V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

LUIS MELIANTE GARCÉ

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro, Pablo Augusto Guerra Aragone – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-260-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Filosofia do direito. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Estes textos reunem as apresentações dos textos em três GTs , 38. Cátedra Luís Alberto Warat, Hermenêutica jurídica e Filosofia do direito.

Os primeiros textos se referem ao pensamento de Luis Alberto Warat, que critica a dogmática jurídica, por somente recorrer a valores consagrados no passado, para tomar de decisões no presente. Deste modo, o Direito não permite facilmente o tratamento dos conflitos fora do Estado. A proposta de Warat surgiu como uma nova perspectiva para a abertura do sistema do Direito, desde meados dos anos 1970, investigando a partir da semiologia jurídica. Luis Alberto Warat, em sua trajetória intelectual, percorreu esse caminho da linguagem, chegando à conclusão de que a linguagem signo, desde autores como Roland Barthes, teria sentido graças ao denominado prazer do texto. Ou seja, o sentido estrutural dado por Saussure precisava abrir-se para o desejo. Aparece facilmente nessa etapa a contribuição de Lacan, mais tarde de Foucault para a interpretação da alma humana. Freud iniciou a psicanálise recolocando o desejo, e a sexualidade, em seu devido lugar. Mas, Lacan foi quem colocou a linguagem como condição de acesso ao inconsciente. Warat percebeu desde logo, o delírio como condição de sentido superior à linguística para a compreensão do não dito. Com o livro O anti-Édipo, Guattari, auxiliado por Deleuze, motivou Warat a colocar o corpo como complemento necessário, ou mesmo central para a construção de uma sociedade mais solidária . O texto da linguística adquire um novo olhar desde o simbólico: signo, significante, corpo.

A sociedade tem nesta observação como constituinte relações e enfrentamentos entre corpos desejantes de poder e afetos, fazendo com que hajam incompatibilidades comunicativas sem fim. No Direito, para Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da mediação.

A Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito foram com perspicácia abordados nos demais texto. A Hermenêutica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (1979) que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente, da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

No terreno jurídico a grande contribuição é portanto do positivismo de Hart (1986) e seus polemizadores como Raz (2012) e Dworkin (1986) . O positivismo jurídico inglês foi delimitado por Austin e alçado até a filosofia política através do utilitarismo de Bentham (1973). Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico. Hart preocupa-se com a questão das definições. Porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, com objetivos hermenêuticos, entende que o modo tradicional de definição por gênero e diferença específica é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Pois, tais definições necessitam de termos tão ambíguos quanto os que se deseja definir. Para Hart, Direito é uma expressão familiar que empregamos na prática jurídica sem a necessidade de nenhuma definição filosófica. Assim, a preocupação da “jurisprudência” não é a explicitação da designação pura do signo direito, como tenta fazer Bobbio, mas "explorar as relações essenciais que existem entre o direito e a moralidade, a força e a sociedade (...). Na realidade, ela consiste em explorar a natureza de uma importante instituição social” (HART, 1986).

A tese do Direito como instituição social significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso, é que Hart (1986), desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do Direito. Esta atitude epistemológica tem, para Raz (2012), duas consequências: “em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregadas no discurso jurídico (...), não são especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio corrente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo”. Em segundo lugar, com a análise da linguagem:

a normatividade do direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de direito. Um dos temas principais tratados por Hart é o fato de que quando uma pessoa diz ‘tenho o dever de...’ ou ‘você tem o dever de...’, ela expressa o seu reconhecimento e respalda um ‘standard’ de conduta que é adotado como um guia de comportamento (RAZ, 2012).

Isto expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é social. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica.

Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados hard cases.

Esta última postura é criticada por Ronald Dworkin (1986) que entende que o Direito sempre proporciona uma "boa resposta", já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, como "Narração". A "boa resposta" seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o Direito tem necessariamente contatos com as ideias de moral e a justiça. Daí o lado moralista do Direito anglo-saxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo neocontratualismo de Rawls (1980).

A concepção de Estado da Hermenêutica é portanto mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º grau). Embora, possa-se dizer que Dworkin possui uma teoria da interpretação, capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo. Outro problema que permanece é o excessivo individualismo da hermenêutica do common law.

Por tudo isto, os nossos GTs permitiram um proficuo debate sobre as três temáticas.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS

Prof. Dr. João Martins Bertaso - URI

Prof. Luis Meliante - UDELAR

NORMAS E REGRAS INTERNACIONAIS NO POSITIVISMO JURÍDICO: DE AUSTIN A RAZ.

INTERNATIONAL NORMS AND RULES IN LEGAL POSITIVISM: FROM AUSTIN TO RAZ.

Felipe Kern Moreira [1]

Resumo

O propósito do presente artigo é descrever o itinerário da concepção de normas e regras internacionais no contexto teórico do positivismo jurídico. A descrição proposta perpassa Austin, Kelsen, Hart e Raz. Para cumprir tal propósito são feitas referências a autores que, embora não pertençam à cadeia genética do positivismo jurídico, participam da consolidação desta vertente teórica, tais como Grotius, Bentham, Dworkin e Somek.

Palavras-chave: Normas, Internacional, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to describe international norms and rules on the theoretical context of legal positivism . The description proposed is related to Austin, Kelsen , Hart and Raz . To fulfill this purpose are made references to authors who, although not belonging to the genetic chain of legal positivism, participate in the consolidation of this theoretical approach such as Grotius , Bentham , Dworkin and Somek .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Norms, International, Positivism

[1] Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande - FURG. Mestre (2004) e Doutor (2009) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília - UnB.

I – Introdução:

O propósito do presente artigo é descrever o itinerário da concepção de normas e regras internacionais no contexto teórico do positivismo jurídico. A descrição proposta perpassa Austin, Kelsen, Hart e Raz. Para cumprir tal propósito são feitas referências a autores que, embora não pertençam à cadeia genética do positivismo jurídico, participam da consolidação desta vertente teórica, tais como Grotius, Bentham, Dworkin e Somek.

II – Comandos (obrigatórios) no plano internacionais em John Austin:

A aproximação que Hans Kelsen fez do conceito de *norma* influenciou decisivamente os estudos jurídicos. O que irá distinguir uma *regra* de uma *norma* não é o seu comando e tão menos sua eficácia, mas a sua *validade*. Toda norma assim como toda lei ou regra são compostas de comandos. Um comando é a expressão da vontade de um indivíduo, mas nem todo comando é uma ordem válida.[1]

As assunções que Kelsen efetua em seu 'Teoria Geral do Direito e do Estado', de 1945, fazem expressa referência às concepções de John Austin. No livro 'The Province of Jurisprudence Determined', de 1832, Austin esboça suas aulas introdutórias na recém fundada Universidade de Londres, que alcançariam à época pouca repercussão dentre o alunado que estava preocupado com a prática instantânea do direito, em particular da advocacia. O sentido da referência ao tema é demonstrar que a preocupação com a diferenciação entre normas e regras estava presente já nas lições seminais de Austin.[2]

As reflexões de John Austin (1790-1859) contribuem decisivamente para a determinação do objeto de estudo e para a solidificação da ciência jurídica. Diversos

[1] KELSEN, Teoria geral do Direito e do Estado, op. cit., p. 43.

[2] "Laws proper, or properly so called, are commands; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called. Laws properly so called, whith laws improperly so called, may be aptly divided into the four following kinds. 1. The divine laws, or the laws which are set by God to his human creatures. 2. Positive law: that is to say, laws which are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular jurisprudence. 3. Positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules. 3. Laws methaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative." (AUSTIN, 1998. p. 1)

elementos do positivismo jurídico de Kelsen provêm desta matriz intelectual. Para Austin a matéria do direito é a lei positiva: a lei simples e estritamente assim chamada; ou lei estabelecida por superiores políticos para inferiores políticos.[3] Muito embora inglês, Austin foi estudioso e conhecedor do direito continental, principalmente o alemão. Logo após receber o convite para ingressar na Universidade de Londres, passa um tempo de estudos na Universidade de Bonn onde aprende a língua alemã. Nos anos subseqüentes retornaria a viver na Alemanha, em Carlsbad, Dresden e Berlin e chegou mesmo a confidenciar a sua esposa que deveria ter sido um professor alemão.[4]

Austin estabelece um sistema teórico legal onde a lei exerce o papel central. Em suas aulas discute leis divinas, leis gerais, pessoais e também consuetudinárias. Em relação à lei divina, entende ser difícil precisar que os sentimentos morais de todos os homens são iguais já que isto é contestado por fatos notórios. Afirma também que, em virtude da lei positiva coincidir com a moralidade ou com a lei divina, a verdadeira natureza e fonte da lei positiva é muitas vezes confundida de maneira absurda, por autores de obras jurídicas.[5] Esta contraposição a autores jusnaturalistas de seu tempo, mediante a argumentação que a ciência jurídica se ocupa de leis positivas consideradas sem relação com sua bondade, é um marco referencial na construção teórica das ciências jurídicas enquanto campo de estudo próprio no qual a norma jurídica é o objeto desvinculado da moralidade.

A lei positiva em Austin existe em função da *autoridade* e estabelece uma *obrigação*. A origem da obrigação moral ou da lei positiva é resultado da *utilidade* que revela a influência das idéias de Jeremy Bentham neste contexto teórico.[6] Austin atribui a Bentham o pioneirismo no uso da expressão 'international law'. Sua teoria é simplesmente a aplicação do princípio da utilidade para a conduta das nações: o direito internacional deveria ser regulamentado com a finalidade de conseguir o maior nível de bem estar para todas as nações sobre a terra.[7]

---

[3] Ibidem, p. 11.
[4] MORRIS, 2002, 336.
[5] AUSTIN, op. cit.,p. 10.
[6] AUSTIN, op. cit., p.115.
[7] "Putting himself in the position of a hypothetical lawgiver to the nations, he reduced this to five subordinate propositions, which can be summarized thus: each nation must seek general good by committing no injur upon, and conferring as much benefit as possible on, other states, consistent with its welfare; by accepting no injury from, and deviving as much benefit as possible from, other states, consistent with regard for their welfare; and, in a state of war, to do as little harm as is consistent with achieving its objetive." (KELLY, 1992, 300).

O princípio da utilidade para Bentham orienta que a natureza situa a humanidade sob o governo de dois mestres, a dor e o prazer. O princípio da utilidade assume a função do governo como uma fábrica de felicidade mediante a razão e a lei.[8] A origem utilitarista da obrigação não é uma solução ampla de sua origem. Para Austin, o contrato ou pacto original, ou pacto fundamental civil é uma hipótese referente ao não contentamento com o esclarecimento da origem da obrigação ou obediência simplesmente a partir da menção a suas fontes manifestas. Fixar a origem da obrigação da lei é algo impossível para Austin.[9]

Jeremy Bentham (1748-1832) escreveu 'Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação', publicada em 1789. Dentre seus discípulos encontram-se John Stuart Mill e o próprio Austin. Na obra de Bentham deve-se destacar o princípio da utilidade.[10] O *princípio da utilidade* em Bentham relaciona-se com a fundamentação política do governo. O direito tem a utilidade de construir a felicidade pela lei e pela razão. Por isso, o princípio da utilidade é aplicável a todas as ações, tanto individuais como do governo. É possível estabelecer relações entre o princípio da utilidade e a norma fundamental do positivismo de Hans Kelsen. Ambos são elementos que dão sentido ao reconhecimento do direito na sociedade. Não são condições de validade de regras senão fundamentos políticos de legitimidade da ordem jurídica.

O utilitarismo de Bentham entra na genética do positivismo pelas mãos de Austin. O princípio da utilidade aplicado ao campo jurídico remete à questão da fundamentação do direito; neste domínio, o direito e a autoridade são *úteis*. 'A construção da felicidade pela razão e lei' sugere a existência de valor e racionalidade na montagem do sistema de governo e do poder legiferante, o que o aproxima Bentham dos argumentos jusnaturalistas.

---

[8] "Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law." (BENTHAM, op. cit., p. 125)

[9] AUSTIN, op. cit., pp. 37ss.

[10] O princípio da utilidade reconhece esta sujeição [dor e pazer] e a assume para fundação desse sistema, cujo objetivo é erigir a construção da felicidade pelas mãos da razão e da lei. (...) Por princípio de utilidade queremos dizer princípio que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão; (...) não apenas de toda ação de um indivíduo particular, mas de todas as medidas do governo. (MORRIS, 2002, 262).

Já que a lei positiva existe dentro de uma sociedade política independente a lei que existe em nível internacional possui uma natureza diversa. A sociedade formada pelo intercurso de sociedades políticas independentes é o campo do direito internacional. Apesar de na sociedade internacional a necessidade de normas também advir da utilidade, a falta de uma estrutura de governo supremo modifica completamente a estrutura das leis internacionais:

> "The so called law of nations consists of opinions of sentiments current among nations generally. It therefore is not law properly so called. But one supreme government may doubtless command another to forbear from kind of conduct which the law of nations condemns. And, though it is fashioned on law which is law improperly so called, this command is a law in the proper signification of the term. Speaking precisely, the command is a rule of positive morality set by a determinate author. For, as no supreme government commanding does not command in its character of political superior. If the government receiving the command were in a state of subjection to the other, the command, though fashioned on the law of nations, would amount to a positive law."[11]

É possível identificar a influência da teoria legal de Austin no positivismo jurídico de Kelsen sob diversos aspectos. Austin determina à ciência jurídica um campo próprio diverso de outros correlatos e indica que a matéria do direito é a lei positiva. A ciência do direito se ocupa de leis positivas sem relação com a moralidade. Finalmente, uma terceira característica em comum entre o positivismo jurídico e as assunções de Austin é que o direito internacional é descentralizado e possui uma dinâmica diversa do que a lei positiva numa comunidade política soberana.

A noção de direito internacional segundo o autor indica a concepção jurídica das normas de direito internacional na cultura jurídica do início do século XIX. Classifica o direito internacional no conjunto de normas positivas impropriamente ditas porque são impostas pela opinião geral de uma sociedade mais ampla formada de várias nações: "there are laws which regard the conduct of independent political societies in their various relations to one another."[12] Estas espécies de leis que são impostas às nações são normalmente denominadas 'the law of nations' ou 'international law'.

A lei internacional para Austin é positiva, 'positive international morality'. Este é um ponto de controvérsia entre Austin e Hugo Grotius o qual, para Austin, atribuiu às relações entre nações civilizadas uma vaga noção de moralidade internacional no

[11] AUSTIN, op. cit., 142.
[12] AUSTIN, op. cit., 140-141.

sentido de um dever ser (ought to be) que seria algo indeterminado assim como outro conceito indeterminado denominado lei natural[13]. Não obstante não concorde com a natureza jurídica do direito internacional em Grotius, em particular com o conceito de soberania, recorre a suas reflexões, as quais cita na tradução de Barbeyrac:

> "La puissance souveraine est celle dont les actes sont indépendans de tout autre povoir supérieur, en sorte qu'ils ne peuvent être annulez par aucune autre volonté humaine; car il faut excepter ici le souverain lui-même, à qui il est libre de changer de volonté."[14]

O conceito de Grotius é retocado por Austin em alguns pontos. Observa que muitos governos se submetem ao governo de outros (governos) e, frequentemente, às opiniões e sentimentos de direito internacional e ocorre mesmo que governos possam se render às opiniões e sentimentos de seus cidadãos. Com base nestes fatos cita outro conceito com base em Von Martens of Götingen, um autor de direito positivo: "a sovereign government is a government which ought not to receive commands from any external or foreign government."[15] A posição de Von Martens traz um importante elemento: as relações de soberanias com outras soberanias. A partir desses conceitos, a noção geral de soberania é 'independent political society'. Esta conceituação geral indica a essência da definição, embora não esgote o que ela implique, elemento este que pode variar conforme as formas de governo, os limites reais e imaginários do poder do soberano e as origens do governo, da sociedade política e as causas da obediência habitual.[16]

Inexiste em Austin a noção de normas internacionais pertencentes a um ordenamento jurídico, muito embora, questões como o princípio da utilidade, a noção de autoridade e também de coerção reforcem a necessidade de fatores componentes na dinâmica das normas, o que ultrapassa a pura legalidade da lei positiva.

Como para Austin no direito internacional não existem leis positivas, afasta-se a ideia de *coerção*, de *pacto civil*, assim como a noção de *autoridade* tendo em vista que a sociedade internacional é composta por sociedades políticas independentes. Resta então o *princípio da utilidade* que forma as leis morais e positivas, o que indica a

[13] idem, 187.
[14] idem, 214.
[15] idem, 215.
[16] idem, 216

possibilidade de interpretação que, no sistema *austiniano,* exista uma legitimidade jurídica pragmática, estribadada na necessidade societária. O princípio da utilidade tende à autoridade e à moralidade enquanto fatores que impulsionam o cumprimento da norma tanto no direito interno quanto no internacional.

III – Regras e normas internacionais em Herbert. L. A. Hart e Hans Kelsen:

É bem conhecido o argumento que o ponto de partida da 'Teoria Pura do Direito' de Hans Kelsen é o reconhecimento da ordem jurídica internacional. O reconhecimento baseado na objetividade da razão de que sujeitos tem normas como válidas e a validade das normas não é baseada no reconhecimento das mesmas pelos sujeitos mas pelo reconhecimento de sua própria facticidade e eficiência.[17] A pergunta sobre a validade de normas internacionais não é respondida unicamente pela norma fundamental na medida em que o reconhecimento da existência de normas e o mútuo reconhecimento de sujeitos de direito no plano internacional não responde a todas as questões trazidas pela validade, facticidade, eficiência e eficácia de normas de direito internacional.

O que Hans Kelsen teria a dizer hoje em dia sobre as implicações práticas da teorização da norma fundamental mediante o princípio do reconhecimento? Hans Kelsen reconheceria a existência de comandos válidos entre sujeitos que não os Estados e as Organizações Internacionais como normas válidas de direito internacional? Faria a diferença entre o direito internacional público e o direito global? Os debates teóricos trazidos pelas contribuições do pluralismo jurídico e pelo debate sobre a constitucionalização do direito internacional intensificam as questões sobre o que são normas de direito internacional. Frente a estas dúvidas, é possível constatar no quanto questões práticas dependem do consenso no plano teórico-normativo.

Na introdução da obra 'Essays in Jurisprudence and Philosophy', Herbert Lionel Adolphus Hart, (1907–1994) compartilha com Kelsen que a tarefa principal da filosofia

[17] "Die Normen des 'notwendigen' Völkerrechts müssen daher den Charakter vollendeter Objetivität haben. Es ist die Objektivität der vernunft, die sie für ihre Geltung in Anspruch nehmen. Eine Anerkennung dieser Normen seitens der Subjekte für sie die gelten, als bedingung ihrer Geltung wäre somit sinnlos, weil im vollsten Widerspruche zu ihrer Objektivität." (KELSEN, 1920, 215)

do direito é explicar a força normativa das proposições jurídicas que ocorrem, tanto na literatura jurídica acadêmica quanto no discurso de juízes e advogados[18]. Com efeito, a tese medular de Hart é que os juristas, antes de construírem teorias, devem analisar a linguagem jurídica que se utiliza na prática do direito, o que pode ser considerado um *giro hermenêutico* na filosofia do direito[19]. Hart é um continuador do positivismo jurídico de Austin embora em virtude de influências de autores como Jeremy Bentham (1748–1832), John Langshow Austin (1911–1960) e Ludwig Wittgenstein (1889–1951) se distancia da denominada teoria neo-kantiana de Hans Kelsen, por quem possuía manifesta admiração.[20]

A obra 'The concept of Law', de H. L. A. Hart, aparece em 1961, curiosamente no mesmo ano da segunda edição da 'Teoria Pura do Direito', de Hans Kelsen. Nesta obra Hart oferece uma análise dos conceitos de direito e de ordenamento jurídico e explica a forma como as regras de conduta são utilizadas como padrões sociais. Hart parte da noção *austiniana* de normas enquanto comandos e problematiza o conceito afirmando que na vida social expressões de comando como 'vá para casa', 'pare' ou mesmo 'não mate ele' configuram imperativos diversos.[21] O contexto coercitivo é fundamental no sistema *hartiniano* e, por isso, dedica seu quarto capítulo à questão da soberania.

A questão da validade em Hart é resolvida a partir da teorização da *regra de reconhecimento* a qual permite que que pessoas na esfera pública e privada sejam providas com um critério de autoridade para a identificação de regras primárias obrigatórias. Regras primárias são as diversas regras nos mais diferentes níveis que

[18] HART, op. cit., XIV.
[19] BIX, 1999, 168. Bix afirma que Hart mesmo não utilizou o termo 'hermenêutica' em seus primeiros textos.
[20] A afirmação foi registrada em artigo, após um debate público entre os dois, onde se lê: "(...) diria que em nosso debate não nos aprofundamos nessas questões bastante complexas envolvendo as relações lógicas entre Direito e Moral. Kelsen disse, contudo, que estava considerando novamente a questão das possíveis relações lógicas entre normas e, particularmente, a possibilidade de que uma norma possa logicamente entrar em conflito com uma outra. Não registro isto para mostrar que Kelsen estava impressionado com meus argumentos, pois penso que ele tenha em mente considerações um tanto diferentes. Mas devemos esperar muito que sobre esse tema que considero o mais difícil, poderemos ouvir mais do mais estimulante autor de teoria analítica do direito de nossos dias." (HART, 2005, p. 177)
[21] HART, 1994, 18.

existem na sociedade e a regra secundária é aquela que é anuída, no seio da sociedade política, para identificar quais regras são válidas como obrigatórias.[22]

O capítulo final do 'The concept of Law' é dedicado ao direito internacional. Pouco seria dedicado a este campo posteriormente no 'Post Scriptum', de 1994. Hart problematiza a possibilidade de caracterizar o direito internacional como um sistema legal segundo a ideia da união entre regras primárias e secundárias. A falta de Tribunais com jurisdição compulsória e de um sistema centralizado de sanções caracterizaria, para Hart, o direito internacional.[23]

O mundo das relações internacionais descrito nas contribuições teóricas de Hart já não é mais o mesmo. A versão de 1961 segue o estilo contido e parcimonioso de Hart para examinar questões internacionais numa época onde o direito internacional aprimorava do modelo da Liga das Nações. Ao longo do capítulo sobre o direito internacional, menciona, fragmentariamente, a Carta das Nações Unidas, e reafirma o caráter de uma sociedade internacional como primitiva.[24] Centra-se no papel da sanção, atribuindo ao veto e à ideologia a paralização do 'law enforcement'.[25] No século XXI, a retomada do pensamento de Hart seria mais eficiente na contestação do modelo dogmático de reconhecimento de normas internacionais do que quanto às ideias contidas em seu décimo capítulo.[26]

O 'The concept of Law' suscitou várias críticas. O debate com o sucessor de Hart na cátedra de Jurisprudência em Oxford, Ronald Dworkin, gerou a obra, publicada postumamente sob o título de 'Post Scriptum', de 1994.[27] A teoria legal de H. Hart parece pretender ser *geral* e *descritiva*; geral no sentido de não estar vinculada a nenhum ordenamento/sistema jurídico específico e, descritiva, porque busca esclarecer

[22] "Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with authoritative criteria for identifying primary rules of obligation." (HART, 1994, 100.)

[23] "The absense of these institutions means that the rules for States resemble that simple form of social structure, consisting only of primary rules of obligation, which, when we find it among societies of individuals, we are acostumed to contrast with a developed legal system." (HART. 1994, 214).

[24] idem, 227.

[25] idem, 233.

[26] WELLENS, 1995.

[27] O 'Postscriptum' de H. L.A Hart não possui a clareza e elegância do 'The Concept of Law', já que Hart faleceu antes de corrigir a versão final. Muito embora sejam a mesma a obra, aquela acrescenta respostas ponderadas às criticas feitas a esta. Muito embora as recorrentes referências aos argumentos de Dworkin permeiem o texto do 'Postscriptum', o que faria crer que se trata de uma obra apologética e quase distinta, o próprio Hart inaugura a introdução com a passagem: "Este livro fue publicado, por primera vez, hace treinta y dos años." Logo, na opinião do próprio autor, trata-se da mesma obra.

o direito enquanto instituição social e política completa governada por normas.[28] Para conseguir cumprir o objetivo de uma teoria descritiva normativa lança mão de diversos conceitos: regras que impõem obrigações, regras que conferem faculdades, regras de reconhecimento, regras de mudança, aceitação de regras, pontos de vista interno e externo, enunciados internos e externos e validade jurídica.

A regra de reconhecimento desempenha no sistema teórico de Hart um papel destacado. A obrigatoriedade das regras deriva ou de sua validade ou de seu reconhecimento. Dworkin sintetiza o pensamento de Hart da seguinte maneira:

> "As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e estas são obrigatórias tão somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que estas comunidades tenham um 'direito', pois, neste caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a idéia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isto, a idéia de direito. Hart chama esta regra secundária fundamental de 'regra de reconhecimento'. A regra de reconhecimento de determinada comunidade pode ser relativamente simples ('O que o rei decreta é lei') ou pode ser muito complexa (A Constituição dos Estados Unidos, com todas as suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento)."[29]

A síntese de Dworkin em relação a seu antípoda permite perceber alguns fundamentos da teoria de Hart. Em relação à terminologia, Hart não emprega a palavra norma ou norma jurídica, mas sim *regras*.[30] Hart também não trabalha com o conceito

---

[28] HART, op. cit., 11.
[29] DWORKIN, 2002, 33.
[30] Para estabelecer claramente as diferenças entre normas e normas jurídicas em Kelsen e regras e regras jurídicas em Hart é necessário esclarecer uma série de conceitos em Hart como as proposições jurídicas, tipos de normas e a natureza descritiva de sua teoria do direito, objetivos estes que ultrapassam o objetivo deste artigo. Uma das referências para compreender estas questões é o artigo publicado por Hart como resultado de seu debate público com Hans Kelsen, na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, em novembro de 1961. "A tarefa da ciência do Direito é a de representar o Direito de uma comunidade, isto é, o material produzido pela autoridade jurídica no processo legislativo na forma de proposições que estabeleçam que, 'se tais e tais condições são preenchidas, então tais e tais sanções devem seguir-se'. Estas proposições, por meio das quais a ciência do direito representa o direito, não devem ser confundidas com as normas elaboradas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar essas proposições de normas, mas regras jurídicas. As normas jurídicas promulgadas pelas autoridades legislativas são prescritivas; *as regras do direito* formuladas pela ciência do direito são descritivas. É importante que o termo *'regra legal' ou 'regra de direito' seja aqui empregado em um sentido descritivo."* (HART. H. L. A., 2005, 154-155).

de ordenamento jurídico e de validade o que torna sua teoria completamente diferente do positivismo jurídico de Kelsen.

Uma regra pode se tornar obrigatória para um grupo se o grupo aceita esta regra como um padrão de conduta exigível. Uma regra também pode se tornar obrigatória se é promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas são obrigatórias. Neste contexto é que se utilizaria a nomenclatura regras válidas. Frente à dificuldade em separar o que é reconhecimento de regras e o que é moralidade, em dado contexto social, e mesmo identificar inequivocamente os padrões típicos de dada coletividade para chegar aos fundamentos da obrigatoriedade, a regra de reconhecimento diz respeito ao funcionamento do aparato governamental composto pelo legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, etc.[31]

A questão da validade em Hans Kelsen é tributária da existência da norma fundamental e em Hart da existência da regra de reconhecimento. Hart sustenta também que, ainda que existam muitas diferentes conexões entre direito e moral, não há nenhuma conexão conceitual necessária entre o conteúdo do direito e da moral e, portanto, disposições perversas podem ser válidas como regras ou princípios jurídicos.[32] Isto significa que a existência e conteúdo do direito podem ser identificados em referência às fontes sociais do direito (legislação, decisões judiciais, costume) sem recorrer à moral, exceto quando o direito haja incorporado critérios morais.

A teoria legal de Hart pretende ultrapassar o contexto da *common law*. Uma de suas críticas a Dworkin era justamente que este não conseguira fazer uma teoria fora deste contexto.[33] A regra de reconhecimento e o papel importante que os tribunais exercem em relação às normas limitam a comparação com a teoria positivista de Kelsen. Em Hart, por exemplo, não existe o conceito de ordenamento jurídico escalonado e as regras jurídicas comportam os princípios enquanto 'standards jurídicos variáveis'[34]. O positivismo jurídico de Hart é mais influenciado por John Austin do que por Hans Kelsen em termos de conteúdo teórico.

---

[31] DWORKIN, 2002, 32-34.
[32] HART, op. cit., 49.
[33] "La teoria jurídica concebida de esta manera, como descriptiva y general, es una empresa radicalmente diferente a la concepción que Dworkin tiene de la teoria juridica (o jurisprudencia, como frecuentemente la denomina), en parte evaluativa y justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, la qual es, usualmente, la del proprio teórico y, en el caso de Dworkin, ésta es la del derecho angloamericano." (HART, op. cit., 12.)
[34] HART, 2000, 42-43.

Os atos unilaterais de Estado e as decisões das organizações internacionais encontram-se, no campo institucional, próximos das lições de Austin e Hart.[35] Existem no direito internacional, normas relativas a sistemas de decisões. Tem-se em mente que as decisões no direito internacional devem ser compreendidas em sua justa medida, ou seja, pertencem a outra ordem de fenômenos jurídicos diferentes do sistema jurídico do Estado nacional. Um dos exemplos é relativo ao papel das instâncias judiciárias em nível internacional as quais ainda encontram-se em fase de expansão e consolidação. No direito internacional, quando se fala em decisões, pode-se mencionar decisões tipicamente jurídicas e decisões políticas ou meramente administrativas, as quais possuem moldura jurídica. Decisões jurídicas são emanadas de instâncias judiciárias formalmente constituídas como Tribunais e alguns tipos de sistemas de arbitragem. As decisões políticas são emanadas de órgão políticos como o Conselho de Segurança, a partir de previsões normativas que permitem a tomada de decisões capaz de constituir direitos.

K. C. Wellens, no artigo 'Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends'[36] , o autor busca fazer uma leitura contemporânea das regras secundárias a partir da teoria positivista de Hart. Muitos pontos podem ser levantados sobre a dinâmica de regras no sistema internacional a partir da teoria de Hart: o questionamento sobre as fontes, as consequência para a responsabilidade internacional e, principalmente, a unidade, a coerência e a eficácia de normas internacionais fazem o autor endereçar algumas perguntas que merecem referência:

> "Are the limits and constraints of classical or general international law stretched or even strained by the way the secondary rules have been operating within the special fields? Has the compartmentalization of international law reached a level

[35] "Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais estes, previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental." (DWORKIN, 2002, 34.)

[36] A contribuição de Wellens é na verdade o artigo introdutório de uma coletânea composta pelos membros do conselho editorial do Netherlands Yearbook of International Law dedicada à análise da diversidade das normas secundárias no direito internacional. O artigo de Wellens procura sintetizar as idéias principais dos artigos do livro. (WELLENS, 1995, 3-38.)

at or beyond which the international legal order runs the risk of fatal disintegration?"[37]

Wellens conclui que atores não estatais de diferentes tipos e categorias – organizações internacionais, indivíduos, companhias, entidades, ONGs – tornaram-se mais envolvidos no processo de criar normas primárias. Estes atores também crescentemente tornaram-se sujeitos ao governo de normas primárias as quais lhes conferem direitos ou impõem obrigações de conduta ou abstenção. Dedica suas considerações finais ao papel das Nações Unidas e à necessidade da organização se adaptar gradualmente às 'prevailing circunstances' da comunidade internacional principalmente quanto à regra secundária do artigo 27 da Carta (3) a qual estabelece as condições para de decisões no Conselho de Segurança.

IV – Regras jurídicas internacionais em Raz:

Em 1970, Joseph Raz publica a primeira edição da obra 'The concept of Legal System: an introduction to the theory of legal System'. Apesar de ter seu nome associado a Hart – Raz inclusive organizou a edição póstuma do Post Scriptum – a obra é influenciada por Bentham, Austin, Kelsen e Hart. Nesta, existe a clara preocupação de pensar o direito enquanto sistema, não obstante este sistema não tenha a acepção de um ordenamento jurídico, senão a acepção que a existência de um vínculo apropriado entre uma regra e instituições a converte em regra de direito.[38] O argumento de Raz se ocupa em grande parte com a natureza deste vínculo. O livro se baseia na tese de doutorado de Raz conferido pela Universidade de Oxford, sob orientação de H. Hart, o que explica a influência de conceitos como o da *regra de reconhecimento*.

No 'The Concept of Legal System', Raz está empenhado em identificar a natureza do vínculo entre a regra e as instituições relevantes que convertem a regra em uma regra de direito.[39] Raz aprofunda as noções da regra de reconhecimento de Hart numa perspectiva de sistema jurídico e não está preocupado em propor um conceito de norma ou regra jurídica. Por sinal, para Raz, a noção de norma depende da teoria sobre

[37] ibidem.
[38] RAZ, 1986, Prefácio à edição espanhola.
[39] idem, 5.

o *sistema jurídico*.[40] Discorda de Hart e Kelsen em diversos pontos e faz críticas tanto à norma fundamental quanto à regra de reconhecimento.[41]

Para Raz, a continuidade de um sistema jurídico não necessariamente é interrompida pela criação de novas disposições jurídicas originárias. Para ele, isto não seria admissível em Hans Kelsen, ou seja, disposições originárias num sistema jurídico momentâneo deveriam estar lá desde a constituição do sistema. Um exemplo que dá é a outorga de independência a um país a qual autoriza as disposições jurídicas deste, mas ao mesmo tempo formam um sistema jurídico em apartado. A criação de uma nova disposição originária interrompe a continuidade de um sistema jurídico unicamente se é uma disposição de grande importância, pois a identidade dos sistemas jurídicos depende da identidade das formas sociais aos quais pertencem.[42]

O capítulo IX da 'The concept of Legal System', finaliza a exposição sobre a existência de sistemas jurídicos. Remete à noção de eficiência de um sistema jurídico e lembra que teóricos do direito argumentam que a existência de um sistema jurídico depende da eficácia do mesmo e da obediência às obrigações jurídicas, mas que estes mesmos teorizadores não fazem esforço por esclarecer o significado preciso de eficácia.[43] A crítica de Raz é pontual: eficiência é um termo central no positivismo jurídico kelseniano e a explicações sobre a percepção desta eficiência talvez seja um dos elementos centrais da vulnerabilidade da teoria pura do direito.

O 'pacta sunt servanda' – princípio componente formulação teórica da norma fundamental de Hans Kelsen - é a expressão comum do reconhecimento de uma ordem jurídica mediante o princípio da eficiência. A este respeito é consagrada a expressão 'Ubi societas, ibi jus' muito embora seja mais um aforismo jurídico do que uma afirmação científica. Onde há sociedade é possível identificar algumas regras ou normas enquanto comandos mas não necessariamente jurídicas. É mais acertado afirmar que onde existe sociedade existem crenças e valores compartilhados. Aqui parece possuir razão Raz quando teoriza que as regras secundárias é que irão reconhecer se normas são jurídicas num contexto de sistema jurídico. É possível identificar no conjunto teórico de Raz elementos que respondem de forma mais abrangente a contemporaneidade da prática do direito internacional: a pluralidade de sistemas jurídicos (a exemplo da

[40] idem, 11.
[41] idem, 239.
[42] RAZ, op. cit., 226.
[43] Ibidem, 243.

diferença entre o direito comunitário e da integração e o internacional público), a possibilidade de *jus cogens* regionais, a fragmentação do direito internacional (e colisões de regimes internacionais) e o reconhecimento da efetividade de sistemas jurídicos privados a exemplo das leis desportivas internacionais ou de marcos regulatórios de internet[44].

V – Conclusões:

O jurista pós-positivista, Alexander Somek, no artigo 'Kelsen lives' afirma que conceito de sistema de normas conforme o proposto por Hans Kelsen é de limitada aplicabilidade no direito internacional:

> "The claim of this type of theory is, in a legal context, that traditional beliefs in the regulatory import of norms and the governing effect of a legal hierarchy have no reality. All normativity is bound to collapse in practice. As regards public international law, it is the very belief in the existence of a (unified) system of public international law that is put into question."[45]

A norma para Hans Kelsen é uma regra jurídica válida e a validade depende de uma norma superior também válida. Em termos práticos o ordenamento jurídico internacional que obedeça a um sistema hierárquico de normas nunca chegou a se efetivar universalmente. A própria dificuldade dos juristas internacionalistas em lidar com a identificação inequívoca da norma 'jus cogens' evidencia a falta de unanimidade teórica sobre esta questão.[46]

Regras/normas de direito internacional dependem de complexos processos de reconhecimento/validação que em última instância dependem de opções da autoridade política. O sistema jurídico no plano internacional é o sistema de Estados e Organizações Internacionais, mas existem também sistemas regionais, transnacionais e

[44] Sobre estas características do direito internacional contemporáneo consultar, por exemplo, as reflexões de KENNEDY, 2007 e TEUBNER; FISHER-LESCANO, 2004.
[45] SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. In: *The European Journal of International Law Vol. 18 nr. 03*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 416-417.
[46] UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission. Approved in 13 April 2006, 183-184.

supranacionais. Este cenário de sistemas políticos cria relações mais complexas de criação de normas e legitimação.

A obrigatoriedade de uma lei depende de seu processo de validação/reconhecimento. O exame do conceito de normas em Austin, Kelsen, Hart e Raz procura tornar claro que na teoria jurídica o conceito de regras e normas jurídicas internacionais possui diferentes acepções.

Sujeitos de direito internacional consolidam suas práticas conforme os padrões jurídicos de seu tempo e estas práticas formam outros padrões normativos que serão a moldura de posteriores reconhecimento de normas tidas como jurídicas. Nem sempre a teoria e a prática andam coordenadas, existem movimentos sincrônicos e diacrônicos entre a prática dos Estados e a reflexão acadêmica e da mesma forma a reflexão intelectual pode ter um descompasso em relação ao seu tempo tanto apontando para o direito do futuro quanto sustentando posturas anacrônicas. Reconhecer o descompasso é primeiro passo para o aprimoramento teórico

A estrutura da sociedade e a semântica do direito atuam mediante um processo circular – ou senoidal – acopladas uma à outra.[47] A noção de decisão no direito internacional, no sentido da criação ou reconhecimento de normas jurídicas válidas pode ser uma pergunta com regresso *usque ad absurdum* se considerarmos que o que é tido como direito é resultado de decisões tomadas por sujeitos detentores de capacidade jurídica num dado contexto societário. Ocorre que nem todas as decisões políticas são reconhecidas como criadoras de direitos, ou seja, reconhecidas enquanto normas ou regras jurídicas pelo sistema de direito enquanto um subsistema da sociedade.

O positivismo jurídico libertou a lei das intervenções da teologia e da filosofia moral. O direito não é mais do que leis positivas, mero dever-ser, de homens para homens. Este é o denominado por Forgó e Somek o *slogan* emancipatório do positivismo jurídico, principalmente se é entendida sua significação político-democrática. Por outro lado, a resposta do positivismo à pergunta acerca da validade do direito possui uma informação paradoxal, pois esta questão não é respondida em termos científicos.[48]

---

[47] FISCHER-LESCANO; CHRISTENSEN, 2005, 219.

[48] "Der Rechtspositivismus befreite die Rechtswissenschaft von den Interventionen durch Theologie und Moralphilosophie. Auf diesem Gebiet finde die Rechtswissenschaft nicht statt. Alles Recht sei nicht mehr als von Menschen für Menschen gesetztes Recht, blosses Sollen.

O positivismo jurídico possui condicionantes teóricos e históricos definidos. No plano histórico, o surgimento dos Estados, na forma de unidades políticas dotadas de capacidades jurídicas, no sentido de atribuição de personalidade, numa perspectiva de mútuo reconhecimento. No plano das ideias, o deslocamento do eixo de justificação de comandos jurídicos do direito natural para o direito positivo o qual recebe diferentes explicações teóricas a fim de justificar a validade normativa, ou seja, a obrigatoriedade de normas ou regras.

VI - Referências Bibliográficas:

AUSTIN, John. *The province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence* (1832) (1863). Indianápolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc., 1998.

BENTHAN, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and legislation*. Oxford: Basil Blackwell, 1960.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic turn in legal theory. In: *SMU Law Review*, Vol. 52. Texas: Law Review Association, 1999. pp. 167-198.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (1977). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISCHER-LESCANO, Andréas; CHRISTENSEN, Ralph. Auctoritatis Interpositio. Die Dekonstrukion des Dezisionismus durch die Systemtheorie. In: *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. Berlin: Verlag Duncker & Humblot, 2005.

FORGÓ, Nikolaus; SOMEK, Alexander. Nachpositivistisches Rechtsdenken. *In*: BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISHER-LESCANO, Andréas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006.

Das ist ein Grosser emanzipatorischer Slogan, dessen Bedeutung vor allem von der demokratischen Politik verstanden wird. Auf die Frage, weshalb das Recht gelte, ohne von Autoritäten abzustammen, die höher sind als der Mensch, antwortete der Rechtspositivismus, wenn er klug antwortete, dass die Begründung der Geltung des Rechts keine wissenschaftliche Fragestellung sei. Das Recht gelte eben. Der Wissenschaft falle die Aufgabe zu, es mit wachem Verstand und unerregtem Gemüt zu beschreiben. Die Auskunft ist selbsverständlich paradox." (FORGÓ; SOMEK, 2006, p. 266).

HART. H. L. A.. *The concept of law* (1961). Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

____. *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2000.

____. Visita a Kelsen (1963). Tradução de Leonel Cesarino Pessoa. In: *Revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. Nr. 64. São Paulo: CEDEC, 2005.

KELLY, John Maurice. *A short history of western legal theory*. New York: Oxford University Press, 1992.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

____. *Teoria geral do direito e do Estado* (1945). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KENNEDY, David. One. Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico: uma introdución a la teoria del sistema juridico* (1980). Tradución da 2ª ed., prologo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1986.

SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. In: *The European Journal of International Law Vol. 18 nr. 03*. Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 416-417.

TEUBNER, Gunter; FISHER-LESCANO, Andreas. Regime – Colisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. In: *Michigan Journal of International Law*. Vol. 25:999. Summer 2004. pp. 999-1046.

UNITED NATIONS. A/CN.4/L.682. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission.* Approved in 13 April 2006. pp. 183-184.

WELLENS, K. C. L. A. N. M. Barnhoorn. *Diversity in secondary rules and the unity of international law*. The Haage: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.