CONCEITO E VALIDADE DO DIREITO

Robert Alexy

Organização
ERNESTO GARZÓN VALDÉS, HARTMUT KLIEMT,
LOTHAR KUHLEN E RUTH ZIMMERLING

Tradução
GERCÉLIA BATISTA DE OLIVEIRA MENDES

Revisão da tradução
KARINA JANNINI

*wmf*martinsfontes

SÃO PAULO 2009

Esta obra foi publicada originalmente em alemão com o título
BEGRIFF UND GELTUNG DES RECHTS, 2ª EDIÇÃO, 2005
por Verlag Karl Alber, Freiburg im Breisgau
Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts © Verlag Karl Alber, Freiburg im Breisgau.

"A tradução desta obra foi apoiada pelo Goethe-Institut, financiado pelo Ministério das Relações Exteriores da Alemanha."

Copyright © 2009, Editora WMF Martins Fontes Ltda., São Paulo, para a presente edição.

1ª edição *2009*

Tradução
GERCÉLIA BATISTA DE OLIVEIRA MENDES

Revisão da tradução
Karina Jannini
Acompanhamento editorial
Luzia Aparecida dos Santos
Revisões gráficas
Andréa Stahel M. da Silva
Ivani Aparecida Martins Cazarim
Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Alexy, Robert
Conceito e validade do direito / Robert Alexy ; Organização Ernesto Garzón Valdés... [et al]. ; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009. – (Biblioteca jurídica WMF)

Título original: Begriff und Geltung des Rechts
Outros organizadores: Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling.
ISBN 978-85-7827-163-3

1. Eficácia e validade da lei 2. Positivismo jurídico I. Garzón Valdés, Ernesto. II. Kliemt, Hartmut. III. Kuhlen, Lothar. IV. Zimmerling, Ruth. V. Título. VI. Série.

09-06338 CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:
1. Conceito e validade do direito 340.12

Todos os direitos desta edição reservados à
Editora WMF Martins Fontes Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3101.1042
e-mail: info@wmfmartinsfontes.com.br http://www.wmfmartinsfontes.com.br

SUMÁRIO

Capítulo 1
O problema do positivismo jurídico

I. As posições fundamentais 3
II. A relevância prática da polêmica acerca do positivismo jurídico 6
1. A injustiça legal 6
2. A formação do direito 9

Capítulo 2
O conceito de direito

I. Principais elementos 15
II. Conceitos positivistas de direito 17
1. Conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia 17
1.1. Aspecto externo 18
1.2. Aspecto interno 19
2. Conceitos de direito primariamente orientados para a normatização 20
III. Crítica dos conceitos positivistas de direito .. 24
1. A tese da separação e a tese da vinculação .. 24

I. As posições fundamentais

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos[1], duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista.

Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: "Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito."[2*]

---

1. Assim, apenas para citar um exemplo, até hoje são distintas as respostas que se dão à pergunta, relatada por Xenofonte, feita por Alcibíades a Péricles: "Então, quando um tirano apodera-se de um Estado e impõe aos cidadãos o que eles devem fazer, isso também é uma lei?" (Xenofonte 1917, p. 16), se entendemos por "lei" uma lei juridicamente válida.

2. Kelsen, 1960, p. 201.

* Todos os trechos de outros autores citados nesta obra foram traduzidos diretamente a partir do original alemão de Robert Alexy. [N. da T.]

Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade[3] e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico[4] resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição[5]. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância.

Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conceito de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que o diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o conceito de direito

3. As expressões "legalidade conforme o ordenamento" e "legalidade dotada de autoridade" podem ser empregadas como sinônimas ou não. São empregadas como sinônimas quando se referem, em igual medida, a normas que estatuem a competência para o estabelecimento de normas, ou seja, que determinam quem está autorizado a estabelecer normas e de que forma. Ao estabelecer os critérios para a legalidade conforme o ordenamento, essas normas fundamentam a autoridade normativa. O que é estabelecido conforme o ordenamento também acaba sendo, sob essa condição, estabelecido com autoridade e vice-versa. Em contrapartida, as duas expressões não são empregadas como sinônimas quando apenas a expressão "legalidade conforme o ordenamento" refere-se a normas de competência, e a expressão "legalidade dotada de autoridade" remete apenas ou também ao poder fáctico para o estabelecimento de normas. Aqui é suficiente indicar essas variantes de significado. Como o fator do poder pode ser classificado como aspecto da efetividade da eficácia social, ambas as expressões serão empregadas, na sequência, como sinônimas. Na maioria das vezes, falar-se-á apenas em "legalidade conforme o ordenamento".

4. Cf. a respeito Ott, pp. 33-98.

5. Cf. R. Dreier, 1991, p. 96.

deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais. Mais uma vez, são possíveis as mais diversas interpretações e ponderações.

II. A relevância prática da polêmica acerca do positivismo jurídico

A polêmica acerca do conceito de direito é uma polêmica sobre o que é direito. A esse respeito, todo jurista tem uma ideia mais ou menos clara que se exprime em sua prática. De modo geral, o conceito de direito que serve de base à prática jurídica é postulado como evidente, e, em casos comuns, mesmo quando sua solução é contestável, considera-se desnecessário fazer reflexões acerca de tal conceito. O mesmo não acontece nos casos incomuns. Nestes, o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se um problema premente. Isso pode ser esclarecido com base em duas decisões do Tribunal Constitucional Federal.

1. A INJUSTIÇA LEGAL

Na primeira decisão, aquela sobre a cidadania [*Staatsangehörigkeitsbeschluß*], de 1968, trata-se do problema da injustiça legal. Por motivos racistas, o § 2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941 (RGBl. [*Reichsgesetzblat, Diário Oficial do* Reich] I, p. 722), privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal Constitucional Federal tinha de decidir

se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdam pouco antes da Segunda Guerra Mundial, devia perder a cidadania alemã de acordo com esse dispositivo. Em 1942, o advogado foi deportado de Amsterdam. Nada se sabia sobre seu destino ulterior. Por isso, era de supor que havia morrido, o que significa que se devia excluir a possibilidade de ele recuperar a cidadania alemã nos termos do art. 116, § 2 da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que o advogado nunca havia perdido sua cidadania alemã, uma vez que o 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich* era nulo *ab initio*. Eis sua fundamentação:

> "O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um 'legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [*Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos 'jurídicos' nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).
>
> O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [*Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht*, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563; BGHZ [*Entscheidungen des Bundes-*

gerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela 'desnaturalização' declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada."[6]

Esse é um argumento clássico do não positivismo. Uma norma estabelecida conforme o ordenamento e socialmente eficaz durante sua vigência tem sua validade ou – nesse ponto, a decisão não é unívoca – seu caráter jurídico negados porque infringe o direito suprapositivo.

Pode-se perguntar se na decisão sobre a cidadania esse argumento era realmente necessário. O Tribunal poderia ter tentado fundamentar sua conclusão aludindo exclusivamente ao fato de que o reconhecimento *atual* da eficácia jurídica da desnaturalização infringe tanto o princípio geral da igualdade, presente no art. 3, § 1 da Lei Fundamental, quanto a proibição de discriminação do art. 3, § 3 da Lei Fundamental.. No que se refere à decisão sobre a cidadania, essa possibilidade pode até minorar o peso do argumento não positivista, mas não sua relevância geral. Nem toda situação em que devem ser julgadas as consequências jurídicas de um regime injusto pode receber a aplicação de uma constituição como a da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Além disso, existem casos nos quais importa saber se a norma era nula desde o início, e uma constituição ulterior não tem como fazer isso. Basta pensar, por exemplo, em normas de um regime injusto, normas essas estabelecidas conforme o ordenamento e socialmente eficazes, que exijam ou autorizem medidas que atentem contra os direitos humanos[7]. Se aqueles que agiram de acordo com essas normas podem ser punidos após a derrocada desse regime injusto é uma questão que depende essencialmente – se não for promulgada nenhuma lei retroativa – do fato de essas normas terem sido nulas ou não desde o início.

6. BVerfGE [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão] 23, 98 (106).

2. A FORMAÇÃO DO DIREITO

Na segunda decisão, aquela sobre a formação do direito [*Rechtsfortbildungsbeschluß*], de 1973, trata-se da admissibilidade da formação do direito por parte do juiz em contradição com o enunciado de uma lei, ou seja, da admissibilidade de uma decisão *contra legem*. De acordo com o § 253 do BGB [*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão], exclui-se a indenização em dinheiro por danos imateriais, salvo nos casos estritamente delimitados e previstos em lei. O Supremo Tribunal de Justiça alemão não se ateve a essa regra. Desde 1958, já concedeu em muitos casos indenização em dinheiro para lesões graves do direito de personalidade. No caso em tela, tratava-se da publicação por uma revista semanal de uma entrevista inventada sobre assuntos particulares e que teria sido concedida pela princesa Soraya, ex-mulher do último xá do Irã. O Supremo Tribunal de Justiça alemão concedeu à princesa Soraya uma indenização no valor

7. Cf., por exemplo, BGHSt [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Decisões em matéria penal do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 2, 173 (174 ss.).

de 15.000 marcos alemães. Isso contrariava o enunciado do § 253 do BGB, que admite a compensação por danos imateriais "somente nos casos determinados por lei". Evidentemente, o caso da princesa Soraya não estava entre eles. O Tribunal Constitucional Federal aprovou a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça alemão. Eis uma parte essencial de sua fundamentação:

> "A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à 'lei e ao direito' (art. 20, § 3). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência."[8]

Essa decisão é controversa. A crítica que se faz ao Tribunal Constitucional Federal é que os tribunais civis não poderiam decidir por si próprios sobre uma restrição do enunciado do § 253 do BGB. Pelo contrário, nos ter-

8. BVerfGE 34, 269 (286 s.). Com efeito, em decisões ulteriores, relativas à formação judicial do direito, muitas vezes o Tribunal Constitucional Federal mostrou-se mais moderado ao manifestar-se contra o enunciado da lei, mas manteve sua admissibilidade fundamental; cf. BVerfGE 35, 263 (278 ss.); 37, 67 (81); 38, 386 (396 s.); 49, 304 (318 ss.); 65, 182 (190 ss.); 71, 354 (362 s.); 82, 6 (11 ss.).

mos do art. 100, § 1 da Lei Fundamental, mediante o controle concreto de normas, teriam de recuperar uma decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade do § 253 do BGB[9]. A legitimidade dessa objeção depende, por um lado, da pertinência ou não da interpretação não positivista da cláusula "lei e direito" do art. 20, § 3 da Lei Fundamental, e, por outro, de como deve ser definida a relação entre esse dispositivo e o art. 100, § 1 do mesmo diploma, caso aquela interpretação seja correta. Aqui interessa somente o primeiro aspecto. A frase: "O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas" conserva sua importância mesmo quando as decisões *contra legem* são consideradas inadmissíveis em geral, em virtude do processo previsto no sistema jurídico alemão pelo art. 100, § 1 da Lei Fundamental. O problema da decisão *contra legem* apresenta-se em todo sistema jurídico. Porém nem todo sistema jurídico conhece um processo de controle concreto de normas, da forma como ele é previsto pelo art. 100, § 1 da Lei Fundamental. Mais importante ainda é o fato de a relevância dessa frase ir além do âmbito das decisões *contra legem*, alcançando todos os casos duvidosos. Existirá um caso duvidoso, por exemplo, quando a lei a ser aplicada for imprecisa e as regras da metodologia jurídica não levarem necessariamente de modo exato a um resultado. Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defen-

9. Koch/Rüßmann, 1982, p. 255; cf. também Müller, 1986, pp. 69 s. O § 253 do BGB é direito pré-constitucional. Como direito pré-constitucional, e de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o § 253 do BGB só pode ser examinado mediante o controle concreto de normas se o legislador federal "o tiver assimilado a sua vontade" (BVerfGE 64, 217 (220)). Não fosse assim, os tribunais civis poderiam ter declarado o § 253 do BGB como parcialmente inconstitucional por infringir o art. 2, § 1 c/c art. 1, § 1 da Lei Fundamental. Desse modo, estaria eliminada para eles a barreira do enunciado.

de a tese do positivismo legal[10] deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente à resultados distintos, mas podem levar.

10. Aqui se contempla somente uma variante do positivismo, a do positivismo legal. O argumento pode ser facilmente trasladado para outras variedades do positivismo.

CAPÍTULO 2

O conceito de direito

I. Principais elementos

Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. No espaço compreendido entre esses dois extremos é possível conceber muitas formas intermediárias.

Essa tripartição mostra que o positivismo dispõe de dois elementos de definição. Um positivista excluirá o elemento da correção quanto ao conteúdo, mas, nesse caso, poderá definir a relação entre os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social de maneiras muito diferentes.

Surgem, assim, inúmeras variantes. Num primeiro momento, lançaremos um olhar sobre as diferentes ex-

pressões do positivismo jurídico. Em seguida, os conceitos positivistas de direito serão criticados como insuficientes.

II. Conceitos positivistas de direito

Os elementos da eficácia social e da legalidade conforme o ordenamento podem não apenas ser combinados entre si de diversas maneiras, como também ser interpretados de diferentes modos. Essa é a razão pela qual existe uma pluralidade quase inabarcável de conceitos positivistas de direito, que podem ser divididos em dois grupos principais: o dos conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia e o dos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização. A adição de "primariamente" tem por função tornar claro que, em regra, uma orientação representa apenas o ponto principal, o que significa que a outra não é totalmente excluída.

1. CONCEITOS DE DIREITO PRIMARIAMENTE ORIENTADOS PARA A EFICÁCIA

As definições de direito orientadas para a eficácia são encontradas sobretudo no campo das teorias sociológicas e realistas do direito. Elas se distinguem conforme se refiram ao aspecto externo ou interno de uma norma ou de um sistema normativo. Mais uma vez, na maioria dos ca-

sos, trata-se não de uma dicotomia estrita, mas de uma ponderação. Além disso, são frequentes as combinações[1].

1.1. Aspecto externo

O aspecto externo de uma norma consiste na regularidade de sua observância e/ou na sanção de sua não observância. O que importa é o comportamento observável, ainda que carente de interpretação. É nisso que se baseia a linha principal das definições sociológicas de direito. Exemplos disso são as definições de Max Weber e de Theodor Geiger. Max Weber afirma:

> "Um ordenamento se chamará: ... *direito*, quando for garantido externamente pela possibilidade de *coação* (física ou psíquica) por meio de uma ação, dirigida para a obtenção forçada da observância ou para a punição da violação, de um *grupo* de pessoas *especialmente* preparado para tanto."[2]

A definição de Theodor Geiger diz:

> "O que seria direito, ou seja, o conteúdo que, na prática, me parece deva ser designado com a palavra direito, já foi demonstrado com todos os pormenores: o ordenamento social da vida de um grande conjunto social centralmente organizado, contanto que esse ordenamento se

1. Um exemplo de combinação do aspecto externo com o interno pode ser encontrado em Ross, 1958, pp. 73 ss.

2. Weber, 1976, p. 17. Em seus detalhes, o conceito sociológico de direito de Max Weber é muito mais complexo do que o trecho citado faz parecer. Aqui, todavia, trata-se apenas da ideia fundamental. Isso também se aplica aos outros exemplos de definição. Para uma exposição mais detalhada do conceito de direito de Weber, cf. Loos, 1970, pp. 93 ss.

> apoie num aparelho punitivo, manejado de forma monopolística por órgãos especiais."[3]

Os conceitos de direito orientados para a eficácia e que se baseiam no aspecto externo também são encontrados no âmbito da jurisprudência, especialmente no instrumentalismo pragmático. Um exemplo famoso é a definição profética de Oliver Wendell Holmes:

> "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law."[4]*

Definições desse tipo orientam-se primariamente pela perspectiva do advogado.

1.2. Aspecto interno

O aspecto interno de uma norma consiste na motivação – independentemente de como ela é formada – de sua observância e/ou aplicação. O que importa são as disposições psíquicas. Um exemplo de definição baseado nesse aspecto é a de Ernst Rudolf Bierling, na qual o conceito do reconhecimento desempenha um papel central:

> "Direito, no sentido jurídico, é, de modo geral, tudo o que as pessoas que convivem em alguma comunidade reconhecem reciprocamente como norma e regra dessa convivência."[5]

3. Geiger, 1987, p. 297.

4. Holmes, 1897, pp. 460 s.; cf. também Summers, 1982, pp. 116 ss.

* A tradução das citações em língua estrangeira encontram-se a pp. 157-8. (N. do E.)

5. Bierling, 1894, p. 19.

Outra variante da definição de direito em que o aspecto interno desempenha um papel essencial na forma de uma expectativa normativa de comportamento é encontrada em Niklas Luhmann:

> "Podemos, então, definir o direito como a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento."[6]

2. CONCEITOS DE DIREITO PRIMARIAMENTE ORIENTADOS PARA A NORMATIZAÇÃO

Os conceitos de direito orientados para a normatização são encontrados sobretudo no âmbito da teoria analítica do direito , ou seja, no campo das correntes da teoria do direito que se dedicam, em primeiro lugar, à análise lógica ou conceitual da prática jurídica. Enquanto a perspectiva do observador predomina nos conceitos de direito orientados para a eficácia, naqueles orientados para a normatização é a perspectiva do participante, especialmente a do juiz, que está em primeiro plano.

Um exemplo clássico de um conceito de direito orientado para a normatização é o de John Austin. Segundo ele, o direito compõe-se de comandos:

> "Every law or rule... is a command."[7]

Um comando é definido pelo fato de ser reforçado por sanções:

6. Luhmann, 1972, p. 105.
7. J. Austin, 1885, p. 88.

> "A command is distinguished from other significations of desire, not by style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded."[8]

Nem todo comando é direito, somente aquele de uma instância politicamente superior:

> "Of the laws or rules set by men to men, some are established by political superiors, sovereign and subject: by persons exercising supreme and subordinate government, in independent nations, or independent political societies... To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied."[9]

Resumindo, pode-se dizer que Austin define o direito como a totalidade dos comandos de um soberano que são reforçados por sanções. É praticamente impossível existir uma orientação para a normatização mais forte do que essa. Todavia, os elementos da eficácia também não deixam de ter um papel importante na teoria de Austin, que, assim, combina o elemento da normatização com aquele da eficácia ao definir o soberano como alguém a quem costumeiramente se obedece:

> "If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society..."[10]

8. *Ibid.*, p. 89.
9. *Ibid.*, pp. 86 s.
10. *Ibid.*, p. 221.

Os representantes mais importantes do positivismo jurídico orientado para a normatização no século XX são Hans Kelsen e Herbert Hart. Kelsen define o direito como um "ordenamento normativo coativo"[11], cuja validade baseia-se numa norma fundamental pressuposta,

> "segundo a qual se deve obedecer a uma constituição efetivamente estabelecida, globalmente eficaz e, por conseguinte, às normas efetivamente estabelecidas conforme essa constituição e globalmente eficazes"[12].

O *status* dessa norma fundamental será tratado mais adiante[13]. Por enquanto, basta observarmos que se trata de uma norma totalmente neutra quanto a seu conteúdo, meramente pensada e que, segundo Kelsen, deve ser pressuposta caso se pretenda interpretar um ordenamento coativo como um ordenamento jurídico. Nesse caso importa apenas que a definição de Kelsen, embora primariamente orientada para a normatização, também inclui o elemento da eficácia:

> "Na norma fundamental, faz-se da normatização e da eficácia as condições de validade; eficácia no sentido de que ela deve acrescentar-se à normatização, de modo que o ordenamento jurídico como um todo, bem como a norma jurídica individual, não perca sua validade."[14]

Segundo Hart, o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de recognição ou de reconhecimento (*rule of recognition*). A função

11. Kelsen, 1960, pp. 45 ss.
12. *Ibid.*, p. 219.
13. Cf. *infra*, pp. 114 ss.
14. Kelsen, 1960, p. 219.

dessa regra corresponde à da norma fundamental de Kelsen. Todavia, conforme veremos em detalhes mais adiante, seu *status* é de um tipo completamente diferente[15]. Sua existência é um fato social:

> "The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."[16]

Para o sistema jurídico inglês, Hart formula uma parte essencial da regra da recognição ou do reconhecimento no seguinte enunciado: "What the Queen in Parliament enacts is law."[17]

15. Cf. *infra*, pp. 145 ss.
16. Hart, 1961, p. 107.
17. *Ibid.*, p. 104.