

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - CFH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Maria Alice da Silva

**O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E AS CRÍTICAS À
TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO**

Florianópolis
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - CFH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Maria Alice da Silva

**O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E AS CRÍTICAS À
TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Filosofia da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do grau de
Mestre em Filosofia.

Orientador:
Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra

Florianópolis
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

da Silva, Maria Alice
O Positivismo jurídico de Hart e as crítica à teoria
imperativa do Direito / Maria Alice da Silva ;
orientador, Delamar José Volpato Dutra - Florianópolis, SC,
2014.
156 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa
de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui referências

1. Filosofia. 2. Positivismo, Direito, Hart,
imperativismo. I. Volpato Dutra, Delamar José. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Filosofia. III. Título.

Maria Alice da Silva

**O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E AS CRÍTICAS À
TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO**

Banca examinadora:

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra
Presidente - UFSC

Profa. Dra. Milene Consenso Tonetto
Membro - UFSC

Prof. Dr. Charles Feldhaus
Membro - UEL

Prof. Dr. Denilson Luis Werle
Membro - UFSC

Prof. Dr. Alessandro Pinzani
Suplente - UFSC

À minha mãe, Vera, pela sua luta em tornar meus sonhos possíveis.

AGRADECIMENTOS

À família, que tanto torceu por mim em todos os momentos desta vida. Por saberem compreender os momentos de ausência para que pudesse dedicar-me aos estudos. Em especial, agradeço à minha mãe, ao meu padrasto – Nazareno, à minha avó Enedina e à minha tia Sandra, pelas inúmeras ligações telefônicas, todos sempre preocupados em prestar ajudas emocionais, físicas e financeiras ou com os meus esforços para entender filosofia e as dificuldades acadêmicas envolvidas.

Aos meus irmãos. Carlos Júnior, João Arthur e Luisa, meus tesouros, por todo amor e alegria doados de maneira intensa e prazerosa. Por vocês me esforço para ser o melhor exemplo.

Ao Evandro, meu namorado, por dar-me amor e um grande suporte emocional para que eu conseguisse aguentar o segundo ano de mestrado, seleção de doutorado e tensão com os prazos. Pelos esforços em me ajudar nos estudos, por me escutar a filosofar e, de maneira muito sábia, colocar-me de volta ao chão.

Aos amigos, pelas horas de desabafo, quando me confortavam e me ajudavam a manter o foco, e me proporcionaram horas alegres de descontração necessárias. Não poderia citar tantos nomes de amigos maravilhosos que me apoiaram de inúmeras formas. Sou muito feliz por ter tantos queridos e dedicados amigos.

Ao Silvano, pelos anos que tivemos de companheirismo e total apoio à realização dos meus ideais.

Ao professor orientador, Dr. Delamar J. V. Dutra, a quem eu devo minha eterna admiração e carinho, por todas as horas de respeito ao meu trabalho e ao meu espaço de crescimento, por todos os olhares de compaixão quando eu possuía dúvidas, por todo o cuidado em explicar-me várias vezes coisas que eu não conseguia ou não queria entender. Por acreditar no meu trabalho, enfim, por dar-me coragem e exemplo.

Aos professores do Mestrado, do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFSC, por todo o aprendizado proporcionado.

Aos professores que compuseram a banca de qualificação, por todas as contribuições ao texto, nas pessoas da professora Dra. Milene C. Tonetto e do professor Dr. Charles Feldhaus.

Aos colegas do grupo de orientandos do professor Delamar, em especial ao André Coelho, por, desde o início do meu estudo com Hart, de maneira muita gentil e atenciosa, ceder-me vários textos. Também por ter explicado o contexto da tradição em filosofia do Direito e ter lido os meus trabalhos e feito apontamentos significativos ao resultado final desta dissertação. Ao André, todo o meu carinho, respeito e admiração. Devo agradecer de maneira muito especial também à Cinthia Berwanger, por ter sido a melhor amiga que eu poderia encontrar em toda a academia e na vida. Ela esteve presente em todos os momentos da produção desta dissertação. A essa amiga, por ter me dado amor acompanhado de discussões filosóficas e gramaticais, todo o meu coração.

Aos demais colegas da pós-graduação, em especial ao Evandro O. de Brito, por todo o carinho e torcida, pelas de milhares discussões sobre filosofia e pelas grandes dicas sobre como produzir texto acadêmicos. À Tânia Kuhnen, pela atenção no último ano e ajuda na formatação da primeira versão desta dissertação. Ao colega Marcos Rohling, por ceder-me, de maneira muito gentil, seu texto (ainda em construção) sobre o Direito Natural em Hart. Ao colega Wesley Felipe de Oliveira, pelos ótimos compartilhamentos de textos, ideias e discussões filosóficas e também pela força em me fazer acreditar que seria possível terminar esta dissertação no tempo previsto.

A todos os que me inspiraram a seguir a carreira filosófica, a todos os que se dispuseram a conversar comigo sobre filosofia, sobre meu trabalho e torceram por isso.

Ao Célio Escher, pela atenciosa revisão.

À CAPES, pela concessão de bolsa, sem a qual não poderia me dedicar da mesma forma aos estudos.

A todos os presentes na minha vida, meu carinhoso agradecimento. Sem tanto apoio, discussões e carinho, este estudo não teria sido possível.

Rebento
substantivo abstrato
O ato, a criação, o seu momento
Como uma estrela nova e o seu barato
que só Deus sabe, lá no firmamento
Rebento
Tudo o que nasce é Rebento
Tudo o que brota, que vinga, que medra
Rebento raro como flor na terra,
rebento farto como trigo ao vento
Outras vezes rebento simplesmente
no presente do indicativo
Como as correntes de um cão furioso,
ou as mãos de um lavrador ativo
às vezes mesmo perigosamente
como acidente em forno radioativo
Às vezes, só porque fico nervoso, rebento
às vezes, somente porque estou vivo!
Rebento, a reação imediata
a cada sensação de abatimento
Rebento, o coração dizendo: Bata!
a cada bofetão do sofrimento
Rebento, esse trovão dentro da mata
e a imensidão do som nesse momento (Rebento. Gilberto Gil).

O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E AS CRÍTICAS À TEORIA IMPERATIVA DO DIREITO

RESUMO: Esta dissertação tem o objetivo de apresentar dois tipos de positivismo jurídico, a saber, o imperativismo e o positivismo de Hart. Assim, faz parte do nosso objetivo principal apresentar a crítica de Hart ao imperativismo, em especial ao imperativismo da teoria de Austin e da de Bentham. O positivismo de Hart seria um novo começo depois de eliminar as imperfeições imperativas. Seria um recomeço positivista para valorizar outros elementos do Direito e não apenas o da coação e eliminar do escopo jurídico ordens do soberano, para, no lugar, incluir tipos de obrigações jurídicas diferentes que geram regras de diferentes tipos, como regras coativas, regras que conferem direitos e poderes, além da regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é a autoridade e é também a regra que reconhece os conteúdos jurídicos, apesar de ser também uma prática social de onde advêm os conteúdos capazes de se tornarem positivados e reconhecidos pelo sistema. Ao invés de sustentar uma regra que manifeste a autoridade do sistema, Austin apresenta apenas a prática social, o hábito, como sustentação de autoridade jurídica. No caso de Austin, entende-se que a autoridade jurídica seja constituída das ordens dadas pelo soberano junto de ameaças e promessas de danos. Para cumprir nossos objetivos, apresentamos, no capítulo inicial, os diferentes tipos de positivismo, ou seja, a maneira como os positivistas apresentam suas questões e quais são as questões-alvo da análise de Hart e de Austin. A tese do imperativismo é uma das formulações do positivismo, mas não é defendida por Hart e explicamos o porquê no capítulo segundo, assim como apresentamos um resumo do positivismo de Hart no capítulo final.

Palavras-chave: Direito, Moral, regra de reconhecimento, positivismo, imperativo, Austin, Hart.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to introduce two types of legal positivism, namely imperativism and Hart's positivism. Thus our main goal is to introduce Hart's critique to imperativism, as examples, the theory of Austin and Bentham. Hart's positivism would be a new beginning after eliminating the imperfections inherent to imperativism. A positivist beginning valuing other elements to the essence of Law instead of pure coercion and eliminating from the legal scope sovereign orders and instead including types of legal obligations which generate different types of coercive rules, rules that confer rights and powers beyond the rule of recognition. The rule of recognition is the authority and the rule recognizes the legal contents able to become positivized and recognized by the system, Austin has only social practice and habit to support the legal authority, in the case of Austin, legal authority are the orders conveyed by the sovereign power along with threats and mention of damages. To accomplish our goals, we present in the first chapter the different types of positivism, that is, the way in which the positivists present their issues and which issues are within Hart and Austin's scope. The thesis of imperativism is one of the formulations of positivism, but this thesis is not advocated by Hart and we explain why in the second chapter as well as a summary of positivism in the last chapter.

Keywords: Law, Moral, rule of recognition, positivism, imperativism, Hart, Austin.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	17
1 A CRÍTICA DE HART AO IMPERATIVISMO DE AUSTIN ...	27
1.1 O positivismo e suas variantes.....	27
1.2 Soberania: ordens e ameaças. A teoria imperativista	34
1.2.1 Os sentidos de obrigação.....	39
1.2.2 A relação entre ordens, ameaças e autoridade	43
1.3 Hábito e regra social	50
1.3.1 Diferença entre hábito e regra social.....	53
1.4 Cotejo com Austin	57
1.5 Conclusão do capítulo: o fracasso do imperativismo	65
2 A CHAVE DA CIÊNCIA DO DIREITO: A UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	71
2.1 Regras primárias e regras secundárias	72
2.1.2 Regra de modificação.....	82
2.1.3 Regra de abdicção	84
2.1.4. Regra de reconhecimento	86
2.2 A estrutura normativa da sociedade.....	90
2.2.1 Analisando o Direito de um ponto de vista interno e externo.	91
2.3 Filosofia da linguagem e discricionarietà	97
2.3.1 Discricionarietà.....	102
2.4 Conclusão do capítulo	109
3. O POSITIVISMO DE HART E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	111
3.1 A validade dos conteúdos morais	112
3.2 A moral positiva	118
3.3O conteúdo mínimo do Direito Natural.....	123
3.4 Justiça.....	130
3.4.1 Justiça de aplicação.....	130
3.4.2 Valores de justiça	134
3.5 A relação entre Direito e Moral	137
3.6 Conclusão do capítulo	142
CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	153

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esta dissertação é uma análise da teoria positivista de Hart e suas críticas ao positivismo imperativista. Faz parte dos nossos objetivos apresentar a teoria hartiana reformulada a partir dos elementos apresentados pelos imperativistas, pois que, segundo ele, apesar de o imperativismo ser uma teoria fracassada, ainda apresenta bons elementos para a construção de uma teoria mais completa. Assim, as críticas feitas por Hart têm a função, no livro *O Conceito de Direito*, de desconstruir os elementos insuficientes, para que Hart pudesse cunhar e acrescentar melhores elementos para a chave da ciência do Direito do que os elementos dados anteriormente.

Além disso, pretendemos exibir que, mesmo um positivista do tipo imperativista, como é o caso de Austin, pode defender a tese da incorporação entre Direito e Moral. Sendo assim, ao desconstruir o imperativismo, Hart desconstrói um modelo precário sobre os elementos do Direito, mas, ao fazê-lo, não muda, na teoria de Austin e em outras teorias imperativistas, a relação entre o Direito e a Moral, relação que mesmo os imperativistas podem defender. Em outras palavras, será apontado, neste estudo, que é possível defender o imperativismo sem precisar negar a incorporação da moralidade no sistema jurídico, pois *são problemas filosóficos de origem diferentes*, problemas que um imperativista pode ou não aceitar da mesma maneira que um positivista não imperativista como Hart.

Antes de chegar ao capítulo final, quando apresentaremos a relação entre o Direito e a Moral, e deixarmos claro que é um problema filosófico independente do pressuposto imperativista, elucidaremos, no segundo capítulo, as particularidades da teoria de Hart. O capítulo segundo é o espaço em que exibiremos a sistematização de um novo começo, para uma nova chave da ciência do Direito, isto é, elementos não só coativos, mas normativos e que geram obrigação jurídica, conferem direitos, outorgam poderes e explicitam a autoridade de uma regra social.

Nossos objetivos para a estrutura da dissertação compõem-se, desta maneira, de cinco itens:

(i) A teoria do imperativismo. O imperativismo se caracteriza por relacionar a chave da ciência do Direito à coerção (comandos) e às ordens dadas pelo soberano (aquele que possui vontade irrestrita). Ao relacionar Direito à coerção, o teórico associa obrigação jurídica com castigo do tipo sofrido fisicamente, e associa esse elemento ao exemplo

das ordens dadas por um assaltante. Com isso, os participantes do sistema jurídico, como num assalto, obedecem à lei por medo das consequências que o não cumprimento pode trazer. Assim, esse momento coativo é o que sustenta as ordens do soberano, isso ocorrendo junto ao hábito de obediência. Trata-se de uma prática social que sustenta a obediência ao soberano, ou seja, o hábito de obedecer à autoridade soberana. A figura de soberania é aquela que não está sob nenhuma regra, isto é, possui vontade irrestrita. Os elementos descritos aqui são os elementos que mais caracterizam a teoria imperativa. O que apresentamos é, principalmente, a visão de Hart sobre o imperativismo. Para isso, usamos dois textos, sendo primeiro “Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”, artigo escrito em 1958, e, segundo, a sua grande obra, *O Conceito de Direito*, publicado em primeira mão em 1964.

(ii) A teoria de Austin à luz dos escritos de Hart e a crítica feita por Hart a tal teoria. Austin é, nas palavras de Hart, quem conseguiu chegar mais perto da maneira clara de elucidar o conceito de Direito com elementos imperativos (HART, 2009, p. 23). Assim, a teoria imperativista de Austin é representada em *O Conceito de Direito*, com a ressalva de que essa representação pode não ser o que Austin realmente escreveu ou quis dizer. Com essa postura hermenêutica, acreditamos que Hart reconhece que modificou a teoria para elucidar seus fins críticos, ou seja, para expor os elementos de um Direito primitivo. Direito primitivo é aquele que só possui o elemento coercitivo, faltando-lhe a base para regras complexas, regras que outorguem poderes, concebam direitos, modifiquem outras leis, concebam autoridade e legitimem o conteúdo jurídico. Com a afirmação de sua posição hermenêutica, acreditamos que Hart está nos alertando para o fato de que pode ser o caso e de que Austin talvez não fora tão simplista e que talvez não tenha defendido um conceito de Direito que resulte um Direito do tipo primitivo¹. Mesmo assim, trabalharemos com a premissa de que a crítica feita ao imperativismo é uma crítica a Austin, mas, não só, é uma crítica feita também a Bentham. Acreditamos que corresponde a Bentham também, pois, no artigo “Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”, Hart atribui aos dois a crítica e, em uma passagem de *O Conceito de Direito*, diz que essa maneira simples de expor os elementos do Direito corresponde também a

¹ No item 1.4 oferecemos um breve cotejo com Austin, sobre algumas das principais críticas de Hart, e a visão de comentadores, mas não pretendemos ter um estudo aprofundado.

Bentham e a Hobbes. Depois, contudo, em *Essays on Bentham, jurisprudence and political theory*, Hart elucida por que considera Bentham um imperativista². E, também, diz que Hobbes não é um imperativista conforme dito em *O Conceito de Direito*. Assim, Hart admite que errou e pecou na interpretação dos sentidos de obrigação da teoria hobbesiana. Segue-se que parece que, de maneira diferente dos imperativistas, Hobbes percebeu que obediência sob as leis se dá de duas maneiras, não só por medo, mas também de uma maneira normativa, como ocorre por meio do contrato social.

Segundo Hart, a teoria imperativista deve ser criticada, pois há elementos jurídicos que transcendem o controle coercitivo (HART, 2009, p. 55). Esses elementos são vistos a partir de um ponto de vista interno, ao perceber que as pessoas obedecem às leis não só por medo, mas, porque percebem um dever e possuem um desejo de seguir leis, pois são padrões de conduta que surgem das práticas sociais. E ele, então, percebe a necessidade de uma teoria mais completa. Percebe que isso se faz necessário, pois leis não são apenas ordens dadas a outros indivíduos e isso ocorre em vista do fato de que há leis que outorgam poderes³ e outras que estabelecem laços entre os participantes do sistema⁴, sendo, portanto, leis que, claramente, não possuem o elemento de coerção. Para Hart, as normas jurídicas são como regras de um jogo e possuem funções como a de instruir o marcador de pontos e os demais jogadores. Sendo assim, as leis devem ser observadas e compreendidas do ponto de vista de quem as exerce. Quando Hart observa as leis sob um ponto de vista interno e conclui que “[...] as pessoas obedecem às leis não por ordens, e sim por um padrão de conduta[...]” (HART, 2009, p. 77) que pode ser estabelecido pela moral positiva⁵, dentro da

² Bentham é imperativista, segundo Hart, pelos motivos de Austin, por acreditar na existência de um soberano, por não se dar conta de que o Direito é a união de dois tipos de regras, também por não ter percebido como as regras funcionam sob o aspecto da aceitação. Bentham acreditava em fontes sociais, mas o fazia de uma maneira muito simples. E, sobretudo, Bentham acreditava no elemento coerção como um elemento principal no sistema jurídico. Essas são as características que fazem, segundo Hart, Hobbes, Bentham e Austin, serem imperativistas. Isto aparece em Hart (2009, p. 84). Veremos, contudo, no capítulo desta dissertação, que Hart diz que não pretende fazer jus exatamente aos autores, mas que, principalmente Austin, foi o autor que mais se aproximou da teoria imperativista, conforme apresentada por ele (HART, 2009, p. 35).

³ É o caso de leis que dizem o que os juízes devem fazer, por exemplo.

⁴ É o caso de leis que explicam como os contratos entre pessoas físicas devem ser feitos para serem reconhecidos, ou o caso de contrato de casamento. Esses são exemplos.

⁵ Sobre em que consiste a moral positiva e como ela influencia na criação de padrão de conduta, isso será explicado no capítulo terceiro. Para mais, ver MacCormick (2010, p. 67-68) e Hart (1987, p. 44).

sociedade de cada sistema jurídico. Entende ele que, se não for assim, não é possível explicar como, depois das ordens do soberano, as leis persistem e como há continuidade do legislador. Com isso, evidenciaremos que o principal erro da teoria imperativa simples foi defender que existe apenas um tipo de regra jurídica, ou seja, apenas o tipo de regras primárias, pois esse tipo único possui apenas o elemento coercitivo como função.

Para Hart, o Direito é formado por um conjunto de regras jurídicas de dois tipos, ou seja, regras primárias e regras secundárias⁶, e isso nem Austin nem Bentham ou outro autor haviam salientado anteriormente. Sendo assim, outro principal fracasso detectado na teoria de Austin é a incapacidade de explicar o funcionamento da aceitação das leis pelas pessoas que participam do sistema. Em suma, são esses os argumentos que pretendemos apresentar. Pretendemos expor como e por que, segundo a teoria de Hart, associar ao Direito um soberano que ordena representa um fracasso teórico.

(iii) Apresentar o conceito de Direito de Hart. O Direito possui uma estrutura muito maior do que a função de coagir, pois ele é composto por regras sociais. O sistema jurídico é composto por regras sociais em dois sentidos, o de que tanto rege a conduta de seres humanos em sociedade, quanto o de que a sua existência se deve às práticas sociais (MacCORMICK, 2010, p. 35). Assim, a prática social não desaparece do elemento jurídico após as críticas de Hart a Austin, mas ela se mantém de forma diferente. Não é mais o hábito de obedecer ao soberano, senão que é por meio da prática social que, de um ponto de vista interno, transforma as condutas em razões preempatórias inter-relacionadas e em regras de dois tipos: primária e secundária.

O Direito, todavia, por possuir regras sociais da maneira como descrevemos, não pode possuir apenas regras aqui tipificadas como primárias, pois ele também possui funções como a de estabelecer funções, a de criar direitos, a de abdicar e a de conferir poderes, bem como a de criar relações entre as pessoas e de permitir modificações de estruturas passadas ou de casos mal resolvidos, e esses elementos são de regras que não possuem o elemento coativo como central. Para elucidar o pensamento de Hart é preciso apresentar também sua filosofia da

⁶ A percepção de Hart sobre esse tipo de união entre as diferentes espécies de regras jurídicas é o que faz o autor afirmar que cunhou a verdadeira chave da ciência do Direito. E ele se explica afirmando que as regras secundárias possuem elementos que transcendem a coerção e deixam claro como a prática social se transforma em regra que autoriza o sistema, segundo a regra de reconhecimento. Sobre isso, veremos mais no capítulo segundo.

linguagem, baseada na filosofia analítica de Waissmann⁷. Com esse pressuposto, os sentidos das palavras são ambíguos, pois dependem da estrutura aplicada a cada ocasião. Com isso, as palavras são dependentes da empiria, tendo como base teórica a textura aberta da linguagem⁸. Hart transfere essa textura do mesmo modo para o Direito. Daí surge o direito de discricionariedade dos juízes para interpretar e solucionar casos difíceis. Quando Hart explica a discricionariedade, que somente existe por conta da linguagem imprecisa e das consequências sociais complexas que impossibilitariam uma linguagem determinada, inclui a noção de poder que o juiz possui. Trata-se de um poder autorizado por lei, por uma regra social e jurídica, e é denominável de *regra de reconhecimento*.

(iv) O positivismo de Hart incorpora ao Direito mais elementos do que a pura coerção. De pronto cabe constatar que, no sistema jurídico moderno e completo, não há espaço para a figura de um soberano, ou seja, alguém que não segue regras e ordena por vontade própria e ilimitada. A chave para entendermos o positivismo jurídico está no capítulo segundo, onde explicamos as diferentes regras jurídicas e a regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é a autoridade jurídica e nos elucida como os conteúdos morais podem se tornar legítimos e reconhecidos pelo sistema jurídico. A moral positiva⁹ e a moral crítica¹⁰ são os tipos de moralidade trabalhados por Hart. Essas moralidades podem ser incorporadas como as regras são aceitas ao sistema, e isso depende do que é evidenciado pela regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento é uma regra social e uma das regras secundárias que é parte fundamental para entendermos o mecanismo de aceitação de normas e de conteúdos morais no sistema jurídico. Ela nos salienta o que é válido no Direito. Sua validade não

⁷ Waissmann foi professor de Hart, filósofo britânico da linguagem, aluno de Wittgenstein e autor do termo: “textura aberta da linguagem”. No capítulo segundo apresentaremos um pouco mais de sua influência sobre a teoria hartiana.

⁸ Por “textura aberta da linguagem” Waissmann pretende dizer que os nossos conceitos empíricos (mas não só os conceitos empíricos) não estão delimitados, de forma *a priori*, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado” (STRUCHINER, 2002, p. 15-16).

⁹ Tipo de moralidade que surge dos costumes e hábitos sociais que se transformam em regras sociais e podem ser validados como conteúdo legítimo do Direito.

¹⁰ É o tipo de moralidade que permite que as pessoas tenham um senso crítico sobre o sistema e, a partir disso, possam mudar o que não aceitam como padrão de conduta vantajosa ao grupo.

pode ser questionada, pois é ela própria a autoridade do sistema¹¹. Com isso, a regra de reconhecimento abrange todas as outras regras jurídicas, tanto as regras de obrigações, que estabelecem os padrões que regulam a conduta dos cidadãos comuns, quanto as regras que fazem o sistema funcionar através de normas para oficiais, juízes e legisladores, quanto também regras que estabelecem relações entre os indivíduos comuns e que permitem reivindicar direitos e escolhas que, por ventura, possam vir a prejudicar alguém de forma injusta e causar um dano indevido. Através da regra de reconhecimento percebemos o quão complexo é o sistema jurídico e a maneira como os conteúdos morais e culturais entram no Direito, isto é, por ser uma regra social pode incorporar costumes que são aceitos como padrões de conduta pelos cidadãos e que se tornam regras jurídicas.

v) **A relação entre Direito e Moral** e como objetivo secundário: a semelhança com a teoria de Austin e com a de Bentham¹². O Direito é fruto de convenção social. Por isso, se o conteúdo moral fizer parte do sistema, isso ocorre porque as pessoas daquele sistema assim o quiseram. Como veremos, para os imperativistas, a prática social também possui um papel importante, pois é a prática social que torna legítimo o hábito de obedecer ao soberano e é dali, da prática social, que surgem os conteúdos jurídicos. A diferença no positivismo de Hart, sob o ponto de relação entre o Direito e a Moral, é a maneira como a prática social se torna regra social e é incorporada ao sistema através da regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento é o coração do positivismo de Hart e a explicação está na diferença entre hábito e regras sociais¹³. A maneira de analisar o Direito sob um ponto de vista interno e externo¹⁴ para entender a aceitação de padrões de conduta e toda a participação no sistema através de regras é parte essencial para que a norma de reconhecimento seja compreendida. As regras primárias e secundárias são regras sociais. Com isso, o aceite desses padrões de conduta é feito pelo grupo, o que é expresso através de críticas e de pressão social. As

¹¹ No segundo capítulo entenderemos melhor o que significa isso, uma regra que ao mesmo tempo é uma prática social e é a autoridade do sistema, por autorizar os poderes e deveres dos funcionários oficiais do sistema e por conter dela tudo o que precisamos saber sobre as regras do Direito.

¹² Não faremos o cotejo com o que apresentaremos nas semelhanças das teorias. O que será apresentado sobre as teorias de Austin e de Bentham sobre esse tema é através dos escritos de Hart e de MacCormick.

¹³ A diferença entre os dois tipos – hábito e regra social – está no item 1.3 do capítulo inicial.

¹⁴ A análise do Direito sob um ponto de vista interno e externo será introduzida no primeiro capítulo, contudo o item 3.4 é dedicado a esse tema.

regras sociais podem advir de costumes e hábitos da sociedade, contudo passam por um processo de normatização e são transformadas em regras jurídicas. Assim, percebemos que a evolução do Direito acontece dessa forma histórico-social¹⁵ e que seu conteúdo dependerá do que as pessoas que participam do sistema em questão disseram e aprovaram. É por esse motivo que o conteúdo moral pode ou não fazer parte do sistema jurídico, pois depende da aceitação do que as pessoas quiserem e reconhecerem como conteúdo válido juridicamente. O positivismo de Austin não é diferente do positivismo de Hart quanto à relação entre o Direito e a Moral, pois ambos aceitam a tese da separação entre o sistema jurídico e a Moral, tidos como fenômenos diferentes, e ambos também aceitam a incorporação de conteúdos morais ao sistema, mas o que torna o positivismo de Hart mais completo é a inclusão da regra de reconhecimento.

Para Hart, o Direito não é pura forma jurídica, isto é, sem conteúdo algum, pois há, em todos os sistemas jurídicos, um conteúdo mínimo do Direito Natural. Hart, todavia, não enxerga o conteúdo mínimo do Direito Natural como uma maneira de incluir a Moral de maneira obrigatória no sistema, pois, segundo ele, esses são truísmos sobre a natureza humana. Esses elementos já estavam presentes em Hume, como evidencia MacCormick (2010, p. 128) e Austin não é contra esse conteúdo. É devido às características humanas que o Direito existe e é sobre essas características que ele deve basear-se, isto é, qualquer sistema de regras que pretenda guiar o comportamento humano precisa abranger, como regra, os conteúdos a seguir: (i) *a vulnerabilidade humana* – é por sermos vulneráveis a ataques que existem regras proibindo a violência, por exemplo. Todas as regras, tanto do Direito quanto da Moral, que impedem o uso da violência que causa a morte ou cometa lesões corporais, existem por causa desse fator da natureza humana; (ii) *a igualdade aproximada* – nenhum homem é autossuficiente, nem mais forte do que o outro. Por isso que os homens aceitam fazer parte de um sistema de cooperação e de acordos recíprocos. Nenhum homem aceitaria viver com regras, sejam elas morais ou jurídicas, se não reconhecesse sua condição de igualdade perante o outro; (iii) *altruísmo limitado* – o homem é um meio termo entre anjos e demônios. Só por isso é possível haver um sistema que orienta a conduta humana. Se o homem fosse um desses extremos, o Direito e a Moral não funcionariam, pois não seriam feitas de maneira

¹⁵ O termo é empregado por Noel Struchinier (2005, p. 71).

possível de ser seguida e ficariam sem funcionalidade real; (iv) *recursos limitados* – os seres humanos precisam se alimentar, vestir-se, morar em algum lugar, contudo todos os recursos naturais são escassos e, por isso, é preciso trabalhar para que continuemos tendo recursos para produzir vestuário, alimento, remédios, etc., e, para essa produção, também é necessário que pessoas trabalhem nisso. O Direito precisa, portanto, ter regras que garantem a segurança da propriedade e o respeito a ela, por exemplo, Direito trabalhista, etc.; (v) *compreensão e força de vontade limitada* – sanções são necessárias para controlar as pessoas que não querem cooperar de forma igual com a sociedade. Assim, sanções são necessárias por ser considerado que haja pessoas que, possivelmente, não vão cooperar e não vão obedecer às regras do sistema, ainda que saibam que regras são necessárias para viver coletivamente.

Através do conteúdo mínimo do Direito Natural, Hart expõe como a propriedade privada é garantida, como o trabalho é protegido por leis trabalhistas, como o direito alheio é defendido mediante leis contra a violência, informando que essas garantias sempre estão presentes nos sistemas, sem que, para isso, princípios morais sejam necessários. Assim, a maneira pela qual a Moral se relaciona com Direito é através de conteúdos mais específicos, como costumes, cultura e religião. Esse tipo de moralidade que entra no Direito através das regras sociais e é reconhecido como regra quando é aceito pela norma de reconhecimento, essa não é uma moralidade universal, e sim aquela que possui como fontes a religião, os costumes e a tradição de cada sociedade¹⁶, isto é, a moral positiva ou moral social.

Em suma, pretendemos, ao decorrer do desenvolvimento deste trabalho, apresentar o percurso argumentativo feito por Hart para estabelecer elementos para o conceito de Direito partindo de uma crítica ao positivismo imperativo, pois, mesmo fracassada, essa teoria apresenta elementos que, quando desconstruídos, exibem melhores elementos e que mais se aproximam com o que o Direito é. A crítica de Hart ao imperativismo será apresentada no capítulo inicial. O capítulo segundo é dedicado ao positivismo de Hart, ou seja, para exibir o percurso do autor para desenvolver sua teoria positivista. O capítulo terceiro (e também último de nossos capítulos), pretende expor, principalmente, o desenrolar do positivismo de Hart sobre o problema da relação entre o Direito e a Moral. Queremos, contudo, também esclarecer que esse é um problema diferente do problema que impulsionou a teoria imperativista. Assim, tanto Austin quanto Bentham compartilham o modo como Hart

¹⁶ MacCormick (2010, p. 67-68).

relaciona Direito e Moral. Chegando ao final, pretendemos ter superado a expectativa de explicitarmos os problemas em questão, apontando quais são os elementos que mais se aproximam do que o Direito é (capítulos primeiro e segundo) e a maneira positivista própria de Hart, mas não só dele, de entender como a Moral se relaciona com o Direito. Pretendemos salientar ao leitor o básico do positivismo jurídico de Hart e sua relação com dois grandes problemas filosóficos do Direito, a saber: (i) quais elementos melhor compõem o conceito de Direito e (ii) a relação do Direito com a moralidade. Ao primeiro problema filosófico oferecemos um grau de atenção maior neste estudo, ao passo que, nessa busca, Hart critica a teoria imperativista e funda seu positivismo com a nova chave da ciência do Direito: a união de regras primárias e secundárias.

1 A CRÍTICA DE HART AO IMPERATIVISMO DE AUSTIN

1.1 O positivismo e suas variantes

O objetivo inicial deste capítulo é fazer uma análise dos tipos de positivismo tal como Hart os compreende no artigo “Positivismo e a Separação entre Direito e Moral” e na obra *O Conceito de Direito*. Ao realizar essa análise, o objetivo principal é elucidar as diferenças e as semelhanças do positivismo de Hart e de Austin. Nosso foco em toda a dissertação é sobre a teoria de Hart e a visão deste com os demais autores imperativistas, mas, no final deste capítulo, faremos um breve cotejo com Austin sobre algumas das críticas tecidas pela teoria hartiana.

Hart apresenta, em *O Conceito do Direito*, uma definição: “Positivismo jurídico designa a afirmação simples de que não necessariamente é verdade que as leis reproduzam certas exigências da moral ou as satisfaçam, embora de fato o tenham feito com certa frequência” (HART, 2009, p. 240). O positivismo, assim definido, se apresenta de maneira contraposta à teoria do Direito Natural, à “[...] ideia que há certos princípios do comportamento humano que aguardam serem descobertos pela razão, a lei humana deve se adaptar para ser válida”. O autor apresenta Direito Natural em três sentidos: (i) num sentido teocrático, a palavra “lei” deriva da crença de que as regularidades da natureza observadas haviam sido prescritas ou decretadas por um Regente Divino do Universo, tal qual descrito pelo filósofo São Tomás de Aquino; (ii) originário no pensamento grego, totalmente secular, esse tipo de teoria do Direito Natural é teleológico e faz acreditar que todas as coisas, inclusive os homens, possuem um determinado fim, o qual deve estar nas leis; e (iii) como os pensadores Thomas Hobbes e David Hume. Estes viram no objetivo modesto da sobrevivência o elemento central e incontestável que outorga o bom senso empírico à terminologia do Direito Natural¹⁷.

O que há em comum entre as diversas teorias positivistas? Segundo Stolz, há pelo menos duas teses em que todas essas teorias

¹⁷ Sobre a relação com o Direito Natural que Hume estabeleceu, veremos no capítulo terceiro como Hart se relaciona com ela. Por ora, pretendemos, com este parágrafo, enquadrar quais as teorias historicamente contrapostas ao positivismo jurídico.

acreditam, em maior ou menor grau. São elas: (i) a ciência jurídica é uma questão de fatos sociais e não uma questão metafísica¹⁸; (ii) Direito e Moral se constituem sistemas normativos diferentes. Independentemente da tese de que a Moral possui ou não relação com o Direito, o positivista antes define os sistemas como distintos.¹⁹ Não há problema em defender essa proposição de sistemas normativos diferentes e, ainda assim, defender uma relação de conteúdo ou processual com a moralidade²⁰. Sendo assim, o sistema do Direito é uma coisa e o sistema da Moral é outra.

A tese da separação entre o sistema do Direito e o sistema da Moral, mais as características presentes nas afirmações (i) e (ii) acima, são o que torna tanto a filosofia de Austin ou a de Bentham²¹, quanto a de Hart, muito semelhantes, pois é por tais motivos que podem ser rotulados como positivistas. Ocorre, contudo, que não são apenas essas definições que caracterizam o positivismo jurídico. Mesmo entre as semelhanças há particularidades, e isso será apontado no desenvolver dos capítulos, sobretudo na teoria positivista de Hart. Explicitaremos outra forma de definir o positivismo, ou seja, como imperativismo,

¹⁸ Vale ressaltar que o positivismo jurídico é diferente do positivismo epistemológico. Em comum, ambos não apelam para um fundamento metafísico. Como Japiassú e Marcondes definem: “Em um sentido mais amplo, um tanto vago, o termo ‘positivismo’ designa várias doutrinas filosóficas do séc.XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas ‘positivistas’ por possuírem algumas dessas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação” (JAPIASSÚ, MARCONDES, 2001, p. 154).

¹⁹ Veremos uma citação de Hart sobre os tipos de positivismo jurídico. Nessa citação, Hart elucida cinco formulações. As três primeiras teses mais nos interessarão, pois elas dizem respeito: (i) a que Direito é fruto de comando; (ii) à tese da separação entre o Direito e a Moral – que não há uma conexão necessária; e (iii) à tese analítica. Assim, Hart nos elucida que as teses são independentes uma da outra, pois o mesmo filósofo que aceita a primeira (que é o caso dos imperativistas) pode aceitar a segunda ou não. Sobre o que significa aceitar a separação entre Direito e Moral, mas entender a relação entre eles, isso estará no item 3.5.

²⁰ Veremos, no terceiro capítulo, que tanto Austin e Bentham quanto Hart defendem a tese da separação entre Direito e Moral, mas aceitam que a moralidade é incorporada ao sistema e que seu conteúdo pode ser validado por normas jurídicas. Outros positivistas, como Kelsen, aceitam a tese da separação, mas não aceitam que conteúdos morais sejam critérios de validade de normas.

²¹ Apesar de Hart ter dedicado um livro inteiro de discussão com Bentham e afirmado (HART, 1982, p. 19) que Bentham é imperativista, não faz parte de nossos objetivos apresentar nesta dissertação tal discussão e o cotejo com a teoria deste último.

defendido por Austin, todavia como proposta julgada fracassada por Hart.

No artigo “Positivismo e a Separação entre Direito e Moral”, artigo escrito em 1958, antes de *O Conceito de Direito*, Hart elenca cinco principais afirmativas que definem os formatos de positivismo. São eles:

1) A afirmação de que leis são comandos de seres humanos; 2) A afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) A afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, “funções”, ou de outro tipo; 4) A afirmação de que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado” em que decisões jurídicas corretas podem ser deduzidas por meios lógicos a partir de regras jurídicas pré-determinadas sem referência a fins sociais, políticas públicas (policies), padrão morais; 5) A afirmação de que o julgamento moral não pode ser estabelecido ou defendido, como declarações de fato podem, por argumento racional, evidência ou prova (“não cognitivismo” em ética). Bentham e Austin tinham as visões descritas em (1), (2) e (3), mas não aquelas descritas em (4) e (5). A opinião (4) é comumente atribuída aos juristas analíticos, mas não conheço nenhum “analítico” “que tivesse tal visão” (HART, 2010, p. 62, nota 25).

As definições apontadas por Stolz como as semelhanças ao positivismo em geral, apresentado no parágrafo inicial, são (2) e (3) da citação de Hart, e (1) é o imperativismo, ou seja, leis são comandos de seres humanos, não poderiam ser comandos divinos, por exemplo. Em *O Conceito do Direito*, Hart faz a mesma afirmação, desta vez chamando atenção à nomenclatura anglo-americana. Os rótulos dados aos positivistas anglo-americanos são (4) e (5). Neste trabalho, faremos um recorte e estudaremos apenas as três primeiras características, que

correspondem aos autores ingleses, Austin, Bentham e Hart. Em seguida, outra passagem, no mesmo sentido da citação anterior, desta vez feita em *O Conceito de Direito*. Nas palavras de Hart:

A expressão “positivismo” é usada na literatura anglo-americana contemporânea para designar uma ou mais das seguintes afirmações teóricas: 1) que as leis são comandos de seres humanos; 2) que não há vínculo necessário entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) que a análise ou estudo do significado dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve ser distinguido (apesar de não ser contrário a elas) das pesquisas históricas e sociológicas e da avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos e funções sociais etc.; 4) que um sistema jurídico é um “sistema lógico fechado”, no qual decisões corretas podem ser deduzidas por meios exclusivamente lógicos a partir de normas jurídicas predeterminadas; 5) que os juízos morais não podem ser demonstrados, como podem os enunciados factuais, por meio de argumentação racional, evidência ou prova (“não cognitivismo na ética”). Bentham e Austin defendiam as opiniões expressas em (1), (2) e (3), mas não aquelas em (4) e (5); Kelsen defende aquelas expressas em (2), (3) e (5), mas não as apresentadas em (1) e (4). A afirmação (4) é geralmente atribuída aos “juristas analíticos”, aparentemente sem boas razões. (HART, 2009, p. 386-7).

Apesar de ter sido influenciado pela teoria positivista de Austin, pelas características (2) e (3), Hart não compartilha da tese segundo a qual o Direito é essencialmente produto de uma vontade juridicamente irrestrita do soberano²² e não concorda com a afirmação de que “as leis são comandos”. Ou seja, para Hart o Direito não é formado por ordens dadas pelo soberano e, portanto, as leis possuem outra origem. Hart não deixa de ser positivista por não compartilhar (1), pois concorda com as afirmações (2) e (3) da citação acima. Entretanto, diz que a teoria que defende (1) é fracassada. Fracassada, pois, entre os muitos problemas

²² O soberano é quem comanda. As leis são frutos de sua vontade. Por ser soberano, por definição ele não obedece a ninguém e, por isso, sua vontade é irrestrita.

que serão apontados aqui, essa teoria precisaria explicar como funcionaria o Direito depois das ordens dadas pelo soberano, em especial sob os aspectos da continuidade e da permanência de autoridade para legislar e, ainda, da persistência das leis. Ocorre que, ao analisar o Direito, percebe um mecanismo muito maior de aceitação das regras jurídicas, pois há, dentro de todo sistema, um reconhecimento, esse que surge dos costumes de cada sociedade onde esse sistema é vigente.

Segundo Hart, a questão de rotular de positivismo, de forma indiscriminada e ambígua, a cada uma das teses trouxe dificuldades de compreensão sobre os problemas filosóficos em torno das teorias (HART, 2010, p. 62). Como vimos, há várias formas de designar positivismo, mas isso não quer dizer que, se não defendermos (1), ou seja, o imperativismo, não possamos defender (2) e (3), pois essas teses devem ser vistas de maneiras distintas. Ao expor, neste capítulo, que a tese (1) é fracassada, fá-lo-emos com o propósito de demonstrar seu fracasso e de indicar a maneira substitutiva como Hart constrói os elementos do Direito, mas não para demonstrar que assim derrubamos outras teses positivistas.

Os autores que defendem (1), ou seja, o imperativismo, admitem uma conexão não necessária do Direito, da mesma forma que Hart (no item cinco do capítulo terceiro veremos como Hart entende essa relação,), ou seja, defender o imperativismo não os leva a excluir a moralidade do sistema. Pelo contrário, os utilitaristas estabeleceram grandes laços de conexão entre os dois sistemas normativos. Mesmo assim, no entanto, para o estudo em teoria do Direito e melhor elucidação dos conceitos, faz-se necessário entender que os sistemas são distintos. Quando não distinguimos o Direito da Moral confundimos o que o Direito é com o que o Direito deve ser. Ao entendermos que eles são sistemas distintos, podemos então trabalhar com suas relações. Isso não leva os autores a defender que a moralidade não pode fazer parte do Direito, pelo contrário, ela frequentemente o faz. Na citação a seguir, Hart expõe o quão importante fora a separação entre o Direito e a Moral feita por Austin:

O que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos em afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma

norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica. (...) Em todas elas a separação entre o Direito e a moral é tratada como algo que permite aos advogados atingirem um novo grau de clareza. Segundo um de seus sucessores ingleses, Ambos, Austin havia “libertado o Direito do cadáver da moral que ele ainda se agarrava” (...) Nos Estados Unidos, homens como N. St. John Green, Gray e Holmes consideraram que a distinção havia possibilitado um frutífero recomeço do entendimento do Direito como meio de controle social; eles a saudaram tanto como autoevidente como iluminadora. (HART, 2010, p. 59-60).

Mesmo sendo imperativista, Austin influenciou muito Hart e todos os positivistas, pela elucidação entre a separação entre Direito e Moral, mas, como dissemos, Austin continua a entender que o Direito possui inúmeros laços com a moralidade (a maneira como Hart apresentou esse assunto, isso estará no capítulo terceiro). A separação entre os sistemas se faz necessária para que a análise da teoria do Direito seja feita de maneira clara e para que possamos, realmente, entender como o sistema jurídico funciona. Sem isso, o estudo não é igual, não facilita a clareza dos conceitos.

O item “2” da citação acima sobre os tipos de positivismo não só fala sobre a separação entre o Direito e a Moral, mas também sobre a possível conexão entre eles. Assim, não há problemas em entendermos que os utilitaristas estabelecem um princípio que conecta o Direito com a Moral, pois “[...] o *princípio de utilidade* evidencia a qualidade moral das leis positivistas” (ARAÚJO apud Carvalho, 2007, p. 41). Assim, é um erro achar que a tese da separação não gera uma teoria que incorpora o Direito à Moral e que um positivista não pode obter tais conclusões, mesmo sendo um imperativista, como é o caso de Austin.

O erro decorrente da maneira indiscriminada e ambígua de rotular o positivismo levou teóricos do Direito a pensar que, ao defender o positivismo, não há espaço nessa teoria para defender direitos. Críticos de Austin, como Salmond, observaram o problema de que a tese imperativista não pode derivar direitos, pois defendeu que, para haver direitos, seria preciso necessariamente incluir princípios de justiça, ou seja, incluir o sistema moral no Direito. Todavia, porque um positivista, mesmo do tipo imperativista, não pode obter relação com princípios de

justiça²³? Parece não haver uma conexão teórica necessária. Mesmo assim, contudo, a crítica de Salmond levou outros críticos do imperativismo²⁴ a defender, de maneira errônea, que, ao combater o imperativismo, combate-se também a tese da separação entre Direito e Moral, pois foram levados pelo raciocínio de Salmond, de que só há direitos se houver conexão necessária entre Direito e Moral (SALMOND apud HART, 2010, p. 67).

Segundo Hart, de maneira diferente do que Salmond apontou, as normas que conferem direitos não precisam ser normas morais, visto que o problema do imperativismo é defender leis como comandos. Nesse caso, deixa-se de perceber a maneira estrutural de regras jurídicas que outorgam poderes e conferem direitos. Mesmo assim, no entanto, isso não os leva a negar direitos como parte do sistema jurídico.

Outra forma de rotular o positivismo, desta vez, de maneira anglo-americana, é voltada ao problema da decisão jurídica. A afirmativa “4” corresponde aos juristas analíticos que defendem que o Direito é um sistema lógico fechado, ou seja, que não há problemas de interpretação das leis quanto às teses políticas, sociais e morais, pois, para eles, as palavras possuem um sentido estrito e predeterminado. Quem defende esse tipo de teoria, onde o juiz atua de forma mecânica e sem impacto social, é chamado de formalista²⁵. Hart não concorda, pois sua concepção de linguagem aponta que as palavras são imprecisas e só ganham sentido pleno quando analisadas junto aos casos específicos, junto à empiria. O oposto desta concepção de linguagem, do formalismo, leva o teórico, assim como Hart, a defender o poder da discricionariedade. Discricionariedade é o poder que o juiz possui ao interpretar leis ambíguas, ao decidir com liberdade a respeito de casos com ampla discussão e interpretações diversas. O realista é um tipo de positivista que leva a tese da discricionariedade a um grau muito elevado e pode defender que todas as resoluções de casos e aplicações de juízes são decisões pessoais, podendo ser, inclusive, decisões

²³ Princípio de justiça como o princípio de igualdade. Veremos, no capítulo terceiro, que Hart entende que o princípio de igualdade na aplicação é necessário para a estabilidade do sistema e outros valores que derivam do conteúdo mínimo do Direito Natural. Em um texto de 1955, Hart diz que há um único direito natural, a liberdade igual.

²⁴ Hart cita, nesse caso, a Hargerstrom (HART, 2010, p. 67).

²⁵ Nas palavras de Hart, o vício conhecido, na teoria do direito, como formalismo (ou conceptualismo) consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha. Uma forma de agir assim é congelar o sentido da norma de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação. (HART, 2009, p. 168).

arbitrárias. Não é o caso de Hart, ainda que seja um positivista. Mesmo defendendo a discricionariedade, ele defende, em alguns casos, que a linguagem não poderia ser tão precisa por causa dos danos sociais causados²⁶. O positivismo de Hart seria um meio termo entre duas posições, o formalismo e o realismo, mesmo se sabendo que as duas posições, em seus extremos, são veemente criticadas por Hart no Capítulo 7 de *O Conceito de Direito*, como em outras obras.

O objetivo do restante deste capítulo é apresentar as críticas que Hart faz à teoria imperativista, sobretudo à teoria de Austin. Ressaltaremos o porquê da crítica e, no capítulo seguinte, como Hart resolve o problema imperativista, isto é, o problema de designar apenas um tipo de obrigação e associar a autoridade com a figura do soberano.

1.2 Soberania: ordens e ameaças. A teoria imperativa

A teoria analisada e criticada por Hart é a teoria imperativa do Direito, de Austin. Ao estudar o posicionamento de Hart, contudo, chamemos atenção para o fato de que ele não se preocupa em ter uma análise exata do que representa a teoria de Austin. Na verdade, usa a teoria de Austin a seu favor, ou seja, exagera e engrandece os elementos de que necessita para se opor e direciona a teoria da maneira mais indicada para tornar didática a sua exposição, principalmente para deixar claro o que ele critica e explicitar de que maneira se opõe. Com isso, não se pode dizer que a teoria de Austin seja exatamente da maneira como iremos descrever aqui, ou seja, da maneira como aparece interpretada por Hart. Entretanto, é uma descrição de uma teoria de cuja representação Austin chegou mais perto. Nas palavras de Hart:

A tentativa mais clara e cabal de analisar o conceito de direito em função dos elementos aparentemente simples dos comandos e dos hábitos foi a empreendida por Austin em seu *Province of Jurisprudence Determined*. Neste capítulo e nos dois seguintes, enunciaremos e criticaremos um ponto de vista que coincide essencialmente com a doutrina de Austin, mas provavelmente diverge desta em determinados pontos. Isso porque nossa preocupação principal não é Austin, mas com as credenciais de certo tipo de teoria que exerce uma atração permanente,

²⁶ Ver mais sobre o assunto no item 2.3.

quaisquer que sejam seus defeitos. Assim, não hesitamos em assumir uma postura clara e coerente mesmo quando o sentido do texto de Austin é duvidoso ou seus pontos de vista parecem inconsistentes [...]. (HART, 2009, p. 23).

O positivismo que associa ao conceito de Direito as ordens do soberano é chamado de imperativismo. Acreditamos que Hart associa essa teoria não só a Austin, mas também a Bentham e a Hobbes²⁷. Com esta nossa postura, defendemos que, quando Hart faz referência a tais nomes, não se preocupa com a especificidade de cada uma dessas teorias, ou seja, a teoria de Austin ou a de Bentham, e sim com o elemento teórico em comum, isto é, uma descrição simples da questão, qual seja a de que a essência do Direito está associada às ordens do soberano.

Para Struchiner, a teoria imperativa simples²⁸ está inteiramente ligada com a noção de comandos dados pelo soberano. Esses comandos são sanções originadas na vontade do soberano e, se sua vontade não for cumprida, a punição será algum mal. O soberano, segundo Struchiner, é aquele que possui vontade jurídica irrestrita e gera comandos, os comandos, por sua vez, são obedecidos por hábito, contudo ele não obedece a ninguém. Enfatizamos o conceito de soberania ligado necessariamente aos conceitos de ordens e ameaças. Como aponta Struchiner:

A teoria imperativa, utilizando os métodos analíticos tradicionais, explica o conceito de direito como uma série ou conjunto de comandos emanados do soberano. Os comandos são definidos como ordens amparadas por sanções. As ordens são definidas como expressões de uma vontade e as sanções como a possibilidade efetiva

²⁷ Em *O Conceito do Direito*, chegou a afirmar (HART, 2009, p. 84), que até Hobbes faz parte desse escopo que pertence aos imperativistas. Depois, contudo, em *Essays on Bentham: jurisprudence and political theory* (HART, 1982, p. 27-28), reconhece que se enganou ao associar Hobbes ao imperativismo, pois Hobbes percebeu que existem dois tipos de obrigação, isto é, obrigação física e obrigação normativa. Nesse mesmo texto, na página 19, Hart diz por que Bentham é imperativista, mas não faz parte dos nossos objetivos o cotejo com Bentham, apenas com Austin, assunto que estará no item 1.4.

²⁸ Essa é a maneira como Noel se refere à teoria criticada por Hart em sua tese: STRUCHINER, Noel. *Para Falar de Regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

de causar um mal ou infligir um dano pelo não cumprimento da vontade. O soberano é aquele que é habitualmente obedecido por todos e que, por sua vez, não possui o hábito de obedecer a mais ninguém. (STRUCHINER, 2005, p. 61).

Na teoria de Austin, segundo Hart, o soberano é aquele a quem a maior parte da população obedece, portanto, é quem executa e cria as regras jurídicas. Com isso, segundo autores que defendem o imperativismo, assim como Austin, a essência das regras criadas pelo soberano é a coerção. Além disso, os indivíduos não obedecem às regras desse soberano porque desejam viver em sociedade e pensam que o conteúdo de tais leis é necessário para viver com o coletivo²⁹. Pelo contrário, os cidadãos obedecem por medo, porque são obrigados e sustentados pelo hábito dessa obediência. As regras, pensadas assim por Austin, são comandos do soberano, que é quem detém o poder, e a forma de explicar a permanência das regras é atribuí-la à inércia da prática social, ao hábito de seguir comandos.

O imperativismo é acreditar que o Direito e suas determinações (para eles: ordens e ameaças) estão vinculados à vontade irrestrita de um soberano. O soberano é quem ordena. Então, que tipo de ordens e ameaças serão essas? Para diferenciarmos os tipos de ordens e de ameaças e evidenciaremos quais estão vinculadas ao sistema jurídico, seguiremos um exemplo dado por Hart para explicar essa situação de diferença entre os conceitos de ordem e de ameaça. Vejamos o exemplo do assaltante: Imaginemos a situação em que a pessoa “A” ordena a uma pessoa qualquer encontrada na rua, a pessoa “B”, para que lhe entregue todo o seu dinheiro. B parece não ter saídas, pois A está armado e o ameaça. Diz que irá atirar caso a ordem não seja cumprida. De forma aparente, B tem a obrigação de entregar seu dinheiro a A, mesmo sem vontade, mas por medo de que a ameaça feita por A seja cumprida. Esta é uma cena com elementos coercitivos com alguém que ordena sobre o intento de sua vontade, faz ameaças e não deseja ter que obedecer a alguém. Aparentemente, esses são os elementos de um sistema jurídico com sua essência coercitiva. Diante disso, contudo, Hart chama a atenção para a noção de obrigação dessa situação. A obrigação sentida por B é decorrência da ameaça junto com a promessa de provocar dano caso a vontade que emitiu a ordem não seja satisfeita. Ocorre, contudo,

²⁹ Essa é, portanto, a maneira como Hobbes defende a questão, ou seja, a ideia de contrato social. Por isso, Hart considerou a teoria hobbesiana e a excluiu do escopo dos teóricos imperativistas, em *Essays on Bentham*, de 1982.

que a obrigação assim posta não possui junto de si o dever de cumprimento. Segundo Hart, os imperativistas entendem a situação jurídica idêntica ao exemplo do assaltante, mas em escalas maiores. Segue-se, portanto, que, para os que defendem essa visão, os elementos de obrigação e dever estão no sistema jurídico tal qual estão no exemplo do assaltante.

Hart desvincula o dever da obrigação no caso em que possui o sentido de obrigação gerada pelo medo do assaltante. Chamamos esse tipo de obrigação de *obrigação física*, pois é uma obrigação (em decorrência da ameaça de fazer algum mal contra quem descumpra o que outro ordena), mas não é um dever de fazer. Para Hart, existe outro tipo de obrigação, a obrigação jurídica, que não é definida da mesma maneira da obrigação física, senão que é instituída, quando gerada, por uma normativa aceita e entendida pela maioria como proveitosa – o que chamamos como *obrigação normativa*³⁰. Na citação, Hart ilustra sua explicação, usando mais uma vez o exemplo do assaltante:

Relembremos a situação do assaltante. A ordena a B que lhe entregue seu dinheiro e ameaça atirar nele se não for obedecido. De acordo com a teoria das ordens coercitivas, essa situação ilustra a noção de obrigação e dever em geral. A obrigação jurídica é coisa idêntica, apenas em maior escala. A é o soberano obedecido habitualmente, e as ordens devem ser gerais, prescrevendo linhas de conduta e não ações isoladas. A plausibilidade da afirmação de que o caso do assaltante exemplifica o significado da obrigação reside no fato de que se trata de um caso em que poderíamos dizer que, se B obedecesse, teria sido “obrigado” a entregar seu dinheiro. Entretanto, é igualmente certo que estaríamos descrevendo mal a situação se disséssemos, sobre esses fatos, que B tinha a “obrigação” ou o “dever” de entregar o dinheiro. Assim, desde o início fica claro que precisamos de algo mais para compreender a ideia de obrigação. Há uma diferença, ainda por ser explicada, entre as afirmações e que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa e de que tinha a obrigação de fazê-

³⁰ As leis possuem junto de si o dever de cumprimento por conta do elemento “ter obrigação”, que pode ser analisada pelo ponto de vista interno quando os participantes incorporam que aquilo deve ser feito, por entenderem que é “melhor”, que é “bom”, que é o “certo”.

lo. A primeira é frequentemente um enunciado sobre as convicções e os motivos envolvidos em determinado ato: “B foi obrigado a entregar o seu dinheiro” pode significar, simplesmente, como no caso do assaltante, que ele acreditava que algum mal ou outras consequências desagradáveis poderiam lhe advir se não o fizesse, e ele o entregou para evitar essas consequências. Nesses casos, a perspectiva do que poderia suceder ao agente caso desobedecesse torna menos vantajoso fazer algo que ele, de outra maneira, preferia ter feito (conservar o dinheiro). (HART, 2009, p. 107).

Concluimos que o exemplo do assaltante não ilustra o que é o sentido de obrigação jurídica, visto que indica apenas o sentido das convicções e dos motivos temerosos que levaram a pessoa coagida a agir da maneira desejada pelo assaltante. Embora haja ali muitos elementos que nos fazem associar a algum sentido de obrigação, essa é obrigação num sentido geral e não a obrigação do tipo jurídica. Além do mais, essa obrigação ligada apenas ao sentido coativo, isto é, da situação do assaltante, situação em que o dano físico é maior, é uma obrigação com mecanismos diferentes, pois enaltece a obediência de regras pelo dano *físico*. Assim, parece que não há problemas para essa teoria concluir que, partindo desse elemento da *obrigação física*, todas as regras do sistema jurídico são regras coativas, que possuem a mesma essência, de obrigar o assaltado a fazer o que não deseja fazer de fato.

Não queremos dizer que esse elemento obrigacional que apela ao dano físico não faça parte dos elementos do sistema jurídico, mas Hart deixa claro que esse não é o elemento central ou, melhor, não é a chave da ciência do Direito. Por sua vez, a chave da ciência do Direito só pode ser descoberta se levarmos em consideração que os homens desejam viver em sociedade e desejam fazer parte do sistema jurídico (MacCORMICK, 2010, p. 35). Assim, os participantes do sistema percebem as leis como um dever, algo que desejam cumprir para que a sociedade possa existir. Na teoria de Hart, a prática social que compõe a regra de reconhecimento e autoriza o sistema a funcionar legitimamente deixa esse argumento bem explícito, ou seja, explícita por que as

pessoas entendem, de um ponto de vista interno³¹, o desejo de participar do sistema, isto é, por que o Direito incorpora os padrões de conduta.

A diferença entre “ser obrigado” (obrigação física) e “ter obrigação” (obrigação normativa³²) é fundamental, pois a natureza do Direito não está no caso como do assaltante, onde a pessoa foi obrigada (forçada, coagida) a entregar o dinheiro sem que tivesse uma obrigação (no sentido de dever). No primeiro caso se depende de uma posição factual onde a pessoa se sente ameaçada e, por isso, sente a obrigação. A segunda situação não depende inteiramente desse fato, de possuir medo das ameaças para então ocorrer. Por sua vez, quando a pessoa tem “a obrigação de”, ela incorpora o sentido de agir porque é “correto”, “bom”, “certo”, etc.

Outra diferença entre “ser obrigado” e “ter obrigação” é a justificação. As normas do Direito são previamente declaradas e expostas, como são também justificadas. Por isso, há uma justificação para pagar os impostos, por exemplo, e temos a obrigação de pagá-los. Há algo normativo por ter também justificação. No caso do assaltante, não há justificação e nem exposição da obrigação previamente. Tudo o que há são possibilidades factuais. Para isso acontecer é preciso haver uma regra³³, e o caso do assaltante não exprime uma situação como essa.

Em suma, os teóricos imperativistas não entenderam o sentido completo de obrigação jurídica. Por isso, defenderam apenas um dos elementos de obrigação como fundamento do sistema jurídico e isso levou a teoria ao fracasso. Vejamos melhor, no item a seguir, os tipos de obrigação que definem o sistema jurídico.

1.2.1 Os sentidos de obrigação

O primeiro sentido a ser considerado sobre a obrigação está relacionado ao fato de estar presente em sistemas que dizem sobre como o ser humano deve se comportar. Com isso o sistema jurídico e a moralidade possuem a característica de tornar o padrão de conduta que descrevem algo obrigatório. Além disso, trata-se de sistema feito e praticado por homens, por aqueles que desejam melhorar a prática

³¹ Essa argumentação aparecerá no capítulo segundo, quando explicarmos as regras secundárias, ou seja, as regras que existem por conta do sentido normativo e não coativo da obrigação jurídica, quando explicamos o Direito de um ponto de vista interno e externo.

³² Vocabulário nosso – “obrigação física” e “obrigação normativa” – para tornar mais clara a diferença entre “ser obrigado” e “ter obrigação”. Essa discussão está exposta no capítulo V do livro *O Conceito de Direito*.

³³ Esse é um importante motivo por que Hart diz que o Direito é um sistema de regras.

social. Isso tem que estar em mente para pensarmos como os sentidos de obrigação se desenvolvem. Pretendemos salientar o que diferencia esse sentido no sistema jurídico e de maneira diferente do analisado pelos positivistas imperativistas.

A ideia de que, em caso de descumprimento da regra, alguém deve vir a sofrer punições, de acordo com certa norma, é essencial para a ideia de obrigação (HART, 2009, p. 110). Isso, no entanto, para Hart, não é o único elemento, pois alguém tem obrigação jurídica somente quando há normas sociais³⁴, e não é o caso de quando há coação física unitariamente. Quando um assaltante ordena que entreguemos o que ele deseja, e nos aponta uma arma, sentimo-nos obrigados a fazer o que o outro comanda. Eis uma maneira simples de descrever uma obrigação dentro de uma circunstância. Como vimos, é a obrigação jurídica entendida pela teoria imperativista, mas essa descrição sozinha não abrange tudo o que compreendemos como obrigações jurídicas. Para uma pessoa se sentir obrigada em sentido jurídico, ou seja, em sentido legal, ela deve, em primeiro lugar, saber da existência de uma norma que torna o comportamento um padrão. Em segundo lugar, essa norma geral precisa ser aplicada a uma pessoa específica, todavia deve ser aplicada (tão logo essa norma tenha passado pela aprovação dos participantes do sistema), não somente a essa pessoa específica, mas, de igual maneira, a todas as demais pessoas do grupo³⁵. Para Hart, então, dizer que alguém possui obrigação jurídica implica a existência de uma norma. Em suas palavras:

A afirmação de que alguém tem uma obrigação ou a ela está sujeito implica realmente a existência de uma norma; entretanto, nem sempre ocorre que, onde existem normas, o padrão de comportamento por elas exigido seja compreendido em termos de obrigação. “Ele devia ter feito...” e “Ele tinha a obrigação de...” não são sempre expressões intercambiáveis, embora sejam semelhantes por

³⁴ Norma social é a combinação de condutas costumeiras com uma atitude característica em relação a essas condutas tomadas como um padrão (HART, 2009, p. 111). As normas são reconhecidas pelo sistema jurídico e aceitas pela maioria. Essa maioria, contudo, não é necessariamente composta pelos cidadãos, mas pelos participantes, funcionários e oficiais do sistema jurídico. Mesmo assim, para que a norma seja reconhecida e mantida, ela passou por um processo de aceitação social do qual todo o grupo participa.

³⁵ A todas as pessoas de forma igual, mas, de maneira diferente quando se faz necessário, aplicando princípios de justiça, como o princípio de equidade. Veremos, no capítulo três, que Hart pressupõe um princípio de equidade formal para a aplicação de leis.

fazerem referência implícita a padrões existentes de conduta ou por serem usadas para se tirar conclusões em casos particulares a partir de uma norma geral [...]. (HART, 2009, p. 111).

Como elucidada a citação, obrigação deve ser entendida aqui como obrigação jurídica, intercambiada por normas que foram transformadas em um padrão de conduta e não como um elemento simples do modo que aparece no exemplo do assaltante quando ele ordena que a outra pessoa entregue seus pertences. Assim era a maneira como entendia Austin. Decerto essa análise austiniana é insuficiente, pois não descreve o sentido de obrigação num sistema moderno. Segundo Hart, muitas vezes a obrigação não é associada a normas jurídicas, pois as normas são compreendidas, na maioria das vezes, apenas como um padrão de conduta aceito e a característica de obrigatoriedade de punição se torna algo menos central para os motivos que levam as pessoas a seguir as regras.

Obrigação e dever são os elementos constituintes das normas e esses elementos diferenciam as normas dos hábitos corriqueiros. A obrigação decorrente de norma é o tipo de obrigação que deve ser analisada, contudo nem sempre é o caso de, havendo norma, a obrigação ser exigida, pois há regras, como as do tipo secundário, que não possuem o elemento de obrigação (HART, 2009, p. 111). Mesmo assim, todavia, como expõe MacCormick, todas as normas se relacionam com regras básicas de obrigação, que também são criadoras de obrigação. São elas:

(i) a seriedade de pressão social. Em ambos os sistemas, do Direito ou da Moral, há apelo pela pressão social, pressionando por sentimentos internos como o de culpa, remorso, vergonha, arrependimento. Ao mesmo tempo há também por pressão externa, quando as pessoas lembram e dizem o que você deve fazer, etc. A diferença entre o Direito e a Moral, nesse caso, é que as regras do Direito envolvem sanções, punições físicas, perda de direitos, etc.;

(ii) a importância dos seus valores promovidos por sua observância. As pessoas acreditam que normas são importantes e, por isso, desejam cumpri-las. No caso dos valores morais não há ameaças ou ordens para que sejam cumpridas, e ainda assim as pessoas desejam cumprir. Elas percebem a importância e desejam cumprir. Por isso é que um sistema com valores é eficiente;

(iii) o possível conflito entre obrigação e desejos. Mesmo que as pessoas desejem participar de uma estrutura normativa, seus desejos são

limitados, pois há amarras que as interrompem de toda liberdade. Com isso, toda obrigação e dever levam a renúncias.

Juntas, essas três regras básicas compõem os elementos da obrigação jurídica. Além disso, obrigação e dever são vistos como espécies de obrigação jurídica. Quanto à obrigação e ao dever, a primeira é aquele elemento das normas primárias e o segundo é aquele que especifica como devem agir os grupos sociais de destaque. Ambos geram vínculo entre as pessoas e com o sistema jurídico (HART, 2009, p. 113). Compreendemos esse vínculo ao analisarmos o aspecto interno das normas, pois o resultado do vínculo é a pressão social que conecta o que a pessoa deseja fazer e o que deve ser feito, bem como o controle dos oficiais do sistema pertencente ao Direito penal. No Direito civil, por sua vez, existem obrigações, mas de maneira associada a direitos correlatos.

Em suma, para entendermos o sentido de obrigação adequado ao sistema jurídico é preciso haver normas. São as normas que fazem com que um comportamento se torne padrão, exigindo que os outros ajam da mesma forma, e torna essa obrigação um dever e não mera convicção por motivos temerosos. Assim, passamos a ter não só uma *obrigação física*, mas também um outro tipo, a *obrigação normativa*, que leva em consideração a pressão social, a importância dos valores promovidos e os possíveis conflitos. Com isso, as pessoas participam da obrigação jurídica de maneira diferente do caso do assaltante, pois o Direito vincula o comportamento padronizado e o torna vinculante. As pessoas participam do sistema e percebem a obrigação normativa vigente.

A obrigação normativa, aquela em que percebemos a natureza do Direito, de maneira diferente da obrigação física, se faz presente em regras, enquanto a obrigação física depende necessariamente de uma ocorrência factual, onde não há regras previsíveis e, então, depende-se da previsibilidade da ameaça latente. Já o caso da obrigação normativa, além de ser uma regra e por isso haver certeza do que irá acontecer e qual punição ocorrer, há justificativa para tal. Na passagem a seguir, Hart desenvolve como o sentido de obrigação normativa, diferente da obrigação no caso do assaltante, se dá por meio de uma regra:

Está claro que a obrigação não se faz presente na situação do assaltante, embora a noção mais simples de ser obrigado a fazer algo possa ser definida em termos dos elementos ali presentes. Para compreender a ideia geral de obrigação como

uma preliminar necessária à sua compreensão em sua forma jurídica, devemos nos voltar para uma situação social diferente, que, à diferença do exemplo do assaltante, inclui a existência de normas sociais; pois essa situação contribui de duas maneiras para o significado da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação. Em primeiro lugar, a existência dessas normas, que fazem de certos tipos de comportamento um padrão, constitui o pano de fundo ou contexto próprio normal, ainda que não declarado, para tal afirmação é aplicar uma norma geral desse tipo a uma pessoa específica, chamando a atenção para o fato de que o caso desta se enquadra naquela. (HART, 2009, p. 110-111).

Uma das maneiras de se distinguir uma regra jurídica de meros hábitos sociais é ter o léxico normativo: “deve”, “é obrigado”, etc. Esse léxico é utilizado para chamar atenção para um padrão e para as infrações a ele devidas em caso de quebra. É utilizado para formular exigências e críticas. Todos esses elementos são de normas jurídicas e só podem ser empregados quando há obrigação normativa e não obrigação física.

1.2.2 A relação entre ordens, ameaças e autoridade

Os termos *ordens* e *ameaças* não estão vinculados aos termos *obrigação* e *dever* da maneira adequada na situação do assaltante. Assim, com essa inadequação, a teoria do comando demonstra-se inválida e insuficiente. A falha do não correto entendimento dos conceitos e de seus adequados usos não foi o único erro. Outro erro dessa teoria é afirmar que as regras do sistema jurídico são comandos. Comandos devem ser obedecidos, visto que não trazem escolhas em suas materializações. Ocorre que essa não parece ser a estrutura das regras jurídicas segundo Hart nas suas obras em geral. A situação de comando elucida uma hierarquia como na relação entre general e militar, uma situação de hierarquia bem estabelecida, onde o general possui autoridade preeminente. Nesse caso do general e o militar, o que está em jogo não é só o poder de causar dano ao outro, e sim o respeito pelo comando estabelecido numa estrutura de hierarquia e autoridade de quem comanda. Sendo assim, para haver comando não é preciso que haja danos e ameaças latentes. Nas palavras de Hart:

Não precisamos aqui nos ocupar destas sutilezas. Embora as palavras “ordens” e “obediência” estejam associadas à ideia de autoridade e da diferença diante desta, usaremos as expressões “ordens apoiadas por ameaças” e “ordens coercitivas” para nos referirmos a ordens que, como aquela dada pelo assaltante, são apoiadas apenas por ameaças, e usaremos os termos “obediência” e “obedecer” para designar a aquiescência a essas ordens. Entretanto, pelo menos devido à grande influência que a definição de comando adotada por Austin exerceu sobre os juristas, é importante assinalar que a situação simples, na qual se usam apenas ameaças de danos e nada mais para forçar a obediência, não é uma conjuntura na qual falaríamos naturalmente de “comandos”. Essa palavra, não muito comum fora do contexto militar, denota fortemente a existência de uma organização hierárquica relativamente estável de homens, como um exército ou grupo de discípulos, na qual o comandante ocupa posição preeminente. Tipicamente, é o general (e não o sargento) quem comanda e profere comandos, embora se usem esses termos para falar de outras formas de preeminência especial, como quando se diz, no Novo Testamento, que Cristo comanda seus discípulos. Um aspecto mais importante – por constituir uma distinção crucial entre diferentes formas do “imperativo” – é não ser necessário, quando se dá um comando, que exista a ameaça latente de dano na hipótese de desobediência. A posição de comandos se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano; e, embora possa se conjugar a ameaça de dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mas uma chamada ao respeito pela autoridade. (HART, 2009, p. 25-26).

Hart chama a atenção para o fato de a teoria imperativa se basear nas ordens e nos comandos do soberano, mas ordens e comandos são diferentes. Ordens podem ser equiparadas com o exemplo do assaltante, mas comandos não podem. Comandos precisam de uma hierarquia, alguém que sabe que é comandado e o outro que, por isso,

comanda. No caso do assaltante, ele ordena, mas não pode comandar porque as pessoas não estavam estabelecidas hierarquicamente para receber tal comando. O caso da hierarquia de comandos é o caso entre militares, contudo o sistema por inteiro não funciona assim. Além disso, o comando da teoria imperativa associa ordens/comandos, pois não os diferencia, com o mesmo tipo de ordens dadas face a face.

Em alguns momentos vemos a autoridade face a face com um indivíduo qualquer ao lhe ordenar algo, como é o caso de um policial ordenando que a pessoa X cumpra alguma lei. Essas, contudo, são situações simples e não podem ser vistas como a forma-padrão de como o sistema jurídico funciona (HART, 2009, p. 26). Não poderia ser dessa forma implícita, porque a sociedade teria que dispor de um número enorme de funcionários para operar face a face a todo o momento. Por isso, a forma-padrão são leis escritas de forma geral para um grupo, podendo ser para um grupo estrito, como um grupo de policiais, por exemplo. É, todavia, uma regra geral, pois se aplica a um tipo de conduta exigida de uma classe de pessoas das quais se espera que estejam conscientes de que essas leis se aplicam a elas e, por isso, seguem a conduta prevista. As instruções face a face só aparecem se as primeiras não forem seguidas. Segue-se, portanto, que o controle jurídico consiste, principalmente, embora não exclusivamente, no controle exercido por meio de *instruções gerais*, no sentido apresentado, e não a cada momento para um caso e pessoa particular (HART, 2009, p. 27).

O que é ordenar algo? Segundo Hart, ordenar que as pessoas façam alguma coisa é uma forma de comunicação e requer que o ordenador “dirija-se” realmente a elas. Diferentemente, criar leis não exige isso. Como no caso do assaltante, A dirigiu-se a B para que B entregasse seu dinheiro. Isso é suficiente para expressar seu desejo e, “[...] sob esse aspecto, criar leis é diferente de ordenar a alguém que faça alguma coisa, e precisamos levar em conta essa diferença ao usar essa ideia simples como um modelo para o Direito” (HART, 2000, p. 28). Além do mais, ordens face a face servem apenas para a ocasião, como no caso do assaltante, pois de nada valeria se ele preferisse a mesma ordem numa sala vazia. Enfatize-se que as leis não podem ter esse caráter volátil de ocasião para ocasião. Elas precisam ser gerais. Nesse sentido, as leis devem ser aplicadas a todos de maneira permanente. Como afirma Hart:

Para obter um modelo plausível da situação em que existe o direito, devemos, além de introduzir a

característica de generalidade, fazer uma mudança mais fundamental no modelo do assaltante. É verdade que, em certo sentido, este último tem ascendência ou superioridade sobre o caixa do banco; tal superioridade reside em sua capacidade temporária de fazer uma ameaça, a qual bem pode ser suficiente para forçar o empregado do banco a executar a ação específica que lhe é ordenado que execute. Não há outra forma de relacionamento envolvendo superioridade e inferioridade entre os dois homens, exceto essa relação coercitiva de curta duração. Mas, para os objetivos do assaltante, isso pode ser suficiente, pois a ordem simples, face a face, “entrega-me o dinheiro ou atiro”, serve apenas à ocasião. O assaltante não dá ao empregado do banco *ordens permanentes* (embora possa dá-las à sua quadrilha), a serem seguidas ao longo do tempo por várias classes de pessoas. No entanto, as leis têm esse caráter preeminente de “permanência” ou persistência. Segue-se que, se formos usar a noção de ordens apoiadas por ameaças para explicar o que são as leis, devemos tentar reproduzir essa sua característica de permanência. (HART, 2009, p. 29).

Como vimos no início do capítulo, o soberano é quem comanda. Seus comandos são resultantes da sua vontade irrestrita, numa realidade social em que todos obedecem a ele, mas ele não obedece a ninguém. Com isso, o soberano não possui nenhuma regra para dizer-lhe como criar ou executar leis, mas há, ao menos, uma regra para dizer-lhe quem o sucederá e como as leis continuarão. Assim, é impossível haver tal soberania num sistema jurídico. As leis precisam do caráter de permanência e continuidade³⁶, qualificação que a vontade do soberano não pode conceder a elas.

Consideramos importante destacar a definição de soberania. Trata-se da condição do soberano (ou de instância soberana), alguém (ou instância) a quem a maioria obedece e que, por sua vez, não obedece a mais ninguém. Justamente essa condição é uma das principais críticas de Hart ao imperativismo. Levando essa definição ao limite, a soberania

³⁶ A característica de a regra jurídica permanecer no tempo, com aceitação e obediência. Assim como obter continuidade no sistema.

poderia ser o eleitorado, pois, numa democracia moderna, são os eleitores que decidem quais pessoas ocuparão cargos específicos e tomarão decisões, e que criarão leis (que serão ordens coativas). Entretanto, não podemos pensar essa forma de soberania austíniana como sendo a transferida para a democracia moderna, já que, por definição, o soberano é também aquele que possui vontade jurídica irrestrita, que está fora da lei, ou seja, é comandante e não comandado (HART, 2010, p. 63-4). Austin acreditava ser o soberano não só o legislativo, mas, o eleitorado³⁷. Para identificarmos o soberano, precisamos encontrar a quem a maioria obedece e que esse seja alguém que, por sua vez, não obedece a ninguém, estando legitimado a decidir qualquer coisa. Vejamos, na citação, a definição de soberania, criticada por Hart e defendida por Austin:

Segundo essa descrição simples da questão, que teremos de examinar criticamente mais adiante, podemos dizer que, onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver algumas pessoas ou um grupo de pessoas que proferem ordens de caráter geral, apoiadas por ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve haver também a convicção geral de que essas ameaças podem ser efetivadas em caso de desobediência. Essa pessoa, ou órgão, deve ser suprema internamente e independente externamente. Se, conformando-nos à terminologia de Austin, denominarmos *soberano* a tal pessoa ou grupo de pessoas, supremos e independentes, as leis de qualquer país consistirão nas ordens gerais, apoiadas por ameaças, proferidas pelo soberano ou por seus subordinados em obediência a ele. (HART, 2009, p. 33).

Hart nos expõe que uma pessoa (ou grupo) não poderia ser o soberano, já que o eleitorado também precisa de regras de como devem proceder, assim não cumprindo o requisito de quem comanda e não é comandado. Quem é o soberano dos sistemas modernos? Conseguimos encontrar um soberano tal qual definido? Não podemos encontrar, nos dias atuais, soberanos que estejam regendo sistemas modernos. Hart (2009, p. 33) afirma que não há, num sistema jurídico moderno, alguém

³⁷ Hart demonstra isso (2010, p. 65).

que não seja guiado por regras. A falta desta compreensão impediu seus antecessores de sistematizar a diferença de um sistema jurídico simples para um sistema mais complexo. Mesmo assim, contudo, alguém poderia objetar, dizendo que o soberano, no sistema jurídico moderno, seria então quem cria as leis, o legislador, ou o juiz, ao defender que o juiz, ao interpretar casos difíceis, precisa criar uma nova regra. Seriam os juízes, ao legislarem, os soberanos do sistema? Responder a essa pergunta de forma afirmativa é um erro, pois há deveres a eles impostos, então não sendo soberanos no que fazem. Assim, os legisladores não possuem vontade irrestrita. Os deveres a que são submetidos não são impostos por alguém (por alguma instância) portador de todo o poder, pois, como vimos, nem mesmo o eleitorado pode ser o soberano nos termos da proposta de Austin. Vejamos, na citação, como Hart trabalhou tais hipóteses de soberania:

Mais uma vez, o que podemos dizer, nos termos da teoria, quando existem restrições ao poder legislativo que estão totalmente fora do âmbito do poder de emenda constitucional confinado ao eleitorado? Isso não só é concebível, como é fato real em alguns casos. Nesse caso, o eleitorado está sujeito a limitações jurídicas; embora possa ser considerado um poder legislativo extraordinário, não está livre de restrições jurídicas e, portanto, não é soberano. Devemos então dizer que a sociedade como um todo é soberana e que estas limitações jurídicas foram *por ela* ordenadas tacitamente, já que ela própria não se rebelou contra elas? Para rejeitar esta hipótese, talvez baste considerar que isso tornaria insustentável a distinção entre revolução e legislação. (HART, 2009, p. 102).

Hart descarta a possibilidade da existência de alguém soberano no sistema jurídico moderno, alegando que, então, não faria sentido distinguir entre revolução e legislação. Não faria sentido haver revolução se os mesmos que reivindicassem fossem aqueles que legislassem. Assim, acabam as possibilidades da existência da figura emblemática da teoria do comando. Não há quem ocupe o papel de soberano nos sistemas modernos. Mesmo que aceitássemos que há um soberano, sendo ele aquela autoridade que cria as leis, isso não se ajusta à sociedade moderna, onde há juízes que interpretam essas mesmas leis.

Se aceitamos que há interpretação de leis pelos juízes, temos que aceitar que “[...] as leis excluem ou não aqueles que as fizeram, e, evidentemente, muitas das leis hoje promulgadas impõem obrigações jurídicas a seus próprios criadores. Como conceito distinto de simplesmente ordenar outros que façam sob ameaça, a atividade legislativa pode ter esta força autovinculante” (HART, 2009, p. 57). Com isso, cabe concluir que a teoria imperativa é simplista, pois não comporta elementos de um sistema jurídico moderno, elementos como leis que definem funções para o corpo legislativo e executivo, onde o papel dos juízes não é o de criar regras a cada caso. De maneira contrária, Hart diz que, se não for assim, cairemos num tipo de teoria realista³⁸ também julgada fracassada.

Hart esclarece que o modelo de Austin não reproduz, em vários aspectos, a realidade jurídica, pois não há um soberano que possui vontade irrestrita, alguém que ordena e não é ordenado. Sendo assim, mais um dos grandes erros de Austin foi não entender que o Direito é um sistema de regras e não de comandos, que não há apenas leis coativas, mas que, ao contrário disso, para o sistema funcionar, é preciso haver também regras jurídicas que criam poderes, leis que criam deveres e leis que criam relações jurídicas para explicar como o sistema deve funcionar. Para Hart, sem a noção de regras é impossível explicar o funcionamento de um sistema jurídico moderno. Com isso, a também chamada *teoria do comando* não pode explicar a complexidade dos sistemas:

É óbvio que a ideia de comando, por ser fortemente ligada à ideia de autoridade, está muito mais próxima da noção do direito que a ordem apoiada por ameaça usada pelo modelo do assaltante, embora aquela ordem seja um exemplo do que Austin equivocadamente denomina comando, ignorando as distinções feitas no último parágrafo. Entretanto, o comando é demasiado semelhante ao direito para que possa servir ao nosso objetivo; pois o elemento de autoridade envolvido no Direito sempre foi um dos obstáculos para uma explicação fácil do que é essa ciência. Portanto, não podemos usar vantajosamente, para elucidar o conceito de

³⁸ Realista no sentido apresentado no item 1.1.

direito, a noção de um comando, que também implica a autoridade. (HART, 2009, p. 26).

Não podemos, nos dias atuais, associar ao sistema jurídico nenhuma imagem de soberania, pois o conceito de soberania é atributo de quem possui vontade irrestrita, e não há ninguém no sistema que não esteja sob a ordem de regras. Mesmo quem possui poderes para atuar como autoridade, mesmo ele possui uma autoridade limitada porque autorizada por lei, pela regra de reconhecimento, que incorpora a prática social vigente. Assim, a teoria imperativa, que tem como parâmetro central a definição de soberania, não pode trazer os melhores elementos para explicar como de fato um sistema jurídico moderno funciona.

1.3 Hábito e regra social

Segundo o imperativismo, além do fato de que as pessoas obedecem a regras por motivo de coerção, os participantes do sistema obedecem ao soberano por hábito. Então se põe a questão: – O hábito conseguiria ser forte o suficiente para sustentar a permanência das leis e a continuidade da autoridade? Respondemos que não, pois o hábito não possui esse caráter e não conseguiria garantir que as pessoas obedecessem. Nas palavras de Hart:

Não há nada que o torne soberano desde o início. É só depois de sabermos que suas ordens foram obedecidas por certo tempo que poderemos dizer que foi estabelecido um hábito de obediência. Só então, mas não antes, poderemos dizer, a respeito de qualquer nova ordem, que esta já constitui direito tão logo seja proferida, antes mesmo de ser obedecida. Até que se atinja esse estágio, haverá um interregno no qual nenhum direito poderá ser criado. (HART, 2009, p. 71).

É impossível que o Direito possa ter garantias de que, mesmo sem as ordens face a face do soberano, sua autoridade e suas leis continuariam. Para que isso pudesse acontecer seria necessária a existência de um legislador anterior para ordenar a sucessão e garantir a legitimidade da prática. Na verdade, para garantir a sucessão deve ter ocorrido alguma prática social mais complexa que qualquer outra que possa ser descrita em termos de hábito de obediência. Deve ter havido a aceitação da norma segundo a qual o novo legislador tem o direito de

sucessão (HART, 2009, p. 73). O que falta na teoria imperativista é uma prática mais profunda e necessária para a aceitação da permanência das regras. O que falta é a maneira como as regras são aceitas, ou seja, é entender como elas são transformadas em padrão de conduta. Por isso, Hart precisou observar o Direito de uma maneira diferente e segundo um ponto de vista interno. Hart analisa o ponto de vista de quem participa e de quem observa a regra, bem como diferencia o ponto de vista interno do externo. O interno é o dos participantes e eles sabem que há diferença entre hábitos e regras sociais, e o externo é o de um observador, não participante do sistema, e esse, ao analisar o comportamento das pessoas, não sabe se estão obedecendo por hábito ou pelas regras:

O elemento mais característico e valioso na obra de Hart como um jurista é a maneira como ele aborda a explicação das leis como regras sociais e a explicação das regras sociais. Ele rejeitou as ideias de que regras são um tipo de comando ou imperativo. Rejeitou a ideia de que podem ser representadas como simples generalizações comportamentais sobre regularidades observáveis externamente no comportamento humano e de que a descrição dos “hábitos” sociais pode levar à conclusão sobre as regras sociais. Rejeitou a ideia correlata de que são apenas proposições proféticas ou uma base para prever como as pessoas agirão em certas circunstâncias. Rejeitou a ideia de que são meramente expressões das emoções ou sentimentos humanos (MacCORMICK, 2010, p. 47 – grifo nosso).

A diferenciação entre os pontos de vista é importante, pois, do ponto de vista interno, saberemos se tal regra social é reprovável. Sabemos quando a regra é desprezada, pois vemos as pessoas engajadas ao cumprir as leis. Isso acontece porque as pessoas julgam isso bom e formam uma espécie de compromisso com o cumprimento das leis, regulando suas condutas por essas regras sociais. Tanto assim é que os participantes começam a regular suas condutas tendo em vista as regras e, quando precisam justificar a atitude tomada anteriormente, dizem que agiram daquela forma por que é lei. Hart foi o primeiro a analisar isso assim e é o que nos faz entender por que Austin estava errado em pensar em um sistema jurídico em que comandos são aceitos como se fossem

ordens. Segundo Hart, as pessoas não só querem leis, mas, quando elas aprovam o conteúdo de tais leis, se dão a si mesmas a obrigação de obedecer. Segundo essa lógica, não se concede obediência à lei por hábito, nem apenas porque alguém com mais poder comandou uma ação específica. As pessoas obedecem às normas porque as transformam em padrões de condutas. Depois da *atitude* de padronização, a regra se torna mais do que um hábito e acaba por ser incorporada no sistema como regra jurídica. Trata-se de algo que não é possível observar na teoria de Austin, pois nela falta a análise de como as regras funcionam, bem como falta pensar como as regras são incorporadas, além de que não cabe associar ordens à chave do conceito.

Outro problema do imperativismo, como já salientamos, é acreditar que as normas são aceitas porque são comandos, quando, na verdade, as pessoas obedecem às normas porque as consideram como padrões para a conduta e não porque são ordens (HART, 2009, p. 77). Assim, a prática social tem outro papel do que possuir o hábito de obediência. Hart argumenta que as pessoas não obedecem porque são assim acostumadas ou com medo das punições, senão que elas obedecem porque entendem as normas como padrões estabelecidos que devam ser seguidos. Com isso, atrás de uma norma social sempre há alguma terminologia com expressões como “deve”, “isto é certo”, “isto é errado”, e normas sociais não possuem a mesma lógica das normas de hábito. Um conteúdo de uma regra obedecida por hábito não possui expressões da terminologia normativa necessária para se tornar uma norma do Direito. É o caso das normas seguidas socialmente, normas sociais que, mais do que existirem porque a maioria obedece, são aceitas por seu conteúdo normativo, porque a maioria dos participantes está assim em acordo. Desse modo, o grupo social exerce pressão para que outros também ajam da mesma maneira.

Sendo assim, não há obediência de normas, pois o que há é aceitação de padrões. Então não é o caso de a prática social possuir esse papel simplista como é posto na teoria imperativa. As pessoas não obedecem por hábito, já que o hábito por si só não possui força normativa suficiente para que as pessoas cumpram as regras jurídicas. E disso se faz necessário uma explicação mais completa, uma explicação de como a prática social se transforma em regras sociais adentrando ao sistema.

1.3.1 Diferença entre hábito e regra social

No sistema jurídico descrito por Hart, a existência de regras sociais é a chave para entender como o Direito funciona e a diferença entre a obediência de regras por hábito, assim como demonstra o seguinte excerto de MacCormick:

O texto principal a ser considerado como apresentação da Teoria Geral do Direito de Hart é, sem dúvida, *o conceito de direito*. A teoria lá apresentada é de um sistema de regras sociais, sociais em duplo sentido: elas tanto regem a conduta dos seres humanos em sociedades quanto devem sua origem e existência exclusivamente às práticas sociais humanas. Como regras sociais, pertencem a uma classe geral à qual também pertencem outros tipos diversos de regra, como regra moral, de maneiras e etiquetas, de jogos, da falta etc. Dois aspectos as diferenciam dessa classe geral. O primeiro é que, tal como as regras morais, elas se referem a “obrigação” ou “deveres”, isto é, tornam certas condutas “obrigatórias” ou “vinculantes”. Sendo assim, representam um tipo de razão “peremptória” para a ação. O segundo é que, diferentemente das regras morais, elas têm uma qualidade sistêmica que depende da inter-relação de dois tipos de regras, as “regras primárias” e as “regras secundárias”, como Hart as chamava. (MacCORMICK, 2010, p. 35).

As regras sociais, em algumas das vezes, podem ser confundidas com os hábitos, pois decerto muitos dos costumes se tornam regras sociais e regras do sistema jurídico. Todavia, afirmar que o costume é fruto da cultura que pode ser incorporado como conteúdo de regras jurídicas é diferente de afirmar que, então, as regras são hábitos, de modo diferente ainda de afirmar que, por isso, as normas são obedecidas por hábito. Uma regra moral e costumeira pode se tornar uma regra jurídica, mas, quando isso acontece, ela se torna positivada, e ganha *status* permanente, diferente do puro hábito, que não nos traz garantias de permanência no tempo. De modo semelhante, tanto o hábito quanto a regra social, cada um possui um comportamento geral exercido por uma grande parte do grupo, por exemplo, o ato de cobrir a cabeça ao

entrar na igreja. Esse ato, contudo, é geral e não necessariamente invariável, pois os comportamentos podem mudar e deixar de ser exercidos pela maioria. Apesar dessa semelhança, há, porém, três diferenças importantes (HART, 2009, p. 74):

(i) em primeiro lugar, quando um ato é fruto de puro hábito e deixa de ser cumprido, não se torna alvo de crítica social. Do contrário, quando uma regra social é descumprida, esse ato torna-se criticável pela maioria do grupo que segue a regra. Com isso, só há pressão social para o cumprimento de regras sociais, enquanto os lapsos de descontinuidade de hábitos são mais tolerados sem críticas ou sem punições de qualquer ordem;

(ii) assim como há pressão social para que a regra seja cumprida, há também legitimidade pela censura e discordância de um grupo pelo seu cumprimento. Há, nesse contexto, os que criticam o conteúdo e a necessidade da ação exigida: “[...] um grupo possuir determinada norma é compatível com a existência de uma minoria que não apenas infringe essa norma, mas também se recusa a encará-la como o padrão, seja para si, seja para outros” (HART, 2009, p. 75);

(iii) a terceira característica surge das anteriores, chamada por Hart de “aspecto interno das normas”. Quando um hábito é generalizado num grupo social, ele se torna uma observação do comportamento da maior parte do grupo. Para que esse comportamento exista não é preciso que todos entendam que ele é geral, que ele serve como um padrão e que tenham uma crítica sobre ele. Por outro lado, para que uma norma social exista, ao menos uma parte das pessoas devem encará-la como um comportamento-padrão, passível de crítica, havendo pressão social e possuindo um caráter geral. Apenas uma norma social tem este aspecto interno, que pode ser observável por alguém que não pertence ao grupo.

As diferenças esclarecem a simplicidade da teoria imperativista. Enquanto Austin defende um hábito como a prática que legitima a obediência e exhibe a fragilidade de permanência ou de mudança de atitude quando a autoridade pretende modificar leis, levaria um tempo incalculável até que as práticas fossem incorporadas. Além disso, junto do problema de não entender os sentidos de obrigação jurídica, isso impede a teoria imperativa (que conta somente com a coerção como elemento principal) de perceber mais elementos para o sistema jurídico, e os verdadeiros. Há, pois, um fracasso nessa teoria. Pretendemos evidenciar, nas próximas linhas, como Hart, com a teoria dele, faz a mudança de elementos simplistas para elementos mais completos e se aproxima mais do que realmente o Direito é.

Quando os imperativistas colocam a coerção como elemento essencial e criticam teorias como a de Hart, que enaltecem elementos que dão origem a regras de tipo diferentes, dizendo que mesmo as normas do direito civil, normas secundárias, por exemplo, possuem elemento coercitivo, como se defende Hart? Ele se defende do tipo de crítica afirmando que o problema é que fazem da coerção o elemento central para o Direito e, ao fazê-lo, pagam o preço de distorcer as diversas funções sociais desempenhadas pelos diferentes tipos de normas jurídicas (HART, 2009, p. 51-52). Para isso, Hart afirmou que se faz necessário avaliar as funções das normas e, assim, perceber que as regras que conferem direitos e poderes ou que estabelecem relações e modificam decisões não possuem a coerção como essência. Assim, Hart elaborou sua teoria fundada em regras sociais que possuem sua qualidade sistêmica inter-relacionada em dois tipos de regras, regras primárias e regras secundárias³⁹.

MacCormick defende que atualmente nos parece óbvia a impossibilidade de defesa da teoria imperativista, parece óbvio que não há um soberano, parece óbvio que não é o hábito que sustenta o sistema jurídico e que há mais elementos na obrigação jurídica do que o medo da punição. Foi Hart, contudo, quem chamou a atenção para isso e quem sistematizou tais críticas e argumentos de por que razão isso não faz sentido. Hart usou essa crítica também para a introdução do que ele chamou de um novo começo de uma teoria positivista mais sofisticada no que tange ao problema dos elementos do sistema. A teoria de Hart é um novo começo, em que se recomeça depois de eliminar todas as imperfeições do imperativismo. Com isso, Hart defendeu que ele, sim, tinha percebido a chave da ciência jurídica e não Austin e outros ao afirmarem que a essência da teoria jurídica seriam as ordens do soberano, quando, na verdade, o Direito é um conjunto de regras, de regras primárias e secundárias.

A qualidade sistêmica do Direito é evidenciada no fato de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por “regras secundárias”, que estão logicamente inter-relacionadas com regras primárias. Dessa forma,

³⁹ O segundo capítulo é o lugar onde trataremos sobre as regras primárias e secundárias. Essa diferenciação é importante para a teoria de Hart. Ele não disse apenas que o Direito é um sistema de regras, mas, com tipos diferentes. E compreender a diferença que há entre as regras, é isso que nos faz entender que a análise imperativista deixou de observar elementos importantes para o estudo do Direito.

estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras do meio da qual a totalidade pode ser vista com um único sistema do Direito. (MacCORMICK, 2010, p. 141).

A principal das críticas ao imperativismo é a falta dos diferentes tipos de obrigação jurídica. É isso que faz com que não se percebam as diferenças entre os elementos essenciais das regras jurídicas. Para Austin, leis são comandos e todas as leis possuem a mesma forma: ordenar algo a alguém sem colocar opções para a conduta, ou seja, são comandos que devem ser, obrigatoriamente, obedecidos. Ora, como vimos, uma das descobertas de Hart foi justamente perceber que as regras jurídicas não possuem apenas esse elemento coercitivo, pois a obrigação jurídica é formada por obrigação física e também por obrigação normativa. Ao defender que existem dois tipos de sentido de obrigação, Hart percebe que há, portanto, dois tipos de regras. A primeira deste tipo é possuidora da forma coercitiva, como o caso das leis penais. Como segundo tipo há, contudo, também regras que permitem estabelecer relações jurídicas, contratos, testamentos e criar direitos e deveres. Essas regras de tipo secundário possuem uma função importantíssima para o sistema jurídico de qualquer lugar do mundo, por isso é o conjunto desses dois tipos de regras jurídicas que, para Hart, é a chave da ciência do Direito (MacCORMICK, 2010, p. 141).

Na teoria de Austin não há lugar para leis que conferem direitos aos cidadãos, o que parece ser essencial para entender como funciona a relação entre os participantes do sistema. E, nos dias de hoje, seria impossível descartar do sistema jurídico a noção de direitos. Segue-se que, ao defender um único tipo de regra que coage, isso torna impossível a compreensão de direitos, uma vez que direitos não obedecem à lógica da obrigação, não é algo a que devemos obedecer querendo ou não, pois direitos são oferecidos e o cidadão implicado é livre de usufruir ou não. Além disso, as regras secundárias só existem no sistema jurídico e não no sistema moral. Obrigação é a característica que torna os dois sistemas semelhantes, mas outorgar direitos não faz parte do sistema moral, é específico do ordenamento jurídico e, por isso, esse elemento deve ser considerado como definidor desse tipo de ciência jurídica.

Em suma, as críticas ao imperativismo são apresentadas aqui como sendo principalmente estas: (i) acreditar que Direito é comando, sendo assim, não percebem a distinção para os diferentes tipos de obrigações jurídicas e não entendem como o Direito realmente funciona;

(ii) o Direito é formado por ordens do soberano; (iii) os participantes do sistema obedecem ao soberano por medo, mas, principalmente, pelo hábito de obediência. Com isso, o erro foi o de acreditar que as pessoas aceitam normas por conta do elemento coercitivo e que o Direito, por sua vez, só possui esse elemento que pune quem não cumpre as suas regras. Ao associar a coerção como sendo o único elemento definidor do Direito, Austin e os imperativistas não podem entender como o Direito realmente funciona.

1.4 Cotejo com Austin

Neste item temos o objetivo de apontar um breve cotejo com Austin e as principais críticas apresentadas aqui pela teoria de Hart. Utilizaremos como instrumento o texto de Austin a que Hart faz referência, *The Province of Jurisprudence Determined*, e alguns comentadores.

Exibiremos como Austin apresentou temas sobre as principais críticas de Hart. Faremos isso através de excertos dele e de comentadores. As principais críticas são: (i) leis se originam através de comandos e da vontade do soberano; (ii) o Direito sendo um comando, a obediência é estabelecida por esse elo, ou seja, a ordem. E essa obediência é sustentada por uma prática social fraca⁴⁰; (iii) a obrigação que se dá no âmbito jurídico é fundada na coerção e não numa obrigação jurídica que só pode ser estabelecida por regras; (iv) não há em Austin menção sobre o mecanismo de regras secundárias, as quais possuem a função de outorgar poderes e de designar deveres, gerando assim, aos oficiais do sistema, uma autoridade autorizada.

No início de *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin diz que possui três teses fundamentais sobre a jurisprudência. Duas delas nos interessam para provar o que Hart começou definindo como um imperativista. São elas: (i) a origem da lei positiva e também da lei moral deve ser buscada em um *desejo* e (ii) a lei moral e a lei positiva se dirigem aos seus subordinados em forma de *comandos* (AUSTIN, 1995, p. 18).

A principal premissa trabalhada por Hart ao criticar Austin é por ter, de maneira tão central, o elemento da coerção (a forma de poder que

⁴⁰ Nas palavras de Austin, o soberano pode ser influenciado por sentimentos sociais.

o soberano ou o superior⁴¹ possui). A nosso ver sobre a teoria de Austin, com certeza Hart não estava errado, pois o elemento que bem caracteriza o Direito nessa teoria é o “comando” – o comando seguido de desejo (vontade) de quem possui o poder. Nas palavras de Araújo:

Segundo Austin, toda lei, no sentido mais geral do próprio termo, é, antes de qualquer outra coisa, um “comando” (*command*). A ideia de lei como comando é, de fato, uma das marcas distintivas da teoria jurídica de Austin. E o que caracteriza um comando enquanto tal, segundo Austin, é o fato de ele se envolver, por um lado, um desejo (*wish*) por parte de quem realiza o comando, no sentido de que aquele a quem o comando se dirige se comporte de uma determinada maneira. Por outro lado, todo comando envolve também uma sanção (*sanction*) ou punição (*punishment*), que recai sobre aquele a quem o comando dirige, caso ele não se comporte conforme o desejo do autor do comando. A existência da sanção, evidentemente, depende de algum tipo de poder (*power*) de coerção que o autor do comando possua sobre aquele a quem o comando se dirige. (ARAÚJO, 2007, p. 46).

Só há comando quando há um desejo e um poder para efetuar uma sanção. Não é qualquer comando que pode ser um comando jurídico e nem toda ordem é uma ordem jurídica. Para que o modelo de comando seja como o do Direito, é preciso haver sanções. Como afirma Austin:

Se você não pode ou não vai me fazer mal, caso eu não satisfaça seu desejo, então o seu desejo não é um comando, embora você possa expressá-lo de forma imperativa. (AUSTIN, 2005, p. 21 – tradução nossa)⁴².

⁴¹ Muitas vezes a palavra encontrada não é “*sovereign*”, e sim “*superior*” ou “*superiority*”. Superior é quem possui o poder da coerção. E soberano é aquele que possui vontade ilimitada.

⁴² If you cannot or will not harm me, in case I comply not with your wish, the expression “of your wish” is not a command, although you utter your wish in imperative phase (AUSTIN, 2005, p. 21).

Na citação a seguir, Austin nos aponta que não é qualquer ação e objeto que pode ser vinculado a um comando. Nas suas palavras:

Como a maioria dos termos principais na jurisprudência, de forma abusiva e moral, os termos do Direito são extremamente ambíguos. A forma mais adequada de atribuir significado ao termo são os comandos. Assim, lei é uma espécie de comando, mas o termo é incorretamente aplicado a vários objetos que não têm nada do caráter imperativo: objetos que não são comandos, e que, portanto, não são leis, de maneira propriamente dita. (AUSTIN, 2005, p. 31 – tradução nossa)⁴³.

Assim, Austin tem noção de que leis se distinguem de recomendações, de conselhos, de sugestões e de ordens de uma maneira mais simples. E diz que o que diferencia esse tipo de prática social com a prática jurídica é a noção de dever junto da obrigação. E a noção de dever correlata com a noção de comandos. (AUSTIN, 2005, p. 22). Para Araújo, Austin usa as palavras “dever” e “comando” como equivalentes, mas, segundo ele, Austin apresenta mal essa correlação entre dever e obrigação jurídica. E diz que Hart contextualiza bem esse problema. Em suas palavras: “Austin impõe à expressão ‘obrigação’ (ou ‘dever’) um sentido que se afasta bastante do modo como ordinariamente empregamos tal expressão” (ARAÚJO, 2007, p. 49).

Sendo assim, o problema observado não é a falta da expressão “dever” na teoria imperativa de Austin. Ele levantou este elemento como um componente que define as leis, contudo não soube adequar bem ao tipo de obrigação. Voltemos ao exemplo do assaltante: – Será que aquele modelo serve para explicar o que Austin quer dizer com “comandos”? Como sabemos, o problema daquele exemplo não são somente as ordens dadas face a face, todavia, principalmente, o sentido de obrigação, e isso certamente não é a maneira que Hart defende. Entretanto, Austin admite ter problemas em distinguir uma clara

⁴³ Like most of the leading terms in the science of jurisprudence *Laws* (improperly and morals, the term *laws* is extremely ambiguous. Taken with the largest signification which can be given to the term properly, *commands.laws* are a species of *commands*. But the term is improperly applied to various objects which have nothing of the imperative character: to objects which are *not* commands; and which, therefore, are *not* laws, properly so called (AUSTIN, 2005, p. 31).

fronteira entre leis e mandamentos ocasionais⁴⁴. O que nos interessa é que Austin realmente associa obrigação (dever) com comando/coerção. Então, como vimos acima, no item 1.2.1, Austin só possui a obrigação do tipo física. Austin afirma:

Uma lei é um desejo comandado que obriga uma pessoa ou pessoas. Mas, em contraposição ou oposição a um comando ocasional ou particular, uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas, e obriga geralmente a atos ou realizações de uma classe. Em linguagem mais popular, mas menos distinta e precisa, uma lei é um comando que obriga uma pessoa ou pessoas a um comportamento. Leis e outros comandos são ditos para proceder originárias de superiores no sentido de vincular ou obrigar inferiores. Portanto, analisarei o significado dessas expressões correlatas, e tentarei despir o que inferioriza, de certo mistério, mediante qual o significado simples parece ser obscurecido. (AUSTIN, 1995, p. 29 – tradução nossa)⁴⁵.

Além de afirmar que o Direito é comando advindo de uma vontade⁴⁶, essa vontade é originária de alguém que deseja ilimitadamente, por isso é soberano⁴⁷. Austin tem, contudo, noção de que nem todas as regras são feitas e exercidas pelo soberano⁴⁸. Isso demonstra uma complexidade maior do que a apresentada ao longo deste capítulo ao associar a Austin uma teoria simplista. Nas palavras de Austin:

⁴⁴ Afirma em Austin (1985, p. 26).

⁴⁵ A law is a command wish obliges a person or persons. But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class. In language more popular but less distinct and precise, a law is a command which obliges a person or persons to a course of conduct. Laws and other commands are said to proceed from superiors. The meaning of and to bind or oblige inferiors. I will, therefore, analyze the meaning of those correlative expressions; and will try to strip and inferior, them of a certain mystery, by which that simple meaning appears to be obscured. (AUSTIN, 1995, p. 29).

⁴⁶ Entendemos que a palavra aqui pode ser tanto “vontade”, como é o caso da tradução encontrada na edição da Editora Martins Fontes (HART, 2009), ou “desejo”. Ambas advindas da palavra “wish”.

⁴⁷ Hart escreveu a introdução do livro de Austin e na página xix afirmou novamente essa premissa.

⁴⁸ Austin afirma que o soberano pode ser o legislador em (AUSTIN, 1985, p.26).

Das leis ou regras estabelecidas pelos homens para os homens, algumas são estabelecidas pelos superiores políticos, soberano e súdito: por pessoas que, exercendo o governo supremo e subordinado, em nações independentes, ou sociedades políticas independentes. O agregado das regras, portanto, superior, estabelecido, ou alguns agregados formando uma porção do referidos agregados ao sistema, é a questão apropriada da jurisprudência, geral ou particular. Ao agregado das normas assim estabelecidas, ou para algum agregado formando uma parte do referido agregado, o termo lei, como usado simples e estritamente, é exclusivamente aplicado (AUSTIN, 1985, p. 19)⁴⁹.

Apesar de o soberano ser aquele que comanda ilimitadamente, ele está apoiado sobre uma prática social simples, como elucidamos ao longo dos itens anteriores, o que ele chama de um sentimento da comunidade ou sentimento social, e sobre isso está apoiada a força do soberano. Esse controle por sentimentos é feito por obrigações morais exercidas pela comunidade. Assim, no aspecto jurídico, ele possui poder ilimitado, mas está sob uma obrigação moral social. (AUSTIN, 1985, p. 220-221).

Para Harries, Austin acredita que o soberano quis (desejou) todas as leis. Independentemente da sua fonte e justificativa, a vontade é a mesma, isto é, a unidade de execução. Ele diz que, para Austin, há uma "vontade soberana" do Estado que regras devem obter *status* de lei, evidenciado pelo fato de que ele (o soberano) é quem permite ao juiz aplicá-las "pelo poder da comunidade política". Assim, quando uma lei é estabelecida por um juiz, o soberano explanou a vontade judicial através da execução. Mesmo afirmando que é notoriamente difícil de encontrar uma base lógica para identificar um único precedente, permanece como autoridade (HARRIES, 1987, p.6).

⁴⁹ Of the laws or rules set by men to men, some are established by political superiors, sovereign and subject: by persons exercising supreme and subordinate government, in independent nations, or independent political societies. The aggregate of the rules thus superiors, established, or some aggregate forming a portion of that aggregate, is the appropriate matter of jurisprudence, general or particular. To the aggregate of the rules thus established, or to some aggregate forming a portion of that aggregate, the term law, as used simply and strictly, is exclusively applied (AUSTIN, 1985, p. 19).

Segundo Rumble, a crítica a Austin foi muito disseminada nos anos 90 e foi a maneira como Austin ficou conhecido nos anos 90, mas não só à crítica de Hart, pois muitos já haviam feito isso. Assim, com o excerto a seguir, Rumble explicita que muitos, além de Hart, trabalharam com a teoria de Austin. Em suas palavras, a afirmação com exemplos:

Hart tem afirmado que a posição que ele tem criticado é em substância, o mesmo que a doutrina de Austin, mas provavelmente diverge dela em alguns pontos. Além disso, a crítica tem sido amplamente interpretada a ser dirigida à Austin. Em qualquer caso, uma série de críticas de Hart, seja de Austin ou a uma posição semelhante à sua, definitivamente tinha antecedentes na jurisprudência inglesa do século XIX. O único exemplo mais importante pode ser a crítica de comando à concepção de Austin sobre o Direito de Frederic Harrison. (...) Finalmente, James Bryce criticou concepção dos poderes legalmente ilimitados do soberano ao longo de linhas muito semelhantes à maneira feita por Hart. (RUMBLE, 2004, p. 225 – tradução nossa)⁵⁰.

Segundo Rumble, Harries foi o primeiro a criticar Austin, e não Hart. Entretanto, segundo ele, não há menção de Harries na obra de Hart. Assim, não sabemos se ele foi ou não influenciado. Diferentemente de Hart, Harries analisou com mais cuidado a teoria de Austin, pois foi altamente influenciado por essa teoria. Assim, vale a pena a análise da teoria. Ele afirmou que nem todo comando é visível como na forma dos tribunais e do Direito Penal. Muitas das vezes, o comando contido na lei é invisível. Nas palavras de Rumble:

⁵⁰ Hart has argued that the position that he has criticized is 'in substance, the same as Austin's doctrine, but probably diverges from it at certain points'. Moreover, the critique has been widely interpreted to be directed at Austin. In any case, a number of Hart's criticisms, whether of Austin or a position similar to his, definitely had antecedents in nineteenth-century English jurisprudence. The single most important example may be Frederic Harrison's critique of Austin's command conception of a law. (...) Finally, James Bryce criticized Austin's conception of the legally illimitable powers of the sovereign along lines very similar to Hart's (RUMBLE, 2004, p. 225).

Apesar de suas grandes forças, é "extremamente unilateral [e] enganosa ativamente se tomado por si só". Harrison começou, assim, a partir da premissa de que a força é apenas um lado da lei. O outro é a ordem, a regularidade ou a generalidade, termos que ele tendia a usar indistintamente. Ele percebeu a falha básica da posição de Austin para ser seu destaque da uma dimensão da lei e da negligência do outro. Se Harrison tivesse derivado dessa noção de Maine - que pode muito bem ter sido o caso - ele elaborou e apoiou-o de uma forma relativamente original. Ele ressaltou desde o início que, em certos casos, o aspecto apenas imediatamente visível de uma lei toma a forma de uma regra geral reconhecida pelos tribunais. Em tais situações, o elemento de comando é virtualmente invisível e pode quase ser descrito como latente. Claro, Harrison reconheceu que, em um Direito Penal, comando, obrigação e sanção são altamente visíveis. Ele também apontou que, quase invariavelmente, Austin chamou seus exemplos dessa área do Direito, um ponto enfatizado por muitos de seus críticos. Ainda assim, Harrison argumentou que em um grande número de regras do elemento de comando não é de todo evidente. Ele calculou que essas regras são mais numerosos que os outros, em uma proporção de cerca de dez para um (RUMBLE, 2004, p. 228 – grifo nosso, tradução nossa)⁵¹.

⁵¹ Despite its very great strengths, it is 'exceedingly one-sided . . . [and] actively misleading if taken by itself'. Harrison began thus from the premise that force is only one side of law. The other is order, regularity, or generality, terms which he tended to use interchangeably. He perceived the basic flaw of Austin's position to be his highlighting of the one dimension of law and neglect of the other. If Harrison derived this notion from Maine — which may well have been the case — he elaborated and supported it in a relatively original manner. He stressed at the outset that in certain cases the only immediately visible aspect of a law takes the form of a general rule recognized by the courts. In such situations the element of command is virtually invisible and could almost be described as latent. Of course, Harrison acknowledged that in a criminal law a command, obligation, and sanction are highly visible. He also pointed out that Austin almost invariably drew his examples from this field of law, a point stressed by many of his critics. Still, Harrison argued that in a vast number of rules the element of command is not at all evident. He calculated that these rules outnumber the others by a ratio of about ten to one. (RUMBLE, 2004, p. 228).

Em tais situações, onde o elemento de comando é virtualmente invisível e pode ser descrito como quase latente, Harrison argumentou e calculou que essas regras superam as outras em uma proporção de cerca de dez para um. Apoiou o seu argumento citando exemplos de leis que não são comandos visíveis. Entre as leis (quase) sem comandos, ele inclui as regras que conferem franquias, que afetam o Estado, interpretando instrumentos e orientando tribunais. Inclui também leis que autorizam a venda de bens ou a criação de novas paróquias, por exemplo. São, portanto, leis que estabelecem as qualificações para funções públicas, como servir em júri, ou leis que dão às mulheres o direito de voto. O impulso de sua análise é ilustrado pela sua discussão de uma lei promulgada pelo Parlamento e que autorizou a venda de um determinado benefício. De acordo com Harries, essa medida era, sem dúvida, uma lei, mas, em qualquer sensação imediata ou direta, é difícil detectar um comando. Ninguém é obrigado a fazer qualquer coisa, também ninguém está sujeito a uma sanção por não fazê-lo, a não ser indiretamente (HARRIES apud RUMBLE, 2004, p. 237).

Segundo Harries, a teoria de Austin possui bons elementos para afirmar que o Direito é comando. Há casos onde o comando está invisível, é indireto, como os descritos acima, mas, ainda assim, há um tipo de comando. Por exemplo, quando há um direito para um participante do sistema, ele não está obrigado a aceitar, mas o funcionário do sistema, esse sim está sob um comando latente, isto é, está obrigado a não interferir no benefício concebido ao participante caso ele queira. Outro exemplo é o funcionário estar sob o comando latente de tratar as mulheres e os homens de maneira igual (HARRIES apud RUMBLE, 2002, p. 238). Isso pode ser explicado levando em consideração o excerto de Austin aqui apresentado: “[...] lei é um comando que obriga pessoas ou uma pessoa” (AUSTIN, 2005, p. 29). Assim, o comando que Austin descreveu não é só um comando para todos, mas vale para o funcionário do sistema, como no exemplo de Harries.

Dessa maneira, depois do texto de Rumble e sua análise da teoria de Harries (grande estudioso e crítico de Austin), temos a seguinte conclusão sobre alguns itens: (i) Hart não exagerou ao dizer que, para Austin, Direito é comando. Pelo contrário, foi justo; e (ii) não é o caso que Austin deixou de perceber a função de conferir direitos, apenas, de maneira diferente de Hart, não afastou desse caso o elemento de coerção/comando. É claro, porém, que a substância da crítica hartiana é dizer que Austin não percebeu outro tipo de regra (a regra secundária), pois esta não possui elementos de coerção. Acreditamos, contudo, sobre

esse item, que Austin não fora tão simplista como exibimos anteriormente, na representação de Hart. Defendemos isto, pois Austin percebeu que há dever implícito nas regras, que há regras onde os comandos aparecem de forma latente e não explícita, ainda que esse tipo de regra não seja a maioria do sistema e não seja sempre com o elemento coercitivo.

Para Austin, toda lei contém ameaça clara ou latente, por isso a essência da coerção está tão forte nesse autor. Austin afirma:

Mas, tomado com o sentido no qual eu aqui o entendo, o termo superioridade significa poder: o poder de afetar os outros com o mal ou dor, e de forçá-los, pelo medo desse mal a moldar sua conduta de seus desejos. (AUSTIN, 1995, p. 30 – tradução nossa)⁵².

Finalizamos nosso breve cotejo, concluindo que grande parte das críticas que apresentamos ao longo desta dissertação, que eram representações de Hart, são críticas que fazem justiça aos textos e comentadores de Austin. Não faz parte do nosso objetivo minuciar as diferenças, e sim esclarecer que, de uma maneira geral, a teoria imperativista que apresentamos em forma de crítica é, sim, em grande parte, muito próxima à teoria austiniana.

1.5 Conclusão do capítulo: o fracasso do imperativismo

O mais importante a ser considerado neste capítulo são as críticas de Hart a Austin. No item acima, temos um breve cotejo com Austin e alguns comentadores. Todavia, o foco da nossa análise é como Austin foi pintado por Hart (apesar de acharmos que não foi uma pintura muito desajustada, como a princípio pode parecer). É essa pintura que nos interessa, pois foi ao desconstruí-la que Hart montou sua teoria positivista com a chave da ciência jurídica não sendo a coerção/comandos, e sim dois tipos de regras jurídicas (regras primárias e secundárias).

As principais críticas são sobre a concepção de obrigação restrita, pois é o que leva à defesa da coerção como cerne da ciência

⁵² But, taken with the meaning wherein I here understand it, the term *superiority* signifies *might*: the power of affecting others with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one's wishes. (AUSTIN, 1995, p. 30).

jurídica, mais a definição falha de soberania, figura essa que não mais ocorre nos dias atuais, pois não há ninguém que possua vontade irrestrita; além disso, por todo o dito, pela linha da teoria imperativista, faz-se necessário associar a força do soberano não só pelo elemento coercitivo, mas também pelo hábito de obediência.

O fracasso do imperativismo tem se tornado irrefutável por não dar lugar às leis que conferem direitos aos cidadãos, o que é essencial para entender como funciona a relação entre os participantes do sistema jurídico. Seria impossível, nos dias atuais, descartar do sistema jurídico a noção de direitos, bastando, para isso, entender como funciona o mecanismo de contratos. Ao defender um único tipo de regras, as regras que coagem, essa defesa torna impossível a compreensão de contratos e de promessas, uma vez que direitos não obedecem à lógica da obrigação, não são algo a que devemos obedecer querendo ou não. No caso dos direitos, eles são oferecidos e o cidadão é livre para deles usufruir ou não. No caso dos acordos, ou seja, de promessas e de contratos, precisam de uma autorização e do consentimento de ambas as partes, o que não pertence à lógica da obediência por ordens e a regras apenas coativas.

Outra das principais críticas deriva da diferença entre hábito e regras sociais, e de como as regras são aceitas também no sistema jurídico. Hart analisa o ponto de vista de quem participa e de quem observa a regra ao diferenciar o ponto de vista interno do externo. O ponto de vista interno é do participante que segue a lei. Esse participante sabe que há diferença entre hábitos e regras sociais. O ponto de vista externo é o de um observador não participante do sistema, observador que, ao analisar o comportamento das pessoas, não sabe se estão obedecendo por hábito ou por causa das regras (por dever). Essa diferenciação é importante, pois é do ponto de vista interno que sabemos se tal regra social é reprovável, já que a *atitude* advém dos participantes que entendem como o sistema funciona e o aceitam, cobrando que ele seja “obedecido”. As pessoas se engajam em cumprir as leis porque julgam bom participar de um sistema de regras, e formam uma espécie de compromisso com o cumprimento das leis. Tanto formam esse compromisso que os participantes começam a regular suas condutas tendo em vista as regras e, quando precisam justificar alguma ação, dizem que agem assim porque é lei. Hart foi o primeiro a analisar isso, e é o que nos faz entender o porquê de os imperativistas estarem errados em pensar em um sistema jurídico no qual o comando é aceito por ordem.

Segundo Hart, as pessoas não só querem leis como também, quando elas aprovam o conteúdo de tais leis, elas se dão a si mesmas a obrigação de obedecer. Assim, portanto, não é por hábito que obedecem (pelo menos parte dos participantes do sistema agem assim), tampouco obedecem apenas porque alguém com mais poder comandou uma ação específica. Na citação a seguir, de MacCormick, o autor esclarece como, mesmo influenciado pelos imperativistas – o que veremos no capítulo final –, Hart possui elementos do Direito muito diferentes:

Embora ele houvesse adotado o ponto de vista benthamita/autiniano sobre a ausência de um elo entre o Direito e a moral, e embora de fato a sua filosofia moral crítica tenha se inspirado fortemente no liberalismo utilitário de Bentham e de John Stuart Mill, Hart se desviou bastante da concepção de Direito apresentada por eles. Ele concordava com eles que para qualquer lei há “fontes sociais” (termo de Hart, não deles). Mas discordava quanto à natureza dessas fontes. A teoria de Hart do Direito como um sistema de regras sociais, uma “união de regras primárias e secundárias”, é radicalmente diferente das considerações de Bentham e de Austin a respeito do Direito e das leis. Para estes, as regras de um sistema jurídico são (sobretudo) “comandos” emitidos por superiores políticos aos subalternos nas sociedades políticas. Os “superiores políticos” são aqueles a quem os outros, por qualquer motivo que seja, obedecem *habitualmente*. E aqueles superiores que habitualmente não obedecem a qualquer superior mais elevado são soberanos. As leis são comandos emitidos direta ou indiretamente pelos soberanos aos subalternos. O que é importante a respeito dos “comandos” é que (ao contrário dos pedidos, convites etc.) implicam a ameaça de uma sanção a ser imposta àqueles que não obedecem. (MacCORMICK, 2010, p. 41).

As fontes sociais em Hart e em Austin apresentam natureza muito diferente, como vimos no item 1.3, sobre a formação de regras sociais, e como veremos, no capítulo segundo, como as regras sociais dão força à autoridade e legitimação a todo o sistema. Para Austin, a

prática social (chamada por ele de “fontes sociais”), aparece, mas dá um sentido maior de permanência no hábito de seguir o sistema e não na força das regras. Por esse motivo afirmamos que a prática social (as fontes sociais) em Hart possui uma força muito maior. E melhor entenderemos isso, quando, no segundo capítulo, explicarmos a regra de reconhecimento e a estrutura normativa da sociedade.

Para Hart, as pessoas aceitam as normas porque as transformam em padrões de conduta. Depois da *atitude* de padronização, a regra se torna mais do que um hábito e acaba por ser incorporada no sistema de regras jurídicas (MacCORMICK, 2010, p. 49). Essa dinâmica de comportamento é algo que não é possível observar na teoria de Austin, pois falta a análise de como as regras funcionam por aceitação, falta pensar como as regras são incorporadas e falta deixar de acreditar que são apenas ordens.

A prática social também tem seu papel no positivismo de Hart, mas esse âmbito de vivência social se dá de maneira diferente, sendo que o hábito pode se transformar em regra social, mas há certos requisitos para que isso seja válido. Além do mais, hábitos nem sempre podem ser transformados em elementos normativos. Por isso, o apelo à prática social como legitimadora de força da autoridade ainda é argumento muito precário. Como veremos nos próximos capítulos, Hart também dá espaço de legitimidade ao conjunto de autoridade com prática social, pois a regra de reconhecimento, a autoridade do sistema, é uma regra social e uma prática social. Mesmo assim, contudo, a noção de regra como prática é imensamente diferente da noção simplista de hábito social.

Para finalizar, gostaríamos de ressaltar o quão importante foi para Hart realizar a análise do imperativismo como teoria “fracassada”. Vejamos no excerto seguinte:

Os últimos capítulos são, portanto, o registro de um fracasso, e está claro que um novo começo é necessário. Mas trata-se de um fracasso teórico instrutivo, digno da análise detalhada que lhe dedicamos, pois em cada ponto em que a teoria se choca com os fatos foi possível ver, pelo menos em linhas gerais, por que ela estava destinada a fracassar e o que é necessário para uma explicação melhor. A causa fundamental do fracasso é que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída - a saber, as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças - não incluem, e combinados não

podem produzir, a ideia de uma *norma*, sem a qual não teremos a esperança de elucidar nem sequer as formas mais elementares do Direito. (HART, 2009, p. 105).

Concluimos que o termo “fracasso” está bem empregado, pois, segundo Hart, a teoria criticada “[...] não está apenas equivocada em poucos detalhes, mas a ideia simples de ordens, hábitos e obediência não pode ser apropriada à análise do Direito” (HART, 2009, p. 101). No lugar é necessário não só instituir uma noção de normas, mas normas que outorgam poderes a pessoas dotadas de determinadas qualificações para legislar, desde que sigam determinados procedimentos previstos no interior do sistema.

2 A CHAVE DA CIÊNCIA DO DIREITO: A UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E REGRAS SECUNDÁRIAS

No capítulo anterior, apresentamos a crítica feita por Hart à teoria imperativa, em especial, conforme sustentada por Austin. Vimos a posição hermenêutica de Hart em relação a Austin e assumimos que o que apresentamos é uma pintura feita por ele sobre o autor criticado, pois não é uma descrição exatamente fiel, mas uma caricatura com elementos gerais que caracterizam a teoria de Austin. Apresentamos interpretações de outros autores sobre essa mesma discussão e, por isso, concluímos que o Austin apresentado não é um exagero, todavia há detalhes na teoria de Austin que não foram contemplados na análise de Hart. Essa foi, entretanto, uma escolha do autor, consciente de que não havia representado de maneira fidedigna Austin, e sim a representação mais próxima do seu feitio. Era, sem dúvida, uma representação da teoria de Austin melhor do que qualquer outra que ele conhecia⁵³.

Vimos que o fracasso do imperativismo consiste em não dar lugar a tipos importantes de regras jurídicas, como aquelas que modificam as leis, permitem revogação, anulação, e substituição e também vimos as leis que ditam como deve ser feito o julgamento do sistema, as que permitem o relacionamento entre pessoas civis e físicas e as que possibilitam estabelecer contratos, etc. Todas essas formas de leis não obtiveram importância numa teoria imperativista, visto que, para os respectivos pensadores, as regras jurídicas se resumem em regras de obrigação. Assim, as leis faltantes no sistema imperativo são as leis que outorgam poderes – o que, para Hart, é essencial para entender o funcionamento do sistema jurídico –. Sem isso seria impossível que a teoria imperativista pudesse entender a noção de direitos, pois, para que possa ser entendida essa noção, é preciso considerar o mecanismo dos contratos, por exemplo. Além disso, um sistema como o imperativista, com apenas regras primárias, não outorgaria deveres, ou seja, regras para os funcionários do sistema jurídico, e não explicaria o mecanismo de aceitação das normas. Para isso, é preciso compreender a regra de reconhecimento, a autoridade do sistema, que é uma regra secundária e, ao mesmo tempo, pertencente à prática social.

Hart diz que um sistema jurídico moderno é formado por dois tipos de regras: primárias e secundárias. As regras primárias são as

⁵³ Essa revelação de sua posição hermenêutica pode ser vista em Hart (2009, p. 23), como apresentamos no primeiro capítulo.

regras de obrigação, como as apresentadas pela teoria imperativista, e as regras secundárias são as regras que faltavam àquela teoria para compreender como um sistema jurídico realmente funciona. As regras secundárias são compostas por (i) regras de modificação, (ii) regras de julgamento e (iii) regra de reconhecimento. Segue, portanto, que este capítulo pretende discutir sobre essas três regras que compõem as regras secundárias e como elas sanam os defeitos da teoria imperativista, que compreende um sistema formado apenas com regras primárias.

A regra de reconhecimento é parte importante deste capítulo e da compreensão da teoria de Hart, pois esse tipo de regra nos diz tudo o que é válido no Direito. Ela é, portanto, a autoridade do sistema. A autoridade não é a vontade de um soberano, como na teoria criticada no capítulo anterior. Todavia, na teoria imperativa, o conteúdo é estabelecido pela prática social simples, ou seja, o hábito. A teoria de Hart não ignora a importância da prática social, mas a reconhece especificamente na formação de regras sociais. Com isso, a regra de reconhecimento é uma prática social e também uma regra. Assim, isso torna o positivismo de Hart diferente e mais completo, pois a prática social se torna regra à medida que produz conteúdo e participação social, formando regras sociais⁵⁴ e o conjunto de todas as práticas e regras do sistema. Por isso ela é a autoridade e a fonte de conteúdo. No item 2.2 entenderemos como funciona a produção da participação social no sistema.

O objetivo deste capítulo é apresentar os tipos de regras jurídicas, ou seja, as regras primárias e as regras secundárias. Assim como pretendemos explicar a diferença e a inter-relação dos tipos de regras jurídicas, o ponto de vista interno e o ponto de vista externo, visando explicar como a sociedade é normativa e as implicações que a filosofia da linguagem de Hart trouxeram para a sua tese sobre a autoridade, evidenciando sua posição quanto à discricionariedade do juiz.

2.1 Regras primárias e regras secundárias

O que apresentamos no primeiro capítulo parecia referir-se ao Direito primitivo, ou seja, aos elementos tão simplistas que não poderiam pertencer a um sistema jurídico completo, remetendo, então,

⁵⁴ Regras sociais, como explicadas no primeiro capítulo, diferentes de hábitos, consistem numa prática social mais complexa, que se transforma em normas e estas são incorporadas pelo sistema jurídico e aceitas pela comunidade em questão como algo que deve ser seguido.

para uma instância pré-jurídica. Isto não quer dizer que realmente existiu um sistema jurídico assim em algum momento temporalmente anterior, onde as regras do tipo primárias eram as únicas operantes. Isso, diferentemente, faz parte de um experimento mental, como se Hart estivesse usando essa representação para que, de uma maneira didática, pudesse nos falar que a teoria imperativista, ao negar as regras secundárias, não poderia estar descrevendo elementos completos de um sistema jurídico, mas que estaria descrevendo elementos pré-jurídicos para salientar as diferenças estruturais desse tipo de teoria que ele apresenta comparado a modelos anteriores.

Apenas uma teoria que cuida com a análise de elementos que representam a maneira como o sistema jurídico moderno/desenvolvido (contraposto ao Direito simples/primitivo) funciona consegue perceber as diferenças essenciais da estrutura de um sistema que opera com regras primárias apenas, e outro que opera com regras primárias e secundárias. Ocorre que somente a segunda estrutura é capaz de poder abdicar e outorgar poderes, deveres, proporcionar relações civis de contratos, benefícios, etc. Como aponta MacCormick:

Há, entretanto, diferenças importantes de forma e estrutura entre formas primitivas de Direito e sistemas jurídicos desenvolvidos. Essas diferenças se apresentam, por exemplo, na inaplicabilidade no Direito primitivo em termos e conceitos essenciais à descrição dos Estados modernos e à corrente diária da fala do homem comum – termos como *poder*, *direitos*, *autoridade*, *juiz*, *penalidade*, *corporação*, *trust*, *legislativo*, e mesmo o próprio *Estado*. Uma virtude autoproclamada da análise de Hart é que se fornece uma estrutura analítica para a elucidação de tais “conceitos jurídicos” com os quais gerações de pensadores jurídicos e políticos haviam lutado sem muito sucesso. (MACCORMICK, 2010, p. 39).

O sistema analisado anteriormente – o sistema imperativista, este comparado ao sistema primitivo, com elementos insuficientes ao modo como o Direito realmente funciona – pode transitar para o mundo jurídico, mas, para isso, é preciso que contenha elementos presentes nas regras secundárias. Assim, este último tipo de regra precisa ser incorporado. Ao ser efetuada a passagem de uma instância apenas

coercitiva para uma instância mais elaborada, então é possível outorgar direitos, por exemplo. Essa seria a evolução de um sistema jurídico simples para um sistema mais completo, composto por normas de todos os tipos.

Segundo Gardner, a ideia defendida por Hart sobre como ocorreu a evolução do Direito é uma “fábula”⁵⁵, algo que Hart utiliza para fazer sentido à sua explicação conceitual, entretanto não possui pretensão com a realidade (GARDNER, 2013, p. 3). Não é o caso de que tenha existido um Direito com regras apenas do tipo primárias. Temos essa interpretação como nossa, e também a afirmação de Gardner de que a história contada por Hart é de veras importante para a relação entre os conceitos. O objetivo de Hart é defender que o Direito é constituído por dois tipos de regras e, para isso, a fábula é importante, pois, por incluir as regras do tipo primário e as regras do tipo secundário, permite entender, de maneira mais completa, os elementos do Direito. Essas segundas, que conferem direitos, são importantes para os sistemas jurídicos modernos, pois não há sistema jurídico existente atualmente que não confira direitos. Além disso, com essa exposição do assunto, não se quer dizer que os sistemas antigos não conferiam direitos. Estamos apenas entrando na fábula de um mundo primitivo, com elementos pré-jurídicos e afirmando que os elementos apresentados aqui fazem parte de qualquer sistema jurídico ou se aproximam mais da maneira como o Direito realmente é. Gardner afirma, contudo, que Hart também não pretendia com isso defender que não há sistemas jurídicos diferentes, ou seja, ele não quer dizer que todas as formas de Direito são iguais. Ele afirma não haver sistemas jurídicos desenvolvidos sem esse elemento do tipo das regras secundárias na medida em que explica que essa passagem possui o objetivo de evoluir partindo da teoria austiniana. Todavia, foi preciso entrar nessa fábula a fim de entender o real elemento da chave para a ciência do Direito.

Num momento primitivo, dentro do experimento mental⁵⁶, havia apenas regras primárias de obrigação e não regras que explicassem

⁵⁵ Fábula é a denominação utilizada por Gardner, mas, na passagem anterior do texto, chamei isso de experimento mental e acredito que não temos perdas significativas ao dizer que, em ambos os momentos, estamos discutindo a mesma coisa.

⁵⁶ No experimento mental, isto é, não queremos dizer que houve um dia em que os sistemas jurídicos possuíam apenas regras primárias. Sociologicamente, pode ser que sempre existiram regras primárias e secundárias que constituíram o sistema jurídico completo, mas, teoricamente, Hart partiu da desconstrução de um tipo de teoria (imperativista) que não pressupõe a combinação destes dois tipos. Assim, dizemos que a teoria imperativista descreve um sistema jurídico primitivo, pois não contém os elementos essenciais aos sistemas que conhecemos atualmente.

como o Direito funciona e quem deve executá-lo. Na evolução do sistema, os tipos de regras secundárias possuem funções importantes a fim de combater os problemas evidenciados no mundo pré-jurídico, ou seja, todos os problemas apresentados no capítulo anterior, pela falta das regras secundárias. Com a passagem para o mundo jurídico, a essência apenas coercitiva desaparece, entram as normas secundárias e, junto com o poder e direitos, a possibilidade de a sociedade civil intervir nas decisões jurídicas, assim como propiciar relações, acordos, testamentos, etc.

Para Hart, além do fato de um sistema jurídico com regras secundárias poder modificar leis, ter regras de julgamento e possibilitar a conferência de direitos, a autoridade do sistema também se apresenta sob uma regra do tipo secundária, isto é, a regra de reconhecimento. Apenas depois dessa passagem para uma instância jurídica, onde há as regras secundárias, que os problemas encontrados anteriormente, sobre a incerteza das regras, será resolvido, pois é na regra de reconhecimento (e não em uma regra do tipo primária, que obriga) que se encontra o critério de validade para a existência das leis e todo o funcionamento do sistema. Sem a regra de reconhecimento não há noção correta, no sentido hartiano, de como acontece a autoridade jurídica⁵⁷.

Mesmo com despeito das diferenças de estruturas de um Direito primitivo e o Direito desenvolvido⁵⁸, o segundo ainda compõe a sua estrutura com o conteúdo e a função do primeiro (MacCORMICK, 2010, p. 39). A função das regras obrigacionais que aparecem de maneira exclusiva no Direito primitivo é fundamental para as regras do Direito desenvolvido. O conteúdo básico também não se diferencia, tais como as regras de proibir violência, fraude, desonestidade, etc.⁵⁹

Segundo Etcheverry, para Hart fundamentar sua crítica feita a Austin foi preciso analisar o Direito internamente, e assim adotou a perspectiva de que o participante que segue as regras percebe que elas são como guias de comportamento próprio e de crítica ao comportamento do outro. Assim, portanto, segundo Etcheverry, a teoria hartiana pretende observar a realidade jurídica mais de perto e defender

⁵⁷ Entenderemos o que dignifica autoridade jurídica e autoridade autorizada, nos itens 2.1.4, 2.2 e 2.3.1, ainda neste capítulo.

⁵⁸ Por Direito desenvolvido queremos mencionar o Direito com os elementos mais completos, este apresentado por Hart, com regras secundárias.

⁵⁹ É o conteúdo básico pertencente ao Direito primitivo ou pelo Direito internacional. São formas diferentes de sistemas organizados e complexos, englobados pelo Direito desenvolvido. Isso ocorre porque, como veremos no capítulo terceiro, há um conteúdo mínimo do Direito Natural que norteia qualquer tipo de regulamentação de conduta humana.

que o Direito é um conjunto de regras primárias e de regras secundárias que conduzem o comportamento humano, assim explicando, de uma maneira mais adequada, a noção de Direito.

Na visão de MacCormick, regras primárias não bastam para elucidar a diferença entre o sistema jurídico de outros sistemas que regulam conduta, como costumes e moralidade positiva, religião e similares nas sociedades modernas. Na visão de Hart, o aspecto de diferenciação essencial do Direito está na própria ideia de que as leis pertencem a regras jurídicas e a qualidade sistêmica do Direito é evidenciada pelo fato de que as regras primárias de obrigação são suplementadas por regras secundárias, que estão logicamente inter-relacionadas com as regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre várias regras, e sua totalidade pode ser vista como um único sistema jurídico. Foi a partir desse raciocínio que Hart se declarou descobridor da “chave para a ciência do Direito”, isto é, um sistema formado pela união de regras primárias e secundárias (MACCORMICK, 2010, p. 141). Nas palavras de Hart:

Na combinação desses dois tipos de normas, reside o que Austin pensou ter encontrado na noção de ordens coercitivas, saber, “a chave para a ciência do direito”. [...] O que tentaremos demonstrar é que a maioria das características do direito que mais causaram perplexidade e provocaram e elidiram, ao mesmo tempo, a busca de uma definição, pode ser apresentada de maneira mais clara se esses dois tipos de normas e as relações entre elas forem bem compreendidas. Atribuímos a esse conjunto de elementos um lugar central devido ao seu poder de explicar e elucidar os conceitos que constituem a estrutura do pensamento jurídico (HART, 2009, p. 106 – grifo nosso).

As regras do tipo secundárias e que explicam como o Direito realmente acontece, contudo, somente operam junto com as regras primárias, pois elas não podem ser vistas separadamente. Entretanto, sem as regras secundárias, o sistema é muito simplista, e é analisando as características das regras secundárias que descobrimos os elementos mais particulares do Direito, isto é, conferir direitos e outorgar deveres – conferir direitos através das regras de julgamento e de alteração e outorgar deveres através da regra de reconhecimento. São elas as regras

que compõem as funções mais importantes no Direito, que dão espaço para o feitiço de contratos, que dizem quais são os funcionários competentes para julgar ou para criar certas normas e quais são os seus deveres, por exemplo. Essas são, portanto, as características dos três tipos de regras secundárias. Veremos, adiante, mais detalhes sobre elas. Observamos isso na transcrição que segue:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas suas incidências, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam deveres, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõe sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas, também, à criação ou modificação de deveres ou obrigações. (HART, 2009, p.105).

As regras primárias são regras que impõem deveres, em sentido positivo e em sentido negativo, ou seja, o que devemos fazer e o que não devemos. Já as regras secundárias outorgam poderes, dizem como e quem deve julgar o cumprimento das regras: “São regras sobre as regras” e que dizem como as pessoas com competência legal podem modificar e ajustar o conteúdo das regras de acordo com cada situação e sociedade. Além disso, é numa regra do tipo secundária onde se encontra a legitimidade de conteúdo das normas, isto é, a partir de onde podemos saber se uma regra de conteúdo moral pode ou não fundamentar uma lei e tudo o mais que precisamos saber sobre a maneira como aquele sistema se desenvolve.

As funções das regras primárias são determinar obrigações e deveres para as pessoas, ou seja, esse tipo de regra possui o caráter coativo e são regras gerais, pois incluem todas as pessoas do sistema. E são regras penais na maioria das vezes. Ocorre, contudo, que as regras

primárias possuem defeitos e insuficiências. Esses defeitos são os mesmos cometidos, então, pelo teórico imperativista ao defender a coerção como essência de todo o sistema jurídico e de todas as regras jurídicas.

As normas primárias, se vistas separadamente, para Hart, se parecem com as normas de etiqueta. Isso assim é, pois, “[...] em primeiro lugar, as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem as normas aceitas por um grupo específico de seres humanos [...]” (HART, 2009, p. 119). Assim, quando há dúvidas, não existe uma instância ou regra a se recorrer para sanar o problema, ou seja, normas desse tipo, como as de etiqueta, carecem de um âmbito de aplicação para diminuir a incerteza, como, por exemplo, um texto autorizado, autoridades cujas declarações sejam vinculantes: “Podemos chamar de *incerteza* a esse defeito da estrutura social simples que só tem as normas primárias” (HART, 2009, p. 120).

As insuficiências das regras primárias se manifestam pela dúvida de existência de alguma regra, ou seja, pela *incerteza* e pelo *caráter estático* que impossibilitam a mudança das leis e pela *ineficiência da pressão social*. Por causa dessas insuficiências também não se consegue explicar de que forma as normas são mantidas. É o que aponta Struchiner:

O primeiro problema que pode surgir é a falta de certeza sobre quais são as regras que de fato pertencem à comunidade. Um sistema de regras é mais do que um mero conjunto de regras de naturezas distintas, sem qualquer marca comum. Um sistema pressupõe a existência de uma relação definida entre os elementos do conjunto. Se alguém fica em dúvida acerca da existência ou não de uma determinada regra, não existe um critério ou conjunto de critérios para identificar quais são as regras do sistema, já que *ex hypothesi* a única coisa existente na comunidade é o conjunto de regras primárias. O segundo problema é a rigidez ou caráter estático de tais regras primárias, que não acompanham as mudanças no ritmo exigido pelas necessidades, uma vez que não há normas que dizem como revogar ou modificar as regras. Como isso depende de uma

pressão social difusa, as mudanças são lentas. Por fim, há um problema de eficácia: duas pessoas podem concordar a respeito da existência de uma regra primária, mas, se elas discordam sobre se a regra foi ou não cumprida (por exemplo, por causa de uma divergência na sua interpretação), não há outras regras prevendo a forma de resolução dos conflitos, ou a criação de órgão para resolvê-los de forma definitiva e com autoridade, o que dá origem às vinganças privadas. Assim, a existência de regras não é eficiente, porque não resolve o problema da pacificação social. (STRUCHINER, 2005, p. 68).

Os parágrafos a seguir exibem os defeitos⁶⁰ das regras primárias quando observadas operando unitariamente. Uma delas é a *incerteza*, que se dá em razão de as normas primárias não oferecerem nenhuma característica definidora e identificadora comum, apenas padrões isolados. Assim, em caso de dúvida sobre alguma regra, não há nelas a solução, tampouco indicação de onde e a quem recorrer. Então a incerteza reinaria se não houvesse outras regras para suplementar tal defeito (HART, 2009, p. 119).

O *caráter estático* é outro defeito e existe pela falta de uma regra de modificação nas normas primárias, pois elas sozinhas não passam de padrões sociais. Se não houvesse uma evolução para as normas secundárias, a modificação dependeria de um processo de lento crescimento através do hábito e costume até se tornar uma regra social aceita como um padrão passível de crítica e de pressão social. Outro fato desse caráter é a ausência de uma regra para transferir direitos para outros, assim como transferir benefícios, pelo cumprimento das obrigações postas pelas regras primárias (HART, 2009, p. 120).

O último defeito é a *ineficiência da pressão social*. Convivendo apenas com normas primárias, a pressão social seria difusa, pois seria uma forma muito simples de vida social, sem nenhuma legitimidade, sem saber quando uma norma é ou não aceita pelo sistema. Além do mais, as punições previstas, caso as obrigações não fossem cumpridas, seriam cobradas por quem? Pelos próprios cidadãos? A pressão social daria conta desse controle? Respondemos negativamente a esses questionamentos, pois é necessária uma instância que valide os

⁶⁰ A palavra “defeito” não é uma figura de linguagem. É exata tradução da palavra encontrada na versão original, “*defect*”.

conteúdos e também uma instância aplicadora de punições e de outros procedimentos necessários para um sistema mais completo. Afirma Hart:

Trata-se do fato de que as punições pela infração das normas e outras formas de pressão social que envolvem o esforço físico ou o uso da força não são administradas por uma instância especial, mas deixadas a cargo dos indivíduos afetados ou delegadas ao grupo como um todo. É óbvio que o dispêndio de tempo envolvido nos esforços desorganizados do grupo para capturar e punir os infratores e as vinganças reprimidas que podem resultar da ação em causa própria, na ausência de um monopólio oficial das “sanções”, podem ser graves. A história do direito sugere enfaticamente, no entanto, que a ausência de instâncias oficiais capacitadas a determinar de forma autorizada o fato da violação das normas é um defeito muito mais grave, pois muitas sociedades encontram soluções para esse problema muito antes que para outro. (HART, 2009, p. 121).

A solução para os problemas das regras primárias é a incorporação das regras secundárias⁶¹, pois esse conjunto de regras de outro tipo resolve os problemas expostos ao analisar as regras primárias separadamente. Por isso, essa inclusão das regras secundárias representa a transição de um mundo pré-jurídico ao mundo jurídico, de um sistema menos completo, com mais defeitos, para *um sistema mais rico ao ser menos “volátil”*.

Para Stolz (2007), as regras secundárias, ademais de desempenharem distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, comparece num sistema composto somente por regras primárias, defeitos entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, religiosas e econômicas) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as regras. Para a autora, Hart define as regras secundárias de alteração como aquelas que outorgam

⁶¹ Hart chama as regras secundárias de remédio (*remedy*) para as insuficiências encontradas num sistema formado apenas de regras primárias. Para conferir a palavra empregada, veja em Hart (1994, p. 94 – versão original).

competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de regras – o sistema à realidade social em que operam. Por sua vez, as regras de adjudicação/modificação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurídicas, identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais. Como podemos observar na passagem de Hart, desta maneira, ao suplementar os sistemas com regras secundárias têm-se um sistema completo, sem defeitos. Ele afirma:

A solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social consiste em suplementar as normas *primárias* de obrigação com normas *secundárias*, que pertencem a uma espécie diferente. A introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. (HART, 2010, p. 121-122).

Nos tópicos que se seguem, apresentaremos uma breve explicação sobre os tipos de normas secundárias, sendo elas de *modificação*, de *abdicação* (ou julgamento) e de *reconhecimento*. As normas secundárias pretendem combater as insuficiências das regras primárias. Com isso, elas se juntam com as primárias e tornam o sistema mais completo, pois não podem ser vistas separadamente, já que são inter-relacionadas e fazem parte da qualidade sistêmica do Direito.

2.1.1 Regra de modificação ou alteração⁶²

No Direito moderno, todas as regras, tanto as primárias como outras regras secundárias, são passíveis de alteração, alteração essa deliberada por emenda e revogação do legislativo ou pela decretação de novas regras ou, ainda, por decisões judiciais ou por costumes sociais. Para que isso possa realmente existir, é preciso que haja uma regra que especifique como deve funcionar essa mudança. Por isso há este tipo de regra, que é uma regra secundária, e é parte essencial de um sistema jurídico (MacCORMICK, 2010, p. 36).

Como dissemos, as regras secundárias carecem das regras primárias para poderem exercer sua função, ou seja, carecem de “padrões de conduta”. Desse modo, as regras secundárias podem sanar os problemas das regras primárias quando aplicadas de maneira unitária. Então, *para suplementar o caráter estático* da regra primária, a regra de modificação autoriza o indivíduo ou um grupo de pessoas a introduzir novas regras primárias e a eliminar antigas.

O importante para a nossa compreensão não é focar em como essas regras são, de que forma elas se apresentam, mas, de que forma elas funcionam no sistema jurídico. Segundo Hart, de várias formas essas regras podem aparecer nos sistemas jurídicos. O importante é que, sem elas, esses poderes, de modificação, não seriam outorgados, como aparece na citação de Hart:

Essas normas de modificação podem ser muito simples ou muito complexas; os poderes por elas outorgados podem ser irrestritos ou limitados de várias formas; e as normas, além de indicar pessoas encarregadas de legislar, podem definir, em termos mais ou menos rígidos, os procedimentos a serem observados na atividade legislativa [...]. (HART, 2009, p. 124).

Sem a possibilidade de os indivíduos terem relações jurídicas e sem poderem alterar sua posição perante o sistema e sob a vigência das normas primárias iniciais, o Direito seria muito simples, e privaria a população de uma importante facilidade e vantagem que um sistema

⁶² Na tradução da Editora Martins Fontes, a palavra encontrada foi “modificação” e, na tradução da Colouste, editora portuguesa, e na tradução do livro de MacCormick encontramos a palavra “alteração”. A palavra em inglês, no texto original, é “change”. Utilizaremos ambas as traduções.

jurídico adequado oferece. Privaria a população de estabelecer contratos, testamentos e transferências de propriedade, que é justamente a facilidade e vantagem que a norma de modificação permite, como demonstra a passagem a seguir, de MacCormick:

Essas “regras secundárias de alteração” encontram um paralelo nas regras secundárias de ordem inferior que dão a indivíduos comuns o poder de fazer várias alterações na situação jurídica ou nos relacionamentos jurídicos deles mesmos e de outros. Para fazê-lo, eles devem ter as características necessárias legalmente definidas em termos de *status* jurídico e da capacidade jurídica. Pode-se assumir deveres ao assinar contratos; pode-se alterar as incidências das leis que proíbem o roubo ao exercer o poder de dar ou vender uma certa propriedade a outro. É possível impor obrigações a outros (fiduciários/*trust*) ao dar-lhes propriedades sujeitas a fideicomisso (*trustee*), ou ainda a outros (executores) ao fazer um testamento que eles são obrigados a executar. Pode-se casar ou formar uma parceria ou uma companhia limitada. A possibilidade de todos esses exercícios de poder privado depende da existência de regras secundárias de conferência de poder aplicáveis, cuja própria existência pode derivar ao exercício por um legislador do poder público de alterar a legislação. (MacCORMICK, 2010, p. 36).

O interessante é percebermos, como observamos na citação acima, a maneira como as regras primárias trabalham junto das normas secundárias. Se não fosse dessa forma, as regras primárias seriam estáticas, mas, se existissem apenas regras secundárias, então não haveria *standards* (padrões de conduta) a serem modificados. Por isso é importante salientar a união desses dois tipos de regras, pois é a união delas que exhibe a forma mais adequada como o Direito funciona. A força das regras coercitivas nos parece só ter sentido quando conjugada com as regras secundárias, pois o poder outorgado faz parte das funções das regras secundárias, é uma operação característica desse tipo de norma e não há como haver força coercitiva de uma regra de outra forma. A única forma diferente, independente das regras secundárias, seria a pura coerção, que, como vimos no capítulo inicial, não pode ser

integrante maior entre os elementos jurídicos. Para os elementos jurídicos serem bem caracterizados, temos que salientar a força de regras normativas. Isso está indicado por Hart no seguinte texto dele:

Se existissem apenas normas primárias de obrigação, não existiria o poder de desobrigar de seu cumprimento aqueles que estivessem por elas vinculados ou de transferir a outros os benefícios advindos desse cumprimento. Pois essas operações de dispensa ou transferência criam mudanças nas posições iniciais dos indivíduos de acordo com aquelas normas primárias de obrigação; e, para que tais operações sejam possíveis, devem existir normas diferentes das primárias. (HART, 2009, p. 121).

Assim, começamos a apontar os motivos de as regras secundárias se fazerem necessárias para suplementar os defeitos apresentados em um sistema primitivo, onde só haveria regras primárias. Um dos defeitos é sanado com a regra do tipo modificação/alteração, que exclui o problema de as regras primárias serem estáticas.

2.1.2 Regra de abdicação ou julgamento⁶³

Quanto ao defeito da *ineficiência de pressão social*, está presente nas regras primárias, quando vistas separadamente. Exclui-se, contudo, o defeito ao introduzir a regra de julgamento, uma das regras secundárias. As regras de julgamento (ou de abdicação) são regras que capacitam alguns indivíduos para solucionar, de forma autorizada⁶⁴, o problema de saber se, em algum caso, a regra é aplicada ou não numa situação específica, como seria violada, etc. Assim, essas normas têm o poder de identificar não só quem irá formular as leis, além de indicar quem são os indivíduos capazes de julgar e quais procedimentos devem ser seguidos. Assim como as outras normas secundárias, as normas

⁶³ Na tradução da Editora Martins Fontes, a palavra encontrada foi “abdicação” e, na tradução da Colouste, editora portuguesa, e na tradução do livro de MacCormick, encontramos a palavra “julgamento”. A palavra em inglês no texto original é “*adjudication*”. Utilizaremos ambas as traduções.

⁶⁴ De forma autorizada pela regra de reconhecimento, que por ser ao mesmo tempo uma regra e uma prática social, autoriza as outras regras do sistema, então, a partir de fontes sociais. Entenderemos melhor, ao longo deste capítulo, o que significa esse tipo de regra secundária, a regra de reconhecimento, que é a autoridade do sistema jurídico.

desse tipo possuem um *status* diferente das normas primárias. Essas normas de julgamento, apesar de dizerem o que um grupo de pessoas deve fazer, como exemplo, a maneira como um juiz deve julgar, elas (as regras de julgamento) não impõem deveres, mas conferem poderes jurídicos. Com isso, a regra de julgamento diz respeito a uma parte importante do sistema, pois define conceitos referentes ao judiciário, ao tribunal e ao processo de julgamento, não permitindo escolhas contrárias ao que foi promulgado. Afirma Hart:

O terceiro defeito dessa forma simples de vida social é a *ineficiência* da pressão social difusa pela qual as normas são mantidas. Sempre haverá disputas para saber se uma norma aceita foi ou não violada, disputas que continuarão interminavelmente, exceto nas menores sociedades, se não houver uma instância especialmente encarregada de estabelecer, em termos conclusivos e peremptórios, o fato da violação da norma. Deve-se distinguir a ausência dessas determinações finais e autorizadas de outra deficiência a ela relacionada. Trata-se do fato de que as punições pela infração das normas e outras formas de pressão social que envolvem o desforço físico ou o uso da força não são administradas por uma instância especial, mas deixadas a cargo dos indivíduos afetados ou delegadas ao grupo como um todo. É óbvio que o dispêndio de tempo envolvido nos esforços desorganizados do grupo para capturar e punir os infratores e as vinganças reprimidas que podem resultar da ação em causa própria, na ausência de um monopólio oficial das “sanções”, podem ser graves. A história do direito sugere enfaticamente, no entanto, que a ausência de instâncias oficiais capacitadas e determinar de forma autorizada o fato da violação das normas é um defeito muito mais grave, pois muitas sociedades encontram soluções para esse problema muito antes que para outro. (HART, 2009, p.121).

Num momento primitivo, onde o sistema não dispõe de regras secundárias e, portanto, também não há regra de julgamento, não é possível entender quais regras permeiam o que realmente pode ser feito, ou não se sabe qual providência tomar quando algo errado foi feito, ou

como julgar esse evento, como: – Que profissionais devem julgar? Esse tipo de regra dispõe sobre o poder de conferir poderes a outras pessoas ou a instâncias para julgar e controlar as ações de acordo com os padrões de conduta. Isso, porém, só é possível porque há essa regra que diz o que deve ser feito com as regras, regra que diz sobre as regras e confere poderes para outros avaliarem de forma legítima. Por isso, ela possui uma ligação estreita com a regra de reconhecimento que é a autoridade do sistema, que autoriza o conteúdo sobre as regras, autoriza as outras regras secundárias a conferirem poderes.

Assim, tanto essa norma (de julgamento), como a norma de modificação, possuem ambas uma relação próxima com a norma de reconhecimento, pois, juntas, dispõem as regras de como o Direito funciona. Quando um tribunal diz que uma norma foi desrespeitada, seus pronunciamentos são vistos como autorizados e não deixaram de ser conteúdo válido para o Direito, pois esse mecanismo já havia sido previsto pela norma de reconhecimento. Há regras atribuídas aos juízes. Por exemplo, poder autorizado para intervir no sistema.

2.1.3 Regra de reconhecimento

Para combater o problema da *incerteza* – o outro defeito –, quando se tem apenas normas primárias, é necessário instituir a regra de reconhecimento, pois as características que estiverem nela são as características válidas no sistema, ou seja, são as regras de funcionamento e de conteúdo do Direito em questão. Com isso, o que estiver na norma de reconhecimento é apoiado pelo grupo que a exerce e pela pressão social. Essa norma é o que dá autoridade para os padrões, pois a sua existência pode ser algo escrito de maneira simples como em sociedades menos desenvolvidas ou de uma maneira mais completa como nas sociedades modernas, através da Constituição. O importante é que essa norma é o coração do sistema jurídico, pois há o selo de autoridade e nela está tudo o que é aceito e maneiras corretas e detalhadas de esclarecer dúvidas. Quando há conflito de regras, é na norma de reconhecimento que se busca a primazia de uma delas, por isso ela é a autoridade do sistema.

A regra de reconhecimento também é a autoridade porque é ela que designa o que é válido no sistema, ou seja, o critério para a existência de todas as regras do Direito, sobre os padrões de conduta e também sobre as outras regras secundárias, que conferem poderes. Assim o aponta o comentário a seguir:

Além das regras primárias de obrigação e das regras secundárias de julgamento e alteração, todo o sistema jurídico inclui outra regra secundária essencial à sua existência diferenciada como sistema jurídico. Trata-se do que Hart chama de uma “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento estabelece os critérios que determinam a validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular. Enquanto as regras secundárias de julgamento e alteração conferem poder, a regra de reconhecimento impõe deveres sobre aqueles que têm poder de agir como juízes e também têm o dever como juízes de aplicar todas e apenas as regras que satisfaçam certos critérios mais ou menos específicos de validade. Então o corpo de regras que esses juízes têm o poder de aplicar possui um conteúdo relativamente determinado ou determinável. (MacCORMICK, 2010, p. 37).

O conteúdo e o poder de julgamento que os juízes têm são determináveis, pois isso é determinado pela regra de reconhecimento. Ela impõe os deveres de cada órgão e funcionário oficial, contudo a autoridade conferida pelas regras secundárias faz os funcionários outorgados de autoridade. Assim, o que for decidido por um legislador, ou juiz, por exemplo, é válido e, enquanto não se prove o contrário, é o resultado legítimo do sistema. Dessa forma, pode-se entender que a autoridade dos oficiais é uma autoridade autorizada, pois possui limites⁶⁵.

A regra de reconhecimento é capaz de ser a fonte de autoridade e, dessa maneira, legitimar todo o sistema, tendo todo o conteúdo e procedimentos a fim de combater a incerteza. Ela só consegue cumprir tantas funções porque é regra jurídica ao mesmo tempo em que é prática social. Por isso ela é viva. Ela é produzida e alimentada pela maioria dos participantes do sistema, participantes que, de alguma maneira, aceitam e desejam seu desempenho⁶⁶.

As regras primárias e as regras secundárias estão, de modo geral, no centro de um sistema jurídico, contudo a norma de

⁶⁵ Mais sobre o sentido de autoridade autorizada, isso o veremos nos itens que seguem, especialmente em 2.3.1, sobre a discricionariedade.

⁶⁶ No item a seguir, entenderemos como essa prática se desenrola, através da investigação do ponto de vista interno e externo de como os participantes do sistema incorporam normas.

reconhecimento é, sem dúvida, a mais complexa e primordial. Por isso devemos destacar o seu desenvolvimento, pois ela é necessária para a identificação das normas válidas do sistema, ou seja, a norma de reconhecimento é o que garante a validade de um sistema jurídico, pois ela não pode ser questionada em seu aspecto interno. A partir dela é que podemos analisar o sistema e dizer quais são as normas que o compõem ou não compõem, quais regras e conteúdos são válidos ou não são válidos. Com isso, a norma de reconhecimento é o critério último utilizado pelos tribunais ao identificar normas legítimas ou, em caso de dúvida, de como se deve proceder. Sobre essa regra, Hart afirma:

Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias “fontes” do direito, a norma de reconhecimento é a correspondente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e, geralmente, incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedente judicial. (HART, 2009, p. 130).

O conceito de regra de reconhecimento é muito difícil e complexo, pois ela pode ser muitas coisas, pode ser a Constituição, mas não é somente isto, não é algo simples, pois ela também é uma prática social. E, com isso, não queremos dizer que é uma prática fundada na aplicação de oficiais, por exemplo, de juízes. Não é a vontade de um grupo, mas, a aceitação das regras é que fomenta a sua força. Assim, a regra de reconhecimento dita deveres aos oficiais e, uma vez descumpridos, está se agindo de maneira incorreta. MacCormick comenta, na citação que trouxemos, sobre o papel e a característica dessa norma:

A regra de reconhecimento como *standard* público comum de decisão judicial correta é, em um sentido importante, uma regra convencional, pois não apenas é fundamentada em uma prática comum de juízes e outras autoridades, como também a existência (permanente) da prática é “parte das razões que as pessoas têm para aceitá-la”. É uma regra convencional que se refere aos deveres que recaem sobre os juízes no exercício do papel judicial. Se uma juíza se afastasse da prática de aplicar em suas decisões regras que satisfazem os critérios de validade legal contidos na regra de reconhecimento, ela agiria

incorretamente – agiria de forma errada, com efeito. Ela se exporia à crítica justificada a partir do ponto de vista interno. Assim, a norma comum reconhecida pelos juízes é claramente uma regra de imposição de dever. Eles *devem* agir de acordo com as leis vigentes ao exercer o seu poder de julgar casos, impor penas, etc. (MacCORMICK, 2010, p. 143).

A regra de reconhecimento é o critério de validade do sistema, e também a fonte. Para sabermos se uma regra X é válida no Direito, ela o será se pertencer ao conjunto que a regra de reconhecimento caracteriza. Por isso, ela combate a incerteza, ela é a fonte de todo o sistema⁶⁷, pois o que não estiver nela, ela dirá o que fazer, por exemplo, autorizando a decisão de outros, estabelecendo o procedimento. Nesse sistema de regras, como descrito por Hart, a regra de reconhecimento é a parte mais importante, pois tudo o que o Direito sistematiza está contido nessa regra. Mesmo sendo determinada, a regra de reconhecimento permite mudanças, através de apelos sociais e de pressão dos participantes, contudo ela é um conjunto de critérios finitos. Só assim ela pode combater a incerteza. Struchinier comenta sobre isso:

Para que uma regra seja considerada como uma regra válida e, conseqüentemente, uma regra do sistema jurídico, é necessário que ela passe em todos os testes exigidos pela regra de reconhecimento. Sendo assim, é concebível que possa surgir um caso particular que não esteja regulado por nenhuma das regras que satisfizeram os testes exigidos pela regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento comporta um conjunto de regras finito e quando o caso concreto que pode surgir não estiver regulado por nenhuma dessas regras, então haverá uma lacuna no direito. Nesse caso, o juiz não poderá recorrer a uma regra legal para a resolução da disputa, mas terá que aplicar critérios que estão além das regras válidas. Disso tudo pode-se derivar que Hart considera o direito como um sistema de regras. As regras que satisfazem a regra de reconhecimento são exaustivas do direito e sempre que elas não são

⁶⁷ Ver mais em Marmor apud Coleman (2001, p. 193).

capazes de resolver um caso legal, deve-se recorrer a casos extralegais, (STRUCHINIER, 2002, p. 37).

No item 2.3, veremos sobre as lacunas no Direito, casos onde não é claro o que deve ser feito, como o oficial deve proceder, por problemas oriundos da indeterminação da linguagem. Nesses casos, a teoria hartiana sobre as regras não cai numa teoria que joga a aplicabilidade do Direito e a maneira como ele funciona para as mãos e vontade do corpo judiciário. De maneira coerente, essa lacuna é sanada pela decisão de uma autoridade que teve seu poder outorgado por uma regra e possui deveres estabelecidos pela regra de reconhecimento. Na medida em que a regra de reconhecimento autoriza um oficial a tomar decisões do sistema, está fundada num mecanismo normativo de aceitação da sociedade, pois as pessoas desejam obedecer ao sistema e necessitam de tomadas de decisões. Assim, é isso que veremos no item que segue.

2.2 A estrutura normativa da sociedade

Estamos, desde o início do capítulo, frequentemente lembrando que o Direito é um sistema que regula a conduta humana e incorpora padrões sociais, advindo da prática social. No primeiro capítulo evidenciamos a diferença entre hábito e regra social no item 1.3. Neste segundo capítulo, em especial no item 2.1.3, quando apresentamos a regra de reconhecimento, que é ao mesmo tempo uma regra jurídica e uma prática social, sentimos a necessidade de ter em cena a discussão sobre a maneira normativa como a sociedade se desenvolve. É o que pretendemos fazer neste item e até o final do estudo.

Recapitulando, cabe dizer que a principal crítica feita aos imperativistas por Hart foi não terem percebido os sentidos da obrigação jurídica. Defendemos que a obrigação jurídica se assemelha ao exemplo do assaltante, onde o assaltado se sente obrigado a fazer o que o outro ordena. A esse sentido de obrigação coercitiva faltava, contudo, o sentido normativo, este ligado ao dever de obedecer às regras. Esse dever de obedecer às regras existe, pois, ao analisar o ponto de vista interno, Hart percebe que, pelo menos uma parcela dos participantes precisa seguir as regras jurídicas porque acham vantajoso fazê-lo e, por isso, normatizam. Inclusive, Hart observa que as pessoas justificam suas condutas em função das regras do sistema. De onde se conclui que seguem as regras não porque possuem medo ou por hábito, senão

porque acham essas regras vantajosas. Hart só percebeu como isso funciona após analisar o Direito de um ponto de vista interno.

A explicação das regras secundárias, em especial a regra de reconhecimento, depende do entendimento sobre a aceitação das regras, ou seja, da estrutura que a sociedade compõe junto ao Direito.

2.2.1 Analisando o Direito de um ponto de vista interno e externo

Hart, ao expor a sua análise, agiu sob a influência de John Langshaw Austin⁶⁸, que foi professor de Oxford sobre filosofia da mente. Hart também sofreu influência de Wittgenstein⁶⁹ e de Weber. Quando Hart estudou Weber, ele estava preocupado não com uma noção normativa do Direito, mas com a probabilidade de que as pessoas respondem à interpretação normativa *delas mesmas* do Direito (MacCORMICK, 2010, p. 48). Na análise sobre o ponto de vista interno, conseguimos perceber essa influência weberiana e, por isso, a sociedade ganha uma estrutura normativa.

As pessoas possuem características finitas e, por isso, desejam viver em sociedade e produzir sistemas que regulem sua conduta, sistemas que as protejam de malefícios, de injustiças e que tenham autoridade para a tomada de decisões em momentos de discórdia⁷⁰. Assim, o sistema jurídico é algo vantajoso para as pessoas, e a maioria delas entende dessa maneira. Principalmente os mais fracos estão assegurados pelo sistema jurídico e isso, com certeza, é uma vantagem muito grande. Mesmo que os mais fortes, ou egoístas, irracionais⁷¹ não observassem vantagem no sistema, para viver em sociedade isto foi preciso, foi preciso criar um sistema como tal. Desse modo, podemos entender que este é o princípio de raciocínio para a aceitação interna, uma atitude que cada um dos participantes, ou pelo menos a maioria deles, possui perante o Direito e o cumprimento das normas.

Os participantes do sistema, sejam eles funcionários oficiais do Direito ou cidadãos, entendem o Direito como um padrão de conduta,

⁶⁸ Não confundir com o John Austin imperativista e centro desta dissertação, principalmente nos capítulos primeiro e terceiro.

⁶⁹ No item que segue, entenderemos um pouco da influência de Wittgenstein, através de Waissmann.

⁷⁰ Mais sobre isso, no capítulo terceiro, no item 3.4, sobre o conteúdo do Direito Natural.

⁷¹ Egoístas no sentido de pensar apenas em querer vantagens individuais e, portanto, poder tirar proveito de outras pessoas, de maneira injusta. E irracionais por não conseguirem perceber que o sistema é preciso para viver em sociedade e que esta é a melhor forma. O irracional, da maneira como estamos pensando, também não percebe que pode ser o forte de hoje, mas ser o fraco de amanhã.

algo que deve ser seguido e, por isso, regulam a sua vida e suas ações pelas regras jurídicas. Não são, contudo, todas as pessoas que terão esse esclarecimento sobre as regras, visto que uma boa parte obedecerá ao sistema pelo medo. Então, o importante é que a maioria das pessoas, ou uma parte delas, possui uma atitude reflexiva, ou espontânea, sobre as regras jurídicas.

As pessoas possuem a capacidade de seguir padrões, isto é, capacidade de conceber casos abstratos e relacionar com alguma circunstância. Uma parte dos participantes possui uma atitude crítico-reflexiva em relação ao Direito e aos padrões de conduta, ou seja, refletem sobre suas ações com uma postura crítica, e não incorporam padrões apenas por hábito – diferentemente do que sustentou o imperativismo – mas pela vontade refletida. Esses participantes críticos, se seguem o Direito, é porque aceitam de alguma forma suas regras e sua função. O elemento “vontade” contido na expressão “reflexão crítica” leva o sujeito a agir por uma preferência. Todavia, os motivos para a preferência podem não ser um raciocínio bem elaborado sobre a função e o papel do Direito e de um padrão específico, mas, pode existir porque houve uma pressão social para que agisse de tal modo. Assim, podemos seguir regras espontaneamente e preferir aquele padrão ou acabamos por sofrer uma forte pressão social e, por isso, voltamos a agir como todos. O importante é que há preferência, há vontade, há atitude. Assim o expõe MacCormick:

Uma “atitude crítica reflexiva” pode ser entendida como a que compreende um elemento de cognição, expresso pelo termo “reflexiva”, e um elemento volitivo, relacionado à volição ou à vontade, expresso pelo termo “crítica”. O elemento cognitivo abrange a própria noção de um “padrão” de comportamento – uma capacidade de conceber em termos gerais alguma correlação abstrata de certo ato com certas circunstâncias, como “motoristas parando seus carros ao encontrarem um sinal vermelho”, “seres humanos deixando de comer carne de animais”. Também abrange uma capacidade de avaliar atos reais ou atos cogitados em comparação com aquele padrão abstrato e geral, e de registrar exemplos que obedecem, desobedecem ou são irrelevantes ao padrão. Visto que o padrão é um “ato em circunstâncias” generalizado, sempre que as

circunstâncias existirem, um ato obedece ou desobedece ao padrão; quando não existirem, o padrão é irrelevante. O elemento de vontade, ou volitivo, compreende algum desejo ou *preferência* de que o ato, ou abstenção do ato, ocorra quando existem as circunstâncias previstas. Tal desejo ou preferência não precisa ser incondicional; muitas vezes tal preferência pode depender do fato de o padrão em questão ter e continuar tendo uma preferência compartilhada por um grupo de pessoas no mínimo amplamente identificável. A preferência depende de uma rede de crenças e expectativas mútuas. A preferência ou desejo de uma pessoa de que aqueles que dirigem carros no Reino Unido dirigissem do lado esquerdo da estrada. Isso seria inútil se deixasse de ser uma preferência mútua ou compartilhada por todos ou pela maioria desses motoristas. Além disso, como indica o último exemplo, essa preferência ou desejo não precisa ser concebido como um desejo fundamental, um desejo de algo como um fim em si mesmo. Tenho um motivo velado para preferir que os motoristas mantenham a esquerda, especificamente o de que a adesão a algum arranjo convencional (ou “mantenha a esquerda” ou “mantenha a direita”) aumentará a minha segurança e a dos outros nas estradas e, portanto, contribuirá para a proteção da vida das pessoas. (MacCORMICK, 2010, p. 52-53).

No primeiro capítulo, no item 1.3 e 1.3.1, dissertamos sobre a diferença entre hábito e regra social. Naquele momento, apontamos três razões para entendermos a diferença. A primeira é a *crítica social*, pois, quando há apenas hábito, ninguém crítica o não cumprimento da ação e as pessoas não incorporam aquela ação como padrão. Já numa regra social, entendemos aqui também como lei, as pessoas incorporam aquele padrão e criticam quem não regula sua conduta de acordo com tal padrão. Dessa maneira, a sociedade impulsiona o cumprimento das leis e o entendimento como um bom regulador de conduta. Assim, gera a segunda diferença, a *pressão social*. A partir do momento que as regras sociais são incorporadas e passíveis de crítica social, as pessoas exercem pressão para o cumprimento. Desse modo, mesmo que um participante X não tenha a atitude de respeito ao Direito, é levado a ter. E, a terceira,

que, a nosso ver, está relacionada com as demais, é a *análise de um ponto de vista interno*. Só podemos analisar a “atitude”, e todo o raciocínio que fizemos até agora, se a preferência estiver relacionada a uma regra social, mesmo que não seja lei, mas, ainda regra social.

As regras sociais podem não ser leis, mas elas têm a disposição para se transformarem em leis. Toda lei possui uma fonte social, porque é um padrão de conduta e não poderia ter a característica que tem, para Hart, se fosse o contrário. O mesmo acontece com as regras sobre as regras (regras secundárias). Não só as regras primárias, mas as regras secundárias possuem uma fonte social. Não é por acaso que a regra de reconhecimento é ao mesmo tempo regra jurídica e social. Todo o mecanismo social de aceitação está por trás da autoridade, fortalecendo-a. Tanto se faz necessária essa aceitação, que a maneira de derrubar os padrões estabelecidos e exigir mudanças ainda é a revolução social⁷².

Com a análise do ponto de vista interno, isto é, a análise de como os participantes se relacionam com as regras, de maneira individual, consigo mesmo ou com o grupo, conseguimos entender o porquê da defesa de que o principal elemento do Direito é o conjunto de regras, e, portanto, funciona de maneira normativa e não como elemento principal a coerção. Sem a atitude reflexiva que os participantes possuem e impulsionam com pressão às outras pessoas, as regras não funcionariam tal como funcionam, pois o sistema não disporia de tantos funcionários para cuidar da conduta de todos a todo o momento. Vejamos, na exposição de MacCormick, o conceito de “um ponto de vista interno” ou, como o comentador se refere a isso, “atitude interna”:

A noção de um “ponto de vista interno” ou de “atitude interna” deve ser entendida em referência àqueles que desejam ou preferem uma conduta de acordo com um dado padrão e agem em conformidade com esse desejo ou preferência. Isso se aplica tanto à própria conduta quanto àqueles outros que julgam ser aplicável como indicado *inter alia* pelas críticas que fazem pelas pressões que exercem. [...] A “aceitação” de uma regra parece abranger duas atitudes distintas. O caso mais forte, o da “aceitação espontânea”, é o mesmo do caso acima com um acréscimo. Não apenas se tem uma preferência pela observância do “padrão”, mas se prefere que ele constitua uma

⁷² Vimos isso no capítulo primeiro.

regra que se supõe ser sustentada por uma preferência compartilhada ou comum entre aqueles a quem é aplicável [...]. (MacCORMICK, 2010, p. 54).

Não importa se as pessoas aceitam as normas de maneira espontânea ou não. Independentemente disso, elas podem possuir uma atitude crítica reflexiva, como elucidamos acima, podem agir voluntariamente ou através de pressão social. O que importa é que acontece uma “atitude” e essa lógica é que torna possível o sistema jurídico. Essa lógica é que responde pelo mecanismo da obediência de regras.

Uma norma surge desse fato. Ela antes é uma prática social, isto é, uma regra social que se transforma em padrão e em lei do Direito. Através de outra regra social, a regra de reconhecimento e as outras regras secundárias, esses padrões de condutas/leis podem ser modificados, alterados, substituídos, anulados, etc. Por isso, esse mecanismo de aceitação de regras, ou seja, a análise do ponto de vista interno, é tão importante para a teoria hartiana. Sem essa lógica não podemos entender o principal elemento de sua teoria, o conjunto de regras primárias e secundárias. É o que se lê a seguir:

Se o ponto de vista interno não estiver amplamente disseminado naquela estrutura social, não poderá, logicamente, haver norma alguma. Mas, onde exista a união das normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em caráter exclusivamente pessoal [...]. (HART, 2009, p. 151).

O ponto de vista interno é a análise pessoal, quando percebemos o que acontece entre os indivíduos que pertencem a uma mesma comunidade jurídica. Os indivíduos de uma mesma sociedade se entendem entre si e o que acontece com os padrões incorporados no sistema. Eles também sabem diferenciar o que é regra social e o que é hábito em geral. O importante a ser considerado é que o ponto de vista interno percebe uma atitude individual do participante do sistema,

mesmo que não concorde com os padrões ou que não se preocupe em segui-los. É a isso que o texto a seguir se refere:

Essa pessoa não precisa, embora possa, compartilhar o ponto de vista interno que aceita as normas como um padrão para todos aqueles a quem se aplicam. Em vez disso, pode considerar a norma apenas como algo que exige uma ação *sua*, sob pena de sofrer sanções; pode obedecer àquela por medo das consequências, ou por inércia, sem conceber a si mesma ou aos outros como pessoas que têm a obrigação de assim proceder, e sem estar inclinada a criticar a si própria ou aos outros pelas eventuais infrações. Mas essa preocupação meramente pessoal com as normas, que é tudo que é *necessário* que os cidadãos comuns tenham quando obedecem àquelas, não pode caracterizar a atitude dos tribunais diante das normas mediante as quais operam como tribunais. Isso é especialmente evidente no caso da norma última de reconhecimento, cujos termos permitem estimar a validade de outras normas. (HART, 2009, p. 149).

O ponto de vista externo não é tão fundamental quanto a análise interna. Por isso não tecemos muito sobre isso, nem mesmo Hart dedicou muitas linhas sobre esse ponto. O ponto de vista externo é o olhar de quem não participa da comunidade e, enquanto observador, não sabe muito bem a maneira como a aceitação ocorre e como os padrões são incorporados. Ele também não sabe diferenciar, com a mesma clareza que os demais, o que é hábito e o que é regra social, mas sabe que alguma estrutura normativa acontece ali, que as pessoas regulam suas condutas através de alguns padrões mais estabelecidos e entendidos por eles do que para um estranho, que não participou daquela comunidade da mesma forma.

O ponto de vista externo também corresponde àquele participante do sistema que não percebe as regras como um dever, que não consegue ter um envolvimento com o Direito e suas regras da mesma forma que os demais.

Este item é de importância fundamental para o entendimento deste estudo. Sua importância se dá principalmente porque foi a partir dessa

análise que Hart diferencia a sua afirmação de que as leis são fontes sociais⁷³, da mesma forma que Austin defendeu. Isto é, segundo MacCormick, é aqui que percebemos as diferenças entre as origens das fontes sociais de ambos os autores. No capítulo final ainda veremos mais sobre este tema, ao discutirmos a relação entre Direito e Moral, moral positiva e validade dos conteúdos normativos.

2.3 Direito, filosofia da linguagem e discricionariedade

Hart foi aluno de Waissmann⁷⁴. Foi Waissmann quem cunhou o termo “textura aberta da linguagem”. Sendo assim, Hart teve uma forte influência desse tipo de filosofia analítica da linguagem e trouxe isso para a filosofia do Direito ao fundamentar que regras jurídicas são formadas por palavras, e estas são limitadas, ambíguas, não possuem um sentido estrito, fazendo com que as regras sejam, da mesma maneira, ambíguas e confusas, por conta da textura aberta da linguagem. Assim, Hart disse que, da mesma forma da textura aberta na linguagem, há uma “textura aberta no Direito”. Como defende Waissmann, a textura aberta na linguagem pode ocorrer porque lidamos com palavras que possuem seu significado empiricamente e que os problemas empíricos atrapalham a interpretação de casos fora da ocasião. Dessa maneira, é justificável ocorrerem problemas ao se buscar compreender as leis – como aponta o comentário de Struchinier:

Hart faz uso da noção de textura aberta da linguagem, formulada por Waissmann para investigar a linguagem em geral, e a aplica ao direito, concluindo pela sua incompletude. Enquanto Waissmann diz que a textura aberta da linguagem é uma propriedade dos termos empíricos, responsável pela impossibilidade de se verificar conclusivamente as afirmações sobre os objetos materiais, Hart diz, de forma indiscriminada, que a textura aberta da linguagem é uma propriedade tanto de termos quanto de sentenças e regras. De acordo com Hart, a textura

⁷³ Por acreditar nas fontes sociais e por toda a sua importância para a teoria, para inserção de *standards* sociais ao Direito e acreditar numa Moral positiva, Marmor o chama de convencionalista. Ver mais em Marmor apud Coleman (2001, p. 199-203).

⁷⁴ Friedrich Waissmann foi aluno de Wittgenstein. Suas ideias são inspiradas nas discussões do “segundo Wittgenstein”. Por curiosidade, algumas de suas principais obras são: *Einführung in das Mathematische Denken* (1936) e *The Principles of Linguistic Philosophy* (1965).

aberta da linguagem faz com que as regras apresentem sempre a possibilidade da existência de uma “região de nebulosidade”, ou uma “penumbra de dúvida”, onde não sabemos com clareza se a regra deve ser aplicada ou não. (STRUCHINIER, 2002, p. 37-38).

Existem casos no sistema jurídico em que não encontramos dificuldade para entender a sentença necessária a ser aplicada, por exemplo, a sentença “se algo é um veículo, um automóvel ele é”. Há casos, todavia, onde não é clara a aplicação, como a palavra “veículo”, que inclui bicicletas, aviões, patins e carrinhos de bebês. É por problemas desse tipo que a filosofia da linguagem deve ser considerada para o entendimento das questões do Direito, pois leis são feitas de palavras e estas, por sua vez, são indeterminadas, não possuem sentido preciso. Com isso, segue-se o fato de que o Direito também é indeterminado e precisa da discricionariedade (interpretação) dos juristas.

O sonho de todo teórico jurista é poder congelar o sentido das normas, o que chamam de “paraíso dos conceitos”. Isso só seria possível se pudéssemos atribuir a um termo geral o mesmo sentido em todas as aplicações e, sempre que o termo fosse utilizado em qualquer norma do sistema, não haveria problema de interpretação, pois o sentido da palavra valeria em qualquer tempo e ocasião. Se isso fosse possível, nenhum esforço de interpretação seria feito. Em decorrência, não poderíamos prever os resultados sociais das aplicações, o que seria inviável para garantir a segurança do estado de direito. Como não existe um modo único de determinação do sentido das normas, há um consenso entre os criadores e os aplicadores para que essa determinação seja feita da melhor forma sem haver problemas sociais (HART, 2009, p. 168). Nem mesmo os cânones da interpretação podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las, visto que os próprios juízes usam linguagem e empregam termos gerais que exigem deles mesmos interpretação. Sendo assim, indagada se a norma que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a algum conjunto de circunstâncias incertas, a pessoa encarregada de responder não tem alternativa senão a de examinar se o caso presente se assemelha suficientemente ao caso simples sob aspectos pertinentes. Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere pode ser muito ampla, de tal forma que a conclusão será uma escolha. Isso acontece por causa de uma característica geral da linguagem. Faz-se necessário, então, que surja o

poder discricionário. Mesmo assim, contudo, Hart não chega a defender que tudo o que os juízes fazem é escolher de acordo com a discricionariedade. Na verdade, na maioria dos casos, o juiz só aplica a regra necessária.

O problema sobre a incerteza do significado das palavras e da aplicação das regras em casos particulares não ocorre somente porque as palavras não possuem sentido estrito. Ocorre também porque as regras são formadas de conceitos gerais, pois os conceitos gerais permitem julgamento preciso em certas ocasiões, mas causam problemas de adequação em outras, quando será necessário fazer alguma escolha. Haveria, no caso da necessidade de escolha, outra alternativa para que o poder discricionário não fosse necessário? Hart considera – mas não aprova –, a saber, o formalismo de regras, que consiste numa atitude perante as regras, após formuladas verbalmente, que busca, após a edição da norma geral, minimizar a necessidade geral de tal escolha. Uma forma de agir assim seria congelar o sentido da norma de tal maneira que seus termos gerais devam ter o mesmo sentido em todos os casos em que esteja em pauta sua aplicação. A consumação disso seria o paraíso dos conceitos, ou seja, querer congelar o mesmo sentido em todas as aplicações. Isso, no entanto, traria mais prejuízos do que proveito para o sistema. O problema de aceitar essa teoria é que essa técnica forçará a incluir na norma casos que não se deseja incluir, pois podem alcançar objetivos sociais não desejados. Por exemplo, quando se usar um conceito que, ao longo do tempo, perderá seu sentido, as pessoas atribuem a ele novos valores. Dessa forma, as consequências vão ser muito piores do que permitir ao juiz o poder de escolha em casos difíceis.

É importante ressaltar que não é em todos os casos que o juiz usa seu poder discricionário, visto que, muitas vezes, a regra é clara e sua aplicação não exige uma interpretação criativa. Quando Hart se ocupa com analisar e descrever o aspecto indeterminado das normas, resalta que é uma característica da linguagem humana e que os homens também possuem tal característica, qual seja, a dificuldade de interpretação ao analisar as normas formadas por palavras. Com isso, o trabalho do juiz, ao aplicar leis, não é mecânico. Sobre isso, Hart afirma:

Esse não é, evidentemente, o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa imprevisibilidade traz consigo uma relativa

imprecisão dos objetivos. Quando nos atrevemos a formular alguma norma geral de conduta (por exemplo, a norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque), a linguagem usada nesse contexto fixa condições necessárias a que qualquer coisa deve atender para estar incluída na norma, e certos exemplos claros daquilo que certamente atende a essa condição podem estar presentes em nossas mentes. Trata-se de casos claros, paradigmáticos (o automóvel, o ônibus, a motocicleta), e nosso objetivo ao legislar é, até esse ponto, preciso, pois fizemos determinada escolha. Decidimos inicialmente que a paz e a tranquilidade devem ser mantidas no parque ao custo, pelo menos, da exclusão daquelas coisas. Por outro lado, até que tenhamos tido a ocasião de justapor o objetivo geral de tranquilidade no parque e aqueles casos que não previmos, ou talvez não pudéssemos inicialmente prever (por exemplo, um carrinho elétrico de brinquedo), nosso objetivo será, nessa mesma medida, indeterminado [...]. (HART, 2009, p.167).

Hart dialoga com outra corrente, outro extremo sobre as regras, o ceticismo de regras, conhecido pela tradição atual como realismo de regras. Os postulantes do realismo de regras afirmam que falar de regras é um mito. Ou seja, em linhas gerais, o que tal corrente defende é que as regras realmente existem apenas quando aplicadas nos tribunais e que, fora isso, seriam apenas previsões, possíveis formas de como os aplicadores agiram. A consequência é que parecemos estar presos nas mãos dos juízes se as leis são apenas previsões para os advogados e para os demais cidadãos. Obviamente, Hart também não concorda com essa teoria, primeiramente, porque é totalmente desqualificada para falar de regras primárias e secundárias, já que nega a existência de quaisquer regras, e porque não há por que duvidar que as regras têm um papel importante na vida das pessoas, pois elas não só podem prever as conclusões do tribunal, mas elas servem como um padrão de conduta e as pessoas geralmente direcionam sua vida em favor desses padrões. Se as pessoas acreditassem e se realmente fosse verdade que as regras são apenas previsões, o sistema não funcionaria como Hart o descreve.

Segundo Tavaréz, a concepção de Hart se situa entre os extremos do formalismo e do realismo jurídico (ceticismo) de regras. De um lado, os formalistas veem o Direito como um sistema de regras

fechado, completo e coerente, correspondente às regras de conduta atreladas a uma sanção, que são declaradas pelas autoridades competentes quando chamadas a resolver conflitos. Do outro lado, os realistas enxergam o Direito como mera predição sobre a aplicação efetiva dessas regras pelas autoridades. O Direito não seria o conjunto de regras que se referem às declarações das autoridades, visto que seriam tão somente aquilo que concretamente dizem os tribunais. O conceito de Direito de Hart está numa brecha entre essas duas visões. Na citação a seguir, vemos como MacCormick contextualiza a teoria hartiana diante dessa tradição do ceticismo sobre as regras. Em suas palavras:

Em posição ao “ceticismo sobre as regras” (*rule-scepticism*) de importantes defensores norte-americanos do século XX da teoria “Realista” do Direito, Hart afirma, de fato, que o Direito é composto essencialmente por regras. Ele ainda afirma que uma grande parte da atividade jurídica consiste na direta e incontroversa aplicação, observância e imposição das regras. Mas, ele aceita, em concordância parcial com os realistas, que as regras podem resolver tudo. Sendo moldadas pela linguagem, as regras têm “textura aberta” e muitas vezes são vagas. O que eles ordenam, proíbem ou autorizam pode ser absolutamente confuso em casos problemáticos. Entretanto, deve-se chegar a decisões e, pela hipótese, as regras não podem ser mais do que um fator não conclusivo na tomada e justificativa de uma decisão (MacCORMICK, 2010, p. 43).

O ceticismo quanto às normas deriva da premissa de que leis e Direito não são a mesma coisa, pois as leis seriam apenas fonte do Direito, e só passariam a ser Direito quando entrassem em um tribunal. Isso é diferente do que pensa Hart, pois ele defende que a existência de um tribunal já presume a existência de leis, já que a obediência por hábito não é eficaz e as normas são vistas pelo senso comum não como fonte do Direito, e sim como o próprio Direito. Com isso, as normas fazem parte da vida do grupo que as segue, servem como orientação de conduta. Os indivíduos ajustam seus comportamentos a partir de leis, e de previsões dos possíveis resultados dos tribunais. O Direito serve como meio de controle social, e as normas regulam isso. Por esse

motivo, como se poderia negar a existência das leis? Os céticos duvidam até mesmo da existência da regra de reconhecimento, ou seja, dos critérios últimos para avaliar a validade das normas de um sistema jurídico. Para Hart, isso pode não ser possível, visto que seria afirmar que a própria legislação pode se suicidar, ou seja, quebrar seus próprios fundamentos. Com isso, Hart acredita que, tanto o formalismo quanto o ceticismo, ambos são grandes exageros, e que a verdade deve estar em algum ponto entre eles. Essa é a peça-chave para entendermos o conceito de Direito desenvolvido pelo seu positivismo.

2.3.1 Discricionariedade

O Direito é definido pelos positivistas imperativistas como coação. Hart não nega a existência desse elemento, mas defende que coação não é o único nem o mais importante elemento do Direito. As normas são partes essenciais de um sistema jurídico e elas trazem uma textura aberta, onde cabe o poder da discricionariedade, vale dizer, a interpretação do juiz. Esse caráter de indeterminação das normas traz, por sua vez, diversos problemas para o Direito. Mesmo assim, porém, como foi exibido, a solução não é o formalismo de regras, corrente que nega a existência de normas indeterminadas e, portanto, entendendo o Direito como se fosse completo. Existe, pois, o problema sobre essa indeterminação e ele surge por vários motivos quanto à interpretação e ao sentido das normas, quando, na aplicação da norma a casos diversos, surgem divergências entre os agentes do Direito. Afirma MacCormick:

Hart conclui que, dentro da estrutura das regras cujo significado está suficientemente claro para alguns propósitos, há e deve haver um aspecto considerável de *discricionariedade* para os juízes e outras autoridades. E, ao exercer essa discricionariedade, eles devem considerar, necessária e devidamente, fatores *não jurídicos* tais como opiniões morais e políticas, convivência e *raison d'état*, assim como o contexto geral das regras e princípios jurídicos, em busca da orientação que estes podem fornecer. “O Direito” não é um sistema normativo inteiro, completo e fechado que pode, mesmo em princípio, determinar para todos os propósitos dos direitos (rights) de todos. Uma metáfora adequada seria comparar o Direito em ação com um espetáculo

musical que é apenas parcialmente coberto pela partitura. Os músicos precisam improvisar um pouco e, embora devam tentar seguir o espírito geral da melodia como interpretada a partir da partitura incompleta – tarefa em que alguns músicos demonstram maior virtuosismo do que outros –, é uma ilusão supor que haja apenas uma maneira de preencher a lacuna para se obter um único encaixe adequado com as partes que a partitura determina de modo completo. (MacCORMICK, 2010, p. 43).

A discricionariedade é advinda do fato de que as palavras podem possuir (mas não necessariamente possuem) significados confusos e não determinados, precisando assim de interpretação. Leis são formadas por palavras, e essas precisam de interpretação, também as leis carecem dela em muitas ocasiões. Quem interpreta as leis é o corpo judiciário. Com isso, em alguns casos, os juízes precisarão não só utilizar leis já disponíveis e soluções já dadas por outros casos e interpretações, mas precisarão tomar decisões novas de acordo com o seu julgar, criando uma nova alternativa de interpretação. Assim, dizemos que o juiz tem o poder de criação em casos problemáticos. Nas palavras de Hart:

Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada juridicamente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis, mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial posterior. Consequentemente, aquele poder estabelece, para regulamentar essa esfera, padrões muito gerais, e delega então a um órgão normativo, conhecedor dos vários tipos de casos, a tarefa de formular normas adaptadas a suas necessidades específicas. (HART, 2009, p. 169-170).

Alguns positivistas defendem a discricionariedade em todo ato judiciário, mas Hart defende que não é necessário criar em todos os atos, apenas nos casos difíceis, e isso acontece raramente. Quando acontece, o juiz precisa de uma interpretação tão diferente do comum que sua

decisão cria um novo espaço no sistema jurídico. Na passagem a seguir, o autor confirma isso de que não é sempre necessário haver discricionariedade:

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste, em grande parte, em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, *não* lhes exijam uma nova decisão a cada caso [...]. (HART 2009, p. 175).

Para Hart, não é sempre necessário criar novas soluções para interpretações de casos e aplicação de leis, pois a função dos juízes é, geralmente, a de resolver casos fáceis, aqueles em que basta aplicar leis disponíveis e sem margens para interpretações diferentes da usual, ou casos já solucionados diversas vezes anteriormente. Nos casos fáceis, estabeleceu-se uma discussão sobre o assunto e de modo tal que aplicar o Direito⁷⁵ basta. Há, contudo, certos casos nunca resolvidos e nem legislados anteriormente, casos sem discussão até o momento, onde o Direito precisa ser criado. Esses são casos onde há lacunas e essas lacunas precisam ser sanadas. As lacunas são devidas à textura aberta do Direito e que deixa brecha para a interpretação necessária à instância judicial.

Casos difíceis são casos como o do casamento homoafetivo, antes não previsto na legislação. No exemplo⁷⁶, um casal homoafetivo pediu ao judiciário que sua união fosse reconhecida juridicamente e seus direitos válidos como os direitos que possui um casal heterossexual. Eis um pedido nunca feito em outra ocasião. Diante dele, o Juiz poderia entender que a lei do sistema de que participam dá margem para o reconhecimento e efetivar o pedido, no entanto ele poderia aplicar a lei tal qual está e não aceitar o pedido de validação de um casamento entre pessoas do mesmo sexo. Com esse exemplo chamamos a atenção para o

⁷⁵ “Direito”, neste caso, é usado no sentido de conjunto de regras jurídicas, incluindo os diversos tipos, inclusive a norma de reconhecimento.

⁷⁶ Exemplo criado por nós.

fato de que, se novas questões aparecerem, então novas interpretações se farão necessárias, isso fazendo parte da competência do juiz. No caso do exemplo, enquanto o corpo legislativo não trabalhou a questão e criou uma lei sobre o reconhecimento ou não do Estado frente à união de pessoas do mesmo sexo, o judiciário precisou usar a discricionariedade.

Em todos os sistemas haverá uma zona de penumbra, uma lacuna, pois o Direito é formado por linguagem e, por sua vez, não pode ser determinada, pois não acompanharia a evolução social. Afirmar Hart:

Sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente aquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder. (HART, 2009, p. 351).

A liberdade que o juiz possui para interpretar alguns casos é necessária, pois há casos fáceis onde o juiz apenas subsumiu o caso concreto por uma regra prevista no ordenamento jurídico, no entanto existem casos difíceis, casos para os quais o juiz precisa criar uma solução. Nesses casos difíceis a lei não previa o comportamento a ser aplicado, portanto o juiz possui o poder discricionário para julgar o caso e realizar a aplicação na determinada situação. A regra do reconhecimento é o que garante isso, portanto ela mesma comporta regras e critério de identificação das regras de um sistema jurídico.

Não se engana quem defende que a autoridade do sistema é a instância judicial, pois ela, nesse momento de resolução de casos difíceis, tem um grande poder. De fato, o poder judicial tem autoridade, contudo trata-se apenas daquele poder que é concebido por uma regra

social. Já que é uma regra social que estabelece esse poder, e as regras estão fundadas na regra de reconhecimento – que é também uma prática social vigente –, então é essa prática social que, em um última análise, legítima e autoriza a autoridade conferida aos juízes. E, se a autoridade é conferida de tal forma, ela também pode ser destituída, razão por que não poderia aqui ser utilizado nenhum tipo de comparação com o soberano defendido pelos imperativistas.

A autoridade é explicada por Hart através do exemplo do marcador de pontos. O próprio marcador está sob regras que atribuem autoridade a ele. As regras estão disponíveis a todo momento para que o marcador possa seguir. Se, contudo, houver casos extraordinários, casos em que as regras a serem aplicadas não existem, então quem tem a autoridade e o poder para decidir como o caso será resolvido é o juiz, com a ressalva de que esse mecanismo de autoridade só é válido porque os participantes do jogo aceitaram que o juiz tivesse tal poder. Assim, se o juiz decidir algo exorbitante, que não seja aceito pelo menos por uma parcela dos jogadores, o juiz pode perder seu poder, ou ter de mudar sua determinação.

Esse mecanismo de aceitação é o que dá força a essa autoridade, mesmo que nem todos os membros estejam de acordo, a maioria está, e os que não estão conseguem ainda participar incorporando aquela autoridade como válida. Assim, como firma Hart:

Para existir, essa norma deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal. Embora possa desviar-se ocasionalmente dessas normas, cada tribunal do sistema deve encarar, em geral, esses desvios como lapsos críticos em relação aos padrões, que são essencialmente comuns ou públicos, isso não envolve apenas a questão da eficiência ou da “saúde” do sistema jurídico, mas é uma condição logicamente necessária para que possamos falar da existência de um sistema jurídico único. Se apenas alguns juízes, em caráter pessoal e “por sua própria conta”, trabalhassem baseados no fato de que aquilo que o Parlamento promulga em nome da Coroa é lei, e não criticassem aqueles que não respeitassem essa norma de reconhecimento, a unidade e a continuidade que

caracterizam um sistema jurídico teriam desaparecido. Pois estas dependem da aceitação, nesse aspecto crucial, de padrões comuns de validade jurídica [...]. (HART, 2009, p.149-150).

Assim, as pessoas aceitam, de alguma forma, seja ela de maneira crítica, ou apenas entendendo que o que o parlamento define é válido, os participantes desejam que alguém ou algo, seja a autoridade. Da mesma forma como acontece com o marcador de pontos e os jogadores, também assim acontece com o sistema jurídico, com os juízes, com os participantes⁷⁷ dos sistemas e com o povo. Ressalta-se, nessa hipótese, contudo, que o juiz pode até ter a sua decisão revogada, sendo, porém, decisão definitiva até que algo seja feito contra. Assim, através de uma regra social, é conferido poder aos juízes. O exemplo do marcador comparado ao sistema jurídico aparece nas palavras de Hart:

Como mudanças de um regime consuetudinário para um sistema jurídico maduro, a criação de regras secundárias que dispõem sobre a instituição de um marcador cujas decisões são definitivas introduz no sistema um novo tipo de enunciado interno; pois, diversamente das declarações dos jogadores a respeito da contagem de pontos, as decisões do marcador recebem, em razão das normas secundárias, um *status* que as torna irrecorríveis. Nesse sentido, é verdade que, para os objetivos do jogo, “o placar é aquele que o marcador declara ser”. Mas, é importante notar que a *regra* de contagem permanece a mesma, e é obrigação do marcador aplicá-la o melhor possível. A frase “a contagem ou placar é aquilo que o marcador declara ser” seria falsa se significasse não haver regra para a contagem de pontos exceto aquela que o marcador decidisse acatar a seu arbítrio. (HART, 2009, p. 184).

A definição formal de autoridade tem duas características: (i) seja o que for que os tribunais decidem, não tem conteúdo, ou seja, a autoridade é vazia de conteúdo; (ii) a decisão do juiz, ou da autoridade

⁷⁷ Nesse caso, com a expressão *participantes do sistema* queremos dizer os funcionários do sistema, aqueles que são especialistas, capacitados para fazer o sistema funcionar. Eles, por sua vez, também têm seu poder conferido pela regra de reconhecimento, que é, em última instância, também uma prática social.

em questão, mantém-se até que seja alterada por legislação (HART, 2009, p. 186). Isso ocorre no caso do marcador de jogos, quando, assim que os jogadores não concordarem, eles destituem o poder que ele possui. No caso do sistema jurídico, a decisão é destituída assim que a prática social demonstrar, por seus participantes, que a conduta não foi autorizada. A autoridade tem, entretanto, a característica da peremptoriedade (a segunda característica), pois, de primeiro momento (se for o caso de o legislativo revogar), a razão do juiz é que prevalece sobre todas as outras razões. E esse elemento resolve a incerteza das normas primárias, pois uma decisão foi tomada a partir de uma instância autorizada pela prática de reconhecimento. Explica MacCormick:

As próprias autoridades, porém, devem ter uma visão um pouco diferente. Pois, como vimos, o “sistema jurídico” exige por definição uma regra de reconhecimento, uma regra ditando deveres oficiais para aplicar certas regras como “leis”. Mas, para que essa regra exista, é necessário que as autoridades no mínimo a encarem como uma regra social obrigatória. Eles devem aceitá-la e cumpri-la “do ponto de vista interno”. Essa é uma frase-chave de Hart (MacCORMICK, 2010, p. 38).

Assim, Hart une sua explicação sobre o “ponto de vista interno” e o dever da autoridade autorizada, autorizada pela regra de reconhecimento, ou seja, em última instância, autorizada pela prática social vigente. Por pensar assim, Hart torna possível falar de regras e não cair nos extremos que elucidamos. Desse modo, sua teoria se torna mais forte e difícil de ser refutada, como defende Struchinier:

Ao admitir a necessidade da discricionariedade, Hart constrói um modelo de positivismo mais difícil de se refutar; um modelo de positivismo que adota uma via intermediária entre o formalismo radical (adotado pelos positivistas tradicionais) – de acordo com o qual as regras existentes no sistema jurídico seriam totalmente claras e capazes de dar conta da realidade jurídica como um todo – e o ceticismo em relação à capacidade das regras de oferecerem uma determinação legal. Hart defende a posição intermediária dizendo que no âmbito do direito

surtem casos simples que podem ser resolvidos por regras claras e os *hard cases* que têm que ser resolvidos por critérios que estão além das regras válidas que compõem o direito. (STRUCHINER, 2002, p. 5-6).

Os casos difíceis não são uma falha do sistema jurídico, pois eles são resolvidos de maneira coerente dentro da teoria de Hart. A discricionariedade do juiz não é e não pode ser arbitrária, pois a autoridade real do sistema é a regra de reconhecimento, que impõe deveres aos magistrados, os quais só possuem poder porque uma regra o conferiu a eles. Assim, Hart consegue defender um sistema de regra e não ser um ceticista. Ao mesmo tempo, ele também não se torna um formalista, pois não defende que regras são determinadas e nem almeja que isso aconteça.

2.4 Conclusão do capítulo

Este capítulo foi importante para evidenciar a maneira como Hart resolve a deficiência do sistema com regras primárias, ou seja, regras com o elemento coercitivo como essencial. Vimos que as regras secundárias possuem papel importante, pois elas são os “remédios” para curar os problemas de regras como definidas pelos imperativistas. Os problemas decorrentes de analisarmos e aplicarmos as regras primárias separadamente são: a dúvida de existência de alguma regra (a incerteza), o caráter estático e que impossibilita a mudança das leis e a ineficiência da pressão social difusa. As insuficiências desse sistema primitivo são resolvidas suplementando o sistema com regras secundárias de três tipos: modificação, julgamento e reconhecimento.

Autoridade autorizada é tema importante deste capítulo. Evidenciamos, no item sobre discricionariedade e no item da regra de reconhecimento, que esse tema é fundamental para entender o que segue, no capítulo terceiro, onde veremos como Hart relaciona Direito e Moral, pois é a regra de reconhecimento que autoriza os conteúdos e a forma como são legitimados. A regra social é transformada a partir de práticas sociais e, assim, todos participam dos conteúdos do sistema à medida que este incorpora os padrões estabelecidos pela prática e, por isso, todos (pelo menos uma parte) aceitam o sistema como regulador de suas próprias condutas ao ponto de usarem regras jurídicas como justificção para as suas ações. Essa argumentação é parte importante desta dissertação. Ao elaborarmos o item sobre o ponto de vista interno

e externo, entendendo como a estrutura normativa da sociedade se desenvolve, apontamos, com mais argumentos e discussões, por que a obediência de regras não segue a lógica da coerção.

Este capítulo é importante para o desenvolvimento da dissertação, pois apresenta como Hart resolve os problemas criticados no capítulo inicial, os problemas na teoria imperativista de Austin.

3 O POSITIVISMO DE HART E A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

O problema filosófico que impulsionou os capítulos anteriores foi descobrir quais seriam os melhores elementos para compor o Direito. Este capítulo não deixa de fazer parte desse impulso inicial e não deixa de elucidar mais elementos que compõem o sistema jurídico e como ele funciona. Por exemplo, demonstra que o sistema tem pelo menos um mínimo de justiça procedimental e um conteúdo mínimo. O problema de fundo deste capítulo é, contudo, desvelar como Hart entende a relação entre Direito e Moral e evidenciar que essa relação é independente da tese imperativista⁷⁸. Segundo Hart, portanto, estavam errados os teóricos que acreditaram que, ao combater o imperativismo, combatiam também outras das teses defendidas pelos mesmos imperativistas, e isso é verificável se examinarmos um conteúdo mínimo sem o qual o sistema jurídico não cumpre sua função. Assim, apesar de criticar o imperativismo de Austin e de Bentham, Hart foi influenciado tanto pela tese da separação entre os fenômenos Direito e Moral, quanto pela tese da relação que os dois sistemas apresentam ao analisarmos a justiça procedimental e o conteúdo mínimo e também pelo conceito de moralidade positiva.

Como objetivo secundário, pretendemos evidenciar a semelhança desta teoria com a de Austin e Bentham. Faremos isso através das informações do comentador e de Hart, salientando que, sob tal aspecto, ambos concordam. Entretanto, não temos a intenção de cotejar as informações com os próprios autores. Para atender as expectativas apontadas no parágrafo anterior, primeiro elucidaremos como os conteúdos morais adentram no sistema jurídico, segundo o positivismo de Hart. Depois, julgamos necessário explicitar o tipo de moralidade compreendida pelos autores, utilizando como fundamento principal, além dos textos de Hart, o livro de MacCormick. Para finalizar, explicitaremos o modo como Hart defende o mínimo de justiça processual e um conteúdo mínimo que supera as expectativas de um sistema feito para homens. Concluiremos o capítulo com as formas como Direito e Moral se relacionam e exibindo o positivismo moderado em relação à ligação não necessária nem obrigatória entre o Direito e a Moral.

⁷⁸ Vimos, no item 1.1, uma citação de Hart sobre as teses positivistas. O principal objetivo daquela citação é exibir que tais teses são diferentes, independentes. Assim, se compramos o item (1), podemos comprar os outros, pois são todas compatíveis.

Como dissemos, neste capítulo não pretendemos formalizar um cotejo com os autores, nem com Austin nem com Bentham. Limitar-nos-emos a apresentar esses autores através de Hart e de MacCormick, pois o objetivo desta dissertação e também deste capítulo é a teoria de Hart.

3.1 A validade dos conteúdos morais

Uma das teses defendidas pelo positivismo de Hart, e também pelo de Austin e de Bentham, é a tese da separação entre o Direito e a Moral. Inclusive foi Austin quem melhor cunhou essa distinção historicamente (AUSTIN e BENTHAM apud HART, 2010, p. 57-8). Segundo ele, essa distinção feita por Austin diz respeito ao fato de o Direito e a Moral serem fenômenos sociais distintos e, portanto, que uma coisa é o que o Direito é e outra coisa é o que o Direito deveria ser. Assim, o estudo que estamos elucidando aqui, nesta dissertação, é sobre o que o Direito é, e fazer essa distinção facilita ainda mais a clareza da distinção dos elementos pertencentes ao campo do Direito e ao campo da moralidade. Apesar disso, a tese da separação não implica a defesa de uma tese da exclusão da moralidade no espaço jurídico. É por isso que, neste capítulo, exibiremos como o positivismo de Hart entende a relação com a moralidade. Muitos filósofos, como é o caso de Kelsen⁷⁹, defendem a tese da separação junto à tese da exclusão, mas os nossos autores (Hart, Austin e Bentham) defenderam a conexão entre Direito e Moral, inclusive podendo essa conexão ter validade de normas jurídicas (HART, 2010, p. 56-59).

Para Hart, o fato de ter havido sistemas jurídicos moralmente perversos não nos leva à conclusão de que, então, se defendermos a relação entre o Direito e a Moral, aquele sistema jurídico não pode ser considerado Direito. Entretanto, não é o caso, pois, se ele possui os elementos demonstrados no capítulo segundo, então ele é Direito. Como acima demonstrado, não é a moralidade que determina o sistema, contudo a Moral pode fazer parte dos sistemas jurídicos e, segundo Hart, frequentemente faz.

Sobre as normas morais, Hart diz que todas as sociedades que desenvolveram um sistema jurídico têm, entre suas normas não jurídicas, algumas às quais atribuem suprema importância, e que, apesar de diferenças cruciais, se assemelham muito a seu Direito.

⁷⁹ Este é o exemplo do filósofo que Hart menciona ao referenciar a tese da exclusão da moralidade como legitimadora de conteúdos jurídicos. Ver em Hart (2009, p. 387).

Frequentemente, para indicar os atos ou as abstenções exigidos por essas normas, acrescenta-se o adjetivo *moral* a palavras como *direitos*, *obrigações* e *deveres*, usadas para expressar as exigências das normas jurídicas. Existe, em todas as comunidades, uma sobreposição parcial de conteúdos das obrigações morais e das jurídicas (HART, 2009, p. 221).

Num sistema jurídico perverso, iníquo, os valores que vigoram ali são os valores daquela sociedade. Hart acredita que todos possuem valores e que eles dependem das discussões afloradas em cada sociedade. Apesar disso, há valores que geralmente aparecem em todas as sociedades, em comum, pois derivam dos truísmos sobre a antropologia humana, o que veremos nos itens que seguem. Por ora nos interessa afirmar que os valores sociais obtidos através dos truísmos (conteúdo mínimo do Direito Natural) não são suficientes e nem sempre esse processo moral ocorre do mesmo jeito. Então não há de se negar que um sistema jurídico perverso deixou de ser sistema. Ele será Direito se compuser os elementos que mencionamos no segundo capítulo, mesmo tendo todo o mecanismo para estreitar seus laços com a moralidade crítica e social, o conteúdo que a sociedade acata e reconhece possui fontes variadas: religião, cultura, etc. No excerto a seguir, MacCormick evidencia o fato de que a moral de cada grupo é composta pelos *standards* de cada uma das pessoas que o compõe, mas que a pressão social do grupo os leva a uma homogeneidade de valores. Em suas palavras:

A moral do grupo em questão (sendo o próprio grupo, em certo sentido, constituído pelos *standards* e sua aplicação, ou referência a eles). Certamente uma “moral” nesse sentido não se apoia apenas ou exclusivamente na prescrição universal autônoma de cada agente moral atuando por si só. Grande parte dela é aprendida; grande parte do ponto de vista de uma pessoa é uma questão de imitação e de ir junto com a manada, talvez porque se deseje que haja uma manada com a qual ir juntos. Vir a conhecer tais regras e *standards* requer a adoção do ponto de vista hermenêutico. Entretanto, decorre daí que a moral, nesse sentido, é uma questão de fato tanto quanto o é o futebol, e o fato de que alguns atos são moralmente errados é um fato tanto quanto o de Muhammad Ali ter sido outrora o Campeão Mundial de Boxe. Isso, porém, não a torna

independente das escolhas e compromissos humanos (e, como veremos, dos valores), pois vimos que esses são os elementos necessários do ponto de vista interno, ele próprio pressuposto no ponto de vista hermenêutico. (MacCORMICK, 2010, p. 69).

Como vimos no item 2.2 do capítulo anterior, as pessoas criam *standards* e se localizam através deles e o grupo exerce pressão para o seguimento quando ele não é feito de maneira voluntária. Dessa forma, as pessoas incorporam valores, valores que exprimem a maneira como a moralidade daquela sociedade se caracteriza. Na passagem a seguir, MacCormick expressa o que é um valor, o que pode ser uma regra moral. Como vimos, obedece aos três itens que acompanham a importância. O autor afirma:

Isso sugere que os valores são tudo o que os seres humanos consideram como razões de sustentação fundamentadas, por trás das razões mais imediatas para agir, para aprovar ações e para preferir certas maneiras de agir e certas situações a outras. Essas razões não são necessariamente amparadas por outras razões veladas. Isso nós expressamos, em vez de explicar, ao dizer que, para nós, alguma coisa é “boa em si mesma”; qualquer coisa que seja boa em si mesma é, para aquela pessoa, um valor fundamental, em oposição a um valor meramente instrumental ou derivativo. Dessa forma, os argumentos a respeito do que é um valor fundamental não podem ser apresentados por meio de demonstração ou prova. Parece claro que as pessoas “têm valores” nesse sentido. Continua sendo claro mesmo se, como fez Hart, deixarmos em aberto as questões sobre em que sentido se pode dizer que os valores “existem”, por quais meios podemos saber de sua existência e por quais processos biológicos, psicológicos ou sociológicos viemos a adquirir quaisquer valores que tenham adquirido. (MacCORMICK, 2010, p. 71).

Embora haja diferença entre as obrigações morais e as jurídicas⁸⁰, elas são confundidas. As obrigações jurídicas são mais específicas e cheias de exceções e as obrigações morais dizem o que deve e o que não deve ser feito em circunstâncias que acontecem na vida em grupo de maneira social e são consideradas naturais⁸¹. Regras como ser fiel, leal, grato ou abster-se da violência são todas normas morais.

Uma vez ultrapassada a etapa inicial de análise de padrões e incorporarem o funcionamento de regras com regras de dois tipos, dado o passo do mundo pré-jurídico ao jurídico, de tal forma que os meios de controle social passem então a incluir um sistema normativo incluindo regras de todo o tipo, as regras morais também são estabelecidas e reconhecidas, pela regra secundária de autoridade, como padrões de conduta, em forma de regras primárias (HART, 2009, p. 219-220).

As normas morais geralmente derivam de superstições, de crenças, de mitos ou de alguma religião. Sendo assim, é claro, podem variar de sociedade para sociedade, ou mesmo dentro de uma só comunidade em épocas diferentes. Coisas que em certa comunidade são moralmente válidas, como o sacrifício de outros seres humanos ou de animais, em outras comunidades são vistas como absurdos. Esse tipo de moralidade é visto, pelos utilitaristas e pelos positivistas, como “moral positiva”, o que é diferente de uma moralidade universal, válida para todos em todos os tempos. Esses mesmos valores sociais podem, contudo, adentrar no Direito e serem conteúdos válidos do sistema, sendo não só obrigações morais como também jurídicas. Em todos os sistemas jurídicos há uma sobreposição, pelo menos parcial, entre os conteúdos morais e os jurídicos, embora as exigências das normas jurídicas sejam mais específicas e cercadas de exceções minuciosas do que suas equivalentes morais (HART, 2009, p. 221).

O sistema jurídico acaba por incorporar, entre as suas regras, regras morais, contudo esses princípios podem mudar e deixar de existir, portanto não havendo a necessidade formal para a moralidade estar no sistema como legitimador de conteúdos. Apesar do fato de uma norma moral poder ser validada em forma de regras, pois isso acontece em muitos e em quase todos os sistemas jurídicos, isso, porém, pode não

⁸⁰ Para uma discussão mais completa sobre essa diferença, ver Hart (2009, p. 217-223).

⁸¹ Obrigações morais, para Hart, não necessariamente são naturais, pois Hart trabalha com o tipo de moralidade social e esta tem fontes diversas, como a religião e a cultura. Também veremos adiante que, para Hart, há truismos sobre a natureza humana que dali podem originar valores sociais compartilhados de maneira igual por muitas sociedades. Além disso, para Hart, há um único valor natural: a liberdade igual. Mesmo assim, contudo, não defendemos que, sem esse valor, os sistemas não são legítimos.

acontecer e, se assim for, o sistema não será menos legítimo. Não há regras para que a inclusão aconteça, ou continue acontecendo, pois a Moral não é parte essencial do Direito, e a maior razão de não ser essencial ao Direito é serem sistemas diferentes. Embora possa haver características muito semelhantes entre os sistemas jurídicos e os morais – por exemplo, por serem vinculantes independentemente do consentimento do indivíduo e por seu cumprimento se apoiar em forte pressão social pela obediência –, não são consideradas como merecimento ou elogio, senão como contribuição para a vida social. Ambos os sistemas regem regras de comportamentos e são regras que podem ser cumpridas por qualquer grupo de seres humanos. Assim, quando o Direito não é iníquo, isso quer dizer que as normas morais daquele grupo, no momento, também não são iníquas. Hart afirma:

Quando o direito identificado em relação a suas formas e fontes sociais é moralmente iníquo, os princípios que melhor possam “justificá-los” só podem ser os menos iníquos que se adaptem àquele direito. Mas tais princípios menos iníquos não podem ter força de justificativa, nem estabelecer nenhum limite moral ou restrição sobre o que deve ser considerado direito; e, como não podem deixar de se adequar a algum sistema jurídico, por mais perverso que este seja, a teoria que visa identificar o direito com base nesses princípios é indistinguível da teoria positivista segundo a qual o direito pode ser determinado sem nenhuma referência à moral. (HART, 2009, p. 348).

Para Hart, não há dúvida de que a Moral influencia o Direito, principalmente nos Estados modernos, pois isso aparece diretamente na legislação ou, aos poucos, durante o processo judicial. Muitas leis exigem que se levem em conta os princípios morais e de equidade: “Nenhum positivista poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos dependa em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida” (HART, 2009, p. 264).

Como vimos no capítulo segundo, a regra de reconhecimento é, ao mesmo tempo, uma regra e uma prática social. As regras são padrões de conduta que o Direito incorporou através da prática social e

legitimam a regra de reconhecimento, ou seja, a autoridade (regra de reconhecimento) pode autorizar conteúdos morais, assim como pode não autorizá-las a serem critérios de validade. Isso dependerá de como o sistema evoluiu histórica e socialmente. Assim, pode, mas não necessariamente, a moralidade validar conteúdos morais. Essa é a atitude de Hart frente ao problema da relação entre Direito e Moral, ou seja, sobre a validade jurídica de conteúdos morais.

Há, contudo, uma forma mínima de justiça (a moral) também adentrar o sistema, conseguindo-o através da criação de princípios que regulam a aplicação jurídica. Tratamos essa instância aplicativa de maneira diferente, pois ela é mais forma do que conteúdo, o que veremos no item 3.4.1 desta dissertação.

O conjunto das outras normas secundárias terá uma ligação estreita com a noção de reconhecimento, assim como as regras primárias possuem tal conexão, pois é a validade para todo o sistema, mesmo sendo uma regra social. Conforme afirma Struchiner no excerto abaixo, a norma de reconhecimento não necessita de validade alguma, pois ela é a validade do sistema jurídico e, por isso, contém a validade dela própria em sua existência, como é o caso do critério para a relação entre Direito e Moral. Ele afirma:

O que importa aqui é que a Constituição, embora forneça critérios de identificação e existência do direito, pressupõe algum tipo de fundamento. É necessária a existência de algum critério de identificação acerca do que conta como sendo a Constituição. A regra de reconhecimento é esse alicerce, segundo o qual a Constituição é válida. Porém, um interlocutor persistente poderia perguntar sobre a validade da regra de reconhecimento. Entretanto, se a regra de reconhecimento última é o próprio parâmetro de acordo com o qual as outras regras jurídicas podem ser identificadas e consideradas como existentes e, portanto, válidas, então não faz sentido perguntar sobre a validade jurídica da regra de reconhecimento, já que é ela que fornece os critérios de identificação do direito. Para traçar um paralelo: perguntar sobre a validade jurídica da regra de reconhecimento seria equivalente a perguntar quantos metros mede o metro. O metro já é a própria unidade de medida. É claro que a pergunta sobre a validade da regra de

reconhecimento pode ser tornada inteligível quando traduzida em termos de validade moral. Porém, os positivistas defendem que, no âmbito da atividade descritiva, direito e moral não se identificam, e critérios morais não podem contar como critérios últimos de identificação do direito. Os positivistas não pretendem oferecer uma justificação do direito do ponto de vista moral, mas tão somente explicar o direito. (STRUCHINER, 2005, p. 72).

Sobre a citação de Struchiner, temos que considerar o fato de que Hart não é um positivista que negue a possibilidade de a moralidade ser critério de validade jurídica. Ela pode ser, contudo não é uma regra e não há necessidade para que isso aconteça. Com isso, Hart, assim como os outros positivistas, não apela para a moralidade para legitimar seus conteúdos⁸². Assim, a regra de reconhecimento, sendo uma regra prática, autoriza os conteúdos que serão critérios de validade de alguma regra jurídica. Dessa forma, a moralidade pode ou não adentrar no sistema, tudo dependendo do desenvolvimento social ocorrido ali e aceito pela maioria.

No item que segue, apontaremos para a estrutura que engaja a produção de valores refletidos e a evolução de sistemas iníquos.

3.2 A moral positiva

A Moral e o Direito estão na mesma base como reguladores de comportamento humano. Assim, regras e *standards* são o que tornam possível a convivência coletiva. A moralidade, apesar de se assimilar ao Direito, o é de maneira diferente de outras práticas sociais, como hábitos e normas de etiqueta: “Na visão de Hart, a moral e a obrigação moral são, em sua base, *conceitos sociais*” (MacCORMICK, 2010, p. 67).

A moralidade entendida por Hart possui fontes sociais, por isso não é uma moralidade autônoma e universal, mas que possui como fontes o costume, a religião e tradições. Conforme dito, seu conteúdo pode vir dessas diversas fontes, apresentando-se colado com a cultura de cada sociedade. Por esse motivo, a moralidade frequentemente está nas regras sociais, pois ela vem da prática daquela sociedade. Ela, todavia, só evolui por que, junto da moralidade positiva, há moralidade crítica e

⁸² Evidenciaremos mais sobre como Hart entende a relação entre o Direito e a Moral no capítulo final desta dissertação.

uma *atitude* que observamos através do ponto de vista interno, onde percebemos que as pessoas desejam cumprir regras e desejam cooperar com o sistema.

Segundo Hart, em qualquer sociedade há um “princípio crítico geral” que clama por justificação. Onde não há regras como *prima facie*, os homens pedem justificações. Caso contrário, pelo menos pedem explicações quanto às práticas sociais e tentam demonstrar valor a elas. Também tentam justificar o uso da coerção legal (HART, 1983, p. 46-47). Assim, a moral crítica também pretende uma crítica moral sobre a coerção legal e sobre a moral social.

A moralidade crítica funciona junto da atitude interna reflexiva dos cidadãos, em repensar os *standards* e todas as leis como normas. Claro, Hart tem a noção de que nem todas as pessoas agem de tal forma, mas, para o sistema funcionar, pelo menos uma parte deve agir dessa maneira, pois é somente através da pressão social que, como vimos no capítulo primeiro, sobre a diferença entre hábito e regra social, a prática se torna regra e se torna padrão de conduta. Assim, sem essa parcela que aprova o padrão, o sistema não funciona. A seguir, uma citação de MacCormick sobre as fontes da moralidade social. Em suas palavras:

A moral está ao lado do Direito (e acima das maneiras, etiqueta, tradição, convenção e uso, até do uso linguístico, da disciplina acadêmica, das regras de jogos etc.) como um grande regulador social. A religião parece pertencer a esse contexto como uma fonte de moral, ou talvez, para os religiosos, uma forma de moral, pelo menos de “moral positiva” no sentido explicado mais tarde. A observância a *regras* e *standards* de conduta compartilhados ou comuns é o que permite aos seres humanos viverem juntos – e sobreviverem juntos – em sociedades toleravelmente pacíficas e prósperas. (MacCORMICK, 2010, p. 67-68 – grifo nosso).

MacCormick afirma que a moralidade com que Hart trabalha é uma moral positiva e social, a mesma utilizada por Austin e Bentham⁸³. Trata-se daquela dos costumes mais diversos, e não é uma moralidade

⁸³ Hart expressa que essa é a concepção de moralidade com que trabalha tanto em *Positivismo e a Separação entre Direito e Moral* (HART, 2010, p. 57), como em *O Conceito de Direito* (HART, 2009, p.259) e em *Direito, Liberdade e Moralidade* (HART, 1983, p. 44).

universal e estática, porque esta não nos dá possibilidade de refletirmos e mudarmos os conteúdos que nos dizem o que devemos ou não fazer. De modo contrário à moralidade universal, a moralidade social (positiva) possui uma abertura para mudanças, pois, junto a ela, há moralidade crítica, que é uma atitude reflexiva frente aos conteúdos dados socialmente. Afirma MacCormick:

Uma moral assim caracterizada é social e não individual, e é a moral de um grupo de pessoas que vivem juntas e interagem socialmente. Depois da publicação de “*O Conceito de Direito*”, no seu também célebre “*Direito, Liberdade e Moralidade*” (1963), Hart recuperou um uso estabelecido por John Austin e outros utilitaristas do século XIX ao escolher chamar tal moral de “moral positiva”. (MacCORMICK, 2010, p. 69).

Araújo confirma que Austin possui a concepção de moralidade positiva e a conexão com leis naturais. A moralidade positiva de Austin é como a de Hart, que resulta da interação entre os indivíduos de uma dada comunidade. E, assim como Hart, todos os padrões e *standards* que não são leis fazem parte da moralidade social. E esse tipo de moralidade oferece conteúdo ao Direito. Cada sociedade pode ter seu conteúdo específico da moral social e isso influencia nas leis que o sistema comporá. A força dessa moralidade social é a força das regras sociais de uma maneira geral, como as descritas no capítulo inicial. Essa força depende do poder da pressão social, que é muito eficaz. Nas palavras de Araújo:

No entanto, as leis positivas não são todas as leis humanas, na medida em que podemos encontrar leis que, por um lado, surgem de fato como resultado da interação entre indivíduos – e, nesse sentido, não são “leis naturais” – sem, por outro lado, terem sido estabelecidas por uma espécie de “autoridade política” (political superiors). Austin denomina as leis humanas que escapam do âmbito da jurisprudência de leis da moralidade positiva (positive morality). Leis desse tipo dizem respeito a certos sentimentos de aprovação ou reprovação relativamente a um determinado tipo de conduta no contexto de uma comunidade específica. As leis da moralidade positiva variam de sociedade

para sociedade e poderiam ser descritas, por exemplo, por um sociólogo que buscasse investigar, no contexto de uma determinada comunidade, quais são as leis que, sem terem sido impostas ou endossadas pela autoridade política local, costumam ser observadas pelos indivíduos, de forma que, quando elas são violadas, os indivíduos reagem, de modo geral, com um sentimento de desaprovação, ao passo que, quando elas são efetivamente observadas, os indivíduos reagem com um sentimento de aprovação. (ARAÚJO, 2007, p. 43-44).

Em algum momento pré-jurídico, antes da criação do Direito como um sistema de regras, poderia ter havido sociedades onde tudo o que regulava era *standards* (padrões compartilhados), sem um órgão institucionalizado regulamentando a prática. Esses *standards* eram amparados por pressão social difusa, ou por outras formas mais vagas do que a pressão social, como brigas entre famílias, etc. Como vimos no segundo capítulo, Hart diferencia o Direito por possuir elementos próprios e diferentes desse tipo de sistema, mas reconhece que, mesmo depois da criação de um Direito desenvolvido, com regras primárias e secundárias, alguns desses *standards* continuariam a existir, entre eles alguns têm uma correspondência total com as leis, outros não. Dentre todos esses *standards*, alguns possuem mais importância, por permitirem o bom funcionamento social, por facilitarem a boa convivência em grupo. Exemplo disso é honestidade e a não violência interpessoal. (MacCORMICK, 2010, p. 68).

Para uma regra poder ser considerada boa para o convívio, e realmente um padrão seguido pela sociedade ao ser um valor, ela tem que possuir três características que derivam da *importância*:

imunidade à alteração deliberada: quando a regra não consegue ser eliminada da prática social mesmo por legislações ou outras formas que oprimem a prática; *conduta voluntária ou espontânea*: quando as pessoas seguem esta regra porque querem e não por um erro, pelo acaso, por alguém ter forçado fisicamente, ou algo similar; *amparados por forma de pressão*: quando os demais participantes dessa prática exercem pressão para que os demais também pratiquem, e apelam para argumentos de que ela é “boa em si

mesma” ou para a consciência do “transgressor”, assim como outro tipo de pressão (MacCORMICK, 2010, p. 68-69).

Todos esses tipos de regras, que possuem as características listadas acima e capazes de ajudar no convívio social, podem ser uma regra moral, sendo englobadas pelo Direito, ou não. Como afirma MacCormick:

A sugestão de Hart é que quaisquer regras ou *standards* que sejam compartilhados ou comuns em um grupo, e que somem característica de importância percebida à outras três, devam ser considerados como *standards* morais. Tomados em conjunto, eles constituem uma “moral”, isto é, a moral do *grupo* em questão (sendo o próprio grupo, em certo sentido, constituído pelos *standards* e sua aplicação, ou referência a eles). Certamente uma “moral” nesse sentido não se apoia apenas ou exclusivamente na prescrição universal autônoma de cada agente moral atuando por si só. (MacCORMICK, 2010, p. 69).

Assim, a moralidade do grupo é aquela que representa a maioria das descrições e desejos dos agentes. A moralidade evolui a partir da reflexão do grupo a estabelecer e mudar velhos padrões de conduta. Os indivíduos que atuam ativamente no sistema, e que correspondem à parcela que atua sob uma atitude crítica no Direito, não necessariamente são os cidadãos, podendo ser os funcionários do sistema, que estão mais bem preparados para atuar e utilizar a moralidade crítica. Ocorre que os participantes como um todo é que possuem esse aparato, não só *standards* fixos, mas a reflexão para a mudança deles. Assim, não só os padrões morais mudam, como o sistema jurídico pode mudar, incluindo esses novos *standards*, ou repensando os seus antigos, já que o Direito possui uma regra secundária que é um mecanismo de funcionamento capaz de modificar leis.

Embora o Direito de algumas sociedades esteja ocasionalmente à frente do conteúdo moral aceito, nesse caso, de fontes sociais como costumes, e um homicídio contra um escravo pode parecer apenas desperdício de recursos públicos ou uma ofensa contra o que se acha o senhor desse escravo, mesmo ali, onde a escravidão é juridicamente reconhecida, onde a discriminação social existe, mesmo ali a moral

social pode ocasionar um sistema onde todos os homens (mesmo os escravizados) possuem um direito mínimo de proteção igual uns com os outros (HART, 2009, p. 259). O que acontece nesse caso é que a moral social do grupo influencia e afeta a justiça do sistema jurídico, que, de certa maneira, não é tão independente da Moral. Nesse caso, a moral crítica tem a disposição de atuar e mudar tanto a moral social quanto o sistema jurídico.

A moralidade crítica é um refinamento, um desenvolvimento da moral positiva. Ela coloca sob reflexão críticas às nossas maneiras de julgar o comportamento e os *standards*. Ela busca desnudar as suposições de valores implícitas na moral positiva, reavaliá-las e torná-las coerentes e, assim, desenvolver princípios críticos em referência aos quais podemos reavaliar e reorientar nossos julgamentos e normas de julgamento comuns e rotineiros. Se não os reorientarmos, isso demonstrará que apenas consideramos e entendemos, mas não aceitamos, os princípios críticos em questão (MacCORMICK, 2010, p. 73). Dessa maneira, na moralidade positiva também surgem valores aceitos pelos cidadãos e que também são incorporados ao sistema jurídico

3.3 O conteúdo mínimo do Direito Natural

Segundo MacCormick, Hart considera elementos primários no Direito, por conta da sua importância às restrições sobre a conduta humana. São restrições como assassinato, violência, fraude, desonestidade, etc. Elementos desse tipo são conteúdos tanto da moralidade quanto do Direito. Eles são importantes, pois tornam possível a boa convivência entre os seres humanos, além de garantirem a sobrevivência, pois, se elementos como a violência fossem permitidos, não haveria proteção corporal por parte do sistema (MacCORMICK, 2010, p. 127-128).

Austin e Bentham também defendiam esse conteúdo mínimo, e defendiam que, sem isso, o Direito não se faz Direito (AUSTIN, BENTHAM apud HART, 2010, p. 61). Mesmo assim, porém, a convicção de Hart sobre o Direito Natural vem de Hume, como evidencia MacCormick:

A convicção de Hart de que essas restrições são essenciais vem da sua aceitação de certos elementos do que se chama de tradição do “Direito Natural” na filosofia jurídica e política

ocidental. Algumas ramificações dessa tradição são fundamentadas na crença de que a reflexão sobre a natureza humana – e talvez também sobre a natureza divina – nos revela várias formas de bem que devem ser racionalmente aceitas como metas de empenho e das aspirações humanas. Esses princípios, cuja adoção e busca promoveriam a concretização dessas formas básicas de bem, formam, em consequência, um modelo ou o conjunto de posições básicas para as convenções, leis e formas de governo humanos. Outra ramificação de tradição, dando uma primazia ainda maior às faculdades de raciocínio, afirma que há simplesmente princípios básicos que podem ser descobertos pela razão (com o auxílio, talvez, da revelação divina) que possuem o *status* de axiomas morais sobre as quais as regras corretas de conduta social se baseiam. Uma terceira ramificação, associada especialmente aos nomes de Thomas Hobbes e David Hume, rejeita muito do “racionalismo” aparentemente implícito nas duas ramificações anteriores. É a visão deles, mais ou menos na forma sugerida por Hume, que Hart adota (MacCORMICK, 2010, p.128).

O conteúdo mínimo do Direito Natural existe inevitavelmente, mas não por conta de um elemento do Direito, e sim por conta das características dos seres humanos, a quem o Direito serve. Assim, se os humanos tivessem outras características, esses conteúdos não seriam necessários. Como, porém, os humanos possuem tais características e a possuíram ao longo do tempo, todos os sistemas que desejam regular condutas humanas precisam de tais conteúdos. Se assim não for, não faz sentido um sistema para homens com conteúdos que pressupõem características diferentes. Esses conteúdos são, então, truísmos sobre a natureza humana e não uma ligação estreita com a Moral, como é o caso da justiça mínima procedimental. Esses conteúdos estão presentes inclusive no sistema moral pelo mesmo motivo que estão no sistema jurídico. Hart afirma:

A reflexão sobre algumas generalizações muito óbvias, na verdade truísmos, a respeito da natureza humana e do mundo subsiste. Haverá determinadas normas de conduta que qualquer

organização social, que se pretenda viável, precisa incluir. Essas regras constituem de fato um elemento comum ao direito e à moral convencional de todas as sociedades que progrediram até o ponto de distinguir entre essas duas formas de controle social. Ao lado dessas regras, tanto no direito como na moral, encontramos muitas que nos parecem arbitrárias ou mera questão de preferência. Podemos considerar esses princípios de comportamento universalmente reconhecidos, que se baseiam em verdades elementares sobre os seres humanos, seu meio ambiente natural e seus objetivos, como o *conteúdo mínimo* do Direito Natural, em contraposição às construções teóricas mais grandiosas e mais sujeitas a contestações sob aquele rótulo (HART, 2009, p. 249).

Sem esse conteúdo mínimo, nem o Direito nem a Moral poderiam promover o objetivo de sobrevivência que os homens buscam ao viver em sociedade. Hart acredita que, sem esse conteúdo mínimo, os homens, tais como são, não obedeceriam voluntariamente a nenhum sistema de regras que orientasse sua conduta. Diferentemente, ao descobrirem que, sem essa submissão ao sistema, sua preservação, que é de seu interesse, estaria ameaçada, prefeririam voluntariamente obedecer a tais regras. Hart enfatiza a importância de afirmar que essa é uma conexão racional entre os fatos naturais e o conteúdo das regras pertencentes ao Direito e à Moral.

Segundo a interpretação de MacCormick, há um conteúdo igualmente compartilhado por qualquer tipo de Direito, seja de uma maneira primitiva⁸⁴, desenvolvido ou no Direito internacional. Todas essas ordenações sociais contêm regras semelhantes, como regras de proibição à violência, regras de obtenção e de uso livre de bens, proibição à desonestidade, regras de proibição a quebras de promessas, etc. Os seres humanos, possuindo a estrutura emocional e física que têm e vivendo no ambiente terrestre que habitam, precisam viver em grupos

⁸⁴ A discussão sobre Direito primitivo foi feita no segundo capítulo. Naquele momento discutimos que esse tipo de Direito pode não ter existido temporalmente, mas, pela análise de teorias, como o imperativismo, onde detalham elementos simples que compõem o Direito, Hart buscou em sua análise descrever elementos de um Direito mais desenvolvido, que inclui regras do tipo secundárias. Assim, Direito primitivo é um sistema simplista, como o apresentado no capítulo primeiro, onde só há regras coercitivas e a figura do soberano é a maior autoridade.

sociais a fim de sobreviver, pois assim é o desejo da maioria dos seres humanos. Para que isso aconteça se faz necessária a manutenção e a observância de regras e de uma prática organizada para impor as regras e controlar e aplicar sanções aos descumprimentos. Dessa forma, aqueles que querem cooperar voluntariamente não são prejudicados por aqueles que não desejam cooperar. Assim, o autor complementa seu raciocínio, afirmando:

Nessa afirmação da questão básica da ordem jurídica em todas as suas manifestações, Hart vê uma semente de verdade nas teorias que passaram a ser conhecidas como teorias do “Direito Natural”. Há aspectos naturais da existência humana que tornam necessário que os seres humanos (aqueles que têm o desejo de sobreviver) participem das ordenações sociais. Isso fornece a base para um conteúdo mínimo de Direito Natural essencial para a sobrevivência coletiva. (MacCORMICK, 2010, p. 39).

Hart formatou cinco truísmos que evidenciam as características da natureza humana e geram o conteúdo mínimo do Direito Natural. São eles:

(i) *a vulnerabilidade humana* – é por sermos vulneráveis a ataques que dispomos de regras proibindo a violência, por exemplo. Todas as regras, tanto do Direito quanto da Moral, que impedem o uso da violência que causa a morte ou que cometa lesões corporais, existem por causa desse fator da natureza humana;

(ii) *a igualdade aproximada* – é reconhecendo que nenhum homem é autossuficiente, nem mais forte do que o outro, que os homens aceitam fazer parte de um sistema de cooperação e de acordos recíprocos. Nenhum homem aceitaria viver com regras, sejam elas morais ou jurídicas, se não reconhecesse sua condição de igualdade perante o outro. Segundo Hart, os homens são diferentes entre si, alguns são mais fortes do que outros, outros mais espertos, outros mais ágeis, mas mesmo o mais forte entre os homens precisa dormir de vez em quando, e, adormecido, perde sua superioridade;

(iii) *altruísmo limitado* – o homem é um meio termo entre anjos e demônios e, por esse motivo, é possível haver um sistema que orienta a conduta humana. Se o homem fosse um desses extremos, então nem o Direito nem a Moral funcionariam como funcionam;

(iv) *recursos limitados* – os seres humanos precisam se alimentar, vestir-se, morar em algum lugar, ao mesmo tempo em que todos os recursos naturais são escassos e, por isso, é preciso trabalhar para que continuemos tendo recursos para produzir vestuário, alimento, remédios, etc., e, para essa produção, também é necessário que pessoas trabalhem nisso. O Direito precisa, portanto, ter regras que garantem a segurança da propriedade e o respeito a ela, por exemplo;

(v) *compreensão e força de vontade limitada* – sanções são necessárias para controlar as pessoas que não querem cooperar de forma igual com a sociedade, pois o fato é que sempre existirão homens e mais homens não querendo cooperar e não querendo obedecer às regras do sistema, ainda que saibam que regras são necessárias para viver coletivamente. Por isso, um sistema coercitivo é necessário.

No contexto dos fatos e objetivos naturais, que tornam as sanções tanto possíveis quanto necessárias num sistema interno, podemos dizer que isso é uma *necessidade natural*; e precisamos também de alguma expressão desse tipo para expressar o *status* das formas mínimas de proteção à pessoa, à propriedade e aos compromissos que são características igualmente indispensáveis do direito interno. É assim que devemos responder à tese positivista de que “o direito pode ter qualquer conteúdo”. Pois essa é uma verdade importante: para descrever adequadamente não só o direito, mas muitas outras instituições sociais, deve-se reservar um lugar, além das definições e das afirmações – àquelas cuja veracidade depende de que os seres humanos e o mundo em que estes vivem retenham suas características mais evidentes. (HART, 2009, p. 258).

Por ambos os sistemas, Direito e Moral, precisarem desses truismos para impor deveres aos participantes, o sistema jurídico acaba incorporando, em seus princípios, algumas das regras morais, contudo esses princípios podem mudar e deixar de existir. Mesmo assim, Hart afirma que a Moral pode servir como validade de regras jurídicas, pois as regras são frequentemente modificadas, revistas, então, por que um conteúdo como o da moral social não poderia fundamentar regras de um sistema jurídico? Pode, já que Hart defende a textura aberta do Direito,

portanto o Direito não possui regras estáticas. Junto da moral social há a moralidade crítica, que colabora para seu aprimoramento de conteúdo e junto também da atitude interna, reflexiva dos participantes.

Para o sistema jurídico funcionar da maneira esperada, isto é, que traga uma boa convivência a todos, “[...] a razão exige é a cooperação voluntária em um sistema coercitivo” (HART, 2009, p. 256). Assim, se as pessoas desejam uma boa convivência e prezam a razão voluntária, um sistema jurídico estável conta com os truísmos sobre a natureza humana, necessários para formar as regras de regulamentação humana. Nas palavras de Hart:

Os fatos previamente indicados que tornam necessárias certas formas de regulamentação social são fatos óbvios. Hart os chama, na verdade, de “truísmos”. Todos são livres para entender o valor e até a necessidade de termos regras sociais básicas e obedecer a elas. Mesmo em ocasiões em que somos tentados a abrir uma exceção em nosso próprio favor, conseguimos, às vezes, nos restringir com um exercício de força de vontade guiada por uma compreensão dos fatos, somada ao altruísmo, mesmo que limitado, e ao cuidado prudente em evitar as desvantagens de sermos apanhados em transgressão, pode nos conter diante de pressão da tentação imediata, mas não contém nem pode conter todas as pessoas todo o tempo. (MacCORMICK, 2010, p. 133).

Segundo MacCormick, esses truísmos e de saber que a razão leva as pessoas a desejarem cooperar voluntariamente com o sistema, desses fatores podem surgir e, frequentemente, surgem alguns valores e princípios morais, impulsionando a evolução para um sistema jurídico que funcione de maneira mais justa. Apesar disso, contudo, para o comentador, Hart sabe que o mundo não é cor-de-rosa e que esses truísmos não nos levam necessariamente a princípios igualitários. MacCormick afirma:

Assim, “o conteúdo mínimo do Direito Natural” de Hart está muito longe de ser uma garantia de uma sociedade justa e boa, quanto mais um conjunto de princípios estabelecidos pelo motivo correto de assegurar a justiça entre os seres humanos. Isso não equivale a dizer que o próprio

Hart é indiferente à justiça; ele simplesmente não supõe que a mera existência de uma boa ordem jurídica é, em si, uma garantia de justiça. (MacCOMICK, 2010, p. 134).

O conteúdo mínimo do Direito Natural nos evidencia os elementos básicos que se pode esperar razoavelmente que qualquer ordem social apresente. Essa ordem social deve-se apresentar assim, inclusive, em sociedades primitivas, onde só há *standards* de conduta, ou seja, onde só há regras primárias, onde ainda não há elementos de um mundo jurídico. Dessa forma, esse conteúdo mínimo serve também para a moralidade, pois, qualquer que seja o sistema que regule a conduta humana, esse sistema se baseará em fatos vividos e em truísmos apreendidos no decorrer das gerações da respectiva comunidade. No excerto a seguir, Hart salienta o fato de o Direito precisar das verdades derivadas das observações antropológicas, e nos demonstra como isso se encaixa com a tese positivista. Nas palavras do autor:

No contexto dos fatos e objetivos naturais, que tornam as sanções tanto possíveis quanto necessárias num sistema interno, podemos dizer que isso é uma *necessidade natural*; e precisamos também de alguma expressão desse tipo para expressar o *status* das formas mínimas de proteção à pessoa, à propriedade e aos compromissos que são características igualmente indispensáveis do direito interno. É assim que devemos responder à tese positivista de que “o direito pode ter qualquer conteúdo”. Pois essa é uma verdade importante: para descrever adequadamente não só o direito, mas muitas outras instituições sociais. Deve-se reservar um lugar, além das definições e das afirmações factuais comuns, para uma terceira categoria de afirmações – aquelas cujas veracidades dependem de que os seres humanos e o mundo em que estes vivem retenham suas características mais evidentes. (HART, 2009, p. 258).

Hart não é um jusnaturalista, mesmo aceitando seu conteúdo de uma forma mínima, pois, para o autor, a teoria naturalista não oferece uma explicação correta sobre o que é o Direito e sua forma de validar

regras. Vimos sobre isso no início do capítulo primeiro e veremos mais no item 3.5 deste capítulo.

3.4 Justiça

As leis são também regras sociais e estas, por sua vez, também seguem uma lógica de truísmos, de verdades antropológicas, como vimos no item que antecedeu. Dessa forma, as pessoas que participam do sistema criam regras para satisfazer o anseio por um princípio que está arraigado nos sistemas modernos: “tratar igual os casos semelhantes e diferentes os diferentes” (HART, 2009, p. 210). Esse princípio, contudo, não se refere propriamente a um conteúdo, e sim a um procedimento, por isso o chamamos de Justiça de aplicação.

Quanto ao seu conteúdo, as leis também podem ser justas ou injustas, mas, nesse caso da justiça de aplicação ou processual, a variação de conteúdo irá depender dos valores de justiça de cada sociedade. Veremos, no item 3.4.2, que, além disso, há valores intrínsecos que a moralidade gera partindo do conteúdo mínimo natural. As pessoas possuem a disposição de seguir padrões de conduta e valores afins da moral positiva do grupo, e criam valores intrínsecos, pois, partilhados de uma maneira quase universal por muitas sociedades, ajudam no bom convívio social. Ainda há, na teoria (crítica moral) de Hart, espaço para um direito moral natural: a liberdade igual. Trata-se do direito de todos os homens possuírem a liberdade, mas é um direito moral, ainda que frequentemente incorporado nos sistemas jurídicos. Esse, para Hart, é o único direito moral natural, ou seja, inato a todas as pessoas, independentemente da moralidade social encontrada, e é derivado dos truísmos da natureza humana.

3.4.1 Justiça de aplicação

Segundo Hart, a justiça traz eficácia para o Direito, pois faz parte dos objetivos das pessoas. Significa dizer que, quando o desejam, podem apelar à autoridade para resolver casos que sozinhos não conseguiriam fazer chegar a uma solução. Dessa forma, esperam que os procedimentos jurídicos sejam feitos de maneira igualitária. Para isso precisam saber que seu caso será resolvido de maneira equitativa, assim como a lei foi outrora aplicada, por exemplo. Assim, a justiça deve estar presente pelo menos em forma processual no sistema, pois a justiça é um benefício e um direito garantido pelo sistema aos demais participantes, ou seja, é uma garantia de que as leis serão aplicadas

igualmente e de que o sistema ocorrerá da mesma maneira, sempre respeitando o princípio de equidade. Sendo assim, as leis são avaliadas com o princípio de justiça: o princípio da equidade.

A justiça está totalmente ligada com a Moral, mas, nesse caso de aplicação, ela não possui uma ligação tão acirrada, visto que tem a ver com o tratamento entre classes e não com uma moralidade geral. Tem a ver com distribuição de benefícios e reparação de prejuízos, assim como com critérios de julgamento, por exemplo. De acordo com a avaliação social, ela é boa se é justa e ruim se é injusta. Podemos dizer que algo é justo se é equitativo ou imparcial (HART, 2009, p. 205) e, em geral, a justiça é tratada dessa forma, com a máxima de que “é preciso tratar os iguais com igualdade”. Deve-se, no entanto, completar a frase afirmando também que os casos diferentes devem ser tratados com formas diferentes. Assim, o princípio da justiça gera muita complexidade. Se avaliarmos uma teoria da justiça perceberemos quantos problemas estão em jogo ao tentar defini-la, pois precisamos definir quando os casos são iguais e quando não o são para determinado objetivo. Entende-se, portanto, que a noção de igualdade (e então de justiça) pode ser questionada e até mudar de acordo com o assunto ou no mesmo assunto e no mesmo caso. Por isso, ela é processual e adaptável aos conteúdos de acordo com a peremptoriedade da autoridade. Ocorre que, mesmo assim, mesmo com o problema da interpretação, de quando ela deve ser aplicada ou não, todos os sistemas jurídicos usam pelo menos essa forma mínima de aplicação a casos (HART, 2009, p. 205-209). Hart afirma:

As características distintivas da justiça e sua ligação com Direito começam a pôr-se em evidência quando observamos que a maior parte das críticas formuladas em termos de justo e injusto poderiam ser quase tão bem expressas pelas palavras “equitativo” e “não-equitativo”. Evidentemente, a equidade (ou imparcialidade) não coincide com a moral em geral; as referências são pertinentes, sobretudo, em duas situações da vida social. Uma se dá quando não estamos considerando a conduta de um único indivíduo, mas a forma como se trata *classes* de indivíduos, quando há algum encargo ou benefício a ser distribuído entre elas. Nesse caso, são “quinhões” distribuídos que são tipicamente ditos “equitativos” ou “não-equitativos”. A segunda

situação ocorre quando algum prejuízo foi causado e se reivindica a indenização ou reparação do dano. Esses não são os únicos contextos nos quais se fazem avaliações em termos de justiça, equidade ou imparcialidade. Não são somente distribuições ou compensações que são consideradas justas ou equitativas; um juiz também pode ser dito justo ou injusto, um julgamento pode ser dito parcial ou imparcial e pode-se dizer que uma pessoa foi condenada justa ou injustamente. Essas são aplicações derivadas e secundárias da noção de justiça, explicáveis uma vez que se tenha compreendido a aplicação primária de justiça e a questão da distribuição de reparação. (HART, 2009, p. 205 – grifo nosso).

Por ser algo formal e procedimental, o conteúdo a ser distribuído, reparado ou julgado é que se torna discutível. Em muitos casos é óbvia a semelhança e a diferença entre as pessoas, como no caso de um deficiente físico, por exemplo. Ele precisa ter direitos diferentes do que alguém sem tais necessidades, direitos como o de um acesso mais fácil a lugares públicos. O problemático é quando, na aplicabilidade do Direito, por exemplo, um homicídio provocado por um insano mental, esse insano é tratado diferentemente de um homicida qualquer. A autoridade poderia se interrogar, e mesmo ser interrogada, sobre até que ponto um sujeito pode ser considerado “insano mental”. Ou quando há leis que separam pessoas de cores diferentes, situações em que se pode interpretar que a cor da pele é uma característica que faz as pessoas diferentes e então precisam ser tratadas de formas distintas, como já foi aceito justo há tempos atrás e como boa interpretação da lei, no entanto hoje pensamos ser algo completamente injusto. O que acontece nesses casos? É apenas a interpretação da lei que muda, ou a moral que validava tal norma também mudou? São todos problemas que estão em jogo quando queremos fazer da justiça e da moral o critério de validade para normas. Por esse motivo, Hart diz que o que mudou é o processo de reconhecimento daquela sociedade e que não é o caso de os princípios terem sido mal interpretados, pois o Direito apresenta essas lacunas e, de acordo com o desenvolvimento histórico-social de cada sociedade, interpreta-se de maneira diferente o princípio. Não é que se interpretou mal, senão que se interpretou de modo diferente. Assim, a justiça é processual e não de conteúdo (HART, 2009, p. 209).

Hart defende um mínimo de justiça processual (mínimo de justiça na aplicação) e isso se concretiza com o princípio de “tratar os iguais com igualdade e os diferentes como diferentes”. Esse critério aparece com muita frequência em todos os sistemas jurídicos, mesmo nos sistemas que possuem poucas normas justas, pois ele se torna mais estável. Com isso, uma norma pode ser perversa e ainda assim ser aplicada com o mínimo de justiça processual, isto é, aplicam a casos iguais com igualdade e com ajustes necessários a casos diferentes – assim como dar a mesma oportunidade para todos os participantes do sistema. Nas palavras de Hart, a justiça processual é:

[...] seja isso verdade ou não, parece evidente que a justiça é, nesse sentido, no mínimo uma condição necessária a ser satisfeita em qualquer escolha legislativa que se pretenda orientada pelo bem comum. Vemos aqui um aspecto adicional da justiça distributiva, diferente daquelas formas simples que já discutimos. Pois o que aqui se “distribui” com justiça não é algum benefício específico entre grupo de pretendentes a ele, mas a atenção e consideração imparcial às pretensões conflitantes a diferentes tipos de benefícios. (HART, 2009, p. 217).

Vale lembrar que esse tipo de defesa, em que a justiça e a Moral possuem um laço estreito com o Direito, não é diferente do tipo defendido pelos imperativistas. Como vimos⁸⁵, um positivista pode defender o comando do soberano ou não e ainda defender a tese da separação entre o Direito e Moral, e isso não os impede de defender, tal como Hart, a tese da incorporação de dados do sistema moral no sistema jurídico. MacCormick afirma:

Há, contudo, também um requisito de justiça, a justiça formal de tratar casos semelhantes de forma semelhante e casos diferentes de forma diferente, que influencia essa questão da justificação da quantidade de punição. Mais uma vez, esse princípio não pode ser derivado do princípio de utilidade, nem é idêntico a ela. Se, em

⁸⁵ No capítulo primeiro comprovamos que um positivista pode defender a relação entre Direito e Moral mesmo sendo um imperativista. Então não há novidades em Hart defender tal relação.

algum momento, se considera justificável aos tribunais, em casos específicos de notoriedade especial, emitir sentenças “de dissuasão” excepcionalmente severas para intensificar o desencorajamento à perpetração de algum crime socialmente perigoso, aqueles que sofrem por causa disso sofrem, nesse sentido, uma injustiça. (MacCORMICK, 2010, p. 196-197 – grifo nosso).

O princípio geral latente nas diversas formas de aplicação da ideia de justiça “[...] é o que os indivíduos fazem jus, uns em relação aos outros, a certa posição relativa de igualdade e desigualdade” (HART, 2009, p. 206). Por isso, é algo que deve ser respeitado nos trâmites da vida social, pois se considera que a justiça restaura um grau de equilíbrio e proporção, como um fio condutor em casos distributivos. O problema da justiça, o que a torna complexa, é por possuir um padrão variável de semelhanças pertinentes entre casos diferentes, conforme o tipo de aplicação, gerando inúmeros questionamentos. Além disso, esses assuntos que envolvem a forma onde está o princípio de equidade, muda de perspectiva dependendo da moralidade de cada sociedade.

3.4.2 Valores de justiça

Segundo a moralidade social e a capacidade que os indivíduos possuem de seguir regras e criar valores, partindo de verdades da sua natureza e desejo de sobrevivência, as sociedades em geral possuem valores intrínsecos. São aqueles que o grupo preza mais do que outros, aqueles que possuem uma importância muito maior. Sendo assim, o não cumprimento é desaprovado pelo grupo com uma força também maior. Afinal, o grupo é constituído de regras compartilhadas. Afirma MacCormick:

Uma vez que se comece a considerar as expressões de desaprovação, não se pode deixar de notar que há gradações de desaprovação, desde uma leve repreensão até uma condenação veemente, para não falar de punições e retaliações físicas. Essas gradações estão relacionadas (a) ao nível de visibilidade mais severa se refere às transgressões mais brutais e manifestamente deliberadas das regras mais importantes. Mas isso, por sua vez, nos força de novo a pensar nos

valores prezados coletivamente que, pelo menos implicitamente, dão base às regras, sendo a ordenação relativa de tais valores pressuposta na noção de que algumas regras têm maior importância do que outras. A chave fundamental de Hart para o conceito de moral, já foi dito, era esse critério da importância relativa de suas regras e outros *standards*. Além do mais, na opinião dele, os elementos primários do Direito sempre incluem *standards* que regulamentam as condições mais importantes da sobrevivência individual e coletiva. Sendo assim, devemos concluir, a partir da sua análise, que as expressões mais fortes de desaprovação são reservadas para as infrações deliberadas dos *standards* morais e dos elementos primários centrais do Direito. (MacCORMICK, 2010, p. 182).

A liberdade igual é um direito natural⁸⁶. Para Hart, se há direitos morais, há pelo menos um como sendo o único direito natural: a liberdade igual é um requisito de justiça. Isso é assim referido por MacCormick:

Na opinião de Hart, é uma questão referente ao bem positivo que haja liberdade de debate e de experimentação na vida e, portanto, algum pluralismo de atitudes como entre as diferentes pessoas e grupos que coexistem em um único sistema jurídico. Isso é bom não porque implique necessariamente em mudança, mas porque a virtude moral envolve autorrestrição *voluntária* daquilo que se considera como transgressão, e não apenas restrição forçada a um modo aparentemente apropriado de comportamento. A autodisciplina voluntária em face das exigências morais é essencial à personalidade moral responsável. Dar às pessoas maduras liberdade igual para desenvolver a personalidade moral é, então, um requisito de justiça. A coerção jurídica

⁸⁶ Segundo MacCormick, Hart filia-se ao campo do liberalismo social-democrata, e não ao puro liberalismo clássico: “Desta forma ele insiste em que deveríamos reconhecer o imperativo moral de assegurar a todas as pessoas as condições de valor e não só da existência da liberdade”. Isso nos leva a entender um nível de paternalismo em sua teoria. (MacCORMICK, 2010, p. 203).

é usada corretamente para reprimir na medida do razoavelmente possível as formas de coerção ilícita que, na ausência do Direito, alguns poderiam usar contra outros. Essa coerção ilícita poderia negar-lhes a liberdade igual que lhes pertence por direito. (MacCORMICK, 2010, p.202 – grifo nosso).

Segundo Hart, só há um direito inato, ou seja, o direito à liberdade. A partir do conceito de liberdade, ele define os conceitos de direitos. Direitos legais são direitos correlatos, ou seja, é uma relação jurídica e só existe quando há relação entre direitos e deveres, contudo o argumento que apresentaremos salienta que há dois tipos de direitos, ou seja, direitos gerais e direitos especiais. Para provar a existência dos direitos, Hart esboça, no artigo “Are There Natural Rights?” dois argumentos principais que nos interessarão para entender a relação entre direitos, obrigações e dever.

Os argumentos de justificação para a existência dos direitos são dois: (i) derivado da justificação moral total: é a liberdade que todos têm de não se absterem frente aos outros, por exemplo, para expressar os próprios pensamentos. O direito natural e a justificação moral são correlacionados, pois, quando temos a justificação moral, temos também o direito natural e, então, o outro tem uma obrigação de não interferir em sua liberdade; (ii) derivado da justificação de direitos especiais, o que ocorre quando se pode exigir algo de alguém por relação obrigacional, por exemplo, receber uma dívida contratualmente estabelecida (HART, 1955, p. 175).

Os tipos de relações de direitos se dividem em quatro: promessa, consentimento ou autorização, restrições mútuas e relações especiais. O direito é geral quando o requerente tem razão para resistir ou opor-se a alguma interferência por outra pessoa, como, por exemplo: X tem o direito de dizer o que pensa. Esse direito está ligado mais diretamente com o direito igual de todos os seres livres. Mesmo assim, porém, para Hart, ter um direito não é simplesmente se beneficiar do cumprimento de um dever por parte de outrem. Ser beneficiário de um dever é diferente de ser titular de um direito. A titularidade de um direito, segundo Hart, tem como condição de escolher se o dever será cumprido ou não (HART, 1955, p. 180). Desse modo, é a liberdade de escolha que caracteriza propriamente o que significa ter um direito.

No texto “Are There Natural Rights?”, Hart faz uma análise para descobrir qual é o direito inato. O direito inato defendido por ele é a

liberdade. Com isso, quem possui a liberdade de escolha possui outras implicações do que quem não as possui, mas, ainda assim, Hart nos demonstra que o direito inato é preservado através dos direitos gerais, quando não há a relação geradora de obrigação, mas respeitado de maneira negativa, isto é, de não interferência. Desta maneira, todos os indivíduos possuem liberdade, um direito inato, mesmo as pessoas não adultas que não possuem a liberdade de escolha, possuem o direito à liberdade igual.

A liberdade igual é o único direito natural, mas é um direito moral. Com isso, assim como outros valores “universais” – que podem surgir de maneira comum em muitas sociedades (com moralidades positivas diferentes) –, a liberdade igual surge também a partir das verdades antropológicas humanas. Assim, ela frequentemente está no Direito, mas, se houver algum sistema jurídico que não faça justiça a esse direito inato, ele será injusto, contudo, ainda será Direito.

Existem valores intrínsecos⁸⁷ (universais), em algum grau, contidos em todas as morais sociais. São eles, tal como a liberdade individual, segurança de vida e proteção contra os prejuízos. Segundo, MacCormick, Hart afirmou que tudo isso dito acima, sobre os valores inerentes, pode ser anexado à sua teoria “do conteúdo mínimo do Direito Natural”: “Essa teoria insiste em que há elementos básicos primários no Direito, compartilhados também com todos os modos da moral positiva, cuja observância comum é essencial à sobrevivência dos seres humanos nas comunidades sociais” (MacCORMICK, 2010, p. 204). A teoria dos valores universais de Hart está dentro da moral positiva e dependente das evidências antropológicas verificadas na afirmação sobre o conteúdo mínimo do Direito Natural.

3.5 A relação entre o Direito e moral

Há muitos tipos de relações entre o Direito e a Moral. Segundo Hart, “[...] nada existe que possa ser isolado e estudado como se fosse a

⁸⁷ Ao preservar os prejuízos como um valor intrínseco, MacCormick diz que a teoria hartiana parece se assemelhar com a teoria utilitarista, mas é, na verdade, um meio termo entre a teoria utilitarista e o retributivismo (MacCORMICK, 2010, p. 204).

única relação entre eles” (HART, 2009, p. 239). Para ele, é preciso distinguir os muitos significados da relação para identificar qual (ou quais) significado se torna parte integrante obrigatória como critério de validade jurídica. Explorar tais questões está entre os objetivos do final deste capítulo.

A norma do reconhecimento valida a tese da separação entre o Direito e a Moral. Segundo essa tese, não há necessidade de o sistema jurídico depender do sistema moral. Na teoria de Hart, a norma jurídica não requer necessariamente validade moral, e a validade moral de uma norma não se funda em sua validade jurídica. Com isso, o Direito e a Moral são fenômenos sociais distintos, mas pode haver relação entre eles, e Hart em momento algum nega a existência dessa relação. O que ele afirma é: “Não é verdade que os enunciados de direito e deveres jurídicos só possam ter sentido no mundo real se houver alguma fundamentação moral para que se afirme sua existência” (HART, 2009, p. 130). E afirma também que, “[...] embora haja várias e diferentes relações contingentes entre o direito e a moral, não há uma conexão conceitual necessária entre seus conteúdos” (HART, 2009, p. 130). Assim, se existirá ou não essa conexão de conteúdo entre os sistemas, isso dependerá do que estiver na norma de reconhecimento, ou seja, daquilo que o grupo social reconhece conteúdo próprio como padrão estabelecido e passível de crítica, censura e pressão social. Como afirma MacCormick:

Os juízes têm certa discricionariedade ao aplicar lei. Ao exercer essa discricionariedade interpretativa, eles às vezes recorrem, e talvez devam recorrer, a *standards* morais bem *diferentes* das regras e *standards* jurídicos para chegar ao que parece ser a melhor decisão para um caso difícil. É claro que é possível que a regra de reconhecimento de um sistema inclua, efetivamente, normas morais entre as normas que a regra requer que os juízes apliquem a decisão de casos – por exemplo, no caso de uma carta de direitos (Bill of rights) entremeada à constituição de um Estado. Alguns sistemas jurídicos realmente têm esse caráter, mas, nem todos, e esse não é um aspecto necessário dos sistemas jurídicos. (Por isso, Hart é, às vezes, chamado de positivista “moderado” ou “inclusivo”). (MACCORMICK, 2010, p. 210).

Atualmente há nomenclaturas que se referem a Hart como positivista moderado e/ou como positivista inclusivo. Não vamos aqui entrar em detalhes sobre os pormenores dessa discussão e diferenças sobre as nomenclaturas justificadas pelos hartianos e estudiosos de sua teoria. Vale salientar, contudo, que Hart, em *O Conceito de Direito*, não utilizou nenhum desses termos, mas, no anexo às novas edições, no pós-escrito, Hart faz um adendo⁸⁸, e diz que sua teoria é “*soft positivism*” (HART, 1994, p. 254). Definição de positivismo moderado ou brando⁸⁹, segundo Hart: “Em primeiro lugar minha aceitação explícita de que normas de reconhecimento podem incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos [...]” (HART, 2009 p. 323). Ele se considera “soft” por aceitar os princípios morais como critérios de validade, o que atualmente alguns preferem chamar de positivismo inclusivo, ou positivismo incorporacionista, como demonstra Etcheverry (ETCHEVERRY, 2006, p. 138-163).

Como vimos ao longo desta dissertação, tanto o Direito quanto a Moral, possuem funções muito parecidas, como regular a conduta dos seres humanos. Ditar padrões e guias de conduta para serem seguidos, manter a paz e a cooperação social e garantir a sobrevivência entre as pessoas, eis algumas das características que possuem em comum. Assim, possuem elos conceituais e não é difícil haver relações entre esses conceitos. E, segundo Hart, nenhum filósofo admitiu não haver relações entre os sistemas⁹⁰, pois o que alguns negaram foi a validade do sistema jurídico a partir de normas morais. Afirma MacCormick:

O direito, como a moral em todos os seus sentidos, refere-se ao que deve ser feito, e ao que pode ser feito de forma *justificável*. Por conseguinte, o Direito e a moral pertencem ao domínio do raciocínio prático. Como a terminologia comum do discurso jurídico e da moral indica, os elementos do raciocínio moral e jurídico compartilham uma estrutura comum, mesmo que tenham diferenças consideráveis de detalhe interno. Isso significa, precisamente, que

⁸⁸ Foi necessário fazer esse adendo, pois Dworkin interpretou Hart como um positivista “dos simples fatos”, porque, segundo ele, Hart usava critérios como “qualquer fato” para ser critério de validade jurídica. Ao que Hart se defende dizendo que esse crítico ignorou o fato de a regra de reconhecimento poder incluir princípios morais. (HART, 2009, p. 323).

⁸⁹ Na tradução da editora Martins Fontes (2009): “positivismo brando”.

⁹⁰ Sobre isso, veja Hart (2009, p. 239).

há pelo menos um elo conceitual necessário entre o jurídico e o moral, ou seja, tanto as normas jurídicas quanto as normas morais pertencem ao gênero das razões práticas da ação como tal. Isso não contradiz a proposição de Hart de que os critérios de validade jurídica não são idênticos aos critérios do valor moral nem necessariamente o incluem [...]. (MacCORMICK, 2010, p 214).

Há, segundo Hart, pelo menos seis formas como Direito e Moral se relacionam. São formas que, “[...] se não põem evidência algo verdadeiro e importante, mas que não pode, sob pena de confundir nosso entendimento, ser caracterizado como uma ligação necessária entre Direito e moral” (HART, 2009, p. 261). São elas:

(i) *poder e autoridade*: A autoridade da obrigação moral traz “máxima estabilidade ao sistema” (HART, 2009, p. 262), pois, quando os indivíduos cooperam (por entenderem, refletirem e verem as regras como um dever a ser cumprido), o sistema tem mais chances de obter sucesso. Mesmo assim, contudo, a lealdade das pessoas com as regras jurídicas não necessariamente precisa ser de acordo com a moralidade, visto que pode ser num cálculo de interesses a longo prazo ou o desejo de agir como os demais. Aqueles que encaram o sistema jurídico como uma autoridade, encaram-no de um ponto de vista interno e essas razões podem ser, mas, não são obrigatoriamente, morais. Assim, esta é uma maneira como o Direito e a Moral se relacionam, todavia não é uma ligação necessária de maneira obrigatória.

(ii) *influência da moral sobre o Direito*: “O Direito de todos os Estados modernos mostra, em inúmeros pontos, a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias morais mais abrangentes. Essas influências ingressam abruptamente e explicitamente [...]” (HART, 2009, p. 263). As influências surgem nos processos judiciais, em *standards* (regras sociais que se transformam em regras primárias), ou através da legislação. Podem-se incorporar critérios de validades através de princípios morais, como é o caso dos Estados Unidos, ou se pode não depender desse critério como regra, como é o caso do sistema inglês. Além disso, há muitos critérios que são utilizados, como critérios de equidade ou de responsabilidade. Principalmente sobre esta última forma de influência, segundo Hart, nenhum positivista poderia negar que traz estabilidade ao sistema, e se esta for uma ligação necessária, sua existência deve ser estabelecida (HART, 2009, p. 264). Mas, vimos no item 3.4, como Hart liga esse princípio à sua teoria “positivista

moderada”. Eles são formais e processuais. Advêm de um conteúdo mínimo do Direito Natural.

(iii) *interpretação*: No momento da interpretação, quando o juiz precisa atuar com discricionariedade num caso difícil, ele tem a seu alcance princípios morais que a regra de reconhecimento estabeleceu e padrões aceitos também pelo sistema. Ocorre, contudo, que princípios morais são discutíveis e não há respostas certas para dilemas morais. Segundo Hart, “[...] é loucura acreditar que onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha uma resposta clara a oferecer” (HART, 2009, p. 264). Assim, há virtudes morais que os juízes usam para a interpretação, são elas: imparcialidade e neutralidade, consideração pelos interesses dos afetados, ponderação para a decisão, etc. A moralidade não nos dá uma única resposta a casos difíceis de interpretação, mas há sempre “[...] um esforço de fazer justiça entre interesses concorrentes” (HART, 2009, p. 265).

(iv) *a crítica do Direito*: “Às vezes a afirmação de que há uma ligação necessária entre o direito e a moral equivale à simples afirmação de que um bom sistema jurídico precisa adaptar-se a pontos da justiça e da moral” (HART, 2009, p. 265). Cabe questionar, contudo: – Que moralidade é essa a que o Direito precisa se adequar? A moralidade social (o tipo de moralidade compreendida pelos positivistas) depende sempre de um processo de aprimoramento. Assim, escravizar negros fez parte da moral social a que o Direito se adequou, em alguns sistemas. Não há como negar que um sistema jurídico que não se adéque a valores e princípios de justiça ideais deixe de ser considerado ainda sistema jurídico legítimo.

(v) *princípios de legalidade e justiça*: Há, nos sistemas, pelo menos um embrião de justiça, seja ele: tratar uma multidão de pessoas de acordo com a mesma regra geral. Assim, o princípio de imparcialidade ou de equidade é um princípio formal e pode ser aplicado inclusive como uma norma ínqua: “Com efeito, um crítico do positivismo viu, nesses aspectos do controle através de normas, algo que configuraria um vínculo necessário entre o Direito e a moral” (HART, 2009, p. 267). Esse crítico fora John Fuller⁹¹, e chamou de moralidade interna do direito. De maneira muito sutil, Hart afirma: “Se isso é o que significa a ligação necessária entre o Direito e a moral, podemos aceitá-la. Infelizmente, esse vínculo é compatível com grandes iniquidades” (HART, 2009, p. 267).

⁹¹Veja em Fuller (2012).

(vi) *a validade jurídica e a resistência à lei*: Os positivistas entendem que a existência do Direito é uma coisa e seu mérito ou demérito, outra. Assim, faz-se jus a uma clareza conceitual ao que é o Direito. Dessa forma, não é o caso que leis injustas não são leis legítimas. Pelo contrário, devemos nos referir a elas dizendo: “Isto é uma lei, mas é demasiado injusta para ser aplicada ou obedecida” (HART, 2009, p. 268). Com isso, uma norma injusta ainda pode ser válida para os positivistas, mas não para os jusnaturalistas. Para Hart, pode haver normas e frequentemente elas são validadas de acordo com princípios morais, mas essa ligação não é nem na prática e nem conceitualmente necessária ou obrigatória.

Após explanarmos algumas das formas como o Direito se relaciona com a moralidade, encerramos este capítulo, enfatizando que a doutrina positivista de Hart e, de uma maneira similar, a de Austin e a de Bentham, admitem e compreendem as muitas relações entre os sistemas. Com tudo isso posto, como mostramos no início do primeiro capítulo, faz-se necessário o reconhecimento de como o Direito se constitui e valida normas. Assim, “[...] diferenciar a invalidade do Direito e sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito de Direito restrito, que nega a validade jurídica às norma iníquas, pode nos tornar cegos para eles” (HART, 2009, p. 273). O positivismo jurídico de Hart é moralmente neutro quanto à necessidade de validade jurídica de normas morais, todavia também incorpora a moralidade de diversas formas, como evidenciado ao longo do capítulo. Assim, a tese da separação entre Direito e Moral não é incompatível com a incorporação desta, nem, ao menos, o imperativismo o é.

3.6 Conclusão do capítulo

Vimos, no primeiro capítulo desta dissertação, que Hart defendeu, no artigo “Positivismo e a Separação entre Direito e Moral”, de 1958, que os utilitaristas, Bentham e Austin, precursores do positivismo, eram imperativistas (tese essa criticada por Hart), e ainda assim aceitavam a separação entre o Direito e a Moral, inclusive foram eles que fizeram tal formulação. Ocorre, contudo, que nem mesmo os utilitaristas excluíam a possibilidade de conexão entre os sistemas, principalmente sobre os conteúdos, ou seja, aceitavam a tese da incorporação. Assim, não há novidade no positivismo jurídico de Hart ao aceitar relações com a Moral e a justiça.

Hart defende uma justiça processual mínima e um conteúdo mínimo do Direito Natural que advém das características básicas sobre os seres humanos. Austin chamou isso de moralidade mínima do Direito, segundo Hart. Trata-se, contudo, não de conteúdo moral, e sim constituído de truísmos sobre a natureza humana, características que, se fossem outras, gerariam outros conteúdos necessários para o Direito funcionar, pois o Direito tem a função de regular a conduta humana e não faria sentido que o sistema não respeitasse as características humanas. Com isso, o sistema jurídico de Hart se mantém neutro quanto à relação da moralidade nesse sentido e, quanto à justiça processual mínima, ainda que seja uma relação com a moralidade, é isenta de conteúdo, é forma. Quanto à sua teoria sobre o direito moral natural (a liberdade igual), ainda que explique como ocorrem os direitos no sistema, faz parte, sobretudo, de sua teoria moral. Assim, acreditamos que um sistema jurídico que não reconhece esse direito inato pode ser instável e obter pouco sucesso (vantagens sociais), mas ainda será Direito se reconhecido socialmente.

Acreditamos que Hart incorpora a moralidade no sistema jurídico porque aceita que ela pode ser critério de validade para normas jurídicas e não porque afirma que há uma conexão necessária ou essencial entre os sistemas. Então, Hart continua sendo positivista, pois percebe que os sistemas são distintos e a moralidade não faz parte dos elementos definidores do sistema. Ele, contudo, admite que muitos dos sistemas incorporam princípios de moralidade e, para que eles sejam eficientes, neles sempre há um mínimo de justiça processual.

Este capítulo demonstrou a maneira como Hart entende a relação entre o Direito e a Moral. Mesmo enfatizando a teoria hartiana, queremos, de maneira muito tênue, exibir que as teorias de Austin e de Bentham são semelhantes com o positivismo de Hart nesse quesito. Outros positivistas, contudo, não partilham da mesma tese quanto à problemática dessa relação entre os sistemas, pois rotular um teórico do Direito como positivista não implica comprar um pacote de teses compartilhada por todos os que se autorrotulam desta maneira.

Esperamos ter esclarecido um pouco sobre a corrente positivista ao final deste estudo e ter conseguido desmanchar a falsa impressão de que positivistas não defendem a moralidade ou que sejam rigorosos demais com suas definições quanto ao Direito, a ponto de defenderem um sistema perverso. Hart nos evidencia que um sistema perverso pode existir, mas não cumpriria bem os elementos a que um sistema jurídico se propõe se analisarmos a maneira como ele funciona. Tal qual descrevemos no capítulo segundo desta dissertação, o que se faz

necessário é uma clareza conceitual do que o sistema realmente é, ou seja, o que o compõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta dissertação foi, principalmente, esclarecer pontos discriminados sobre o positivismo, usando para isso a apresentação do positivismo de Hart e suas críticas ao imperativismo. Para tal objetivo, centramo-nos numa citação de Hart⁹² para esclarecer os diferentes tipos de positivismo e a independência que uma tese tem com a outra. Dessa maneira, nosso objetivo foi inserido ao tema principal desta dissertação: As críticas de Hart à teoria imperativista. Por isso, no capítulo final amarramos a ideia de que a mesma teoria criticada é, sob outro aspecto, vista como base para a teoria de Hart.

O caminho que a dissertação percorreu para atingir os objetivos foi dividido em três capítulos: (i) A crítica de Hart ao imperativismo de Austin; (ii) A chave da ciência do Direito: a união de regras primárias e secundárias; e (iii) O positivismo de Hart e a relação entre Direito e Moral.

O primeiro capítulo pretendia cumprir toda a crítica levantada por Hart aos imperativistas, sobretudo a Austin, pois foi quem Hart denominou como o autor que compôs a teoria mais próxima da descrita por ele como imperativismo, isso em *O Conceito de Direito*, obra principal usada para o capítulo inicial e toda a dissertação. Por termos nos referido durante todo o capítulo à teoria de Austin, ao final dessas páginas apresentamos um breve cotejo entre as teorias. O segundo capítulo foi o espaço para exibirmos o novo começo de Hart para a chave da ciência jurídica, expondo sua teoria da união das regras primárias e secundárias, a maneira de entender a sociedade de um ponto de vista interno e as aplicações de sua filosofia da linguagem para a defesa da discricionariedade. O terceiro capítulo foi o momento de evidenciar a teoria moral de Hart, como a moralidade se relaciona com o Direito e como a sua teoria positivista trabalha com esses elementos, ao passo que o positivismo descrito por ele aceita a validade de normas jurídicas por normas morais, mas isso não se torna uma condicional necessária. Dessa maneira, evidenciamos os elementos de uma teoria

⁹² “1) A afirmação de que leis são comandos de seres humanos; 2) A afirmação de que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; 3) A afirmação de que a análise (ou estudo do significado) dos conceitos jurídicos vale a pena perseguir e (b) deve ser distinguida da investigação histórica sobre causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, “funções”, ou de outro tipo [...]”. (HART, 2010, p. 62, nota 25). Ver mais da citação no item 1.1 desta dissertação.

positivista que adota a tese analítica, a tese da separação entre Direito e Moral e também a tese incorporacionista, mas não aceita a teoria imperativista⁹³.

O primeiro capítulo foi iniciado com definições do positivismo jurídico, definições emitidas por Hart e por comentadores. Todavia, o importante é ressaltarmos a citação do autor sobre as teses defendidas pelos positivistas. Trabalhamos principalmente com as três primeiras, ao passo que as outras apareceram em alguns poucos momentos ao longo do segundo capítulo. Da mesma maneira, os positivistas em questão compartilham a afirmação de que a análise dos conceitos jurídicos “[...] deve ser distinguida da investigação histórica sobre causas e origens das leis, das investigações sociológicas sobre a relação do direito com outros fenômenos sociais, e da crítica ou apreciação do direito seja em termos morais, de objetivos sociais, ‘funções’, ou de outro tipo [...]” (HART, 2010, p. 62. Nota 25). Depois, porém, ao verificarem o conceito jurídico, não concordam na substância imperativista, isto é, não concordam sobre o Direito ser fruto de comandos.

O imperativismo, ao concluir que o elemento que mais caracteriza o Direito é comandos de um soberano, coerção e ordens de um superior do sistema⁹⁴, concluem outras incongruências. Austin defendeu de maneira errônea que há alguém no sistema jurídico que possui vontade ilimitada e que as leis surgem dos comandos desse que denominamos *soberano*. Assim, a obrigação sentida pelos “subordinados” do sistema não possuiria um elemento normativo e de reflexão, e sim seria sustentado pela ordem e ameaça ao dano latente nas leis. Dessa forma, os participantes do sistema⁹⁵ obedeceriam ao Direito por hábito, segundo Hart, uma prática social simples, ao contrário do que ele percebe sob um ponto de vista interno, pois percebe que há um mecanismo de aceitação e atitude dos participantes junto ao sistema.

Não podemos encontrar, nos dias atuais, soberanos que estejam regendo sistemas modernos (HART, 2009, p. 33). Hart afirma que não há, num sistema jurídico moderno, alguém que não seja guiado por regras. A falta dessa compreensão impediu seus antecessores de sistematizar a diferença de um sistema jurídico simples para um sistema mais complexo. Por não perceberem de maneira correta o mecanismo de

⁹³ Referimo-nos, aqui, às três teses mostradas na citação de Hart (2010, p. 62).

⁹⁴ É importante salientarmos que usamos ao longo da dissertação as palavras “ordens”, “comandos” e “coerção” como equivalentes, tais quais empregadas na tradução brasileira da Editora Martins Fontes, na obra *O Conceito de Direito*.

⁹⁵ Maneira como Hart se refere aos cidadãos. Austin os chama de subordinados, justamente por defender uma hierarquia de comandos.

aceitação das regras e por não defenderem que o Direito é um sistema de regras ao invés de comandos de um soberano, os imperativistas não perceberam que há regras que não obrigam e outorgam poderes e direitos, e descreveram um sistema onde só há regras que obrigam, não desvelando que há outras regras que possuem funções nas quais o elemento *coerção* não se faz presente. Segundo Austin, a chave da ciência do Direito é a coerção (comandos), porém para Hart a chave da ciência do Direito é o conjunto de regras primárias e secundárias. Assim, para o autor, Austin nos demonstrou um sistema composto apenas por regras primárias, com elementos de obrigação equivalentes às ordens e obediência pelo medo latente. A força de participação das pessoas que obedecem ao sistema é, segundo um hábito de obediência, diferente do que Hart nos expõe através das regras sociais.

A diferença entre hábito e regra social é fundamental para entendermos como os autores exibiram de maneiras diferentes o mecanismo interno de aceitação e produção de regras. Hart descreveu três diferenças importantes entre o hábito e a regra social (HART, 2009, p. 74-75). A primeira é a crítica social. Quando uma regra social é descumprida, esse ato torna-se criticável pela maioria do grupo que segue a regra. Com isso, só há pressão social para o cumprimento de regras sociais, enquanto os lapsos de descontinuidade de hábitos são mais tolerados sem críticas ou sem punições de qualquer ordem. A segunda diferença é a legitimidade pela censura e discordância de um grupo pelo seu cumprimento. A terceira surge das anteriores, chamada por Hart de “aspecto interno das normas”. Apenas uma norma social tem esse aspecto interno, que pode ser observável por alguém que não pertence ao grupo.

As principais críticas de Hart ao imperativismo representado por Austin são: (i) leis se originam através comandos e da vontade do soberano; (ii) o Direito, sendo um comando, a obediência é estabelecida por esse elo, ou seja, a ordem. E essa obediência é sustentada por uma prática social fraca⁹⁶; (iii) a obrigação que se dá no âmbito jurídico é fundada na coerção e não numa obrigação jurídica que só pode ser estabelecida por regras; e (iv) não há, em Austin, menção ao mecanismo de regras secundárias, as quais possuem a função de outorgar poderes e de designar deveres, gerando assim, aos oficiais do sistema, uma autoridade autorizada.

No item 1.4 evidenciamos que Austin, apesar de ter afirmado que dever é correlato a comandos, ou seja, que há algum elemento

⁹⁶ Nas palavras de Austin, o soberano pode ser influenciado por sentimentos sociais.

normativo no Direito, ele não o descreveu bem, não se afastou do modelo do assaltante que inclui ordem com ameaças latentes e o que faz com que o assaltado lhe obedeça. Vimos que Austin afirma a presença do soberano como o criador de leis como seus comandos e seus desejos, que há uma prática social que alimenta o poder do soberano, mas se refere a ela como um sentimento, nada como o mecanismo de aceitação de regras, produção de regras sociais de Hart. E, apesar de Austin ter percebido que havia regras que outorgavam poderes, vimos, através de Harries e de Rumble, que Austin não descolou delas o comando latente. Assim, concluímos que, apesar de Hart ter afirmado que a figura de Austin é mais sua representação do que a leitura rigorosa do autor, defendemos que, sobre os pontos principais levantados no capítulo inicial deste estudo, Hart estava certo em associar a teoria imperativa a Austin como seu principal defensor. Entretanto, é importante aqui evidenciar que esta dissertação é sobre a visão e a teoria de Hart quanto ao imperativismo e não sobre a teoria imperativista. Por isso não foi parte importante deste estudo salientar o que cabe ou não à teoria de Austin.

A análise da passagem do mundo pré-jurídico para uma instância mais desenvolvida, onde os elementos do Direito se apresentam, possibilitou a Hart formular uma crítica à teoria imperativista, pois “A presença da ordem jurídica requer um elemento a mais, o das *regras secundárias*. Estas permitem a existência de órgãos judiciários e legislativos e de alguns critérios estabelecendo *quais* regras os juízes devem aplicar e as autoridades devem impor” (MacCORMICK, 2010, p. 140). Segundo Hart, quando são instauradas regras secundárias, é instaurado também o mundo jurídico, visto que, antes disso, há apenas uma instância pré-jurídica, ou seja, há apenas um Direito primitivo.

Regras primárias são padrões de conduta e regras de obrigação e as regras secundárias são regras sobre as regras, isto é, regras para modificar e julgar regras primárias, assim como todo o critério de legitimação de normas e de regras que outorgam poderes, conferem direitos e permitem diversas relações jurídicas. A qualidade sistêmica do Direito depende dessa relação entre os dois tipos de normas.

As regras secundárias se dividem em três: regra de modificação, regra de julgamento e regra de reconhecimento. Graças às regras secundárias, o sistema não sofre dos males de que um sistema primitivo sofreria, ou seja, não sofre da *incerteza*, do *caráter estático* que impossibilita a mudança das leis e da *ineficiência da pressão social*. Assim, a regra de modificação combate o caráter estático, torna possível a mudança e a evolução das leis. A regra de julgamento encerra o

problema da pressão social difusa, pois outorga poderes a alguém competente para exercer tal função, antes feita apenas pela pressão social. A regra de reconhecimento é a autoridade do sistema e ela contém tudo o que é válido e aceito pela comunidade em questão (por isso ela é também uma prática social). Assim, ela combate a incerteza.

A regra de reconhecimento, por ser regra e por ser prática, desvela como as pessoas realmente participam do sistema. Trata-se de uma prática mais profunda do que o simples hábito de obedecer ou o sentimento moral (o que vimos no cotejo com Austin). Segundo Hart, essa prática foi necessária para a aceitação da permanência das regras. Assim, é a maneira como elas são aceitas, e entender como elas são transformadas em padrão de conduta, é isso que muda toda a teoria positivista de Hart quanto ao positivismo imperativista. Para isso, Hart precisou observar o Direito de uma maneira diferente e segundo um ponto de vista interno. Hart analisa o ponto de vista de quem participa e de quem observa a regra, bem como diferencia o ponto de vista interno do externo. O interno é o dos participantes e esses sabem que há diferença entre hábitos e regras sociais; e o externo é o de um observador, não participante do sistema, e esse, ao analisar o comportamento das pessoas, não sabe se estão obedecendo por hábito ou pelas regras. Os participantes do sistema, pelo menos uma parte deles, refletem sobre os padrões, tomam as regras como guia de suas condutas e cobram que os outros façam o mesmo. Foi a partir dessa análise que Hart entendeu a estrutura normativa da sociedade, e assim entendemos como a autoridade da regra de reconhecimento ganha força.

A regra de reconhecimento é, por isso, a autoridade que autoriza (de maneira autorizada pelos participantes) uma instância ou alguém capaz de tomar decisões que serão vistas como a decisão da autoridade e que, por isso, deve ser obedecida. Isso se faz necessário, pois, segundo a filosofia da linguagem, o Direito possui lacunas por conta da linguagem imprecisa. Em casos difíceis, onde a lei não é clara, alguém precisa se manifestar e escolher caminhos ainda não claros pelas regras disponíveis. Assim, em casos difíceis, o juiz possui a liberdade, conferida por uma regra social (a regra de reconhecimento), de tomar as decisões necessárias para a convivência do grupo.

No terceiro capítulo, exibimos a relação entre o Direito e a Moral que Hart descreve em sua teoria. Segundo ele, em comum, também Austin e Bentham afirmam “[...] que não há conexão necessária entre direito e moral ou entre o direito como ele é e o direito como deve ser; ou seja, não há conexão necessária entre o Direito e a moral [...]” (HART, 2010, p. 62. Nota 25). Um dos motivos é, pois, que muitas leis

não exigem que se levem em conta os princípios morais e de equidade: “Nenhum positivista poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos dependa em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida” (HART, 2009, p. 264). Chamamos esse positivismo de moderado, por ser neutro quanto à sua validade com normas vindas da moralidade, ou de positivismo inclusivo/incorporacionista, por aceitar essa relação. Segundo Hart, os conteúdos morais podem ser critérios de validade jurídica. Se for o caso, isso vai depender daquilo que a regra de reconhecimento incorpora das práticas sociais. Ela, contudo, pode não reconhecer nenhuma norma moral como critério identificador de regras e o Direito continuará sendo Direito, conforme a distinção feita por Austin sobre a separação entre o Direito e a Moral.

Nesse capítulo final demonstramos o que já havíamos salientado ao longo do estudo, que a moralidade em que Hart se baseia é a moralidade social, isto é, uma moralidade não autônoma e advinda de fontes como a religião, a tradição e cultura, assim varia de acordo com cada comunidade. Mesmo variando, são, geralmente, valores que muitas pessoas compartilham, como honestidade, cooperação, liberdade e outros. Isso se dá, pois há um conteúdo mínimo do Direito Natural que o sistema jurídico precisa respeitar, pois são verdades antropológicas. Os truísmos são cinco: (i) vulnerabilidade humana; (ii) igualdade aproximada; (iii) altruísmo limitado; (iv) recursos limitados; e (v) compreensão e força limitadas. Para que um sistema – seja ele jurídico ou moral e que tenha a intenção de regular a conduta humana a fim de melhorar o convívio social – alcançar sucesso, precisa respeitar essas verdades que geram leis com conteúdos de não violência, leis trabalhistas com igualdade e direitos, regulamentação de propriedade privada e podem gerar valores de justiça como os listados acima: honestidade, liberdade, etc.

Além do conteúdo mínimo que precisa ser respeitado para que um sistema jurídico funcione e princípios de justiça que geram estabilidade ao sistema, há, segundo Hart, um mínimo de justiça processual, ou de aplicação, isto é, tratar os iguais de maneira equitativa. Essa justiça de aplicação diz respeito à distribuição de benefícios, à reparação de prejuízos e a critérios de julgamento. Segundo Hart, as pessoas precisam saber que serão tratadas de maneira igualitária, sem surpresas. Então elas confiam mais no Direito e o sistema obtém mais

sucesso. Esses são também elementos que compõem um sistema jurídico.

Consideramos importante apresentar o entendimento de Hart sobre o positivismo, pois ele é um autor muito bem conceituado e consultado na Filosofia do Direito atual. A teoria hartiana é de grande importância para o estudo da sua época e da época atual sobre Filosofia do Direito. Todo autor, atualmente, se envolvido com essa tradição de pensamento, faz menção direta ou indireta à obra dele. Além disso, pretendemos ter esclarecido o que os positivistas realmente querem dizer, e como se diferenciam entre si e o que partilham. Consideramos este estudo feito por Hart importante, pois, segundo ele, os positivistas haviam sido, até ali, muito mal interpretados.

Nossa contribuição ao meio acadêmico é fornecer mais alguns subsídios ao estudo do positivismo jurídico, que, no Brasil, não é muito engajado. Apesar de Hart ter sido estudado neste país por alguns tantos pesquisadores, isso ainda ocorre muito menos do que com outros filósofos do Direito e ainda é preciso compreender bem o que o positivismo representa. Hart tem sido estudado por poucos brasileiros, todavia, conseguimos bibliografia em língua portuguesa, e procuramos utilizar fontes junto da bibliografia clássica de intérpretes desse autor e obras inglesas, pois acreditamos que se iniciou no Brasil um novo nicho de estudos de Filosofia do Direito, nicho no qual Hart está ganhando espaço e com o qual esta dissertação pretende contribuir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge University Press, 1995.

ARAÚJO, M. *Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin*. In CARVALHO, M. Maria Cecília (Org.). *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis, SC: Ed. da UFSC, 2007.

BENTHAM, Jeremy. *A fragment on government*. Oxford at the Clarendon Press, 1891.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. J. H. Burns and H. L. Hart (Ed.). Oxford University Press, NY, 1996.

CHAO, Benny. Hart on natural rights. *Civilitas*, p. 1-14, 2011.

COLEMAN, Jules (Ed.). *Hart's postscript: essays on the postscript to the 'Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. [Trad. Luís Carlos Borges] São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUXBURY, Neil. *English jurisprudence between Austin and Hart*. 2005.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo incluyente*. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2006.

FULLER, L. Lon. *Positivism and fidelity to law - a reply to professor Hart*. Hein on-line: Mar./2012.

GARDNER, John. Why law might emerge: Hart's problematic fable. *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, n. 61, May 2013.

GREEN, Michael Steven. Legal realism as theory of law. In: *William and Mary Law Review*, v. 46, 6/2006.

HART, Herbert L. A. Are there any natural rights? In: *The Philosophical Review*. Vol. 64, Nº 2, 1975. p. 175-191.

HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade e moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, RS: Fabris, 1987.

HART, Herbert L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert L. A. *Essays on Bentham*. Jurisprudence and political theory. Oxford: Clarendon Press, 1982.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* (com um pós-escrito). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* (com um pós-escrito). [A. Ribeiro Mendes: *The Concept of Law*]. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert L. A. *Punishment and responsibility*. New York: Oxford University Press, 2008.

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*. N. 71, 1957, p. 593-629.

HART, Herbert L. A. Rawls on liberty and its priority. *University of Chicago Law Review*. V. 40, no. 3, 1973, p. 551-555.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HARRIS, J. W. The concept of sovereign. *Acta Juridica*, 1977.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

KRAMER, Matthew H.; GRAINT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony. *The legacy of H. L. A. Hart: legal, political, and moral philosophy*. Published to Oxford Scholarship Online: Jan./2009.

MacCORMICK, Donald Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução de Cláudia Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RUMBLE, E. Wilfred. *Doing Austin justice the reception of John Austin's philosophy of law in nineteenth-century England continuum in British Philosophy*. 2004.

SALMOND, John W. *The first principles of jurisprudence*. London: Stevens & Haynes, 1983.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. Uma análise da “textura aberta da linguagem” e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Hebert Hart. In: *Revista Direito Gv* 5, 2007, p. 101-120.

SHAUER, Frederick. *On the open texture of law*. University of Virginia: 2011.

TAPPER, Colin, *Austin on sanctions*, Cambridge, 1965.

TAVAREZ, Rodrigo de Souza. Neoconstitucionalismo e positivismo inclusivo. In: *Revista Jus Navigandi*, 07/2006.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Manual de filosofia do direito*.
Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2008.