

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

Bobbio, Norberto, 1909 –

O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Biní, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

ISBN 85-274-0328-5

1. Direito 2. Direito – Filosofia 3. Positivismo 1. Morra, Nello, II.  
Título

95-0422

CDU-340.12

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Positivismo jurídico: Direito: Filosofia

NORBERTO BOBBIO

# O POSITIVISMO JURÍDICO

LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO

compiladas pelo Dr. NELLO MORRA

Tradução e notas

Márcio Pugliesi, da Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo.

Edson Bini, da Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo.

Carlos E. Rodrigues, da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo.

 **icone**  
editora

## 25. Austin: a tentativa de mediação entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês.

Austin é o último dos autores que consideraremos na nossa visão panorâmica das origens do positivismo jurídico, não só porque sua obra (de 1832) é cronologicamente posterior tanto aos escritos de Bentham quanto aos escritos dos expoentes da escola histórica e ao Código de Napoleão, como também e principalmente porque ele representa um pouco o *trait d'union* entre as várias correntes que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês. Aliás, diferentemente dos outros pensadores ingleses, que são decididamente “insulares” (isto é, estreitamente ligados à tradição cultural inglesa e estranhos à tradição européia-continental), Austin foi grande admirador dos juristas alemães, especialmente de Savigny (cujo *Tratado sobre a posse* considerava uma das maiores obras jurídicas de todos os tempos) e também de Thibaut. Sendo, contudo, sua *forma mentis* tipicamente inglesa (isto é, empirista e utilitarista), sofreu a influência da escola histórica alemã, que tentou (veremos com quais resultados) aclimatar à cultura anglo-saxônica.

John Austin (1790-1859) exerceu por algum tempo (de 1818 a 1825) a profissão forense, mas desta se distanciou depois, seja por motivos de saúde, seja por motivos morais (também ele, como Bentham, experimentava uma sensação de repulsa e descontentamento por esse ambiente), e se dedicou a estudos filosóficos, passando a fazer parte do cenário dos utilitaristas que vinha se constituindo em torno de Bentham (e do qual participavam também ambos os Mill: James e John Stuart). Foram exatamente estes seus amigos que o fizeram obter a cátedra de *Jurisprudence* (uma disciplina que corresponde *grosso modo* à nossa teoria geral do direito) na constituenda Universidade de Londres (que foi inaugurada em 1828); antes de iniciar seu ensino, Austin foi para a Alemanha e lá permaneceu dois anos, a fim de entrar em contato com o novo pensamento jurídico que ali se desenvolvia, vindo assim a conhecer os expoentes e as obras da escola histórica.

Austin ensinou na Universidade de Londres de 1828 a 1832. Inicialmente suas aulas foram alvo de um denso e atento auditório, porém depois — passada a onda dos utilitaristas — seus alunos foram escasseando continuamente, até que ele, no fim, desiludido e amargurado, abandonou o ensino e a vida pública em geral (mesmo que tenha ainda ocupado algum cargo oficial relativo à reforma da legislação);

retornando à Europa continental, passou alguns anos na Alemanha e em Paris até que, alarmado com a revolução de julho de 1848, deixou a França e voltou à Inglaterra, onde passou os últimos anos de sua vida, ignorado por todos.

Austin é o típico *auctor unius libri*: durante sua vida publicou uma única e curta obra intitulada *The province of jurisprudence determined* (isto é, *A determinação do campo da jurisprudência*, 1832), que reunia as primeiras seis aulas introdutórias de seu curso. Somente após sua morte é que sua devotada esposa Sarah publicou todas as aulas e alguns outros apontamentos, com o título de *Lectures on jurisprudence* (*Lições de jurisprudência*) em dois volumes<sup>1</sup>.

Esta obra traz como subtítulo a expressão *The philosophy of positive Law* (*A filosofia do direito positivo*), porque era assim que Austin designava seu próprio pensamento e seu próprio ensino. Ele distinguia, realmente, de modo nítido, a *jurisprudência* da *ciência da legislação*: a primeira estuda o direito vigente tal como este é efetivamente; a segunda estuda o direito tal como deveria ser, com base em certos princípios assumidos como critérios de avaliação (Bentham exprime a mesma distinção, usando os termos *jurisprudência expositiva* e *jurisprudência censória*). Enquanto Bentham se ocupava principalmente da ciência da legislação, Austin se interessava, em vez disto, pela jurisprudência, que subdividia em *jurisprudência geral* e *jurisprudência particular*. Enquanto a segunda estuda as características próprias de um ordenamento jurídico específico, a primeira estuda os princípios, as noções e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, isto é, a todo direito positivo possível (ou, para ser mais exato, ao direito positivo de qualquer sociedade que tenha atingido um certo grau de civilidade, excluindo-se, assim, os ordenamentos dos grupos sociais primitivos).

Austin se interessa precisamente pela jurisprudência geral, cujo objeto ele assim define:

A jurisprudência geral, ou filosofia do direito positivo, não se refere diretamente à ciência da legislação. Trata diretamente dos princípios e distinções que são comuns aos diversos sistemas de direito particular e positivo e que cada um desses sistemas diversos inevitavelmente envolve, seja esse digno de louvor ou de censura, seja de acordo ou não com

---

<sup>1</sup> Nossas citações desta obra são transcritas da 5ª ed., aos cuidados de R. Campbell, Londres, 1885.

uma determinada medida ou critério. Ou bem (mudando a frase) a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente *é*<sup>2</sup>, ou antes o direito como *deveria* (ought) ser; o direito como deve necessariamente (must) ser, *seja ele bom ou mau*, ou antes o direito como deve necessariamente ser, *se fosse bom* (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 32).

Quanto à expressão “filosofia do direito positivo”, que no trecho citado é repetida duas vezes, o leitor recordará que tal expressão foi inventada por Hugo (cf. § 11); trata-se de uma derivação que Austin reconhece expressamente, declarando numa passagem imediatamente anterior a essa ora transcrita:

De todas as expressões concisas que examinei mentalmente, “filosofia do direito positivo” indica da forma mais significativa o objeto e o âmbito do meu curso. Emprestei tal expressão de um tratado de Hugo, célebre professor de jurisprudência da Universidade de Göttingen, e autor de uma excelente história do direito romano. Embora o tratado em questão se intitule “o direito natural”, não diz respeito ao direito natural no significado ordinário do termo. Na linguagem do autor diz respeito ao “direito natural como *uma filosofia do direito positivo*” (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 32).

Se é ponto pacífico a derivação da locução “filosofia do direito positivo” da terminologia da escola histórica alemã, muito mais delicado e discutido é o problema da influência de tal escola na substância do pensamento austiniano. Achamos que esta não deva ser exagerada e que as correspondências e as coincidências entre o pensamento da escola histórica e o de Austin sejam bastante limitadas e superficiais, e redutíveis, em última análise, a um único ponto: a recusa de considerar como direito propriamente dito o direito natural, a concepção da efetividade do direito existente nas várias sociedades como o fundamento da sua validade, a determinação, em suma, do direito tal qual ele efetivamente é, como o objeto da ciência jurídica. Quanto ao resto, há entre os dois pensamentos uma divergência profunda, não só no que se refere aos pressupostos filosóficos (Austin é um utilitarista e um empirista ao qual são absolutamente estranhas as posturas historicistas e românticas), como também no que diz respeito às próprias concepções jurídicas. A escola histórica

<sup>2</sup> N.B.: O grifo contido nesta e nas subseqüentes citações de *Lect. on Jur.* reproduz o destaque contido no texto original.



alemã, em homenagem à ideologia do *Volksgeist*, via no direito consuetudinário o protótipo do direito positivo e, no plano da política legislativa, era decididamente hostil à codificação; Austin, ao contrário, via na lei (isto é, na ordem emanada do soberano) a forma típica do direito e o fundamento último de toda norma jurídica e, no plano da política legislativa, era defensor convicto da reforma do direito através da legislação, o que demonstra que está inteiramente na linha diretriz do pensamento de Hobbes e Bentham.

Que sejam de tal natureza as relações entre Austin e a escola histórica alemã percebe-se claramente numa passagem de *Lectures*, na qual o autor, para compatibilizar sua evocação da escola histórica com a fidelidade à ortodoxia do utilitarismo de Bentham, declara:

Bentham pertence estritamente à escola *histórica* de jurisprudência. O significado exato deste termo, assim como é empregado pelos alemães, é que os juristas assim designados pensam que um conjunto completo de leis não pode ser deduzido pelo desenvolvimento de alguns princípios gerais assumidos *a priori*, mas deve ser fundado na experiência dos sujeitos e dos objetos aos quais o direito se refere. Bentham, por isso, pertence manifestamente a essa escola.

E depois de ter indicado o fato de alguns expoentes da escola histórica (Hugo e Savigny) serem contrários à codificação, enquanto outros juristas (como Thibaut) são favoráveis a ela, ele assim prossegue:

O significado do fato de estes [os juristas mencionados acima] serem chamados de escola histórica é simplesmente este, que concordam com Bentham em pensar que o direito deveria ser fundado numa visão experimental dos sujeitos e dos objetos do direito e deveria ser determinado pela utilidade geral, não deduzido de algumas suposições arbitrárias *a priori* chamadas de direito natural. Um nome mais adequado seria escola *indutiva e utilitária* (*op. cit.*, vol. II, p. 679).

Como se vê, para conciliar Bentham com a escola histórica Austin é forçado a dar dela uma “versão” inglesa, a saber, a pôr em evidência um único caráter (a polêmica antijusnaturalista), negligenciando seus aspectos mais peculiares e as exigências de fundo, e, sem mais, chega a atribuir a essa escola um conceito (o de utilidade geral) que lhe é estranho. Substancialmente, Austin concilia a escola histórica com Bentham fazendo, num esforço notável mas também insciente, de Bentham um historicista e de Savigny um utilitarista.

## 26. Austin: sua concepção do direito positivo.

Para definir o direito positivo, Austin o distingue, antes de mais nada, dos outros tipos de normas. Neste sentido, é necessário notar que há uma dificuldade de natureza lingüística na referência às distinções deste autor. Ele, com efeito, emprega o termo inglês *law* que significa ao mesmo tempo *lei*, no sentido generalíssimo de norma, e *direito*, no sentido específico de norma jurídica (enquanto para indicar a “lei” no sentido de direito emanado do órgão legislativo do Estado — em contraposição ao “costume” — em inglês usa-se o termo *statute*).

Austin define a lei como um *comando geral e abstrato*, excluindo assim, antes de tudo, do conceito de lei as ordens “incidentais” ou “ocasionais”, vale dizer as ordens dirigidas a uma pessoa determinada porque realiza uma ação individual. O comando é definido como a *expressão de um desejo*, mas nem toda expressão de desejo é um comando (assim, por exemplo, não o é a prece); qual é portanto a nota característica do comando? Esta é representada pelo fato de que, no comando, a pessoa para quem é expresso o desejo é passível de um mal qualquer por ato daquele que exprime o desejo se este não for realizado. Este mal sob constitutivo da ameaça é chamado de *sanção*. O comando implica portanto no conceito de sanção e no de dever, como se conclui desta passagem em que Austin enuncia com clareza seu pensamento:

Um comando... é uma expressão de desejo. Mas um comando é distinto das outras expressões de desejo pela seguinte característica: que a parte para a qual é dirigido é passível de um mal sob a ação do outro, no caso de não-satisfação do desejo. Sendo passível de um mal da tua parte, se não satisfaço um desejo que tu exprimes, eu estou *vinculado* ou *obrigado* pelo teu comando, ou eu me acho no *dever* de obedecê-lo... Comando e dever são, por isso, termos correlatos, no sentido de que o significado denotado por um é implicado ou suposto pelo outro. Ou, em outras palavras, onde quer que haja um dever, foi expresso um comando; e onde quer que tenha sido expresso um comando, um dever foi imposto.

Concisamente o significado da correlação é este. Quem deseja infligir um mal no caso do seu desejo não ter sido respeitado, enuncia um comando exprimindo ou notificando o seu desejo. Quem é passível de um mal em caso de não respeitar o desejo, é vinculado ou obrigado pelo comando (*Lect. on Jur.*, vol. I, p. 89).

Definida a noção de lei, Austin distingue as leis em duas categorias, fundadas no sujeito do qual provém o comando (o destinatário é

sempre o mesmo, isto é, o homem): *leis divinas* e *leis humanas*, segundo sejam postas por Deus ou pelos homens; as primeiras se distinguem, por sua vez, em leis divinas *reveladas* e leis divinas *não reveladas* (mas é uma distinção que aqui não nos interessa, porque diz respeito à esfera ético-religiosa); as segundas se subdividem em *leis positivas* (ou, como seria aqui mais exato traduzir o termo *law*, *direito positivo*) e *moralidade positiva*.

Trata-se agora de estabelecer qual é a diferença específica entre direito positivo e moralidade positiva. O autor localiza tal diferença no fato de que o direito positivo é constituído pelos comandos emanados pelo *soberano*, numa *sociedade política independente*. Soberano e sociedade política independente são dois conceitos estreitamente correlacionados; com a expressão “sociedade política independente” Austin realmente pretende indicar a entidade social comumente chamada de *Estado*: esta sociedade é dita *política* para indicar que é composta de uma número relevante de pessoas sujeitas a um superior comum (razão pela qual se a distingue da sociedade familiar e das outras formas mais primitivas de agrupamentos sociais); e é dita *independente* para indicar que é autônoma e soberana, isto é, que não depende de outras entidades sociais. A sociedade política independente comporta no seu interior uma estruturação hierárquica, ou seja, a subordinação do conjunto dos seus membros a um *soberano* superior (que pode ser uma única pessoa ou um grupo de pessoas). Para que se possa falar de soberania são necessários, segundo Austin, dois requisitos:

a) a *obediência habitual* de um conjunto de indivíduos a um superior comum;

b) a *ausência de toda relação de subordinação* e de obediência desse superior nos confrontos diante de qualquer outro superior humano.

Em outras palavras, para que uma sociedade política possa ser considerada independente não basta existir no seu interior uma estrutura hierárquica, sendo também necessário que esta última se esgote no interior da própria sociedade.

Eis duas passagens das *Lectures on Jurisprudence*, contendo a primeira delas uma definição sintética do direito positivo, enquanto na segunda se examina mais amplamente as relações entre o conceito de direito e o de soberania:

O objeto da jurisprudência é o direito positivo, ou o chamado simples e estritamente de direito, ou o direito *posto* pelos superiores políticos aos inferiores políticos (*op. cit.*, vol. I, p. 86).



Toda lei positiva, ou bem toda lei simples e estritamente dita, é posta por uma pessoa soberana ou por um corpo soberano de pessoas a um ou mais membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou esse corpo é soberano ou supremo. Ou, em outras palavras, essa lei é posta por um monarca ou grupo soberano a uma ou mais pessoas em estado de sujeição frente a seu autor (*op. cit.*, vol. I, p. 220).

Quanto à moralidade positiva, esta se distingue do direito positivo precisamente porque é posta por um sujeito humano que *não possui a qualidade de soberano* para um outro ou para outros sujeitos humanos. Austin destaca, na vasta categoria da moralidade positiva, tipos de normas que são *leis propriamente ditas* visto que têm a estrutura do comando e outras normas que são *leis impropriamente ditas* porque não possuem o caráter de comandos. Estas últimas são aquelas que hoje chamaríamos de normas do *costume social* (regras de honra, do galanteio, do jogo, da moda etc., que são postas pela *opinião pública*): não são comandos (e portanto não são leis) em sentido próprio, porque um comando, para sê-lo, deve provir de um superior bem individualizado, enquanto a opinião pública é um fenômeno social que escapa de qualquer tentativa de individuação, isto é, de redução a uma pessoa ou a um grupo de pessoas determinadas.

As normas da moralidade positiva que são leis em sentido estrito são divididas por Austin em três categorias:

a) *Leis* que regulam a vida dos indivíduos *no estado de natureza* (não são normas jurídicas, porque o Estado não existe, mas são leis porque possuem natureza de comando).

b) *Leis que regulam as relações entre os Estados* (isto é, o direito internacional). Segundo Austin, tais leis não têm natureza jurídica, porque, sendo a comunidade internacional baseada numa relação não de subordinação mas de coordenação, as regras por ela emanadas não são comandos dirigidos de um superior político para um súdito. É esta uma das numerosas doutrinas que negam a juridicidade do ordenamento internacional e possui o mérito de ser fundada em critérios lógicos claros e rigorosos: uma vez admitida a definição austiniana do direito positivo, não resta senão negar caráter jurídico às normas internacionais.

c) *As leis das sociedades menores*, tais como a família, a corporação etc. São realmente comandos dados de um superior para um inferior (por exemplo, o comando dado pelo pai ao filho), mas não são direito porque o superior que emite o comando não é soberano (sendo, por sua vez, submetido ao poder do Estado).

Na página seguinte apresentamos um esquema que reproduz as várias distinções austiniananas relativas à lei. Entre as diversas categorias é possível estabelecer interessantes relações:

— as leis divinas e o direito positivo constituem *comandos soberanos*;

— o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva são *comandos humanos*;

— as leis positivas, o direito positivo e as leis propriamente ditas da moralidade positiva (isto é, todas as leis exceto aquelas impropriamente ditas da moralidade positiva) são *comandos*.

Se examinarmos a concepção austinianana do direito positivo, veremos que comporta três princípios fundamentais típicos do positivismo jurídico:

a) a afirmação de que o objeto da jurisprudência (isto é, da ciência do direito) é o direito tal como ele é e não o direito como deveria ser (concepção *positivista* do direito);

b) a afirmação de que a norma jurídica tem a estrutura de um comando (concepção *imperativista* do direito);

c) a afirmação de que o direito é posto pelo soberano da comunidade política independente — isto é, em termos modernos, pelo órgão legislativo do Estado (concepção *estatal* do direito).

Nota-se que estes três princípios não dependem logicamente um do outro, mas são reciprocamente autônomos. Assim, Thon, um jurista alemão da segunda metade do século XIX, que será citado na segunda parte, é um típico expoente da concepção imperativista do direito, mas refuta a estatista.



## 27. Austin: a distinção entre direito legislativo e direito judiciário; a crítica ao direito judiciário.

Falamos da concepção estatal do direito de Austin. Mas tal concepção não contrariava o tipo de fontes do direito vigentes na Inglaterra (direito judiciário), de modo que ele teria de ou negar a juridicidade da *common law* ou renunciar à própria concepção? Nosso autor não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juízes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juízes criam o direito, mas isto não exclui sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado. A distinção entre direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não-estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente.

Ainda que por via direta ela [a lei] teve origem numa outra nascente ou fonte, é uma lei positiva ou lei em sentido estrito por obra da instituição do presente soberano, que tem o caráter de superior político (*op. cit.*, vol. I, p. 220).

Resolvida esta questão prejudicial, o autor passa a analisar a diferença existente entre direito judiciário e direito legislativo, submetendo a uma crítica contundente os lugares-comuns relativos a este problema e formulando uma solução particularmente perspicaz. A diferença entre direito judiciário e direito legislativo não consiste nas *fontes* que produzem tais direitos, mas sim no *modo* pelo qual eles são produzidos: o direito legislativo é constituído por normas gerais e abstratas, isto é, por normas que regulam não um caso único existente no momento da sua emissão, mas um número indeterminado (ou *classe*) de casos que se verificarão no futuro; o direito judiciário, por outro lado, é constituído por normas particulares, emitidas com a finalidade de regular uma controvérsia única, específica.

O direito legislativo e o direito judiciário não se identificam necessariamente com o direito emanado respectivamente do soberano e dos juízes. O soberano pode também emanar normas que resolvam um caso único (e então age como juiz), enquanto o juiz (como o pretor

romano, pelo poder de que é investido, ou o juiz inglês, pelo valor de precedente que pode assumir sua decisão) pode também emanar normas que tenham caráter geral (e então agir como legislador).

Austin passa, enfim, a examinar o valor desses dois tipos de direito, colimando estabelecer qual é o melhor. Sustenta que o direito legislativo seja superior ao judiciário (e nisto segue o ensinamento de seu mestre Bentham) e para demonstrar tal superioridade elenca toda uma série de defeitos do direito judiciário, dedicando a este exame um capítulo específico (o XXXIX) das *Lectures*. Mas antes de desenvolver sua crítica, ele refuta algumas objeções contra o direito judiciário que não considera válidas, entre as quais existem duas que aqui nos interessam particularmente, porque foram formuladas por Bentham; nestes pontos, portanto, o discípulo está em desacordo e critica o mestre (mesmo sem mencionar seu nome).

A primeira objeção que Austin repele é por ele assim formulada: a produção do direito judiciário não pode ser controlada pela comunidade política, enquanto a do direito legislativo permite tal controle. Esta objeção evoca a de Bentham, mas não a reproduz fielmente. Bentham realmente falava da possibilidade de controlar a produção legislativa do direito referindo-se não à realidade de fato, mas a um Estado democrático ideal; Austin, por outro lado, formula a objeção referindo-a à realidade de fato. Desse modo, ele repele facilmente a afirmação de seu mestre, ressaltando que a possibilidade do controle popular não depende da natureza judiciária ou legislativa do direito, mas sim do tipo de constituição própria do órgão produtor do direito. Numa monarquia absoluta, existe uma produção legislativa do direito que não permite nenhum controle, enquanto este é possível na produção judiciária do direito, se os juizes forem eleitos democraticamente. A segunda objeção de Bentham refutada por Austin diz respeito à natureza arbitrária do direito judiciário, que seria criado pelos juizes sem nenhum critério objetivo, sem limites e sem controles; na realidade, observa o nosso autor, o juiz não é absolutamente livre para agir como deseja, mas está submetido a múltiplos vínculos e controles: está sujeito ao sistema dos precedentes; é controlado pela autoridade soberana que pode afastá-lo das suas funções, se não respeitar as normas jurídicas existentes; e é controlado pelos órgãos judiciários superiores, que anulariam suas eventuais decisões arbitrariamente prolatadas.

Detendo-nos agora nas objeções formuladas por Austin, podemos expô-las em sete pontos:

a) o direito judiciário é *menos acessível ao conhecimento* do que o legislativo (trata-se de uma crítica que já encontramos outras vezes);

b) o direito judiciário é *produzido com menor ponderação* do que o legislativo, porque o primeiro é emitido no apressado despacho dos assuntos judiciários, enquanto o segundo é (ou pode ser) formulado depois de madura deliberação;

c) o direito judiciário é freqüentemente emitido *ex post facto* (isto é, com eficácia retroativa, crítica também que Austin retoma de Bentham);

d) o direito judiciário é mais *vago e incoerente* do que o direito legislativo, seja pela quantidade enorme de documentos em que se dilui, seja pela dificuldade de extrair dos vários casos decididos uma *regula decidendi* geral;

e) uma quinta objeção, particularmente interessante, diz respeito à *dificuldade de certificar a validade das normas de direito judiciário*. Para o direito legislativo, segundo Austin, o problema não apresenta dificuldade, visto que vigora o critério segundo o qual é válida a norma emanada pelo órgão legislativo; mas tal critério não pode ser aplicado ao direito judiciário e, por conseguinte, não é possível afirmar a validade da norma emanada por um juiz, visto que podemos nos encontrar diante de uma pluralidade de regras — disciplinando de modo diverso a mesma questão — emitidas por juízes diferentes em tempos e lugares diversos. Neste caso qual critério se deve seguir para definir a norma a ser aplicada? O autor afirma que não há um único critério, mas vários critérios, ou, para usar sua própria expressão, há várias provas possíveis da validade da decisão dos juízes, a saber:

1) o *número das decisões* (segundo este critério considera-se válida a norma que foi aplicada um maior número de vezes);

2) a *elegantia regulae* (segundo este critério considera-se válida a norma que resolve a questão do modo mais satisfatório, do ponto de vista técnico e eqüitativo);

3) a *coerência da regra* em relação à totalidade do sistema jurídico;

4) a *autoridade do juiz* que adotou a norma daquela determinada decisão;

f) a sexta crítica diz respeito à *escassa compreensibilidade* do direito judiciário, pois ele não disciplina categorias abstraídas de fatos mas sim casos concretos, sendo necessário proceder a um difícil trabalho



de abstração ou indução para extrair dos casos resolvidos uma regra geral;

g) por fim, o direito judiciário *não é jamais auto-suficiente*, necessitando sempre ser “remendado” aqui e ali com normas legislativas, determinando assim a existência de um ordenamento jurídico híbrido, no qual se acham justapostos dois sistemas normativos diferentes mal amalgamados; ademais, o direito legislativo que é emitido com essa função integradora é de qualidade inferior como o direito judiciário que deve integrar.

E eis uma passagem das *Lectures on Jurisprudence* que é aproximadamente uma síntese das críticas austinianas ao direito judiciário:

Em todo país em que grande parte do direito consiste em direito judiciário, todo o sistema jurídico, ou o *corpus juris* inteiro, é necessariamente um caos monstruoso: em grande parte consiste de direito jurídico, introduzido pouco a pouco e disperso numa enorme quantidade de decisões jurídicas particulares, e em parte de direito legislativo acrescido à guisa de remendo ao direito judiciário e disperso num enorme amontoado de leis ocasionais e suplementares (*op. cit.*, vol. II, p. 660).

## 28. Austin: o problema da codificação.

A conclusão desta crítica ao direito judiciário é que ele deve ser substituído por uma forma superior de direito, isto é, pela codificação. Visando confirmar esta sua tese, Austin descreve a lei histórica segundo a qual o direito se desenvolve na sociedade, destacando seis fases:

a) a primeira fase é representada pela *moralidade positiva*. Trata-se de uma fase pré-jurídica porque não existem ainda normas de direito propriamente dito, mas somente normas consuetudinárias. Sucessivamente há três fases de desenvolvimento do *direito judiciário*, a saber:

b) primeiramente, os juízes adotam e fazem valer como direito as próprias normas da moralidade positiva (direito judiciário com fundamento consuetudinário);

c) em seguida, os juízes integram as normas consuetudinárias, transformadas em direito, com outras normas elaboradas por eles mesmos com base no princípio da analogia (direito judiciário com fundamento científico);

d) por último, os juízes criam eles mesmos o direito com base nos próprios critérios de avaliação (criação judiciária do direito). Neste ponto aparece o *direito legislativo*, que se desenvolve através de duas fases:

e) primeiramente, o direito legislativo é emanado ocasionalmente para integrar o direito judiciário em matérias particulares;

f) enfim, a lei se torna a única fonte da produção do direito e disciplina, sistematicamente, com normas gerais e abstratas, todas as relações sociais: a legislação culmina assim na *codificação*.

Dispondo-nos agora a expor as concepções de Austin relativas à codificação, notamos que são particularmente interessantes porque, diferentemente de Bentham, que se fixava na sua idéia de código demasiado abstrata e racionalista, Austin tem, em contrapartida, uma viva sensibilidade para a realidade dos problemas jurídicos e, ademais, estava ciente da polêmica sobre a codificação ocorrida na Alemanha. Durante sua estada neste país estudara, realmente, a obra de Savigny, por quem nutria grande admiração, e, como sabemos (cf. § 15), Savigny foi o principal protagonista da luta contra a codificação. A primeira preocupação do nosso autor é, conseqüentemente, a de superar as objeções de Savigny, o que faz afirmando que este não criticava a idéia da codificação em si, mas, em primeiro lugar, o propósito de realizar a codificação na Alemanha. Ora, observa Austin, o fato de a codificação não ser oportuna para aquele país nada representa contra o valor do direito codificado em geral (mas esta maneira de interpretar e, portanto, de superar a crítica de Savigny, é insatisfatória, porque na realidade, como vimos, este era contrário em princípio à codificação). As outras críticas de Savigny diziam respeito ao modo pelo qual eram realizadas as codificações do seu tempo (a prussiana e, principalmente, a francesa); Austin aceita grande parte destas críticas, dirigindo, particularmente, algumas censuras ao Código de Napoleão:

a) neste código faltam definições técnicas dos termos jurídicos usados;

b) não leva suficientemente em conta o direito romano, que representa a maior tradição jurídica continental (uma objeção típica de Savigny);

c) o legislador francês não concebeu o código como completo (recorde-se a este respeito como Portalis entendia o art. 4º, seja porque não eliminou o direito preexistente, seja porque admite, junto ao direito

codificado, outras fontes subsidiárias de direito (direito natural, judiciário, consuetudinário), o que cria uma situação de ambigüidade e de incerteza;

d) o Código de Napoleão, enfim, foi redigido com demasiada pressa.

Mas mesmo estas críticas, observa Austin, se referem somente ao modo em que foram realizadas no passado algumas codificações e não negam em absoluto a validade do princípio da codificação. Aliás, é de se notar que aquilo que nosso autor sustenta como necessário não é um código qualquer que seja, mas um bom código: “melhor o direito judiciário do que um mau código”, diz ele amiúde, porque um mau código tem todos os defeitos do direito judiciário sem ter dele os poucos méritos.

Quanto aos *requisitos do código*, Austin especifica que por código se deve entender, como se faz com freqüência (falando, por exemplo, de “codificação justiniana”), não uma simples coleta de leis preexistentes, mas sim a reformulação *ex novo* de todo o direito vigente numa sociedade, de modo a haver um texto legislativo coerente e unitário; por outro lado, todavia, ele enfatiza que a inovação deve se referir à *forma*, mas não ao *conteúdo* do direito que é codificado. A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova — unitária, coerente, tecnicamente perfeita — ao mesmo direito que já vige. Neste ponto se manifesta uma importante divergência entre a concepção de Austin e a de Bentham, divergência que tem seu fundamento nas diferentes atitudes políticas dos dois pensadores, a de Austin liberal-moderada e a de Bentham radical-democrática, devendo a codificação para Bentham representar uma renovação integral do direito, tanto na forma quanto no conteúdo. Enquanto Bentham concebia a codificação como um instrumento de progresso político-social, Austin a concebia como um instrumento de progresso puramente técnico-jurídico.

Austin tentou resumir suas idéias a respeito da codificação (que se encontram também expostas ocasionalmente aqui e ali em sua obra) num escrito, que permaneceu entretanto na condição de apontamentos e, assim, incompleto e fragmentário, intitulado *Notes on Codification* (*Notas sobre a Codificação*), que foi publicado nas *Lectures on Jurisprudence* (vol. II, pp. 1021 e ss.). Nessas Notas são examinadas e refutadas catorze objeções contra a idéia em geral da codificação (já vimos, logo acima, como Austin responde às objeções fundadas em críticas contra exemplos históricos particulares de codificação).

Destas objeções examinaremos apenas as cinco mais interessantes. Como o leitor poderá observar, as duas primeiras podem ser unidas com base no critério do contraste (visto que tendem a se eliminar entre si), enquanto as duas sucessivas podem ser unidas com base no critério da afinidade; observar-se-á também como as respostas de Austin consistem freqüentemente numa retorsão, a saber, em demonstrar como o direito judiciário tinha, em proporção muito mais grave, os mesmos defeitos censurados no direito codificado.

a) Todo código é necessariamente *incompleto* e não pode dispor para todos os casos futuros (de tal modo a codificação não realizaria sua finalidade fundamental, que é precisamente a completitude do direito). O autor responde que o código é realmente incompleto, mas muito menos lacunar que o direito judiciário, que é “necessariamente tímido e inadequado”.

b) Todo código, para aproximar-se da completitude deve consistir numa tal miscelânea de *normas numerosas e minuciosas* que se torna impossível à mente humana conhecê-lo e abarcá-lo na sua totalidade. Austin responde que a completitude do código não consiste em disciplinar todos os casos individualmente considerados, mas em estabelecer normas, cada uma delas aplicável a toda uma categoria de casos (em linguagem moderna, diremos que a norma alcança um *fatti specie* abstrato).

c) Todo código é *inalterável*, no sentido de que as normas nele contidas não podem ser adaptadas às transformações que continuamente ocorrem na sociedade (é este o argumento da *crystalização do direito*, típico de Savigny). Austin responde observando que o direito judiciário é muito mais inalterável que o legislativo, pois é fundado no sistema de precedentes e, portanto, uma regra fundada numa decisão estabelecida numa época histórica anterior continua a sobreviver, apesar das mudanças sociais, e ainda mais prolifera continuamente, visto que os juízes desenvolvem o direito não mediante uma atividade criativa livre, mas baseando-se somente na analogia.

d) O direito codificado é menos *maleável* (isto é, menos facilmente aplicável aos casos concretos) do que o direito judiciário. Austin responde que isto é verdadeiro, mas que a maior rigidez do direito codificado representa não um inconveniente, mas uma vantagem, já que a excessiva maleabilidade determina a insegurança jurídica, posto que o direito pode ser mais facilmente alterado.



e) O direito codificado, longe de reduzir, favorece as controvérsias, porque *torna possíveis "conflitos de analogias contrárias" mais numerosos* (no sentido de que cresce o número dos casos que admitem uma pluralidade de soluções, sendo possível subsumi-los, mediante o procedimento analógico, sob várias normas diversas entre si); ademais, os defeitos do direito codificado — pelo fato de ele ser formulado em termos claros e fixos — são mais evidentes e mais dificilmente remediáveis do que os do direito judiciário.

O autor refuta esta crítica, afirmando que a codificação elimina os equívocos e as ambigüidades e, portanto, torna impossíveis as controvérsias fundadas em meras imprecisões interpretativas. Com referência a isto ele exprime uma opinião característica que era também a de Bentham, a saber, que a codificação teria promovido uma elevação do nível ético e técnico da profissão forense, eliminando os rúbulas, cuja única atividade consiste em desfrutar sem escrúpulos das obscuridades e incertezas do direito, e favorecendo o ingresso na profissão de homens de alto nível moral e intelectual. A codificação determinaria, entre outras coisas, também

uma melhoria do caráter da profissão legal. Se a lei fosse mais simples e científica, mentes de ordem superior ingressariam na profissão e homens de posição independente a abraçariam, enquanto uns e outros dela agora se desviam por seu caráter repugnante; pois repugnante ela o é realmente. Qual homem de educação literária e intelecto cultivado pode suportar os absurdos dos livros da prática forense, por exemplo, e de muitas outras partes do direito? Nada senão uma forte necessidade ou uma forte decisão de atingir o *rationale* do direito através da crosta que o recobre poderia sustentar uma tal pessoa nessa empresa. Mas se o direito fosse convenientemente codificado, tais mentes o estudariam; e poderíamos então esperar uma legislação incomparavelmente melhor e uma administração melhor da justiça do que a de agora. A profissão não seria meramente venal e dirigida à acumulação de somas, como o é no presente, mas, como na antiga Roma, constituiria a estrada que conduz às honras e ao prestígio político (*op. cit.*, vol. II, pp. 680-81).

Como se vê, Austin assume, nesta passagem, uma posição antitética relativamente à de Savigny, segundo o qual a codificação teria posto em crise a ciência jurídica, sustentando, ao contrário, que é o direito judiciário que torna impossível o desenvolvimento da jurisprudência, a qual receberia grande impulso pela codificação. Com referência à atitude assumida frente a esta por Savigny, ele observa:



Sua oposição aos Códigos é o efeito de um preconceito de douto *Gelehrter* em favor do direito romano, e de antipatia nacional (*Lect. on Jur.*, vol. II, p. 1037).

(Apontando para o preconceito em favor do direito romano, que Savigny teria tido como *Gelehrter*, isto é, como doutor ou como professor, Austin parece quase insinuar que o estudioso alemão se opunha à codificação por medo que esta tornasse inútil sua ocupação de romanista; na realidade, a codificação, longe de extinguir os estudos romanistas, propiciou-lhes um esplêndido florescimento, liberando os estudiosos da preocupação de adaptar o direito do *Corpus juris* às exigências modernas e lhes permitindo estudá-lo de um ponto de vista e com método rigorosamente histórico.)

Os motivos pelos quais Austin apóia calorosamente a codificação podem ser vistos como sintetizados nesta sua afirmação:

É melhor ter um direito expresso em termos gerais, sistemático, conciso (*compact*) e acessível a todos, do que um direito disperso, sepultado num amontoado de detalhes, imenso (*bulky*) e inacessível (*Lect. on Jur.*, vol. II, pp. 1023-1024).

Estas duas séries contrapostas de quatro adjetivos nos dão uma aspeção de conjunto das exigências que determinaram o movimento pela codificação e os argumentos pelos quais foi sustentada.

A maior dificuldade encontrada por Austin (e também por Bentham) em promover a codificação não era no plano teórico defendê-la das críticas dos adversários, mas elaborar um procedimento que lhe garantisse uma realização eficaz. Austin se dá conta que a codificação não pode ser obra de uma só pessoa (como queria Bentham), porque ninguém pode ter um conhecimento exaustivo da totalidade do direito; aliás, a codificação não pode tampouco ser obra de uma comissão, porque seus componentes teriam provavelmente concepções e princípios diferentes, do que resultaria uma codificação incoerente. Austin formula uma solução intermediária: o projeto deve ser redigido por uma só pessoa, mas posteriormente será reexaminado por uma comissão, que providenciará as correções e a integração que se fizerem necessárias.

Um último ponto em que Austin diverge de Bentham concerne ao requisito da acessibilidade do código. Para Bentham, ele deve ser acessível a todos os cidadãos; para Austin, por outro lado, deve ser acessível somente aos juristas, mas não ao povo.

Um código acessível a todos seria um código ruim, seja porque para ser compreensível ao homem comum o direito teria de ser excessivamente simplificado, seja, principalmente, porque um código acessível a todos seria continuamente submetido à discussão e à crítica da opinião pública, que exigiria constantemente novas reformas. Este motivo de divergência coloca ainda uma vez em evidência as posturas especulativa e política diferentes de Bentham e Austin: o primeiro é um filósofo (com uma boa dose de abstração) e um radical, o segundo é um jurista (sensível às exigências técnicas) e um conservador.