenta que isso *não deve* ocorrer: é melhor que o direito seja identificável sem precisar recorrer a elementos morais controvertidos. Campbell sustenta, desse modo, que “a regra de reconhecimento não deve conter termos que convidem ao juízo moral” (CAMPBELL, 2002, p. 311).²³

Os elementos centrais do positivismo ético são bem delineados por Moreso (2004). Os positivistas partem dos pressupostos básicos de que há muita controvérsia a respeito do moralmente correto e de que o império das leis sobre o comportamento humano deve ser exercido através de regras claras, precisas e facilmente identificáveis. Como a introdução de juízos morais na determinação das regras jurídicas pode solapar esses atributos necessários da

²⁰ No original: como una teoría que recomienda que creamos y sostengamos sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique, se siga y aplique sin recurrir a las opiniones morales de aquellos envueltos en este proceso.

²¹ No original: el sentido del positivismo jurídico, así entendido, es recomendar que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos.

²² É essa também a visão de Campbell, 2002.

²³ No original: la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral.

regulação jurídica da vida social, o positivismo ético sustenta que o direito deve ser identificado sem recorrer à moralidade.

Em síntese, existem razões morais para a defesa da tese da separação entre o direito e a moral. Segundo Campbell (2002), o positivismo ético surge como uma teoria que prescreve um modelo jurídico no qual se mantenha a separação das funções de criação e aplicação normativas e no qual a identificação do direito ocorra sem a utilização de argumentos morais.

Essa abordagem que o positivismo ético faz da teoria do direito pode ser bastante promissora também quando utilizada como um instrumento interpretativo para a análise da tradição positivista. É certo que não foi essa, por exemplo, a intenção de Campbell (2002), que utiliza essa aproximação teórica com a finalidade precípua de prescrever uma teoria jurídica contemporânea.

Segundo o autor,

O positivismo ético é uma forma viva e em evolução do positivismo, mais do que um instrumento interpretativo. Não está adstrito a dotar de sentido, moral ou de outro tipo, a história do positivismo, mas pretende enunciar uma teoria contemporânea do Direito satisfatória (CAMPBELL, 2002, p. 315, tradução nossa).²⁴

Mas, apesar da advertência de Campbell, nada impede que as luzes lançadas por essa proposta teórica sejam utilizadas com o objetivo de melhor esclarecer o sentido da tradição positivista.

4 A JUSTIFICAÇÃO UTILITARISTA DA TESE DA SEPARAÇÃO EM JOHN AUSTIN

Uma melhor compreensão do sentido da tese da separação formulada por John Austin passa pela análise das razões morais que o levaram a formulá-la.

Sabe-se que, no terreno ético, Austin foi um fervoroso utilitarista e compunha o círculo dos principais representantes do utilitarismo britânico do século XIX, como Jeremy Bentham, James Mill e, seu filho, John Stuart Mill.

Bentham foi precursor do utilitarismo na Inglaterra. O utilitarismo social de Bentham estabeleceu o *princípio da utilidade* como meta ou critério geral de avaliação da ação humana. Como sustentou Stuart Mill em ensaio dedicado ao tema,

²⁴ No original: el positivismo ético es una forma viviente y en evolución del positivismo, más que un instrumento interpretativo. No está constreñido a dotar de sentido, moral o de otro tipo, a la historia del positivismo, sino que pretende enunciar una teoría contemporánea del Derecho satisfactoria.

A doutrina que aceita a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade como o fundamento da moral, sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação de prazer (MILL, 2000, p. 30).

Utilizando, portanto, o princípio da utilidade geral como critério de avaliação do agir humano, é possível afirmar que uma ação é moralmente correta quando produz a maior medida possível de satisfação (felicidade) ao maior número possível de pessoas.

Além disso, conforme sustentam Reale e Antiseri (2005), o utilitarismo de Bentham é uma consistente manifestação do positivismo filosófico na Inglaterra. Abbagnano (1978) explica que o programa filosófico de Bentham consistia em transformar a *moralidade* em uma *ciência exata*, totalmente regida pela metodologia das ciências naturais.

Também no âmbito da filosofia moral a influência de Bentham sobre Austin foi a mais destacada. De Bentham, Austin herdou a centralidade da teoria utilitarista e a ideia de transformar as humanidades – incluindo o direito – em ciências metodologicamente controladas.

Já em seu primeiro escrito, um artigo sobre direito de sucessão publicado em 1824, Austin afirmou que “uma instituição ou costume deve ser enaltecido ou censurado conforme tenda a incrementar ou diminuir a soma da felicidade. Em síntese, o critério a que ele deve ser submetido é a utilidade” (AUSTIN, 1824, p. 507, tradução nossa).²⁵

Essa convicção de Austin na ética utilitarista permaneceu por toda sua vida, conforme testemunha Stuart Mill (2006), sobrevivendo intacta às severas alterações pelas quais passaram as suas crenças políticas.

Mas, em que pese a forte influência de Bentham sobre o pensamento moral de Austin, não se pode dizer que a doutrina utilitarista deste fosse idêntica à daquele. Um dos principais elementos de diferenciação da formulação teórica de Austin é o seu diálogo com o *utilitarismo teológico*. Em Austin, o princípio da utilidade está relacionado com as *leis divinas*, servindo como indício ou sinal para o desvelamento das leis de Deus não-reveladas.²⁶

As leis divinas exercem, de fato, um importante papel no sistema ético austiniano, pois é a partir delas que se pode avaliar as leis humanas (o direito positivo e a moral positiva). Para Austin (1998), a lei divina é o teste último de adequação das leis humanas. Em suas

²⁵ No original: [...] an institution or custom must be praised or blamed as it tends to increase or diminish the sum of happiness. In a word, the test to which it must be submitted is, utility.

²⁶ Rumble (1985) sustenta que o mais notável elemento da ética utilitarista de Austin é a regra de direito divino, que aproxima sua ética de Locke e dos utilitaristas teológicos, por um lado, mas a afasta da ética de Bentham e de J. Stuart Mill, por outro. Para estes últimos, a ética é lógica e explicitamente independente das leis de Deus.

palavras, “a lei divina é a medida ou teste do direito e da moral positiva: ou (mudando os termos) direito e moral, na medida em que *são* o que *devem* ser, se conformam, ou não se opõem, à lei de Deus” (AUSTIN, 1911, p. 83).²⁷

Por essa razão, pode-se afirmar que o núcleo da moral austiniana é composto por regras de origem divina. Elas formam o parâmetro superior e ideal a partir do qual se deve avaliar as regras humanas, jurídicas ou morais. Nesse ponto, como observa Mansilla, Austin “se desprende de sua pretendida epistemologia empirista [...], e assume a existência de entidades éticas independentes da atividade humana” (MANSILLA, 2001, p. 445, tradução nossa).²⁸

Ao admitir tais entidades metafísicas (leis divinas) como o núcleo de sua ética, Austin se envolve no problema de como é possível conhecer tais entidades. Nem todas as leis divinas são imediatamente conhecidas pelos homens: a par das leis divinas reveladas ou expressas, que foram entregues aos homens através de mensagens linguísticas (e que são, portanto, de fácil acesso), existe uma imensa gama de leis divinas não-reveladas ou tácitas, que só podem ser conhecidas através de sinais indiretos.

Assim, para tornar o seu sistema ético operacional, Austin precisava recorrer a algum critério seguro capaz de permitir aos homens atingir o conhecimento das leis divinas não-reveladas. E é exatamente nesse ponto que aparece a defesa austiniana do princípio da utilidade geral.

O princípio da utilidade geral é considerado por Austin como o único critério racional para o conhecimento dos comandos tácitos de Deus. O argumento de que Austin (1998) se vale para fazer a ligação entre as leis divinas e o princípio da utilidade pode ser resumido do seguinte modo: considerando a benevolência divina, pode-se presumir que o criador não deseja a infelicidade de suas criaturas, mas, ao contrário, deseja a todas elas a maior felicidade possível. Pode-se, portanto, compreender o sentido das leis divinas não-reveladas a partir das consequências que as ações humanas produzem sobre a felicidade geral. Se uma classe de ações implica a infelicidade geral, ela viola a lei de Deus; se, ao contrário, concorre para a felicidade geral está em conformidade com a lei divina.

Austin expressa esse argumento da seguinte maneira:

Deus planeja a felicidade de todas as suas criaturas sensíveis. Algumas ações humanas favorecem esse propósito benevolente, ou suas tendências são benéficas ou

²⁷ No original: the divine law is the measure or test of positive law and morality: or (changing the phrase) law and morality, in so far as they are what they ought to be, conform, or are not repugnant, to the law of God.

²⁸ No original: [...] se separa de su pretendida epistemología empirista [...] y asume la existencia de entidades éticas independientes de la actividad humana.

úteis. Outras ações humanas são adversas a esse propósito, ou suas tendências são danosas ou perniciosas. As primeiras, na medida em que promovem o seu propósito, foram ordenadas por Deus. As últimas, como se opõe ao seu propósito, foram proibidas por Deus (AUSTIN, 1911, p. 106, tradução nossa).²⁹

Pode-se concluir que o princípio da utilidade geral não é, por si mesmo, o parâmetro último de avaliação da ação humana: ele é apenas um indicativo ou um sinal do verdadeiro parâmetro que são as leis divinas. Por essa razão, Austin (1998) sustenta que o princípio da utilidade é o teste próximo ou imediato da ação humana e a lei divina é o seu teste último.

É importante ressaltar, entretanto, que, apesar de ser o melhor critério para a determinação das leis divinas não-reveladas, o princípio da utilidade não é infalível. Há muitos casos nos quais o princípio da utilidade não consegue indicar qual é a lei divina que deve reger uma determinada classe de ações. Isso ocorre em virtude das dificuldades que envolvem o prognóstico e a avaliação dos efeitos das variadas ações humanas.

Como expressou Austin, sendo as “ações infinitamente variadas, e estando seus efeitos infinitamente diversificados, o trabalho de classifica-las completamente e de coletar seus efeitos de forma completa transcende as limitadas faculdades das criaturas finitas” (AUSTIN, 1998, p. 83, tradução nossa).³⁰ Austin (1998), portanto, se vê obrigado a resignar-se ao fato de que, em muitos casos, o princípio da utilidade lança apenas uma luz muito tênue sobre as questões éticas.

Com essa breve explanação da ética utilitarista de Austin, pode-se passar ao problema da influência de seu pensamento moral sobre o seu conceito de direito, especialmente no tocante à tese da separação entre o direito e a moral.

A relação entre o pensamento ético e jurídico de John Austin tem sido negada há tempos por grande parte dos estudiosos. Segundo Rumble, os estudiosos de Austin “são virtualmente unânimes [...] no sentido de que sua ética utilitarista não possui qualquer relação com sua filosofia do direito” (RUMBLE, 1985, p. 60, tradução nossa).³¹

²⁹ No original: God designs the happiness of all his sentient creatures. Some human actions forward that benevolent purpose, or their tendencies are beneficent or useful. Other human actions are adverse to that purpose, or their tendencies are mischievous or pernicious. The former, as promoting his purpose, God has enjoined. The latter, as opposed to his purpose, God has forbidden.

³⁰ No original: and, these actions being infinitely various, and their effects being infinitely diversified, the work of classing them completely and of collecting their effects completely, transcends the limited faculties of created and finite beings.

³¹ No original: they are virtually unanimous, however, that his utilitarian ethics are wholly unrelated to his jurisprudence.

Nesse sentido, aliás, é bastante ilustrativa a visão de Henry Maine, grande crítico de Austin no século XIX, que afirmou: “a verdade é que o sistema de Austin é compatível com qualquer teoria ética” (MAINE, 1875, p. 368).³²

Apesar disso, sabe-se que Austin atribuiu grande importância à discussão ética em suas obras de teoria do direito.

Sua esposa, Sarah Austin (1869), relatou que Austin meditou durante muito tempo sobre a necessidade de elaborar um tratado mais amplo que abarcasse os campos da ética e da ciência do direito, analisando suas relações recíprocas. Em razão desse propósito, Austin recusou diversos apelos para preparar uma segunda edição para o *The Province of Jurisprudence Determined* por sentir que o livro possuía falhas que passaram despercebidas aos críticos e por entender que ele precisava ser totalmente reescrito.

Ainda segundo Sarah, o desejo de Austin de reformular inteiramente seu livro era fruto, em grande medida,

da convicção, que vinha continuamente ganhando força em sua mente, de que até que as noções éticas dos homens fossem mais claras e consistentes, não se poderia esperar nenhum progresso considerável na ciência jurídica ou política, nem, conseqüentemente, nas instituições jurídicas e políticas (AUSTIN, 1869, p. 16-17, tradução nossa).³³

Esse relato de Sarah demonstra bem o grau da preocupação de Austin com a relação entre as teorias ética e jurídica. Sarah transcreve também o trecho de um programa de trabalho que Austin pretendia executar, no qual o ele mesmo assevera que “o direito positivo (ou *jus*), a moral positiva (ou *mos*), juntamente com os princípios que formam os critérios de avaliação de ambos, são partes inseparavelmente conectadas de um vasto todo orgânico” (AUSTIN *apud* AUSTIN, 1869, p. 17, tradução nossa).³⁴

Sabe-se, contudo, que Austin não conseguiu executar esse projeto, razão pela qual não é possível avaliar o aprofundamento de suas reflexões sobre direito e ética. Não obstante, como assevera Mansilla (2001), há diversos indícios desse ambicioso projeto nos escritos deixados por ele.

Merece destaque o fato de que em sua única obra publicada em vida, o *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin tenha dedicado três dos seis capítulos que compõe o

³² No original: the truth is that Austin's system is consistent with any ethical theory [...]

³³ No original: from the conviction, which had continually been gaining strength in his mind, that until the ethical notions of men were more clear and consistent, no considerable improvement could be hoped for in legal or political science, nor, consequently, in legal or political institutions.

³⁴ No original: positive law (or *jus*), positive morality (or *mos*) together with the principles which form the text of both, are the inseparably connected parts of a vast organic whole.

livro à discussão de questões éticas, com destaque para a elucidação e a defesa do princípio da utilidade.

Diante dessas evidências, muitos intérpretes sustentaram que as páginas do *The Province* dedicadas à ética estariam desconectadas do restante da obra. Henry Maine, por exemplo, referindo-se às questões éticas discutidas nos capítulos 2, 3 e 4 daquela obra, afirmou que a “devoção [de Austin] a esta filosofia [utilitarismo], associada com o que eu considero ser uma sistematização deficiente, produziu o mais grave defeito em *The Province of Jurisprudence Determined*” (MAINE, 1875, p. 369).³⁵ E, mais adiante, concluiu:

Eu duvido muito que uma tal pesquisa pareça ter sido invocada em um tratado como o de Austin. Na melhor das hipóteses, é uma discussão que pertence não à filosofia do direito, mas à filosofia da legislação. O jurista, propriamente entendido, não tem nada a ver com qualquer padrão ideal do direito ou da moral (MAINE, 1875, p. 370).³⁶

Entretanto, essa interpretação feita por Maine e por outros pesquisadores parece não tomar a sério as afirmações do autor. No início do *The Province*, ao fazer uma explanação geral dos capítulos da obra, Austin explicou que a exposição ética que desenvolve nos capítulos 2, 3 e 4 “pode parecer algo impertinente ao objeto e ao propósito de meu curso”. Entretanto, afirmou ele, essa exposição “constitui um nexos necessário” entre uma “série de lições sistemáticas voltadas para o fundamento da filosofia do direito” (AUSTIN, 1998, p. 4, tradução nossa).³⁷

Ao procurar explicar melhor em que consiste esse nexos entre a justificação ética e a teoria jurídica, Austin (1998) afirmou que, sem a exposição das teorias éticas, não se pode compreender corretamente a distinção entre o direito e a moral, distinção que se dava, então, pela diferenciação dos conceitos de direito positivo e direito natural.

Austin afirma ainda que

embora a ciência da legislação (ou do direito positivo como ele *deveria* ser) não se confunda com a ciência do direito (ou do direito positivo como ele *é*), tais ciências, sem embargo, estão conectadas por numerosos e indissolúveis vínculos. Por conseguinte, a natureza do sinal indicativo dos comandos tácitos de Deus é um assunto de suma importância para a ciência da legislação, constituindo também um

³⁵ No original: devotion to this philosophy, coupled with what I hold to be a faulty arrangement, has produced the most serious blemish in the Province of Jurisprudence Determined.

³⁶ No original: I much doubt whether such an enquiry would have seemed called for in a treatise like Austin's. Taken at its best, it is a discussion belonging not to the philosophy of law but to the philosophy of legislation. The jurist, properly so called, has nothing to do with any ideal standard of law or morals.

³⁷ No original: the exposition of the three hypotheses or theories, may seem somewhat impertinent to the subject and scope of my Course. But in a chain of systematical lectures concerned with the rationale of jurisprudence, such an exposition is a necessary link.

objeto adequado e fundamental à conexas ciência do direito (AUSTIN, 1998, p. 6-7, tradução nossa).³⁸

Considerando esses indicativos de que Austin pretendeu indicar uma relação mais profunda entre o utilitarismo e sua filosofia jurídica, é importante reexaminar, por outro prisma, os fundamentos de sua tese da separação.

As pesquisas no âmbito do positivismo ético podem ser de grande utilidade nessa tarefa. Por esse ângulo, o positivismo pode ser compreendido mais como um capítulo de uma teoria ética mais ampla do que como uma teoria simplesmente descritiva do direito. A ideia central dessa doutrina, qual seja, a de que a tese da separação deve ser adotada em consideração a determinados valores morais e políticos, fornece uma nova ferramenta interpretativa ou uma nova posição hermenêutica para a compreensão da tese da separação em John Austin.

Essa nova situação hermenêutica, possibilitada pelo positivismo ético, revitaliza a interpretação que Wilfrid Rumble, ainda na década de 80, atribuiu à teoria do direito de Austin.

Sabe-se que Austin não formulou a tese da separação apenas por uma questão conceitual (que, sem dúvida, ele considerava extremamente relevante), mas a defendeu, também, em atenção a questões éticas.

Segundo Rumble (1985) a ética utilitarista aparece como uma razão (embora não seja a única) para a concepção de direito de Austin. Em seu entender, no pensamento de Austin, o utilitarismo tem forte influência sobre a distinção do direito como é e como deveria ser. Para ele, a filosofia do direito de Austin não é eticamente neutra como se costuma afirmar.

Austin formulou a sua tese da separação no bojo de uma crítica que dirigiu a William Blackstone. Segundo a interpretação feita por Austin (1998), Blackstone afirma, em seu tratado sobre a *common law*, que uma lei que entre em conflito com a lei divina não é uma lei, isto é, a existência da norma jurídica dependeria de sua conformidade com a lei de Deus.

Rumble (1985) observou que a crítica de Austin a essa assertiva de Blackstone se deu em duas bases distintas: de um lado, Austin negou, no plano fático, a veracidade daquela afirmação; de outro, criticou, com fundamento no princípio da utilidade, as consequências práticas da assertiva de Blackstone.

³⁸ No original: now, though the science of legislation (or of positive law as it ought to be) is not the science of jurisprudence (or of positive law as it is), still the sciences are connected by numerous and indissoluble ties. Since, then, the nature of the index to the tacit command of the Deity is na all-important object of the Science of legislation, it is a fit and important object of the kindred science of jurisprudence.

Primeiramente, Austin observa que a afirmação de Blackstone não é confirmada historicamente pelos fatos, já que as leis humanas mais avessas à lei divina têm sido continuamente aplicadas pelos tribunais como leis.

Nesse sentido, as palavras de Austin são incisivas:

Agora, dizer que as leis humanas que colidem com as leis divinas não são vinculantes, isto é, que não são leis, é dizer um absurdo. As leis mais nocivas e, portanto, aquelas mais opostas à vontade de Deus, tem sido continuamente aplicadas como leis pelos tribunais de justiça. [...] Uma exceção, objeção ou alegação fundadas na lei de Deus, nunca foi aceita em uma Corte de justiça, desde a criação do mundo até o momento presente (AUSTIN, 1998, p. 185).³⁹

Contudo, há também uma base utilitarista para a crítica de Austin. Segundo ele (1998), a afirmação de Blackstone enseja confusão entre o que é o direito e o que ele deveria ser. Essa confusão, na visão de Austin, produz efeitos perniciosos: fazer a existência do direito depender de sua correção ética é criar confusão cujos efeitos são socialmente indesejáveis.

Segundo Austin (1998), o pior efeito social que pode derivar dessa confusão é a anarquia (o desgoverno ou o não-governo), causada por uma crise de desobediência ao direito positivo. Para Austin, os efeitos sociais de uma sociedade sem governo são ruins, em razão da falta de segurança jurídica que a caracteriza.

A segurança é um valor muito caro para Austin, um valor suficiente para fundamentar a necessidade de um direito positivo claro e preciso. Ao analisar os diversos sentidos da palavra *equity*, Austin (1885) observa que o termo estava sendo utilizado em sua época com o sentido de uma liberação arbitrária da observância das regras. Reprovando esse sentido da palavra, Austin afirma que “se as nossas Cortes de *Equity* fossem tribunais arbitrários, elas destruiriam a segurança e o sentimento de segurança que deve ser o principal fim do governo político e do direito” (AUSTIN, 1885, p. 577, tradução nossa).⁴⁰

Desse modo, é em virtude da segurança, entendida como principal fim do direito, que Austin (1998) sustenta que a obediência ao governo estabelecido é geralmente desejada por Deus. A rejeição do direito positivo em virtude de algum critério moral poderia levar à desobediência generalizada e, conseqüentemente, à insegurança jurídica.

³⁹ No original: now, to say that human laws which conflict with the Divine law are not binding, that is to say, are not laws, is to talk stark nonsense. The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. [...] An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.

⁴⁰ No original: it is manifest on a moment's reflection, that, if our Courts of Equity were arbitrary tribunals, they would destroy the security, and the feeling of security, which ought to be the principal end of political government and law.

A regra, portanto, para Austin, deve ser a obediência ao direito positivo:

Provar mediante razões pertinentes que uma lei é nociva é altamente útil, porque tal processo pode conduzir à derrogação da mesma lei. Incitar as pessoas à resistência em virtude de determinados motivos derivados da utilidade pode ser proveitoso, porque a resistência, baseada em critérios de valor claros e definitivos, é algumas vezes benéfica. Porém proclamar em geral que todas as leis nocivas ou contrárias à vontade de Deus são nulas e intoleráveis equivale a pregar a anarquia, hostil e perigosa tanto para o regime mais sábio e benéfico quanto para a mais estúpida e irritante tirania (AUSTIN, 1998, p. 186).⁴¹

Disso resulta que, no sistema austiniano, o direito existe e deve existir para a manutenção de um determinado valor (a segurança) e que a confusão das normas jurídicas com outros fenômenos normativos produz insegurança, efeito prático socialmente indesejado. Em outras palavras, a cuidadosa distinção entre direito e moral é *socialmente desejável*.

Rumble (1985) pretende demonstrar que a crítica de Austin aos efeitos sociais da confusão entre direito e moral explica porque ele utiliza tanto espaço em sua obra jurídica para a discussão de questões éticas: a correta compreensão do princípio da utilidade é essencial, porque é partir dele que se fundamenta a opção teórica pela doutrina positivista. Assim, segundo Rumble, “uma explicação e defesa do utilitarismo é, portanto, um necessário e consistente degrau no desenvolvimento da filosofia do direito positivo de Austin” (RUMBLE, 1985, p. 87, tradução nossa).⁴²

Por fim, considerando que a tese da separação é o tema central do positivismo jurídico, pode-se concluir, ainda com Rumble (1985), que a fundamentação utilitarista da tese separação entre o direito e a moral faz da versão de Austin um tipo especial de positivismo jurídico. Trata-se de um traço distintivo do positivismo jurídico de Austin que não aparece na literatura juspositivista posterior.

Percebe-se, portanto, que Austin desenvolveu sua doutrina juspositivista sobre um terreno marcadamente ético. Sua defesa da separação entre direito e moral se fez em consideração a razões morais. Dessa forma, é possível afirmar que o positivismo jurídico defendido por Austin foi, no seu tempo e guardadas as devidas proporções, um tipo de *positivismo ético*.

⁴¹ No original: to prove by pertinent reasons that a law is pernicious is highly usfull, because such process may lead to the abrogation of the pernicious law. To incite the public to resistance by determinate views of *utility* may be usefull, for resistance, grounded on clear and definite prospects of good, is sometimes beneficial. But to proclaim generally that all laws which are pernicious or contrary to the will of God are void and not to be tolerated, is to preach anarchy, hostile and perilous an much to wise and benign rule as to stupid and galling tyranny.

⁴² No original: an explanation and defence of utilitarianism is therefore a necessary and consistent step in the development of Austin's philosophy of positive law.

CONCLUSÃO

Apesar de ser uma teoria voltada para a indicação de um modelo teórico ideal para os sistemas jurídicos contemporâneos, as conclusões do positivismo ético possuem uma força explicativa da tradição que não pode ser ignorada.

Ao defender a teoria positivista do direito como uma escolha ética, realizada em virtude de sua capacidade de proteger e implementar determinados valores, o positivismo ético abre-se honestamente à crítica. Deixa de ser uma teoria voltada para mera explicação neutra e distanciada do fenômeno jurídico e se assume como uma escolha que tem por fundamento a importância de determinados valores sociais.

A partir de então, é possível perguntar pelos valores que subjazem e justificam uma determinada teoria positivista do direito, bem como problematizar se a importância desses valores é de tal monta que seja capaz de justificar a exclusão, em qualquer caso, da argumentação moral no âmbito do direito.

John Austin, para além da notória preocupação conceitual que existe em sua teoria jurídica, justificou a adoção do seu conceito de direito a partir de determinados valores que lhe pareciam fundamentais.

Considerando o princípio da utilidade como indicador das leis divinas – o modelo ao qual as leis humanas devem se adequar – Austin sustenta que a existência de uma sociedade sem governo (que ele chama de “anarquia”) é algo extremamente ruim. Em sua visão, portanto, é a vontade de Deus que as leis humanas sejam obedecidas pelos súditos, sob pena de se regredir ao estado de barbárie.

Por isso, é necessário que a determinação daquilo que o direito positivo é se dê de modo simples, direto e incontroverso. Em sua teoria, a determinação da juridicidade de uma regra ocorre com a identificação da fonte de que ela emana: as leis positivas ou normas jurídicas são os comandos gerais que emanam do soberano de uma sociedade política independente.

Dessa forma, a identificação de uma lei positiva na teoria austiniana não requer que se apele a nenhum padrão moral. Além disso, uma vez identificado, é necessário que o direito positivo seja obedecido, já que sua generalizada inobservância equivale ao desgoverno (a anarquia) tão repudiado por Austin como um estado de coisas contrário às leis de Deus.

Quando se confunde o âmbito do direito com outros âmbitos normativos e se questiona a existência ou a validade de uma lei positiva com base em sua inadequação em

relação a algum parâmetro moral, a consequência direta é a insegurança jurídica – entendida como falta de previsibilidade sobre a aplicação das normas jurídicas.

A precisa distinção conceitual entre o direito e a moral é uma necessidade prática, já que a confusão do direito com outros âmbitos normativos pode ter como consequência a desobediência da lei positiva, sob o pretexto de se acatar o teor de uma norma de outra natureza que regula a mesma questão de modo diverso da norma jurídica. Admitir essa postura por parte dos destinatários da norma jurídica equivaleria a fazer ruir a principal finalidade do direito, que, segundo Austin, é garantir a segurança e, mais do que isso, o sentimento de segurança da população.

Com base nesse argumento eticamente fundado, Austin justifica a tese da separação, afirmando que o trabalho do jurista é identificar e aplicar a lei positiva tal como ela é, deixando ao criador do direito as considerações deontológicas.

Logo, é possível perceber que já no limiar do seu desenvolvimento como uma teoria do direito, o positivismo jurídico aparece como uma doutrina eticamente justificada. O que nos resta indagar acerca da proposta de Austin é se a introdução da argumentação moral no âmbito jurídico conduz necessariamente à anarquia e se a segurança jurídica (ou o sentimento de segurança) é um valor tão elevado a ponto de justificar a obediência a decisões moralmente inaceitáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **História da filosofia**. v. 10. Trad. Armando da Silva Carvalho e Antônio Ramos Rosa. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1978. Título original: Storia della filosofia.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, sept. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., Trad. e Estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado. In: AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 338 p. Título original: The province of jurisprudence determined.

AUSTIN, John. **A plea for the constitution**. 2. ed. London: John Murray, 1859. 42 p.

AUSTIN, John. Centralization. **The Edinburgh Review**: or critical journal, Edinburgh, v. 85, n. 171, p. 221-260, Jan./Apr. 1847.

AUSTIN, John. Disposition of property by will – Primogeniture. **The Westminster Review**, Londres, v. 2, n. 4, p. 503-553, jul./out. 1824.

AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 338 p. Título original: The province of jurisprudence determined.

AUSTIN, John. Joint Stock Companies. **Parliamentary History and Review**, London, p. 709-727, 1826.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 5. ed. rev. and edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1911. v. 1.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 5. ed. rev. and edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1885. v. 2.

AUSTIN, John. List on the principles of the German Customs-Union. **The Edinburgh Review**: or critical journal, Edinburgh, v. 75, n. 152, p. 515-556, Apr./July 1842.

AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**: and the uses of the study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. 396 p. (Hackett Classics Series)

AUSTIN, Sarah. Preface. In: AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. 3. ed. rev. and edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1869. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p. (Coleção elementos de direito)

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. Trad. Ángeles Ródenas. **Doxa**: Cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 25, p. 303-331, 2002.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. Revisão de Isabella Soares Micali. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 120 p. Título original: Le droit anglais.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 301 p. Coleção Professor Gilmar Mendes.

GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. 6. ed. New York: Barron's Educational Series, 2010. 595 p.

HAMBURGER, Lotte; HAMBURGER, Joseph. **Troubles lives**: John and Sarah Austin. Toronto: University of Toronto Press, 1985. 261 p.

HART, H. L. A. Introduction. In: AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**: and the uses of the study of Jurisprudence. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. 396 p. (Hackett Classics Series)

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito org. por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Rev. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Rev. tec. Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 399 p. Título original: The concept of law.

HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Trad. José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rev. tec. Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do Direito)

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Rev. Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 2000.

MAINE, Henry Sumner. **Lectures on the early history of institutions**. New York: Henry Holt and Company, 1875. 412 p.

MANSILLA, Isabel Turégano. **Derecho y moral em John Austin**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 562 p. (Colección el Derecho y la Justicia)

MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2006. 253 p. Título original: Autobiography.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. e Introdução Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000. 94 p. Título original: the utilitarianism.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **DOXA**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004.

MORISON, William L. **John Austin**. Stanford: Stanford University Press, 1982. 239 p. (Jurists: profiles in legal theory).

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. 289 p.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: do romantismo ao empiriocriticismo. v. 5. Trad. Ivo Storniolo. Revisão Zolferino Tonon. São Paulo: Paulus, 2005. Título original: Storia della filosofia: v. III, Dal romanticismo ai nostri giorni.

ROSS, Janet. **Three generations of english women**: memoirs and correspondence of Susannah Taylor, Sarah Austin and Lady Duff Gordon 2. ed. London: T. Fisher Unwin, 1893. 571 p.

RUMBLE, Wilfried E. **Doing Austin Justice**: the reception of John Austin's philosophy of law in nineteenth-century England. London; New York: Continuum, 2005. 270 p.

RUMBLE, Wilfried E. **The thought of John Austin**: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. London: Athlone Press; Dover: New Hampshire, 1985. 278 p.