Saulo de Matos
André Coelho
Thomas Bustamante
Organizadores

Interpretando o Conceito de Direito de H. L. A. Hart

Ensaios Críticos e Analíticos

CAPES
SERRAS
Conhecimento

Organizadores
SAULO DE MATOS
ANDRÉ COELHO
THOMAS BUSTAMANTE

INTERPRETANDO O CONCEITO DE DIREITO DE H. L. A. HART

ENSAIOS CRÍTICOS E ANALÍTICOS

Conhecimento Editora

Belo Horizonte
2023

Copyright © 2023 by Conhecimento Editora

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográfica, sem autorização expressa e prévia da Editora.

Conhecimento
www.conhecimentolivraria.com.br

Editores: Marcos Almeida e Waneska Diniz

Revisão: Responsabilidade dos autores

Diagramação: Lucila Pangracio Azevedo

Capa: Waneska Diniz

Imagem capa: Freepick.com

Conselho Editorial:
Fernando Gonzaga Jayme
Ives Gandra da Silva Martins
José Emílio Medauar Ommati
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Maria de Fátima Freire de Sá
Raphael Silva Rodrigues
Régis Fernandes de Oliveira
Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Conhecimento Livraria e Distribuidora
Rua Maria de Carvalho, 16
31160-420 – Ipiranga – Belo Horizonte/MG
Tel.: (31) 3273-2340
WhatsApp: (31) 98309-7688
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com
www.conhecimentolivraria.com.br

340.11 Interpretando O Conceito de Direito de
I61 H. L. A. Hart: ensaios críticos e
2023 analíticos / [organizado por] Saulo de
Matos, André Coelho [e] Thomas Bustamante. -

Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.
PDF 282p.

ISBN: 978-65-5387-173-1 (e-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Direito- Conceito. 3.
Sanção e direito. 4. Ordem e direito. 5.
Direito e moral. 6. Teoria jurídica. I.
Hart, H. L. A.- Crítica e interpretação. II.

Matos, Saulo de. III. Coelho, André. IV.
Bustamante, Thomas. V. Título.

CDDir – 340.11
CDD(23.ed.)-340.1

Elaboração: Fátima Falci – CRB/6-nº700

LISTA DE AUTORES E AUTORAS

ANDREA FAGGION
Professora Associada do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq - Nível 2). Possui doutorado (2007) e pós-doutorado (2011) em Filosofia pela Uni- versidade Estadual de Campinas. Também realizou estágio como pes- quisadora visitante (pós-doutorado) no Departamento de Filosofia da University of Colorado, em Boulder (USA) (2011).

ANDRÉ COELHO
Professor adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período de pesquisa na Universidade de Frankfurt (Alemanha).

ANNA LAURA MANESCHY FADEL
Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará e, em regime de cotutela, pela École de Droit de la Sorbonne da Université Paris 1 (França).

AYRTON BORGES MACHADO
Professor do Curso de Filosofia da Faculdade Católica de Belém (FACBEL). Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pelo PPGD da UFPA. Bolsista CAPES.

CLARISSA GROSS
Professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV, Coordenadora Adjunta de Publicações e Coordenadora da Plataforma de Liberdade de Expressão e Democracia (PLED) na mesma instituição. Membra fundadora do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo - LAUT e membra fundadora do Instituto Tornavoz. Doutora em Direito, área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Universidade de São Paulo (USP). Contemplada com o Fox International Fellowship

concedido pela Yale University para o ano acadêmico 2015/2016. Foi Visiting Researcher na Australian National University (ANU), pelo período de março a maio de 2017.

FÁBIO PERIN SHECAIRA
Professor associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Filosofia pela McMaster University (Canadá).

FRANCISCO TARCÍSIO ROCHA GOMES JÚNIOR
Professor de Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Direito Eleitoral do Centro Universitário Christus (Unichristus). Foi Diretor de Ensino da Escola Superior do Ministério Público do estado do Ceará, Brasil. É Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e foi professor-substituto na mesma instituição. Participou no programa de mobilidade académica da Universidade de Coimbra durante a graduação também na UFC. E-mails: tarcisio.rocha@unichristus.edu.br ou fcotarcisiorocha@gmail.com

JOÃO VITOR PENNA
Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Advogado.

KATYA KOZICKI
Professora titular de Teoria do Direito, programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFPR e da PUCPR. Pesquisadora do CNPQ.

PABLO ANTONIO LAGO
Doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco. Professor substituto na Faculdade de Direito da UFMG.

RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR
Professor Titular na FD-USP. Visiting Professor na Goethe University (Frankfurt), na University of Miami Law School, na National University of Singapore (NUS) e no CTLS – London (2008). Livre-docente e Doutor

em Direito, Mestre em Filosofia e Bacharel em Direito e em Ciências Sociais pela USP. Visiting Scholar na Harvard Law School (1994-1996), na Yale Law School (2002) e no King's College of London (2008-2009). Tutor do Programa PET Sociologia do Direito - Direito USP. Obras: Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor; Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito; Filosofia Política; Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições; Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea; Ensaios de Teoria do Direito; Ensaios de Direito Privado e Social e Teoria do Direito Contemporânea e Ronald Dworkin e a teoria do direito. O direito em desacordo.

SAULO MONTEIRO MARTINHO DE MATOS
Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFPA. Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutor pelo Departamento de Filosofia Social e Filosofia do Direito da Universidade de Göttingen (Alemanha), com período de pesquisa na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA).

THIAGO DECAT
Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE
Professor associado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ/PQ-Nível 1-D).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:

60 ANOS DE O CONCEITO DE DIREITO (THE CONCEPT OF LAW)
Saulo de Matos
André Coelho
Thomas Bustamante 9

CAPÍTULO 1

HART E AS MUITAS QUESTÕES AINDA PERSISTENTES
Ronaldo Porto Macedo Junior 17

CAPÍTULO 2

A RELAÇÃO ENTRE SANÇÃO E DIREITO A PARTIR DE HART
Andrea Faggion 36

CAPÍTULO 3

O "GÊNERO" ENQUANTO UMA QUESTÃO PERSISTENTE
Anna Laura Maneschy Fadel 60

CAPÍTULO 4

O IMPERATIVISMO NA SUA MELHOR FORMA: ESCLARECIMENTOS E PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A GENERALIDADE DO DIREITO EM HART
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior 72

CAPÍTULO 5

O QUE ACONTECE NO MUNDO QUANDO O COMPORTAMENTO REGRADO EXISTE? A INSUFICIÊNCIA DA NOÇÃO DE ORDEM BASEADA EM AMEAÇA
Clarissa Gross 95

CAPÍTULO 6

O CONCEITO DE SOBERANIA NA TEORIA DO DIREITO: A CRÍTICA DE H. L. A. HART
Saulo de Matos 119

CAPÍTULO 7

A CHAVE PARA O CONCEITO DE DIREITO: A NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA E A UNIÃO ENTRE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS. COMENTÁRIOS AO CAPÍTULO V DE O CONCEITO DE DIREITO

Thiago Decat *140*

CAPÍTULO 8

O CARÁTER FUNDACIONAL DA REGRA DE RECONHECIMENTO: COMENTÁRIO AO CAPÍTULO VI DE O CONCEITO DE DIREITO

Ayrton Borges Machado *162*

CAPÍTULO 9

REVISITANDO A "VIRADA LINGUÍSTICA" NA TEORIA DO DIREITO. COMENTÁRIOS AO CAPÍTULO VII DE O CONCEITO DE DIREITO

Katya Kozicki
Pablo Antonio Lago *185*

CAPÍTULO 10

A JUSTIÇA E O DIREITO SEGUNDO HART

Fábio Perin Shecaira *207*

CAPÍTULO 11

HART E A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

João Vitor Penna *230*

CAPÍTULO 12

HART E O DIREITO INTERNACIONAL: COMENTÁRIOS SOBRE O CAPÍTULO X DE "THE CONCEPT OF LAW"

Thomas Bustamante *249*

Introdução

60 ANOS DE O CONCEITO DE DIREITO (*THE CONCEPT OF LAW*)

Saulo de Matos[1]
André Coelho[2]
Thomas Bustamante[3]

INTEPRETANDO OS CLÁSSICOS DA TEORIA DO DIREITO

Apresentamos o segundo livro da série *Interpretando Os Clássicos da Teoria do Direito*: *Interpretando O Conceito de Direito de H. L. A. Hart: ensaios críticos e analíticos* (Conhecimento, 2023). O primeiro livro da série foi publicado em 2018, sob o título *Interpretando O Império do Direito: ensaios críticos e analíticos* (Arraes, 2018). A inspiração desse projeto editorial vem do projeto coordenado por Otfried Höffe, chamado *Klassiker Auslegen* (editora De Gruyter, Alemanha), cujo objetivo é publicar livros na forma de comentários a clássicos da filosofia. No nosso caso, o objetivo é produzir coletâneas, com contribuições dos principais pesquisadores (as) brasileiros (as) e de pesquisadores (as) em formação da área de teoria do direito, na forma de comentários às obras mais importantes da história da teoria do direito. Os comentários devem servir como aparato

---

1 Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFPA. Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutor pelo Departamento de Filosofia Social e Filosofia do Direito da Universidade de Göttingen (Alemanha), com período de pesquisa na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA).

2 Professor adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com período de pesquisa na Universidade de Frankfurt (Alemanha).

3 Professor associado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ/PQ-Nível 1-D).

crítico para um primeiro contato com a obra comentada, mas, também, como aprofundamento para leitores e leitoras mais experientes, evitando uma recepção equivocada do debate construído em torno de obras clássicas da teoria do direito e contribuindo para consolidação e aprofundamento do debate no âmbito nacional e internacional.

Uma diferença importante para outros projetos editoriais desse tipo é justamente a nossa preocupação com a formação de jovens pesquisadores (as) e com a construção de uma rede brasileira de pesquisadores (as) de teoria do direito, com espaço para debates frequentes e rigorosos em torno de temas importantes da área. Nesse sentido, todo livro da série é precedido de um encontro entre os autores e as autoras para debater uma primeira versão das suas contribuições para a obra. O primeiro seminário foi realizado no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará em Belém/PA, em 2016, e o segundo, de modo virtual em razão da pandemia, em 2021.

O contexto de desenvolvimento deste segundo volume da série compreende uma homenagem aos 60 anos do livro *The Concept of Law* (*O Conceito de Direito*) de H. L. A. Hart, publicado originalmente em 1961 pela editora da Universidade de Oxford na Inglaterra e considerado o livro mais influente de teoria analítica do direito já escrito. Nesse sentido, em 2021, a Associação Serras de Minas de Teoria da Justiça e Teoria do Direito e os grupos de pesquisa "Teorias Normativas do Direito" e "Pura Teoria do Direito", com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e de diversos Programas de Pós-graduação em Direito do Brasil (UFPA, UFMG e IESP-UERJ) organizaram um minicurso online (II Minicurso de Teoria do Direito), entre os dias 09.08 e 04.10.2021, para discussão da obra. A íntegra das aulas desse minicurso, que serve também de material de apoio para leitura desta obra, está disponível no canal do YouTube da Associação Serras de Minas (https://www.youtube.com/@associacaoserrasdeminas3085).

A forma adotada pelos capítulos do presente volume da série segue o mesmo formato do primeiro volume. Cada capítulo da obra comentada de H. L. A. Hart possui um capítulo correspondente nesta coletânea, com exceção do primeiro capítulo daquela obra que corresponde aos três primeiros capítulos desta. Os textos seguem, de modo geral, a estrutura argumentativa do próprio Hart, com comentários explicativos, de aprofundamento e, eventualmente, críticos às teses originalmente defendidas

por Hart. A ideia é que os capítulos da coletânea expliquem as principais teses de Hart e consigam esboçar um estado da arte acerca delas. No fim de cada capítulo, há uma indicação bibliográfica para aprofundamento.[4]

A FORMA DE CRÍTICA HARTIANA

Em 1968, H. L. A. Hart foi convidado pelo famoso historiador do direito Franz Wieacker para ministrar uma palestra na Academia de Ciências de Göttingen na cidade de Göttingen (Alemanha) em razão dos cento e cinquenta anos de aniversário de Rudolph von Jhering.[5] Nessa oportunidade, dez anos após a sua famosa conferência em Harvard de crítica a Lon Fuller e sete anos após a publicação de *The Concept of Law*, Hart busca refletir acerca dos fundamentos filosóficos da sua proposta metodológica para a teoria do direito em diálogo com a tradição da filosofia continental (Jhering) e da filosofia analítica (filosofia da linguagem ordinária – Wittgenstein e Austin – e teoria analítica do direito – Jeremy Bentham e John Austin).

Segundo Hart, a filosofia do direito desenvolvida no século XIX, por meio de autores como Gustav Hugo e Friedrich Carl von Savigny, buscou traçar os limites entre a ciência do direito e outras ciências sociais e, por conseguinte, cunhar os conceitos fundamentais do pensamento jurídico. Contudo, em que pese os avanços importantes trazidos por tais correntes do pensamento jurídico, em especial, por Rudolph von Jhering, Hart sustenta que tais pensadores não conseguiram levar a cabo o projeto de desenvolvimento de uma metodologia teórica capaz de lidar com os principais problemas da prática do direito em razão de dois vícios teóricos: a excessiva preocupação com os conceitos em abstrato e a ideia de que se pode compreender a essência absoluta de tais conceitos (i); e a cegueira

[4] Nem sempre foi possível indicar literatura para aprofundamento em português, considerando as poucas traduções para o português das obras mais recentes de teoria do direito e a escassez de textos com esse propósito na literatura nacional. Pedimos desculpas pela eventual dificuldade que isso possa gerar.

[5] HART, H. L. A, Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence, *in*: WIEACKER, Franz; WOLLSCHLÄGER, Christian (Orgs.), **Jherings Erbe: Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 68–78.

com respeito ao conflito social no plano de fundo do pensamento jurídico (ii).[6]

A teoria do direito, segundo Hart, não deve ser compreendida como uma teoria geral dos conceitos fundamentais da ciência do direito, a dizer, um tipo de empreendimento teórico acerca das categorias necessárias do pensamento jurídico moderno – e. g., pessoa, propriedade, contrato, família etc., como tradicionalmente a teoria geral do direito é compreendida. Além disso, Hart compreende que é, igualmente, um erro colocar o problema dos limites entre ciência do direito e outras ciências como uma questão central para a teoria do direito. No sentido usado por Hart – e esse é um dos seus principais legados para a teoria contemporânea do direito, a teoria do direito deve ser compreendida como uma teoria sobre a determinação do conteúdo do direito ou uma teoria sobre a conceitualidade do conceito de direito. Hart parece assumir essa compreensão da teoria do direito em sua crítica à tradição da teoria do direito anterior à sua obra:

> O erro fundamental consiste na crença de que os conceitos jurídicos são *fixos* ou *fechados* no sentido de que é impossível defini-los de modo exaustivo em termos de um conjunto de condições necessárias e suficientes; de modo que, para qualquer caso real ou imaginário, é possível dizer com certeza se ele é compreendido ou não pelo conceito; o conceito ou se aplica ou não; ele é logicamente fechado (*begrenzt*).[7]

Em outros termos, a teoria do direito (*jurisprudence*) tem a ver com uma investigação sobre os determinantes do conceito de direito, sendo "o conceito de direito" compreendido como o conteúdo do pensamento jurídico. Nesse sentido, para que essa nova definição de teoria do direito fique clara, é possível comparar o empreendimento teórico da teoria do direito com a investigação no campo das teorias do conteúdo mental. De um lado, tradicionalmente, as teorias do conteúdo mental possuem como objeto os conteúdos mentais ou pensamentos. A principal questão nesse campo do conhecimento é quais propriedades são necessárias e suficientes para uma pessoa ter um conceito. Um conceito ou proposição é uma assertiva que afirma ou nega a existência de um estado de coisas no mundo. Assim, uma teoria do conteúdo mental deve responder à pergunta acerca de quais fatos ou propriedades são necessárias e suficientes

[6] *Ibid.*, p. 68–69.

[7] HART, Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence, p. 71; trad. nossa.

para que alguém tenha um pensamento. Por outro lado, a teoria do direito tem o conteúdo do direito como seu objeto. Assim, a questão principal na teoria do direito consiste na compreensão de quais propriedades são necessárias e suficientes para uma pessoa ter um pensamento jurídico, a dizer, *ter um direito* (poder, obrigação, pretensão etc.).[8] Essa mudança na compreensão da teoria do direito pode ser tomada por uma resposta de Hart ao problema do céu dos conceitos (*Begriffshimmel*), a dizer, à tendência de teóricos do direito de buscarem a essência dos conceitos da ciência do direito.[9]

Há diferentes metodologias para identificação do conteúdo do direito no campo da teoria analítica do direito. Jeremy Benhtam, por exemplo, chamava a parte da filosofia do direito que hoje se conhece como teoria do direito (*jurisprudence*) de teoria expositiva do direito (*expository jurisprudence*), enquanto John Austin a denominava de teoria geral do direito (*general jurisprudence*).[10] A teoria analítica do direito é, assim, compreendida como uma forma avalorativa (*value-free*) de identificação do conteúdo do direito, na medida em que essa forma de pensamento jurídico implica a definição em uso (*definition in use*): "(...) ao invés de tentar definir termos simples (e. g., 'dever' ou 'obrigação'), a análise parte de sentenças completas, nas quais o termo a ser analisado aparece."[11]. A teoria analítica do direito é uma investigação conceitual de identificação dos determinantes necessários e suficientes do uso correto de um termo, a dizer, as condições para ter um conceito.

Destarte, o impacto fundamental de Hart para a teoria do direito consiste no modo como ele compreende a reflexão jusfilosófica. Isto é, a teoria do direito deve proporcionar uma explicação racional para a proposição jurídica "X tem um direito a j", sendo "direito" uma pretensão, obrigação poder etc. (linguagem hohfeldiana). O Direito ou conteúdo do direito é um conjunto de proposições jurídicas desse tipo e a teoria do direito deve ser capaz de explicar quais as condições para que uma proposição jurídica seja válida em um sistema jurídico.

---

8 É importante notar, nessa definição, a forte influência da obra de Hohfeld na teoria do direito de Hart, em que pese o pouco reconhecimento do próprio Hart em seus textos. A literatura secundária é unânime nesse sentido: POSTEMA, Gerald J., **Legal philosophy in the twentieth century : the common law world**, Dordrecht: Springer, 2011, p. 581.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, p. 73–74.

11 *Ibid.*, p. 74; trad. nossa.

Hart se tornou, em grande medida em virtude da sua recepção, um autor incontornável para qualquer pessoa que deseja estudar filosofia do direito hoje. Suas teses continuam a ter um impacto profundo no debate acerca da prática de justificar direitos jurídicos e seu modo de fazer filosofia do direito está presente nas mais diversas áreas do direito. As principais características de seu legado para a teoria do direito, as quais serão discutidas ao longo da obra direta ou indiretamente, são[12]:

- Clarificação conceitual: o direito é, sobretudo, um fenômeno linguístico e a teoria do direito objetiva esclarecer pontos obscuros da prática linguística dos direitos;
- Análise conceitual: instrumentos linguísticos (teoria da definição) e ponto de vista hermenêutico; e antirreducionismo;
- Primazia da prática: o direito é uma prática social e a teoria do direito tem por objeto essa prática;
- Anti-essencialismo: a teoria do direito não deve ser caracterizada como uma busca pela essência ou natureza do direito;
- Modéstia: a teoria do direito deve ser modesta no sentido de não buscar definições exageradas sobre o direito.

Por essas características, a obra *The Concept of Law* pode ser considerada a obra escrita mais influente da teoria do direito desde a segunda metade do século XX. Isso não se dá necessariamente pela correção de suas teses principais, mas, sim, porque inaugura ou aperfeiçoa de modo definitivo uma nova forma de reflexão filosófica sobre o direito, a qual continua sendo hegemônica até hoje no campo da teoria analítica do direito.

ESTRUTURA DA OBRA

A obra que o público tem acesso agora é fruto do II Minicurso de Teoria do Direito, ministrado no segundo ano da pandemia, em 2021, em formato online. Nem todos os professores e professoras que ministraram

[12] CHIASSONI, Pierluigi, The Model of Ordinary Analysis, *in*: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.), **Reading HLA Hart's "The Concept of Law"**, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 444–482.

aulas durante o curso puderam participar desta coletânea, mas esta coletânea segue a mesma estrutura do minicurso.

Os três primeiros capítulos da obra, escritos por Ronaldo Porto Macedo Junior, Andrea Faggion e Anna Laura Maneschy, servem como comentários ao primeiro capítulo do livro de Hart. Porém, cada um desses autores teve liberdade para delimitar a melhor forma de abordar as três questões persistentes para a teoria do direito, indicadas por Hart no capítulo 1.

Além de sintetizar os principais argumentos trazidos por Hart no primeiro capítulo de sua obra, Ronaldo Porto Macedo Junior reflete sobre a questão se Hart teria escolhido as mesmas questões persistentes para a teoria do direito, caso escrevesse seu livro hoje. Sua resposta é negativa, apontando para o fato de que as principais questões contemporâneas da teoria do direito são a natureza institucional e argumentativa da prática de direitos jurídicos. Andrea Faggion, por seu turno, seguindo o caminho de Frederick Schauer, busca mostrar como o conceito de sanção deveria ter um papel central na discussão acerca do conceito de direito, diferente do que Hart sugere em seu capítulo 1. Por fim, Anna Laura Maneschy desenvolve um texto mais próximo da tradição da teoria crítica feminista, buscando discutir em que medida a metodologia analítica assumida por Hart tem por consequência um apagamento do debate acerca do gênero na teoria do direito.

Os demais capítulos desta obra (4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12) seguem os capítulos restantes da obra de Hart (2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10).

Nesse sentido, o capítulo 4 de Tarcísio Rocha intitulado "O Imperativismo na sua melhor forma", busca discutir as teses apresentadas por Hart em seu capítulo 2, em especial, justificando por que Hart privilegia o debate com John Austin para construir a sua proposta teórica e, ademais, indicando as formas de generalidade do direito. Clarissa Gross, no capítulo 5, "O que acontece no mundo quando o comportamento regrado existe?", aborda o capítulo 3 da obra de Hart, no qual são apresentas as principais objeções de Hart a um dos componentes centrais da definição do direito de Austin, qual seja, a de que o direito é composto por um conjunto de ordens baseadas em ameaças. Por fim, na sequência dos textos que discutem a teoria imperativa do direito, o capítulo 6 de Saulo de Matos, "O conceito de soberania na teoria do direito", apresenta as principais objeções de Hart à centralidade do conceito de soberania para explicação da prática de direitos jurídicos.

O capítulo 7 de Thiago Decat, intitulado "A chave para o conceito de direito", discute o capítulo 5 da obra de Hart, apontando para o fato de que Hart acredita que grande parte das obscuridades e dificuldades conceituais na teorização filosófica sobre o direito decorre da desconsideração do ponto de vista interno e da atitude crítico-reflexiva que o caracteriza, qual seja, o uso das regras do sistema para justificar e criticar o comportamento próprio e o dos outros. Já o capítulo 8 de Ayrton Borges Machado visa apresentar os principais argumentos do capítulo 6 da obra de Hart, cujo cerne é o debate acerca do conceito de sistema jurídico.

Katya Kosicki e Pablo Antonio Lago discutem o capítulo 7 do livro de Hart, em seu texto "Revisitando a 'virada linguística' na teoria do direito", buscando lançar luz sobre as críticas de Hart ao formalismo jurídico e ao realismo jurídico e indicando o compromisso de Hart com a chamada virada linguística na filosofia da linguagem, a qual passa a compreender a reflexão filosófica, sobretudo, como um pensar acerca do modo como a linguagem ordinária é praticada pelos sujeitos.

Na sequência, no capítulo 10 desta coletânea, Fábio Shecaira discute as três relações entre direito e justiça: a justiça tem prioridade na avalição do direito com respeito a outros valores (i); o direito tem características necessárias que também são necessárias ao conceito de justiça (ii); e a fidelidade ao direito é justa *pro tanto* (iii). Tais possíveis relações são abordadas em contraste com o modo como Hart discute o problema em seu capítulo 8 de *The Concept of Law*. Por seu turno, no capítulo 11 da coletânea, João Vitor Penna discute a famosa tese da separação entre direito e moral, possível coração do positivismo jurídico, com base em um comentário ao capítulo 9 da obra de Hart, em especial, as relações apresentadas por Hart entre direito e moral e sua consequência para a tese da separabilidade entre direito e moral.

A coletânea encerra com o capítulo "Hart e o Direito Internacional", assinado por Thomas Bustamante, no qual é discutido o último capítulo da obra de Hart, um dos capítulos mais negativamente criticados pela literatura secundária. Além de apresentar os principais argumentos de Hart sobre o status jurídico do direito internacional, Thomas Bustamante ainda discute o debate entre Hart e Kelsen sobre direito internacional ao fim do texto.

Capítulo 1

HART E AS MUITAS QUESTÕES AINDA PERSISTENTES[1]

Ronaldo Porto Macedo Junior[2]

AS PERPLEXIDADES SOBRE O CONCEITO DE DIREITO

O livro *O conceito de Direito* de H.L.A Hart é um divisor de águas no debate jurídico filosófico contemporâneo. As principais inovações filosóficas que ele trouxe para a teoria do direito (jurisprudence) quando publicado em 1961 não eram desconhecidas pelos departamentos e núcleos de filosofia da linguagem em geral, em particular no ambiente intelectual então dominante nas universidades inglesas de Oxford e de Cambridge. Não obstante, sua publicação marca uma mudança profunda nos rumos da teoria do direito contemporânea, na medida em que explora e introduz de maneira acessível, direta e, em certa medida didática, diversas destas influências filosóficas na teoria do direito. Costuma-se destacar que o livro consolida e expande (a revolução começara anos antes em alguns artigos seminais[3]) a virada linguística no campo jurídico. Neste sentido, ele seria "mais um livro de síntese em filosofia do

---

1 Agradeço imensamente o trabalho de revisão elaborado por Luiza Castelo Vieira.

2 Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo.

3 Artigos em sua maioria reunidos em HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983. Tradução brasileira, HART, H. L. A. **Ensaios sobre teoria e filosofia do direito**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010. (Coleção Teoria e Filosofia do Direito). Ver, especialmente, H. L. A. Hart , **Definition and Theory in Jurisprudence** (Clarendon Press, Oxford , 1953).

direito do que um estudo conclusivo"[4] O capítulo I deste livro, denominado *Questões Persistentes*, apresenta algumas das principais novidades metodológicas promovidas por Hart, bem como oferece um *trailer* de algumas inovações conceituais que serão objeto de análise detalhada nos demais capítulos da obra.

Os primeiros parágrafos do livro nos apresentam uma perplexidade envolvendo a pergunta: *O que é o direito?* Hart chama a atenção[5] para o fato de que, diferentemente do que ocorre nos campos da química ou da medicina, o tema da definição do objeto destas disciplinas não despertou grandes polêmicas entre os estudiosos, o conceito de direito ainda é controvertido entre os teóricos do direito. Um sintoma disso seria o fato de que os livros de teoria da química e da medicina não costumam gastar muito espaço discutindo e problematizando o que seria a química ou a medicina. No caso do direito, contudo, a perplexidade é manifesta e facilmente perceptível quando comparamos e contrastamos algumas definições clássicas oferecidas por alguns dos principais teóricos do direito do século XX, como Karl Llewellyn ("O que os funcionários fazem relativamente aos litígios é... o próprio direito"[6]), J.C. Gray ("Aquilo que designo como direito ... são as profecias sobre o que os tribunais farão"[7]), John Austin ("As leis são "fontes de Direito ... não partes do próprio Direito. O direito constitucional é apenas a moral positiva"[8]) ou Hans Kelsen ("Não se deve roubar; se alguém roubar, será punido ... A primeira norma, se chegar a existir, está contida na segunda, que é a única norma genuína ... O Direito é a norma primária que estatui a sanção"[9]). As opiniões dos juristas e especialistas não poderiam ser mais divergentes. Qual seria o motivo pelo qual a reflexão depurada por décadas

---

4 HACKER, P. M. S. *Hart´s* **Philosophy of Law**. In: HACKER, P. M. S.; RAZ, Joseph (Eds.**). Law, morality and society:** essays in honour of H. L. A. Hart. Oxford: Oxford University Press, 1977. p. 1.

5 E neste ponto nos faz lembrar algum tipo de surpresa também sugerida por Kelsen nas primeiras páginas de **A Teoria Pura do Direito** (KELSEN, Hans. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.), quando salienta que diferentemente de outros campos científicos nos quais há clara determinação de seu objeto e método, o campo do direito ainda seria carente de igual clareza.

6 LLEWELLYN, Karl Nickerson**. The Bramble Bush:** on our law and its study. 2. ed. Nova York: Oceana Publications, 1951., pág. 9.

7 GRAY, John Chipman. **The Nature and Sources of the Law**. Londres: Routledge, 2011., art. 276.

8 AUSTIN, John, **The Province of Jurísprudence Delermined**, (1832). Disponível em <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf>

9 KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Abingdon: Routledge, 2005. pág. 61.

(ou séculos) de elaboração teórica não teria sido capaz de gerar uma definição consensual entre os seus estudiosos?

Hart destaca desde logo que há algo de muito importante a aprender com estas divergências que, à primeira vista, causam surpresa. Contudo, o espanto se torna ainda mais significativo quando se revela sua dimensão paradoxal, a saber: apesar dos doutos não chegarem a um consenso sobre o conceito de direito, o homem comum, no uso ordinário da palavra direito, não encontra maior dificuldade em entender-se sobre o seu significado. Eis o paradoxo: O que o douto não sabe, o homem comum parece saber. "Há um estranho contraste entre este debate teórico infindável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes for pedido. Poucos ingleses ignoram que há uma lei que proíbe o homicídio, ou que exige o pagamento do imposto de rendimento, ou que estabelece o que tem de fazer-se para se outorgar um testamento válido. Praticamente toda a gente, excetuados os estrangeiros ou as crianças, que depare com a palavra inglesa "*law*" pela primeira vez, será capaz de multiplicar tais exemplos e a maior parte das pessoas poderá ir mais longe."[10]

Identificado o paradoxo, Hart aponta para as características que todo homem instruído seria capaz de associar ao conceito de direito. Segundo ele os aspectos salientes do direito seriam:

> (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confiram direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.[11]

Ao fazê-lo, Hart já apresenta a primeira indicação das variáveis presentes nas questões persistentes que irá identificar a seguir, ou seja, o conceito de regra e de instituições encarregadas de criá-las a aplicá-las. A partir desta observação ele levantará uma primeira hipótese acerca da possível falta de consenso entre os doutos. Terá sido em razão da falta de

[10] HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 6 ed. São Paulo: Calouste, 2007, págs. 6-7.

[11] HART, *op. Cit.,* pag. 7.

precisão na determinação do *caso padr*ão (standard case), e da existência de casos problemáticos em face desta conceituação? A resposta de Hart será negativa. Mas antes de enunciá-la ele examina dois casos: o direito internacional e o direito primitivo.

Hart constata que em ambos não há um poder legislativo que conte com um poder centralizado, tal como na experiencia do direito estatal contemporâneo. Porém, em primeiro lugar, isto não deveria surpreender, pois muitos exemplos de direito primitivo poderiam ter evoluído gradualmente em direção a uma diferenciação funcional que passou a contar com um poder legislativo. Em segundo lugar, há muitos conceitos que apresentam dificuldades quanto mais nos afastamos do caso padrão, fato que não inviabiliza que os utilizemos como conceitos significativos e plenamente funcionais. O exemplo clássico que Hart nos traz, tomado de empréstimo de Wittgenstein, está no conceito de *careca*, que sempre envolve uma questão de grau, ou quantidade de cabelo. Contudo, observa Hart,

> Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de fato um complexo de elementos normalmente concomitantes, mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um "navio"? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a refletir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita; mas é claro que aquilo que se pode designar como o aspecto de fronteira das coisas é demasiado trivial para poder explicar o longo debate acerca do direito. Além disso, só uma parte relativamente pequena e sem importância das teorias do direito mais famosas e controversas se preocupa com a correção do uso das expressões "direito primitivo" ou "direito internacional" para descrever os casos a que são aplicadas convencionalmente.[12]

Este será exatamente o caso do direito, visto que ele envolve a existência de uma semelhança de família com outras práticas distintas e não uma mera diferença de grau com relação a outras práticas reguladas normativamente como jogar xadrez, comandar uma ação ou julgar alguém segundo padrões morais. Em outras palavras, o direito mantém familiaridades com distintas práticas que se relacionam a distintas ações e fenômenos. Por este motivo, não bastaria apenas enunciar as características

[12] HART, 2007, *op. Cit., pag.* 8-9.

esquemáticas que o homem culto pode enumerar para se chegar a uma conceituação adequada. Inclusive porque algumas das suas características, como a existência de tribunais e legislativos dependem da existência do próprio direito. Seria, portanto, inútil procurar uma definição do direito que pressupõe o próprio conceito de direito. Melhor estratégia será a de buscar compreender o que gerou a confusão conceitual entre os teóricos.

Em outras palavras: como se produziu a confusão? Ou, como historicamente foi gerado um enfeitiçamento (num sentido wittgensteiniano[13]) dos filósofos do direito no uso da linguagem do direito? O melhor caminho proposto por Hart será o de explorar "certas questões principais recorrentes que têm constituído um foco constante de argumentos e contra-argumentos sobre a natureza do direito e têm provocado afirmações exageradas e paradoxais sobre o direito"[14]. Somente assim será possível dissipar as confusões e compreender os pontos em torno dos quais se formaram as ideias paradoxais. Afinal, "a especulação sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; todavia, vista em retrospectiva, é nítido que se centrou quase continuamente sobre alguns pontos principais. Estes não foram gratuitamente escolhidos ou inventados pelo prazer da discussão académica; dizem respeito a aspectos do direito que parecem naturalmente dar origem a incompreensões em todos os tempos, de tal forma que a confusão e uma necessidade consequente de maior clareza acerca deles podem coexistir mesmo nos espíritos de homens avisados, dotados de firme mestria e conhecimento do direito."[15] As questões persistentes são, portanto, uma forma alternativa para a compreensão adequada tanto do direito, como do conceito de direito, livrando-nos de confusões que durante muitos anos geraram perplexidades.

Nicola Lacey observa com propriedade que hoje em dia talvez a reflexão sobre a própria definição do direito não viesse a atrair a atenção da teoria do direito contemporânea. Este, contudo, era um tema importante tanto na agenda de Hart, como também do debate da época. Ademais,

---

13 Ele escreveu nas Investigações Filosóficas (§109) (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical investigations**. 4th ed. Edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.) que "a filosofia é uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento por meio da nossa linguagem".

14 HART, 2007, *op. Cit., pag.* 10

15 HART, 2007, *op. Cit., pag.* 10.

deve-se considerar que na medida em que sua análise do conceito se tornou canônica, de algum modo criou um novo consenso na disciplina e dos debates que se seguiram sobre a questão definicional.[16]

AS TRÊS QUESTÕES RECORRENTES

Fixada a estratégia para a melhor abordagem conceitual, Hart identifica as questões recorrentes dentro da reflexão teórica dominante na história, em especial dentro da tradição do positivismo jurídico. São elas: 1 - a natureza vinculante do direito que torna as condutas por ele reguladas obrigatórias; 2 – as diferenças entre o direito e a moralidade, a despeito do compartilhamento entre conceitos e valores existentes entre estes domínios e 3 – a natureza filosoficamente desafiadora geradora de perplexidades das regras e o seu papel nas ações sociais e jurídicas.

Hart observa que o caráter obrigatório do direito se constitui num lugar-comum. Afinal, nenhuma teoria jurídica negou tal característica às normas jurídicas. Menos saliente, contudo, é *o sentido em que a conduta humana se torna obrigatória para o direito*. Dentro de uma perspectiva clássica, austiniana (inspirada no pensamento de John Austin), o conceito de obrigação está ligado à ideia de uma ordem baseada numa ameaça. No famoso exemplo de Hart, alguém ameaçado por um assaltante <u>é obrigado</u> a entregar-lhe sua carteira, visto que está sob a ameaça de levar um tiro ou sofrer um mal. Para Austin, cujo pensamento servirá de modelo de forma de pensamento simples e elegante, porém equivocado de teoria do direito, <u>a concepção da regra como um comando</u> era "a chave da ciência do direito". Este modelo reducionista gerou um conjunto de respostas a questões subsidiárias relativas a como diferem o direito e as obrigações jurídicas das ordens baseadas em ameaças e como eles se relacionam com tais ordens não jurídicas. No modelo austiniano, conforme examinará

[16] LACEY, Nicola, **Do the 'Persistent Questions' Persist?**: Revisiting Chapter I in *The Concept of Law*, in Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'; Luís Duarte d'Almeida (Anthology Editor), James Edwards (Anthology Editor), Andrea Dolcetti (Anthology Editor), 2013, pag. 271 "I would add only that I suspect that had he been writing today, he would have felt less need to demolish the idea that legal theory is a matter of definition. That this task no longer demands the attention of the discerning legal philosopher is of course a token of the very success of this chapter, as of Hart's inaugural lecture (HLA Hart, 'Definition and Theory in Jurisprudence' (1954) 70 *Law Quarterly* Review 37; reprinted in Hart's *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1983), in influencing the way in which jurisprudence is approached."

Hart nos capítulos posteriores d´*O conceito de direito*, a ideia de soberania será central para a responder esta pergunta sobre o que distingue a moral do direito. Isto porque somente o direito é uma ordem baseada em ameaças feitas com fundamento na autoridade do poder soberano. A soberania, por sua vez, é definida como uma instância última de poder à qual se obedece com habitualidade.

Para outras concepções do direito, contudo, será necessário examinar novos sentidos e definições do próprio conceito de obrigação (como mero correlato de um comando), de regra (enquanto mera ordem ou comando) e da própria autoridade (definida a partir da obediência habitual). Para Hart, será fundamental distinguir o conceito de "ter sido obrigado a fazer algo" do conceito de "ter uma obrigação", este último envolvendo a existência de uma *razão para agir*, inexistente na mera existência da probabilidade de ocorrência de um mal futuro.

Para Hart, direito e moralidade compartilham de um mesmo vocabulário, um mesmo conjunto de conceitos e regulam atividades de forma semelhante (por exemplo ambos usualmente condenam a pratica do homicídio), razão pela qual existe, muitas vezes, "uma tentação de ver uma identidade na sua conexão obviamente estreita"[17]. Para ele, e isto será objeto de importante censura da parte de John Finnis, o direito natural seria um esquema de pensamento que teria cedido a essa tentação confusional, ao assimilar o direito e moralidade. A asserção de que "uma lei injusta não é uma lei", atribuída a Santo Agostinho, seria expressiva deste exagero carregado de confusão. Cabe deste logo salientar que Hart aqui se reporta ao *sentido convencional de moralidade*, isto é, a um padrão de comportamento compartilhado por uma determinada comunidade[18].

Hart não analisa nem explora aqui o sentido de *moralidade crítica ou concorrente* (*concurrent morality*, como a designará Dworkin[19]), enquanto reflexão e justificação dos critérios de correção moral. Este fato

---

[17] HART, 2007, *op. Cit., pag.* 11. Ver também MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, capítulos I e II..

[18] Este ponto é bem assinalado por John Finnis, in *'How persistent are Hart's "persistent questions*"?' in L.D. d'Almeida, J. Edwards and A. Dolcetti (eds.) pags 230-231.

[19] DWORKIN, Ronald. The model of rules II. In: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977d. p. 46-80..
Ver tambem, *Do xadrez a cortesia, op, cit*, capítulo III e FINNIS, John, **Natural Law and Natural Rights**, 2nd edn (Oxford, Oxford University Press, 2011.

será reconhecido pelo próprio Hart, no *Postscriptum* como uma falha e limitação de sua análise[20] e está na raiz da crítica formulada por Dworkin a sua teoria. Isto porquanto ao não incorporar a dimensão dos princípios no direito, teria deixado também de compreender a natureza argumentativa e interpretativa do direito[21], senão sempre, ao menos em muitas de suas práticas características, em particular nos tribunais.[22]

Lacey destaca que Hart obtém um sucesso desigual no tratamento das três questões, visto que as duas primeiras ficaram marcadas e limitadas pela representação algo caricatural tanto do positivismo jurídico, como

R. Dworkin, *Law's Empire* (London, Fontana, 1986). Também, no mesmo sentido, Leslie Green, '*The Morality in Law*,' in L. Duarte d'Almeida and J. Edwards, and A. Dolcetti, eds, **Reading HLA Hart's 'The Concept of Law**' (Oxford: Hart Publishing, 2013), 177-207

20 HART, H. L. A. Postscript. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, pag.310 e 331.

21 DWORKIN, Ronald. The model of rules II. In: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977d. p. 46-80 e Law´s Empire, op. Cit.

22 No mesmo sentido. LACEY, Nicola, **Do the 'Persistent Questions' Persist?:** Revisiting Chapter I in *The Concept of Law*, op. cit, pag. 270-271, "But while Hart's theory of law as a system of rules succeeds in resolving many of the deficiencies of both realism and the command theory, and hence in unravelling persistent question number one concerning the relationship between law and orders backed by force, it does far less well on question number two, the relationship between law and morality. Hart's working notebook (which can now be consulted in the archive at New College, Oxford) shows very clearly that he struggled with this question. The ultimate structure of The Concept of Law, with the theory of law as the union of primary and secondary rules with an internal aspect - poised between the Scylla of the Austinian and the Charybdis of the Naturalist caricatures - helped Hart to avoid quite confronting the puzzle about how his descriptive, social fact theory of law could be reconciled with a fully normative vision of legal obligation or with a conception of legal reasoning as concerned with what ought to be decided. In other words, if Hart's argument is that both the existence and the obligatory force of law can be described completely in terms of a set of (admittedly complex) social facts, it appears to espouse a reductionist position at odds with Hart's insistence on the discreteness of law and legal reasoning, or - as Kelsen insisted - to commit the philosophical error of deriving an 'ought' from an 'is'. This is why the critiques which Hart struggled to respond to were those which questioned the pretension to descriptiveness which is so central to the whole conception of The Concept of Law. Notable among such critiques were those of John Finnis (particularly the argument mounted in the first chapter of Natural Law and Natural Rights,2 to the effect that Hart's recognition that law is concerned with social stability and peaceful human co-operation implicitly commits him to the view that a core group must have a morally committed internal attitude, and hence to the view that such an attitude counts as the central case of the internal attitude); and - as the Postscript makes painfully apparent - of Ronald Dworkin (in particular the attacks on the descriptive quality of Hart's theory from the publication of Law's Empire3 on)"

do jusnaturalismo.[23] Para ela, no que me parece correto, o ponto central da construção do livro e maior foco de seu sucesso está construído em torno do tratamento da terceira questão, acerca do direito como um sistema de regras. Os pontos de sucesso da reflexão sobre o direito como um sistema de regras estão relacionados a elegante solução que Hart propõe para os problemas tanto do realismo como da teoria da regra como comando.

Todavia, a afirmação de que o direito é um sistema de regras também tem produzido compreensões paradoxais e díspares. A despeito do reconhecimento genérico da correção desta afirmação, subjaz a ela um conjunto de perplexidades relacionadas ao significado de uma regra. Afinal, o que são regras? Hart destaca que existem diversos tipos de regras.

> não só no sentido óbvio de que, ao lado das regras jurídicas; há regras de etiqueta e de linguagem, regras de jogos e clubes, mas também no sentido menos óbvio de que, mesmo dentro de qualquer destas esferas, as realidades que se chamam regras podem surgir modos diferentes e podem ter relações muito diferentes com conduta a que dizem respeito. Assim, mesmo dentro do direito algumas regras são estabelecidas através de legislação; outras não são feitas por nenhum ato intencional. Mais importante do que isso, algumas regras são imperativas no sentido de que exigem que pessoas se comportem de certas maneiras, v.g. se abstenham violências ou paguem impostos, quer o desejem fazer, quer não; outras regras, como as que prescrevem os procedimentos, formalidades e condições para a celebração de casamentos, testamentos contratos, indicam o que as pessoas devem fazer para efetivarem seus desejos. O mesmo contraste entre estes dois tipos de regras pode também ver-se entre aquelas regras de um jogo que proíbem certos tipos de conduta, sob cominação de um castigo (jogo contrário regras ou insultos ao árbitro) e aquelas que estabelecem o que deve fazer-se para marcar pontos ou para ganhar. Mas mesmo se

[23] LACEY, Nicola, **Do the 'Persistent Questions' Persist?:** Revisiting Chapter I in The Concept of Law, op. cit., pag. 270 The book, like this chapter, sets up a caricature of early positivism, interspersed with the odd hint of legal realism, opposite a caricature of natural law theory, as the Scylla and Charybdis of jurisprudence. This approach lends the impression that Hart's own approach set out in the (symbolically positioned) middle chapters is an inevitable, common-sense conclusion. In particular, the way in which the question about law's relationship with morality is set up strikes me as one of the weakest aspects of the chapter, not least because it fails to advert to an adequate range of possible ways in which legality and morality might be related (…) Each of the first two persistent questions appears to be driven more by the intended rhetorical structure of the book than by the key insights for which the book remains justly famous."

> não atendermos por ora a esta complexidade e considerarmos apenas a primeira espécie de regra (que é típica do direito criminal) encontremos, mesmo entre autores contemporâneos, a maior divergência de pontos de vista quanto ao significado da asserção de que existe uma regra deste tipo imperativo simples.24

Não deixa de ser novamente revelador que os exemplos de regras listados por Hart sejam de *etiqueta* (num sentido de regras convencionais de etiqueta), linguagem, jogos e clubes, e não regras da moralidade (ou etiqueta) crítica ou concorrente. Hart também não lista entre os seus exemplos as regras da lógica e outras regras de reflexão que operam nos momentos em que formamos um *julgamento* que pode orientar uma ação. Nessa passagem os seus exemplos de comportamentos são, em certo sentido, não reflexivos, ainda que guiados por regras. Este ponto será relevante e marcará uma ambiguidade na exposição de Hart, na medida em que, se por um lado esta dimensão reflexiva é "esquecida" na listagem dos tipos de regras, por outro, ela será lembrada quando ele salienta que muitas regras jurídicas requerem uma *justificação,* como se verá adiante. A despeito desta observação, Hart deixa claro que muito embora comandos e ordens possam ser regras, nem toda regra tem a forma lógica de um comando criado por uma vontade intencional. O jurista aqui prepara o terreno para explorar um tipo especial de regra que não se confunde com uma ordem (imperativa), a *regra social.* Antes de introduzir tal conceito, porém, julga importante esclarecer uma outra característica central do conceito de regra que o distingue do mero comportamento convergente.

Uma das contribuições importantes do livro, a distinção entre *regra* e *hábito* , é enunciada de forma esquemática também neste capítulo inaugural. Hart salienta que existe uma diferença fundamental entre a mera habitualidade de ir ao cinema semanalmente e a prática dos homens tirarem o chapéu antes de entrarem numa igreja. Seria um enorme erro analítico conceitual compreender estas práticas sociais como equivalentes.

> A noção que, a princípio, estamos talvez naturalmente tentados dar da ideia aparentemente simples de uma regra imperativa tem[25] em breve de ser abandonada. É que dizer que existe uma regra significa somente que um grupo de pessoas, ou a maior parte destas, se comporta "como

[24] HART, 2007 *op. Cit*., pag. 13
[25] HART, 2007*, op. Cit*., pag. 14

> regra", isto é *geralmente*, de um modo específico similar, em certos tipos de circunstâncias. Assim, dizer que em Inglaterra há uma regra a estabelecer que os homens não devem usar chapéu na igreja ou que uma pessoa se deve levantar quando se toca "Deus Salve a Rainha" significa apenas, neste aspecto da questão, que a maior parte das pessoas faz geralmente estas coisas. Claramente que isto não é suficiente, mesmo se transmite parte do que se quer dizer. A mera convergência de comportamentos entre membros de um grupo social pode existir (todos podem tomar chá regularmente ao pequeno almoço ou ir semanalmente ao cinema) e, contudo, pode não existir uma regra a exigi-lo. (...) Não há em Inglaterra qualquer regra, nem é verdade, que todas as pessoas tenham de ou tenham o dever de ou devam ir ao cinema todas as semanas: só é verdade que há um hábito regular de ir ao cinema todas as semanas. Mas há uma regra a estabelecer que os homens devem descobrir a cabeça na igreja.[26]

Assim, a *regra social* envolve a existência de uma convergência comportamental, tal como como o hábito. Contudo, é necessário existir algo além deste fato, que não se exaure nesta mera facticidade, para que exista uma regra. Veremos adiante que este elemento adicional presente na regra é existência de uma razão para agir. Mas Hart não postula arbitrariamente esse entendimento. Procura mostrar ao seu leitor como alternativas clássicas fracassaram ao tentar explicar o traço peculiar da regra frente ao mero hábito. Ele analisa e critica uma das explicações tradicionais sobre a diferença, a saber, a existência da probabilidade de imposição de uma sanção (no caso das regras), para logo descartá-la. Para ele, não é este *fato do mundo,* a provável ocorrência de um mal no futuro, que explica a diferença, mas sim a constituição de uma *razão para agir pela regra,* um critério que permitirá avaliar se uma ação está em conformidade ou desconformidade com esta medida.

Mas qual é o problema dessa explicação puramente factual da diferença entre hábito e regra? Por que não se poderia compreender a regra jurídica apenas como expressão da existência da probabilidade de imposição de uma sanção por uma instituição organizada como o Estado, condição inexistente no caso do hábito? Hart assim enuncia o problema.

> Então, qual é a diferença crucial entre o comportamento habitual meramente convergente num grupo social e a existência de uma regra

[26] HART, 2007 *op. Cit.*, pag. 14 (grifo meu)

> de que as palavras "ter de", "dever" ou "ter o dever de" são muitas vezes um sinal? Na verdade, aqui os juristas teóricos têm-se dividido, especialmente nos nossos dias, quando várias coisas trouxeram esta questão para a primeira linha. No caso de regras jurídicas é muitas vezes sustentado que a diferença crucial (o elemento de "ter de" ou "ter o dever de") reside no facto de que os desvios de certos tipos de comportamento serão provavelmente objeto de reação hostil, e, no caso das regras jurídicas, serão punidos por funcionários. No caso daquilo a que podem chamar-se meros hábitos de grupo, como o de ir semanalmente ao cinema, os desvios não são objeto de castigo ou mesmo de censura; mas sempre que há regras que exigem certa conduta, mesmo regras não jurídicas, como a que exige que os homens descubram a cabeça na igreja, algo deste tipo é provável que resulte do desvio. No caso de regras jurídicas, a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial, enquanto que no caso não jurídico, embora seja provável uma reação hostil semelhante perante o desvio, esta não é organizada, nem definida em substância[27].

Os limites desta explicação puramente factual ficam patentes na censura que Hart dirige ao realismo jurídico escandinavo, que adota esta abordagem[28]. Aqui, novamente a dimensão de *justificação* (e *razão para agir*) existente em determinados tipos de regras é salientada e identificada como o ponto central da distinção.

> É óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou do elemento "ter de" ou "ter o dever de" abrangido nas regras. Há muitas objecções contra esta descrição em termos de previsibilidade, mas uma em particular, que caracteriza toda uma escola de teoria jurídica na Escandinávia, merece consideração cuidadosa. É que, se examinarmos de perto a atividade do juiz ou do funcionário que pune os desvios das regras jurídicas (ou os particulares que reprovam ou criticam os desvios das regras não jurídicas), vemos que as regras estão envolvidas nesta atividade de uma maneira que a descrição em termos de previsibilidade1'1 deixa praticamente por explicar. Porque o juiz, ao punir, toma a regra como seu *guia* e a

[27] HART, 2007 *op. Cit*., pag. 14-15

[28] *Do xadrez a cortesia*, *op. Cit*, capítulo II e MICHELON JÚNIOR, Cláudio. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

> violação da regra como a *razão e justificação* para punir o autor da violação. Ele não considera a regra como uma afirmação de que ele e outros previsivelmente punirão os desvios, embora um espectador pudesse considerar a regra precisamente desta maneira. O aspecto de previsibilidade da regra (embora suficientemente real) é irrelevante para os seus objetivos, enquanto que o respectivo estatuto como guia e justificação é essencial. O mesmo é verdade quanto às censuras informais proferidas por causa da violação de regras não jurídicas. Também estas não são meras reações previsíveis aos desvios, mas algo a que a existência da regra serve de guia e é considerado como justificação. Por isso, dizemos que censuramos ou castigamos um homem *porque* violou a regra e não meramente que era provável que o censuraríamos ou castigaríamos.[29]

Vemos com clareza que embora Hart não apresente um conceito geral de regra, ele identifica algumas de características (gramaticais) gerais que a diferenciam de outras práticas sociais (como ações habituais e convergentes) regras, exacerbado pelos realistas jurídicos. Para estes, o elemento adicional envolvido na regra que cria um dever é um mero pensamento, um fato psicológico. Neste sentido, para eles seria uma mera ilusão, ainda que uma ilusão funcional.

> Nós apenas *pensamos,* assim argumentam tais críticos, que há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia e justifica a fazê-las, mas isto é uma ilusão, ainda que se trate de uma ilusão útil. Tudo o que há para além dos factos claramente determináveis do comportamento de grupo e da reação previsível ao desvio, são os nossos "sentimentos" poderosos de compulsão para nos comportarmos de harmonia com a regra e para agir contra os que não se comportam assim. Não reconhecemos estes sentimentos por aquilo que são, mas imaginamos que há algo externo, alguma parte invisível da estrutura do universo que nos guia e fiscaliza nestas atividades. Estamos aqui no domínio da ficção, com o qual se tem dito que o direito tem estado sempre ligado. É só porque adoptamos esta ficção, que podemos falar solenemente do governo "das leis, não dos homens".[30]

Esse aspecto da atitude interna interpretada como um fato psicológico e não como uma razão para agir será objeto de mais longa e detalhada

[29] HART, 2007, op. Cit., pag. 15, grifo meu
[30] HART, 2007 *op. Cit*., pag. 16

análise de Hart no próprio capitulo II de *O conceito de direito*, bem como em reveladora resenha que ele escreve sobre Alf Ross[31]. Na apresentação, contudo, ele deixa claro que a *saída realista*, a sua explicação fisicalista baseada exclusivamente na dimensão factual da obrigação, é insatisfatória e demanda melhor desenvolvimento e justificativa. "Este tipo de crítica, quaisquer que sejam os méritos das suas afirmações positivas, pede, pelo menos, uma elucidação ulterior da distinção entre regras sociais e meros hábitos convergentes de comportamento"[32]. Hart, porém, reconhece a existência de uma "verdade parcial" no ceticismo jurídico, em especial em sua versão expressa no Realismo Jurídico Americano. Ela consiste no reconhecimento de que as regras jurídicas não determinam completamente a decisão dos tribunais. O exagero realista consiste em desconsiderar a dimensão normativa das regras, entendendo-a como um mero elemento na rede causal que conduz a uma decisão (ao lado de outras causalidades, como o que os juízes ingeriram em seu café da manhã, preferências valorativas, simpatias, etc.).

A verdade, ainda que parcial, consiste em reconhecer que sempre há uma dimensão de decisão nas deliberações feitas pelos tribunais, que não se resumem a aplicar uma regra preexistente. Isto porque

> Nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente "significa". É só a tradição de que os juízes "descobrem" o direito e não o "fazem" que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra.[33]

Hart assim antecipa um outro elemento central em sua teoria sobre as regras. Para ele, "todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas"[34]. Aqui fica também manifesta

---

31 Ensaio nº 6, "Scandinavian Jurisprudence", de HART, H. L. A, 1983, p. 159-178. Tradução brasileira: HART, H. L. A, 2010, p. 181-191 (Realismo Escandinavo).

32 HART, 2007 *op. Cit.*, pag. 16.

33 HART, 2007, *op. Cit.*, pag. 16-17

34 HART, 2007, *op. Cit.,* pag. 17

a influência de uma certa leitura do pensamento de Wittgenstein, notadamente aquela desenvolvida por Frederick Waisman[35] que explorara a ideia de indeterminação e textura aberta da linguagem[36]. Uma parte relevante da literatura pós hartiana se dedicará a examinar tanto a postulação de Waisman de que haveria uma propriedade geral de todas as regras associada a sua incerteza, como também a sua compatibilidade com teorias convencionalistas[37], relativistas[38] ou interpretativistas do significado[39]. Neste ponto novamente as novidades de Hart marcariam a agenda de discussões metodológicas na teoria do direito das próximas décadas.

---

35 F. Waissmann, verifiability, *op. cit*. Ver também STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras.** 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2005 e HACKER, **Peter, Insight and Illusion** – themes in the philosophy of Wittgenstein (extensively revised edition)(Clarendon Press, Oxford, 1986, cap. III.

36 Conforme bem observa HACKER, P. M. S. Hart´s Philosophy of Law. In: HACKER, P. M. S.; RAZ, Joseph (Eds.). **Law, morality and society:** *essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Oxford University Press, 1977. Pag. 07. "A final, large, area of Hartian jurisprudential doctrine, which displays the profound impact of contemporary work in the philosophy of language, concerns the interpretation and application of law. A salient theme of Wittgenstein's philosophy, which was given widespread circulation by Waismann 's paper 'Verifiability',11 concerns a complex range of issues pertaining to the gap between rules and their application, the vagueness and the open texture of concepts. Open texture, in Hart's view, is an ineliminable feature of language. But this necessity is to be welcomed rather than deplored. For in a world characterized by a relatively unpredictable future, inhabited by creatures confronting diver se and constantly changing circumstances with relatively indeterminate and often competing goals, 'mechanical jurisprudence ', were it possible, would secure greater predictability only at the price of reasonableness and flexibility. Rules can never dictate their own application: any appearance of inexorability stems from the inexorability of our methods of application of rules in standard cases. But non-standard cases will perforce arise, requiring the exercise of judicial discretion. To be sure, such discretion is guided, according to Hart, by antecedently specified legal standards which impose legal obligations to exercise that discretion according to those standards (CL, pp. 128 f, 132)."

37 Cfr. Yemina Ben-Menahem. **Conventionalism: From Poincaré to Quine.** New York: Cambridge University Press 2006.

38 Cfr. POSNER, Richard. **Law, pragmatism and democracy.** Cambridge, USA: Harvard University Press, 2005. RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982; RORTY, Richard. **Contingency, irony, and solidarity.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989). Para uma abordagem geral da influência do pragmatismo no direito, ver MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: PÁDUA LIMA, Maria Lucia (Org.). **Direito e economia**: 30 anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260-281.

39 Dworkin, **Law´s Empire**, *op.cit*, e *Do xadrez a cortesia*, *op. Cit*.

O TIPO DE DEFINIÇÃO

Após identificadas as questões recorrentes às quais o debate teórico sobre o direito se referem, Hart destaca qual é o tipo de conceituação que seria possível fazer do direito. Aqui a influência dos filósofos da linguagem é novamente patente.[40] Alguns conceitos podem ser objeto de definições "per genus et differentiam" (gênero e diferenciação), como, por exemplo, os conceitos de triângulo ou de elefante. Outros, contudo, como será o caso do conceito de direito, não suportam o mesmo tipo de estratégia ou, ao menos, ela não está disponível para a sua definição.

> Mesmo a definição de um triângulo como "uma figura retilínea de três lados", ou a definição de elefante como um "quadrúpede distinto dos outros pela posse de uma pele grossa, presas e tromba" elucida-nos de uma forma modesta, quer quanto ao uso-padrão destas palavras, quer quanto às coisas a que as palavras se aplicam. (...) "Esta forma de definição (*per genus et differentiam*), que se vê no caso comezinho do triângulo ou do elefante, é a mais simples e, para alguns, a mais satisfatória, porque nos dá uma série de palavras que pode ser sempre substituída pela palavra definida. Mas nem sempre está disponível, nem é sempre clarificadora, quando disponível. O seu sucesso depende de condições que frequentemente não estão preenchidas. A principal entre estas últimas é que devia haver uma família mais extensa de coisas ou genus, relativamente a cuja natureza estamos esclarecidos e dentro da qual a definição localiza o que define; porque, claramente, uma definição que nos diz que algo é membro de uma família não nos pode ajudar, se tivermos apenas ideias vagas ou confusas quanto à natureza da família. [41]

Este é exatamente o caso do conceito de direito, "porque aqui não há uma categoria geral bem conhecida e familiar, de que o direito seja membro. O mais óbvio candidato para uso deste modo numa definição

---

[40] In addition to these precedents Austin's sharp awareness of the pointlessness of pursuit of definition by 'characteristic marks ', (J. L. Austin, The Meaning of a Word ' in **Philosophical Papers,** pp. 23 ff., ed. J. 0. Urmson and G. J. Warnock (Clarendon Press, Oxford, 1961).) Wittgenstein's discussions of family resemblance, and Waismann 's influential notion of open-textured concepts (F. Waismann, 'Verifiability', Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl. Vol. 19 (1945) made it inevitable that the application of these semantic advances to jurisprudence should be attempted sooner or later.

[41] HART, 2007, *op. Cit*., pag. 19

de direito é a família geral de regras de comportamento; contudo o conceito de regra, como vimos, é tão causador de perplexidade como o do próprio direito, de tal forma que definições de direito que começam por identificar as leis como uma espécie de regras, normalmente não aumentam mais a nossa compreensão do direito." [42] Seria necessário encontrar um elemento mais fundamental e preciso que pudesse fornecer uma definição esclarecedora do direito. Contudo, isto ´não é tarefa fácil, visto que não bastasse a existência de casos de fronteira "os vários casos de um termo geral estão frequentemente ligados entre si de maneira bastante diferente da postulada pela forma simples de definição". Em outras palavras, eles "podem estar ligados por analogia como quando se fala do "pé" de um homem e também do "sopé" de uma montanha. Podem estar ligadas por relações diferentes a um elemento central."[43] É por este motivo que o uso da expressão "railway" não só quanto a um trem, mas também relativamente às linhas, estações, carregadores ou a uma sociedade anónima é regido por este tipo de princípio unificador.

No caso do direito, conforme as questões recorrentes o identificaram, inexiste algo que seja suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição satisfatória. Isto porque "as questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes deste tipo de resolução". Para Hart este fato explica as perplexidades antes identificadas[44]. Todavia, tal realidade que

---

[42] HART, 2007, *op. Cit*., pag. 19

[43] HART, 2007, *op. Cit*., pag. 20

[44] É interessante notar que esta afirmação é contestada por HACKER, P. M. S. **Hart´s Philosophy of Law**. Op cit., pag. 6 que observa que "I think there is something misleading about this way of posing the central matter. The kind of perplexity Hart cites, and the oddity of the traditional answers is, after all, characteristic of every branch of philosophy. The point is that philosophical perplexity arises with regard to any categorial concepts in any domain of thought. These are not concepts we learn by verbal definition or ostension, and so quests for a definition are bound to be problematic. Moreover the pervasiveness of the categorial concepts, person and object in the metaphysics of experience , moral obligation and goodness in ethics, and law and legal obligation in jurisprudence, together with the fact that we are not normally called upon to define them, implies that these concepts themselves display a high degree of complexity, involve multiple ramifications in their logical connections with adjacent concepts and that no ordinary criteria of adequacy by reference to common definitional practices will be available. Rather we must ourselves determine criteria of adequacy by reference to very general considerations pertaining to the domain of the categorial term in question.", Hart's specification of the purpose of his book goes to the core of the issue: 'it is to advance legal

está subjacente a história fracassada das definições concisas e simples, não impede que sejam isolados alguns elementos essenciais que fazem parte comum das respostas as questões persistentes. Hart visualiza tal conexão de forma analiticamente esclarecedora na forma como John Austin as articulou. Por este motivo o modelo austiniano servirá de *sparring* teórico para as suas análises, a exemplo do que fizera Wittgenstein nas *Investigações Filosóficas* ao analisar o modelo agostiniano da linguagem para mostrar suas insuficiências, suas confusões e suas tentações para nossa consciência de como funciona a linguagem. Hart não fará uma reconstrução histórica, mas antes analítico-conceitual, onde o leitor poderá aprender com os erros descritivos do positivismo clássico (de Austin) na descrição da gramática do direito. Não se trata, portanto, de uma descrição histórica, mas antes gramatical, que toma alguns elementos da história da teoria do direito como recursos para análise conceitual.

AS MESMAS QUESTÕES PERSISTENTES?

Lacey pergunta se Hart teria escolhido as mesmas três questões persistentes caso escrevesse *O conceito de Direito* hoje. A sua resposta é claramente negativa[45]. Para ela, a abordagem de Hart seria hoje informada por uma série de importantes desenvolvimentos ocorridos na teoria do direito nos últimos cinquenta anos. Acredito que é correto afirmar que algumas das questões centrais que hoje seriam reformuladas estão relacionadas a compreensão das razões que constituem a autoridade do direito, bem como a compreensão do direito como um sistema de razão prática[46]. Dentro deste último tópico, um amplo debate se renovaria sobre as relações

theory by providing an improved analysis of the distinctive structure of a municipal legal system and a better understanding of the resemblances and differences between law, coercion and morality as types of social phenomena ' (CL , p. 17). The central jurisprudential task therefore is the analysis of the structure of a legal system. But the philosophical illumination will stem not from the concise definition but from the expository analytic matter which precedes it. The defects of Hart's predecessors stem less from a misguided quest for sharp definition than from inadequate analysis of the distinctive structure of a municipal legal system.

45 LACEY, Nicola, **Do the 'Persistent Questions' Persist?**: Revisiting Chapter I in The Concept of Law, op. cit, pag. 271.

46 Cfr. RAZ, Joseph. **Practical reason and norms.** Oxford: Oxford University Press, 1990; RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain:** essays in the morality of law and politics. Oxford: Clarendon, 1995., Dworkin, Law´s Empire, op. cit, Finnis, Natural Law and Natural Rights, op. cit.

entre a reflexão moral (moralidade crítica) e a reflexão jurídica. Não é por outro motivo que vimos, nas décadas que se seguiram a publicação de *O conceito de direito*, uma ampla produção, em variadas perspectivas, da dimensão institucional do direito[47], bem como da natureza argumentativa do direito[48]. Estas se tornaram algumas das questões que ainda hoje persistem no debate teórico jurídico contemporâneo.

LITERATURA DE APROFUNDAMENTO:

- DUARTE D´ALMEIDA, L. and J. Edwards, and A. DOLCETTI, eds, *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'* (Oxford:Hart Publishing, 2013)
- LACEY, Nicola. *A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013,
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2nd ed. rev. Stanford: Stanford University Press, 2008. MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão técnica de Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H. L. A. *Ensaios sobre teoria e filosofia do direito*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010.
- KRAMER, Matthew. *H. H.L.A. Hart*. Londres: Polity Press, 2018.

[47] MACCORMICK, Neil. **Institutional normative order:** a conception of law. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 82, p. 1051-1070, 1996-1997 e os trabalhos de Joseph Raz, Ronald Dworkin e John Finnis ja citados. Para um excelente panorama destas influências ver POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence.** New York: Springer, 2011. v. 11.

[48] MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Oxford University Press, 1995.

Capítulo 2

A RELAÇÃO ENTRE SANÇÃO E DIREITO A PARTIR DE HART[1]

Andrea Faggion[2]

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico anglófono se divide em antes e depois de H. L. A. Hart, ou, mais precisamente, em antes e depois de **O Conceito de Direito**. Mas o que havia antes de Hart? Basicamente, na Inglaterra, havia um tipo de positivismo jurídico alinhado a uma tradição mais ampla de filosofia do direito, para a qual o direito se destina a regular a conduta externa dos agentes em suas interações. Nessa tradição, a relação entre direito e coerção externa – a ameaça de sanção como uma consequência negativa para o agente caso ele aja ou deixe de agir de determinada maneira– tende a ser definicional. Por exemplo, no § D da introdução à sua **Doutrina do Direito**, contida na obra **Metafísica dos Costumes**, Immanuel Kant afirma que o direito se une a uma autorização para coagir a quem o viola segundo o princípio da não contradição.[3] É justamente essa relação analítica entre direito e sanção que está no coração do positivismo jurídico que precedeu Hart na Inglaterra: a teoria imperativa do direito.

---

1 Este trabalho foi financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

2 Professora Associada do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista de produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq - Nível 2). Possui doutorado (2007) e pós-doutorado (2011) em Filosofia pela Uni- versidade Estadual de Campinas. Também realizou estágio como pes- quisadora visitante (pós-doutorado) no Departamento de Filosofia da University of Colorado, em Boulder (USA) (2011).

3 KANT, Immanuel; GREGOR, Mary J. **Practical philosophy**, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1996, p. 388.

A teoria imperativa do direito foi desenvolvida como positivismo jurídico por Jeremy Bentham e John Austin, antepassados mais próximos de Hart. Mas a definição do direito como comando de um soberano já estava nitidamente colocada na filosofia política de Thomas Hobbes.[4] Ora, a ideia de um comando como razão para agir faz pouco sentido se não houver ameaça de sanção externa pesando contra o comandado. Nesse sentido, a passagem em que Hobbes afirma que pactos, sem a espada, não passam de palavras é uma das mais famosas da história da filosofia.[5] Foi com essa honorável tradição que Hart rompeu.

Quando se fala da ruptura de Hart com a teoria imperativa do direito, expressa nos capítulos iniciais de **O Conceito de Direito**, é bom ter cuidado com o risco de cometermos exageros. Com esse rompimento, Hart retirou o conceito de sanção do palco principal da teoria do direito. Graças a Hart, o conceito de sanção perdeu o papel elucidativo do conceito de direito do qual desfrutou por tanto tempo. Contudo, essa guinada conceitual não implica que Hart não tenha reconhecido a importância real de sanções para o direito. Pelo contrário, ecoando argumentos tipicamente hobbesianos, Hart nos diz que:

> Sanções são [...] requeridas, não como o motivo normal da obediência, mas como uma garantia de que aqueles que obedeceriam voluntariamente não sejam sacrificados por aqueles que não obedeceriam. Obedecer, sem isso, seria arriscar perder a vida. Dado esse perigo permanente, o que a razão demanda é cooperação voluntária em um sistema coercitivo.[6]

Podemos dizer que esse argumento pela importância das sanções para a compreensão da racionalidade de ações conforme ao direito, por mais que seja reconhecido, ainda não deixa de ser apenas uma peça de filosofia política, que não ocupa lugar de destaque no resultado da investigação de Hart sobre o conceito de direito. É verdade que a primeira das três questões persistentes que norteiam a investigação de Hart diz respeito, justamente, à relação e à diferença entre o direito e um conjunto de

---

4 HOBBES, Thomas; TUCK, Richard; SILVERTHORNE, Michael, **On the citizen**, New York, NY: Cambridge University Press, 1998, p. 56.

5 HOBBES, Thomas; GASKIN, J. C. A., **Leviathan**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 1998, p. 85.

6 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1994, p. 198; minha tradução.

comandos ancorados em ameaças de sanção, enquanto a última se refere à natureza das regras e à medida em que o direito tem a ver com regras.[7] Mas o que se constata ao longo da obra de Hart é que sua resposta à primeira questão consiste muito mais em uma crítica a seus antecessores por terem equiparado o direito a um conjunto de comandos sustentados por ameaças, ao passo que sua resposta à última questão consiste em dar destaque às regras como o novo principal conceito elucidativo da teoria do direito. Não por acaso, então, depois de Hart, a tradição positivista dos estudos filosóficos do direito passou a se concentrar muito mais no estudo do raciocínio prático aplicado ao direito, com ênfase no papel das regras no raciocínio prático, obscurecendo ainda mais a importância do conceito de sanção em uma análise do que é distintivo do direito.[8]

O prelúdio acima serve para que eu possa anunciar o objetivo desta minha contribuição ao volume comemorativo dos 60 anos da obra **O Conceito de Direito**. Eu gostaria de sugerir um caminho para que o conceito de sanção seja reintegrado ao seu papel histórico no esclarecimento do conceito de direito. Frederick Schauer já manifestou sua insatisfação com o mesmo aspecto do legado de **O Conceito de Direito** que destaquei acima, procurando resgatar a importância empírica do conceito de coerção para a descrição de sistemas jurídicos reais.[9] Mas a minha preocupação é muito mais analítica ou conceitual do que empírico-descritiva. Para apresentar, ao menos, as linhas gerais do que eu tenho em mente, já que não posso aprofundar todos os passos do argumento neste espaço, eu pretendo me valer do trabalho de Schauer, porém, de uma fase mais antiga de sua obra: a sua teoria das regras, apresentada nos anos de 1990. No entanto, para indicar como seria possível que as sanções recuperassem

---

7 *Ibid*., p. 13.

8 Naturalmente, aqui, eu tenho em mente a influência de um ex-aluno de Hart, Joseph Raz. Em **Razão Prática e Normas**, uma obra que dá o tom desse giro da preocupação com o comportamento externo para a obsessão com o raciocínio prático, que marca o positivismo anglófono pós-Hart, Raz afirma que o fato dele ter reduzido sanções a razões, na melhor das hipóteses, auxiliares, no âmbito da sua explicação das razões que o direito nos fornece, não significa que ele tenha a intenção de diminuir sua importância. Porém, logo após fazer essa ressalva, ele também afirma que sanções não explicam como algumas leis podem ser normas mandatórias, o que é justamente o meu ponto. Afinal, antes de Hart, pensava-se que sanções explicavam exatamente isso. RAZ, Joseph, **Practical reason and norms**, Repr. Oxford: Oxford Univ. Press, 1999, p. 161.

9 SCHAUER, Frederick F., **The force of law**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. ix.

seu antigo posto na teoria analítica do direito, eu também precisarei discordar de Schauer.

Eu divido este trabalho em duas partes. Na primeira parte do trabalho, eu apresento a tese de Hart que decisões tomadas de acordo com regras conteriam o germe da justiça. Eu critico essa tese, que considero o grande erro de Hart em **O Conceito de Direito**, me valendo, exatamente, dos pontos em que estou de acordo com Schauer. Então, na segunda parte do trabalho, eu explico por que a correção do erro de Hart quanto às regras ainda não é o suficiente para que eu possa reintroduzir as sanções em seu papel analítico, e o que mais ainda seria necessário para tanto. Nessa parte, eu preciso discordar de Schauer em vários pontos, notadamente e de partida, eu já preciso rejeitar sua tese de que o conceito de direito poderia ser consistente com sistemas de ampla discricionariedade, ou seja, com sistemas em que o poder de decidir é conferido a certos agentes por regras, mas não é exercido por eles em conformidade com regras.

1. A MUDANÇA DE FOCO DE HART: DAS SANÇÕES ÀS REGRAS

1. 1 De sanções a regras

Parte das críticas de Hart à teoria imperativa do direito dizem respeito à constatação de que normas jurídicas não coincidem com normas que definem obrigações, como seria o caso de todos os comandos de um soberano, porque formam uma categoria mais ampla e variada.[10] Mas a parte mais interessante dessas críticas é sua insistência sobre o ponto de que mesmo as normas que, de fato, impõem obrigações não deveriam ser definidas por meio da ameaça de sanções. Não vou me deter muito na crítica de Hart a conceitos de obrigação jurídica que sejam definidos por meio de sanções, porque elas são muito bem conhecidas. Basicamente, para Hart, sanções não definem obrigações, porque podemos ser obrigados à prática de uma ação sem que tenhamos uma obrigação de praticá-la, assim como podemos ter a obrigação de praticar dada ação sem que sejamos obrigados a praticá-la.[11] Isso quer dizer que a ameaça de sanção não

[10] HART, **The concept of law**, p. 26–49.
[11] *Ibid.*, p. 83–5.

é uma condição suficiente e nem uma condição necessária para a existência de uma obrigação. Pelo contrário, é a presença da obrigação que serve para justificar a administração da sanção, quando é o caso que ela ocorra.

Aqui, entram em cena as regras. Segundo Hart, são regras de um certo tipo que definem obrigações. No entanto, me tomaria muito espaço explicar a teoria das regras de Hart, a chamada teoria prática (the practice theory of rules), e a especificidade de regras que estabelecem obrigações bem como de regras que diferenciam obrigações jurídicas de obrigações morais, sendo que essas explicações são inteiramente dispensáveis para a crítica que farei e em nada acrescentariam à literatura já existente sobre o tema. Contudo, existe uma tese hartiana sobre regras, em especial, que é fundamental que eu explique e critique no contexto deste trabalho. Trata-se da tese segundo a qual decidir segundo regras seria decidir de forma justa em um sentido mínimo ou formal.

1. 2 A tese do germe da justiça

Ao examinar uma questão relacionada à segunda das três questões persistentes da teoria do direito, aquela que diz respeito à relação entre direito e moralidade, Hart faz uma concessão importante aos adversários de seu positivismo:[12] "Um mínimo de justiça é necessariamente realizado sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais publicamente anunciadas e judicialmente aplicadas".[13] A passagem continua com a afirmação de que a forma mais simples de justiça, que seria a justiça na aplicação do direito, "não consiste em nada além de levar a sério a noção que o que deve ser aplicado a uma multiplicidade de diferentes pessoas é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceito, interesse ou capricho".[14] Por fim, Hart nos diz que: "ainda que as leis mais odiosas possam ser aplicadas com justiça, nós temos, na simples noção de aplicar uma regra geral de direito, o germe, ao menos, da justiça (the germ at least of justice)",[15] daí o título desta seção.

---

[12] O positivismo de Hart é uma tese conceitual segundo a qual "não é uma verdade necessária em qualquer sentido que as leis reproduzam ou satisfaçam certas demandas da moralidade", ou seja, é uma tese da separabilidade entre direito e moralidade. *Ibid*., p. 185–6.

[13] *Ibid.*, p. 206; minha tradução.

[14] *Ibid.;* minha tradução.

[15] *Ibid.;* minha tradução.

É verdade que Hart também disse, na sequência da passagem que venho citando, que esse sentido mínimo de justiça é compatível com uma "iniquidade muito grande".[16] Mas eu acredito que isso não seja o bastante. Não é suficiente reconhecer que a justiça formal, ou seja, a justiça na aplicação do direito conforme a regras, não elimina a possibilidade das mais graves injustiças substantivas, ou seja, a injustiça no conteúdo das regras. O erro de Hart reside propriamente em acreditar que haja um sentido mínimo de justiça inerente à aplicação de regras, ou que tratar pessoas de acordo com regras seja equivalente a tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Na próxima seção, eu me valho da análise de regras desenvolvida nos anos 1990 por Schauer para mostrar que esse não pode ser o caso.

1.3 Decisões segundo regras e justiça formal

Decidir segundo regras não é tratar casos iguais como iguais. Na verdade, regras são um obstáculo para que possamos fazer isso. Essa é uma implicação direta da análise de regras empreendida por Schauer na obra **Playing by the Rules**. O que me interessa extrair da análise de Schauer, para mostrar a implicação mencionada, é, primeiramente, a tese da diferença extensional entre uma regra e sua justificação. Assim sendo, notamos de início que a análise de Schauer diz respeito a regras instrumentalmente justificadas, quer dizer, regras cuja justificação não é inerente a elas mesmas, como seria o caso se houvesse um valor intrínseco em agirmos de acordo com regras.[17] A perspectiva de Schauer só se aplica quando podemos distinguir entre uma regra e a justificação para seguirmos essa regra. Concedida essa distinção entre a regra e sua justificação, a diferença extensional citada diz respeito a uma diferença entre a classe das ações prescritas por uma regra e a classe das ações prescritas pela aplicação direta da justificação da mesma regra às circunstâncias da ação.

Imagine que exista um mundo possível *A* e outro mundo possível *B*, ambos semelhantes sob todos os aspectos, exceto pelo fato que, em *A*, um sujeito *x* tomará todas as suas decisões seguindo, corretamente, uma

---

16 *Ibid.*, p. 207.

17 SCHAUER, Frederick F., **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**, Oxford, England : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1991, p. 100–1.

regra r, enquanto, em *B*, um sujeito y, semelhante a *x* sob todos os aspectos relevantes, tomará todas as suas decisões aplicando correta e diretamente a justificação da regra *r*. A tese de Schauer é que os sujeitos *x* e *y* tomarão algumas decisões opostas: os conjuntos de suas ações não irão coincidir. Mais ainda, sua tese é que o conjunto de decisões de *x* não pode ser considerado ótima ou ideal, na medida em que é diferente do conjunto de decisões de *y*, porque o padrão do ótimo ou do ideal é exatamente o valor que justifica *r*. Essa é a síntese da tese de Schauer quanto ao caráter subótimo das regras, que se baseia na diferença extensional entre regras e suas justificações.

Agora, temos que entender o porquê dessa diferença extensional, isto é, o que há na natureza das regras que determina que, nem sempre, elas ditem as mesmas ações que seriam ditadas pela aplicação direta de suas justificações. Ocorre que regras são generalizações probabilísticas. Mais precisamente, Schauer explica que, mesmo regras prescritivas, as únicas que nos importam aqui, possuem predicados fatuais, que são as condições fatuais nas quais as consequências previstas nas regras se aplicam.[18] Por exemplo, se eu adoto a regra prescritiva pessoal de sempre lavar as mãos ao chegar em casa, o predicado fatual dessa regra é "chegar em casa" e a regra pode ser formulada assim: "Se chegar em casa, então lave as mãos". Esse predicado fatual é obtido pela seleção de estados de coisas tidos por relevantes à luz da justificação da regra, que é sempre um mal que queremos evitar ou um bem que queremos realizar. No caso, eu posso querer evitar o mal do contágio por micro-organismos que transmitem doenças, e parece que a ocasião em que chego em casa é especialmente relevante para uma tentativa de descontaminação.

Agora, como generalizações meramente probabilísticas, esses predicados fatuais são sobreinclusivos (overinclusive), porque eles abarcam estados de coisas que, em circunstâncias particulares minoritárias, não produzem as consequências que justificam a regra, ainda que, em geral ou como tipos, esses predicados tenham uma relação probabilística com a incidência dessas consequências.[19] No meu exemplo, é de se esperar que eu tenha mais contato com germes ao sair de casa. Porém, há ocasiões em que saio para uma corrida ou caminhada, por exemplo, e acabo não tocando qualquer

[18] *Ibid.*, p. 23, 32.
[19] *Ibid.*, p. 32.

superfície com as mãos em todo o meu percurso. A regra, em todo caso, diz para eu lavar as mãos ao chegar em caso. Por isso, ela é sobreinclusiva.

Por outro lado, esses mesmos predicados — e isso independentemente de seu caráter probabilístico — também são subinclusivos (underinclusive), porque, em virtude da seleção de estados de coisas que eles representam, eles deixam de indicar a presença da justificação em alguns casos em que ela se faz presente.[20] No meu exemplo, eu posso ter tocado com as mãos, dentro da minha casa, um objeto altamente contaminado, que, por uma razão qualquer, entrou na minha casa. Mas a regra não me diz para lavar as mãos se, em momento algum, eu saí de casa. Por isso, ela é também subinclusiva, em comparação com sua justificação.

Ademais, Schauer explica que mesmos as regras mais bem formuladas estão fadadas a divergir de suas justificações em alguns cenários possíveis, devido à textura aberta da linguagem natural em que são formuladas. A textura aberta resulta de uma imperfeição em nosso conhecimento, que nos impede de anteciparmos todas as instâncias possíveis de um termo quando ele é definido.[21] Uma nova instância não antecipada de um termo sempre pode significar um caso de sobreinclusão ou de subinclusão para uma regra que o utiliza.

Eu não consigo imaginar uma possibilidade de novo significado para a expressão "chegar em casa", que gere uma situação de sobre ou subinclusão para a minha regra, mas não seria difícil imaginarmos outros exemplos de regras envolvendo a textura aberta da linguagem. Na verdade, nem precisamos imaginar. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 57, estabeleceu que a imunidade tributária prevista para algumas publicações impressas no artigo 150, inciso VI, alínea "d", da Constituição Federal, se aplica a livros eletrônicos.[22] Esse é um caso de textura aberta, porque, quando o referido artigo foi formulado, não foi antecipado que, algum dia, "livro" também significaria "livro eletrônico", coisa que, à época, seria apenas ficção científica. Mas, com o advento de fato do livro eletrônico, o artigo da constituição tornou-se subinclusivo.

---

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*, p. 35.

22 **STF aprova súmula vinculante sobre imunidade tributária para livros eletrônicos**, Consultor Jurídico, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/stf-aprova-sumula-vinculante-imunidade-tributaria-ebooks>. Acesso em: 22 set. 2021.

Em suma, deriva da sobreinclusão e da subinclusão dos predicados fatuais que formam as regras que regras não possam ser extensionalmente equivalentes a suas justificações. O que isso implica para a tese do germe da justiça é que, na área de sobreinclusão de uma regra, casos dessemelhantes, segundo a justificação da regra, são tratados como casos semelhantes, ao passo que, na área de subinclusão de uma regra, casos semelhantes, de acordo com a justificação da regra, são tratados como casos dessemelhantes. Portanto, decisões de acordo com regras não são decisões que sempre fomentam o ideal de justiça formal.[23]

Agora, o que isso tudo tem a ver com a relação entre o conceito de direito e o conceito de sanção? Ocorre que, se regras são justificadas pelos fins que realizamos por meio delas e, se estamos cientes de que, nas circunstâncias de um caso particular, qualquer fim plausivelmente servido por uma dada regra dita uma ação diferente daquela que é ditada pela regra, isto é, se estamos cientes de que a regra determina uma decisão pior do que aquela que tomaríamos se ela não existisse, parece que a única razão para ainda seguirmos essa regra nesse caso particular seria proporcionada por uma ameaça de sanção para o tomador de decisão, caso ele divergisse da regra. Em outras palavras, se é da natureza das regras gerarem decisões subótimas em algumas ocasiões, também poderia ser da natureza das regras demandarem um incentivo externo, a sanção, para que fossem aplicadas independentemente do juízo do tomador de decisão sobre o pertencimento do seu caso particular à área de sobre ou subinclusão da regra. Isso significa dizer que sanções não seriam apenas incentivos para agentes seguirem regras que não internalizaram, no sentido de não as aceitarem voluntariamente, como Hart parece pensar,[24] mas seriam também incentivos necessários a todas as regras para todos os tomadores de decisão que se baseiam em regras, dada a falha de racionalidade inerente a procedimentos de decisão baseados em regras. Contudo, mesmo que essa conclusão parcial seja aceita, ela ainda é insuficiente para reestabelecermos uma implicação do conceito de direito para o conceito de sanção. Deste último ponto, tratamos na segunda parte deste trabalho.

---

23 SCHAUER, **Playing by the rules**, p. 135–7.

24 HART, **The concept of law**, p. 198, 201, 218.

2. SANÇÕES E O CONCEITO DE DIREITO

2. 1 Positivismo conceitual e descritivo

Um procedimento de decisão baseado em regras, no sentido que temos em vista aqui, é um procedimento de decisão em que o tomador de decisão considera apenas se o predicado fatual de uma regra previamente formulada está ou não satisfeito nas suas circunstâncias particulares. Como já indicado, se o predicado fatual está satisfeito, segue-se, como decisão, a consequência prevista na regra. Outras considerações, mesmo aquelas que justificam a regra, não podem ser incluídas na deliberação. Assim, a principal razão para que não possamos inferir dos resultados da primeira parte deste capítulo que o conceito de direito requeira o conceito de sanção é bastante óbvia: em momento algum, estabelecemos que o conceito de direito requeira procedimentos de decisão de acordo com regras. Inclusive, tal tese é explicitamente negada pelo próprio Schauer[25] e, ao que tudo indica, também por Hart.

No caso de Hart, eu acredito que a tese da relação analítica entre o conceito de direito e um modelo de decisão de acordo com regras, como o explicado aqui, seria negada por ele, em virtude de sua adesão a uma forma suave de positivismo (soft positivism), que também podemos chamar de positivismo inclusivo, anunciada em sua resposta a Ronald Dworkin, no posfácio de **O Conceito de Direito**. O positivismo inclusivo, na versão de Hart, requer que a regra de reconhecimento (rule of recognition) — a regra que estabelece os critérios de validade jurídica — dependa do fato de sua aceitação pelas cortes.[26] Porém, os critérios de validade jurídica estabelecidos na regra de reconhecimento podem incluir princípios morais e valores substantivos. Isso significa que, para Hart, tomadores de decisão, no âmbito do direito, podem incluir em suas deliberações diversas considerações que extrapolam a simples constatação da satisfação ou não de predicados fatuais de regras previamente dadas.

Para que fique mais claro como um conceito positivista de direito não precisa requerer procedimentos de decisão de acordo com regras

---

25 SCHAUER, Frederick F., Rules and the Rule of Law, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 14, n. 3, p. 645–695, 1991, p. 666–7, 670, n. 49.

26 HART, **The concept of law**, p. 250.

no âmbito jurídico, devemos estar atentos a dois tipos de teses positivistas, que se situam em dois debates diferentes. Um debate é conceitual. Por isso, nele, podemos falar de um positivismo conceitual. Trata-se da clássica disputa entre positivistas e jusnaturalistas quanto à resposta à pergunta "o que é o direito?". Nesse debate — no qual Hart, certamente, foi um protagonista — é o conceito de direito que pode ser ou não positivista, e não um sistema jurídico em particular. Afinal, se o conceito de direito é positivista e um dado sistema de normas é um sistema jurídico, isso significa que o sistema, necessariamente, satisfaz o conceito positivista.

Porém, há outro debate, que versa sobre a existência e a caracterização de um procedimento de decisão tipicamente positivista, sobre sua aplicabilidade como descrição de sistemas jurídicos reais e sobre sua desejabilidade. É neste último debate, no qual podemos falar de um positivismo descritivo, que a teoria das regras de Schauer se situa. Um procedimento de decisão positivista, para Schauer, seria um procedimento de decisão baseado em regras.[27] Contudo, o conceito de direito, mesmo que seja um conceito positivista, como o de Hart, seria compatível com procedimentos de decisão não baseados em regras. Nos sistemas jurídicos que não pudessem ser descritos como positivistas, ou seja, naqueles sistemas jurídicos cujos procedimentos de decisão não se baseassem em regras, o argumento acima sobre a racionalidade de decisões baseadas em regras requerer a ameaça de sanções, ainda que fosse cogente, não seria aplicável. Mas é mesmo possível que um sistema jurídico não inclua procedimentos de decisão baseados em regras?

2. 2 Direito e regras

Um sistema jurídico que não exigisse de qualquer de seus agentes que suas decisões fossem baseadas em regras seria um sistema jurídico de ampla discricionariedade. A autoridade dos agentes poderia derivar de regras, mas o exercício dessa autoridade, não.[28] Isso significa dizer que esses agentes tomariam decisões considerando todas as coisas que julgassem pertinentes. Afinal, como vimos, uma regra, antes de mais nada, é um limitador dos fatores a serem considerados para que uma decisão seja tomada. Por exemplo, segundo a regra de meu exemplo, o único fator que

[27] SCHAUER, Rules and the Rule of Law, p. 666.
[28] *Ibid*., p. 651–2.

eu precisaria considerar para decidir se lavo ou não as mãos seria se estou ou não chegando em casa. Sem a regra, eu poderia incluir em minha deliberação desde o custo do produto que eu usaria para lavar as mãos até a probabilidade de eu ter tido contato com alguma bactéria específica enquanto estava fora de casa. É possível que existam sistemas jurídicos dentro dos quais todos os diferentes grupos de tomadores de decisão — desde os juízes das cortes superiores até os mais humildes guardas — possuam tal amplitude de juízo?

A resposta para a questão que eu formulei ao fim do último parágrafo jamais poderia ser respondida em poucas páginas. Talvez, ela sequer possa ser respondida em poucos livros. Porém, posso oferecer algumas ponderações relevantes para o debate com base na afirmação de Schauer que o direito, mesmo que não se baseasse em regras, ainda poderia se distinguir de outras formas de procedimentos públicos de decisão, por meio de certas medidas designadas a assegurar que decisões judiciais não fossem a mera imposição *ad hoc de vontade pessoal ou da prática política*.[29] Ora, se uma teoria do direito considerasse distintivo do direito que o seu procedimento de decisão não consistisse (ou, ao menos, pretendesse publicamente não consistir) na imposição da vontade pessoal do tomador de decisão e, ao mesmo tempo, não considerasse necessário ao direito que ele incluísse procedimentos de decisão vinculados por regras, então precisaríamos poder evitar a imposição de vontades pessoais em procedimentos nos quais os tomadores de decisão têm a liberdade de considerar todas as coisas que julguem pertinentes para tomarem suas decisões. É exatamente isso que não me parece muito plausível.

Como Jeremy Waldron já explicou, mesmo que aceitássemos a comparabilidade de todas as considerações conflitantes que poderiam ser incluídas em uma deliberação qualquer, de tal maneira que sempre houvesse uma resposta correta quanto às razões que deveriam prevalecer em face de razões contrárias, em todo e qualquer cálculo dos prós e contras de uma dada decisão, ainda não ficaria claro de que forma teríamos acesso a essa resposta correta.[30] Quer dizer, a existência de uma resposta correta para uma deliberação, para além da vontade do tomador de decisão de fazer prevalecer uma das alternativas, é uma tese ontológica que até podemos

[29] *Ibid.*, p. 657.

[30] WALDRON, Jeremy, **Law and disagreement**, Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1999, p. 163–187.

conceder. O problema que ainda restaria, nesse caso, seria epistemológico. Como poderíamos descobrir e comprovar qual seria essa resposta? Mesmo um utilitarista como Henry Sidgwick, que aceita a felicidade como uma unidade de medida comum às mais diferentes considerações que poderiam estar envolvidas em uma deliberação, justamente para poder pressupor a existência de respostas corretas para problemas práticos, admite que o cálculo utilitarista é difícil, impreciso e, por vezes, até impossível.[31]

Assim, parece-me claro que, em um sistema como o que Schauer tem em vista na passagem em que ele menciona a possibilidade de, sem recorrermos a regras, distinguirmos o direito de procedimentos de tomada de decisão que impõem a vontade pessoal do tomador de decisão, na melhor das hipóteses, não saberíamos e não teríamos como saber quais decisões para casos particulares seriam as decisões objetivamente corretas, no sentido de serem corretas independentemente da vontade do tomador de decisão de escolhê-las. No caso, Schauer acredita que medidas como a implementação de julgamentos públicos, com direito à defesa e à apelação a instâncias superiores, a nomeação de juízes sem relação com as partes e a exigência de justificações escritas para os resultados alcançados seriam suficientes para assegurar que decisões judiciais não fossem meramente decisões pessoais.[32] Eu concedo que medidas do tipo amenizam o problema da arbitrariedade, por dificultarem a incidência de decisões baseadas em puro capricho ou interesse pessoal. Não obstante, dada a diversidade de razões moralmente legítimas e a capacidade inegável das mesmas de entrarem em conflito entre si, não acredito que, em um modelo de ampla e total discricionariedade, haveria argumento capaz de demonstrar aos insatisfeitos a validade objetiva da decisão daquela pessoa ou grupo de pessoas a quem caberia a decisão final. Em suma, julgo que não poderíamos, e não deveríamos, tratar como casos raros ou anômalos aqueles em que tanto uma decisão quanto a decisão oposta poderiam ser publicamente justificadas de forma igualmente satisfatória, quando essas justificações podem apelar irrestritamente a toda e qualquer consideração.

Na verdade, como as dificuldades envolvidas em decisões que consideram todas as coisas afetam até mesmo as deliberações privadas, que

---

[31] SIDGWICK, Henry, **The Methods of Ethics**, 7. ed. London: Palgrave Macmillan Limited, 1962, p. 460, 490.

[32] SCHAUER, **Rules and the Rule of Law**, p. 656.

ficam mais onerosas e suscetíveis a erros com tal abertura, algum uso de regras em procedimentos de decisão será sempre recomendável. Por sinal, é por estar ciente do valor de termos regras que o próprio Schauer faz uma distinção entre um procedimento de decisão puramente particularista, aquele que simplesmente considera todas as coisas para a decisão, e um particularismo mais sofisticado, que é sensível a regras.[33] Temos que ver, então, o que é exatamente um particularismo sensível a regras e se ele seria mais adequado do que o particularismo puro como procedimento de decisão no âmbito do direito.

2. 3 Direito e particularismo sensível a regras

Schauer considera o particularismo sensível a regras como uma terceira possibilidade de procedimento de decisão, entre o puro e simples particularismo, no qual toda e qualquer consideração pertinente pode ser incluída na deliberação, e o procedimento de decisão puramente conforme a regras, no qual apenas consideramos se o predicado fatual da regra está satisfeito ou não no caso particular.[34] Isso significa que o particularismo é sensível a regras quando também inclui na deliberação considerações relativas ao próprio valor de termos regras, como o fato de regras nos pouparem tempo e esforço na deliberação, e diminuírem a probabilidade de erros. Com isso, o tomador de decisão sensível a regras também avalia se as razões para decidirmos segundo regras em geral são suficientes para justificar que uma regra em particular seja seguida mesmo em um caso particular que caia em sua área de sobre ou subinclusão.

O problema que vejo com o particularismo sensível a regras como possível método do direito, — novamente, tendo em vista um possível conceito de direito que distinga essencialmente práticas jurídicas de imposições *ad hoc* de vontade pessoal — é que ainda cabe ao tomador de decisão efetuar um juízo comparativo de valor entre os prós e contras de uma determinada decisão. A principal mudança, com respeito ao particularismo simples, é que a deliberação se torna ainda mais complexa no particularismo sensível a regras, já que inclui uma variedade ainda maior

[33] *Ibid.*, p. 649.
[34] *Ibid.*, p. 649–50.

de considerações, com a adição das considerações relativas ao valor de termos regras.

É bem verdade que, por ser sensível ao valor de termos regras, o particularista sensível a regras não efetuará o cálculo de todos os prós e contras de uma dada ação em todas as ocasiões. Porém, mesmo sem proceder a uma investigação completa antes de tomar uma decisão, o tomador de decisão pode acreditar que está diante de um caso em que a decisão ditada pela regra é subótima. Afinal, mesmo que um tomador de decisão só tenha a intenção de checar se o predicado factual da regra está ou não satisfeito, é impossível evitar que outros fatos cheguem a seu conhecimento. Por isso, o tomador de decisão sempre pode se deparar com casos em que considera claro que a regra seja sobre ou subinclusiva. Nesses casos, a força da regra será apenas a força do valor de termos regras. Nada garante que essa força seja sempre maior do que a força do valor a ser sacrificado por seguirmos uma regra particular em uma circunstância particular que pertence à área de sobre ou subinclusão da regra. Logo, também não seria racional que alguém adotasse como princípio pessoal a absolutização do valor de termos regras, e é por isso mesmo que o particularismo sensível a regras não colapsa no modelo puro de regras.[35] Portanto, com a adoção do particularismo sensível a regras no âmbito do direito, o tomador de decisão ainda se veria diante da necessidade de tomar certas decisões cuja justificação, necessariamente, transcenderia a própria regra por se basear em uma ponderação de valores conflitantes que outra pessoa poderia pesar de outra forma. Por isso, em última análise, nesses casos, a vontade pessoal do tomador de decisão é que estaria sendo imposta de maneira ad hoc, o que já vimos não ser compatível com todo e qualquer conceito de direito. Vale ainda ressaltar que, psicologicamente, é possível que houvesse uma tendência do tomador de decisão de decidir que o valor infringido pela decisão conforme a regra é mais importante do que o valor de termos regras, já que isso ampliaria o seu próprio poder de decidir.

A conclusão do último parágrafo nos indica um procedimento puramente conforme a regras como a alternativa que restaria para adoção por uma teoria do direito que não admitisse a compatibilidade do conceito

[35] Como é bem conhecido, J. J. C. Smart classificou uma atitude assim de adoração de regras (rule worship). SMART, J. J. C., Extreme and Restricted Utilitarianism, **The Philosophical Quarterly**, v. 6, n. 25, p. 344–354, 1956, p. 348–53.

de direito com procedimentos de decisão baseados na imposição *ad hoc* da vontade pessoal de cada tomador de decisão. Mas essa alternativa tem seus próprios problemas, como veremos a seguir.

2. 4 Particularismo sensível a regras, modelo puro de regras e positivismo presumido

Regras são decisões antecipadas sobre o que deve ser feito — qual a consequência normativa — quando as circunstâncias da decisão particular são de um certo tipo. Por isso, vimos que regras vinculantes nos obrigam a considerar apenas se o seu predicado fatual — que estabelece as condições de aplicação da regra — está ou não satisfeito nas circunstâncias particulares em que nos encontramos. É por isso mesmo que regras evitam a imposição *ad hoc* da vontade pessoal, quando é preciso efetuar um balanço de razões favoráveis e contrárias a certa decisão. Graças à regra, a decisão já está tomada de antemão, e não necessariamente pela mesma pessoa que a aplica.

O problema é que essa mesma insensibilidade ao contexto particular de cada decisão concreta, que torna regras valiosas por capacitá-las a impedir o voluntarismo do tomador de decisão, também as torna problemáticas por necessitar que regras inviabilizem que decisões incontroversamente corretas sejam tomadas quando essas decisões caem na área de sub ou sobreinclusão da regra. Vimos que, mesmo que todo balanço de razões tenha uma resposta correta, não é raro que haja, a um só tempo, controvérsias quanto a qual seria essa resposta e impossibilidade de demonstração de qual seria. Mas isso também não exclui a existência de casos em que uma resposta a um problema prático é considerada correta por qualquer sujeito competente para julgar que esteja isento de conflitos de interesses no caso em questão.

Por exemplo, a decisão sobre a aplicação da imunidade tributária de livros impressos a livros eletrônicos mencionada acima foi tomada de forma unânime no plenário do STF, e parece que não poderia ter sido diferente. Não parece ter sido um caso em que alguns sujeitos efetuariam o balanço de razões de uma forma, enquanto outros sujeitos efetuariam de outra forma, de maneira que o tomador de decisão tenha feito a sua vontade contra a prescrição explícita da regra. A princípio, eu diria que, nesse caso, a regra é boa por ter uma boa justificação. A regra não parece em si

mesma controversa. Mas, na sua área de subinclusão, a regra conduzia o tomador de decisão a algumas decisões que não seriam boas na avaliação de qualquer sujeito competente e imparcial. Por essa razão, nesse caso, um juízo exclusivamente baseado no predicado fatual da regra, se considerarmos que esse predicado, realmente, incluía apenas livros impressos, seria um caso de adoração cega a regras, e não uma decisão racional.

Neste ponto, eu diria que estamos diante do fato que um conceito de direito não pode tolerar nem a imposição *ad hoc* de vontades pessoais e nem a adoração cega a regras, como se elas fossem bens intrínsecos, em vez de dispositivos úteis para a promoção de certos fins, como a própria obstaculização da imposição de vontades pessoais. Parece, então, que um conceito razoável de direito não toleraria nem o particularismo sensível a regras, por deixar espaço demais para o exercício da vontade pessoal do tomador de decisão, e nem o modelo puro de regras, por restringir demais a capacidade do tomador de decisão de tomar decisões racionais. Chegamos a um impasse se esperamos daquilo que chamamos "direito" um sistema que, em havendo desacordo sobre a resposta correta para problemas práticos, não coloque a vontade pessoal do aplicador do direito acima das vontades dos demais, e, em havendo acordo generalizado sobre a resposta correta, não obrigue o aplicador do direito a sacrificar a razão no altar das regras positivas. Será que haveria, então, espaço lógico para uma terceira via, entre o particularismo sensível a regras e o modelo puro de regras?

Schauer acredita que seu positivismo presumido seja exatamente isso: um modelo mais forte do que o particularismo sensível a regras e mais fraco do que um modelo puro de regras. Primeiramente, Schauer fala em positivismo presumido, porque, para ele, o modelo puro de regras é o modelo positivista de tomada de decisões. Assim, positivismo presumido significa um modelo de decisão segundo regras cuja força é meramente presumida, e não conclusiva.[36] A formulação do positivismo presumido que encontramos em Schauer é a seguinte: dado que o resultado a é indicado pela regra R, o sujeito de R (a pessoa vinculada pela regra) deve gerar a, a menos que ele tenha uma razão de grande força para não realizar a.[37] Sobre essa "grande força", na mesma passagem, Schauer diz apenas que ela deve ser maior do que *ceteris paribus*.

[36] SCHAUER, **Rules and the Rule of Law**, p. 647, 674–6.
[37] *Ibid.*, p. 676.

Para Schauer, tal fórmula é muito diferente da fórmula do particularismo sensível a regras, que seria a seguinte: o sujeito da regra deve alcançar a, a menos que haja razões para não seguir R no seu caso que superam a soma das razões subjacentes a *R* e as razões para formularmos tais razões subjacentes em uma regra.[38]

Infelizmente, porém, parece-me que Gerald J. Postema está coberto de razões quando enxerga uma identidade intensional e extensional entre o particularismo sensível a regras e o positivismo presumido de Schauer, o que significa dizer que, em última análise, ambas as fórmulas têm o mesmo sentido e, se dois sujeitos tomassem suas decisões com base cada um em uma dessas fórmulas, eles tomariam sempre as mesmas decisões nas mesmas circunstâncias.[39] Postema chega a essa conclusão, porque, na verdade, o que importa na fórmula do positivismo presumido não pode ser a força ou peso absoluto das razões conflitantes, mas sua força ou peso comparativos. Nessa comparação, a força presumida da regra não pode ser algo além da soma da força das razões para termos regras em geral e, em particular, a regra que estiver em questão. Mas é exatamente a força dessas razões que o particularismo sensível a regras também considera, no que ele se diferencia de um simples particularista insensível a regras. Não há razão que justifique uma presunção de força maior para as regras no caso do positivista presumido. Como o particularista sensível a regras tampouco efetua o cálculo de todos os prós e contras em todas as suas decisões, penso que Postema também esteja certo em assimilar o positivista presumido ao particularista sensível a regras do ponto de vista da psicologia ou fenomenologia da decisão.

Em sua resposta a Postema, Schauer argumenta que a diferença entre o positivismo presumido e o particularismo sensível a regras seria real, porque o particularismo sensível a regras, ao contrário do positivismo presumido, permitiria que o tomador de decisão avaliasse a força e a aplicabilidade dos valores de termos regras em cada caso.[40] Mas se Schauer quer dizer com isso que o particularista sensível a regras precisa efetuar "no varejo" (ou seja, caso a caso) o cálculo dos valores por trás da regra em comparação com os valores prejudicados se seguirmos a regra,

---

38 *Ibid.*, p. 676, n. 66.

39 POSTEMA, Gerald R., Positivism, I presume?...comments on Schauer's "Rules and the Rule of Law", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 14, n. 3, p. 797–823, 1991, p. 813–6.

40 SCHAUER, **Rules and the Rule of Law**, p. 678, n. 71.

enquanto apenas o positivista presumido pode decidir "no atacado" que esse cálculo não deve ser efetuado em um conjunto de casos, ele certamente está errado. Como já dito, ao ser sensível ao valor das regras, o particularista pode decidir nem sempre efetuar o cálculo ou balanço de razões, ou seja, não investigar, em cada caso, se alguma consideração aplicável ao caso não derrotaria a força presumida da regra. Mas essa atitude não impede, nem o particularista sensível a regras e nem o positivista presumido, de virem a saber que a força presumida da regra não se aplica ou é menor do que a força de outras razões aplicáveis ao caso.

Por exemplo, um membro do judiciário pode reconhecer, em geral, o valor de não usurpar o poder de fazer leis pertencente a órgãos legislativos democraticamente eleitos, e ainda entender que, ao aplicar a regra da imunidade tributária a livros digitais, ele apenas resolve um evidente problema de subinclusão, sem tomar uma decisão contramajoritária ou mesmo polêmica. Não é preciso que um magistrado tenha a disposição de revisar cada lei para que ele possa notar que ele está em uma situação assim em um caso particular. E, a bem da verdade, se fosse preciso, o mesmo valeria para o positivista presumido, porque, pelo que foi visto até aqui, não há de onde o positivista presumido retirar uma força maior ou mais constante para as regras do que aquela que é reconhecida de modo idêntico pelo particularista sensível a regras. Em síntese: 1) não há valor algum em termos regras que o positivista presumido deva reconhecer, mas não o particularista sensível a regras; 2) a força presumida das regras, no positivismo presumido, nada mais é do que a força desses valores; 3) por reconhecerem esses valores, tanto o positivista presumido quanto o particularista sensível a regras evitam uma investigação completa de todas as considerações aplicáveis a cada caso, seguida de sua ponderação, como ocorre na deliberação prática do particularista simples.

Ora, se o positivismo presumido é idêntico ao particularismo sensível a regras, nós continuamos com nosso problema, porque sabemos que o particularismo sensível a regras se sai muito bem em casos como a da imunidade tributária para livros digitais, mas é muito problemático quando o tomador de decisão está igualmente convicto da correção de sua decisão contrária à regra em casos controversos. Na verdade, pode até ser que eu esteja redondamente enganada em pensar que não haveria objeções moralmente legítimas à aplicação da imunidade tributária a livros digitais. Por exemplo, será que alguém não poderia argumentar

razoavelmente que a regra da imunidade tributária para livros em si, no fim das contas, não é boa, porque beneficia apenas os mais favorecidos, que consomem livros, propiciando uma queda na arrecadação de impostos que poderiam beneficiar membros mais desfavorecidos da nossa sociedade? No caso afirmativo, seria bom que a regra tivesse uma área de subinclusão, e ela não deveria ter sua aplicação expandida para essa área. Afinal, quanto menos uma regra ruim fosse aplicada, tanto melhor. Se esse argumento contrário à regra da imunidade tributária para livros fizer sentido, acima de tudo, o tomador de decisão que não aplicasse a regra a livros digitais, seguindo um modelo puro de regras, nisso, exerceria uma vontade que não é a dele, mas aquela expressa na regra, portanto, não estaria impondo sua vontade pessoal em matéria moralmente controversa. Vimos ser essa, exatamente, a vantagem do modelo puro de regras.

Neste ponto do meu trabalho, diante do empasse entre o modelo puro de regras e o particularismo sensível a regras, e diante da impossibilidade de distinguirmos o positivismo presumido de Schauer do particularismo sensível a regras, eu gostaria de sugerir que a adição de fortes sanções a tomadores de decisões que violam regras quando eles estão errados ou, melhor dizendo, quando outros pensam que eles estão errados é o mecanismo que pode nos levar a descobrir um terceiro modelo habitando o espaço lógico entre o modelo puro de regras e o particularismo sensível a regras/positivismo presumido.

2. 5 A diferença que as sanções fazem

Schauer pensa que o positivismo presumido é diferente do particularismo sensível a regras. Contudo, concordando com Postema, eu afirmei que são idênticos. Isso implica que um tomador de decisão sensível aos valores para termos regras só tem uma razão para adotar uma atitude mais forte com respeito a regras do que aquela do particularista sensível a regras se essa razão tiver outra fonte que não os valores subjacentes às regras. Quer me parecer que essa outra fonte só poderia ser uma ameaça de sanção — a ameaça de um mal para o próprio agente — em caso de desvio da regra. Porém, se puníssemos todo e qualquer desvio de regras, independentemente da racionalidade dessa decisão, estaríamos forçando a tomada de decisão de acordo com o modelo puro de regras. Com base

nos argumentos desenvolvidos nas seções anteriores, podemos afirmar que não é isso que desejamos.

Por um lado, nós desejamos que, nas questões moralmente controversas, o tomador de decisão não imponha sua vontade pessoal quanto a qual dos valores conflitantes deveria prevalecer. Em havendo uma regra vinculando sua decisão, queremos que ele respeite o fato de que o balanço de razões já foi feito e seu resultado está representado na regra. Por outro lado, não queremos transformar o tomador de decisão em um autômato sem consciência moral. Nos casos em que a regra dita uma decisão clara e gravemente imoral, queremos que ele desvie da regra e faça a coisa certa. Parece que, mesmo que não tenhamos desenvolvido aqui um conceito de direito, o que seria impossível de ser feito, podemos dizer que queremos tudo isso, em especial, quando se trata do direito. Ao menos em nossa sociedade, nós chamamos certas práticas de práticas jurídicas para a tomada de decisões, querendo dizer, por um lado, que essas práticas não significam a pura e simples subordinação da vontade dos demais à vontade pessoal do tomador de decisão e, por outro lado, que existe alguma aspiração à justiça, alguma pretensão de legitimidade moral nessas decisões.

A saída para esse novo impasse a que chegamos — como utilizar as sanções contra o tomador de decisão sem forçar a execução do modelo puro de regras — pode ser encontrada em uma tese desenvolvida por Schauer por outras razões, com outros fins. Schauer trata da importância de sanções no contexto de sua discussão da assimetria entre o ponto de vista do tomador de decisão e o ponto de vista do *designer* do ambiente de tomada de decisão.[41] Ele não está afirmando que o tomador de decisões não tenha outras razões, que não a sanção, para seguir a regra contra o que ele acredita ser a resposta certa, segundo o balanço de razões, em um dado caso. Schauer apenas assume que, mesmo que não seja racional que um agente não faça o que pensa ser melhor fazer em dada ocasião, não se segue que seja racional para o *designer* do ambiente encorajar essa liberdade de decidir.

O designer do ambiente pode acreditar que um tomador de decisão em particular ou um determinado grupo deles cometerá uma certa quantidade de erros em sua avaliação da resposta correta para problemas práticos particulares, de tal maneira que, se esse agente ou grupo de agentes decidisse sempre de acordo com regras, o número de decisões erradas, no total, seria

[41] *Ibid.*, p. 691–4.

menor. Por isso, o designer do ambiente prevê sanções para desestimular decisões segundo o balanço de razões. Só que, para Schauer, na maioria das sociedades, será difícil punir quem acabou fazendo o melhor ao violar a regra. Por esse motivo, Schauer se conforma com a imposição de sanções muito pesadas contra quem tiver violado a regra fazendo o que acabou não sendo o melhor. Essas sanções impostas contra quem erra ao acreditar que deveria violar a regra fazem com que o agente queira ter muita certeza antes de violar uma regra, inclusive, *certeza quanto ao fato de que aquele que impõe a regra por meio da sanção irá concordar que o que ele fez era a coisa certa a se fazer*.

*P*ara os meus fins, as duras sanções previstas para quem viola regras e acaba fazendo o que, no juízo de outros, não era o certo a ser feito, considerando-se todas as coisas, vêm bem a calhar, porque geram exatamente o efeito que eu estava procurando. O tomador de decisão passa a ter uma motivação para não querer, simplesmente, impor sua preferência pessoal quando matérias controversas estão em discussão e requerem uma decisão pública, porque ele será sancionado se quem tiver poder para sancioná-lo tiver uma preferência diferente da dele. Nesse sentido, é fundamental que, assim como Schauer, também tenhamos em vista sanções sociais: as mais diferentes manifestações de desabono na esfera pública.[42] Essas sanções, sobretudo na era das redes sociais, podem ser mais difíceis de serem toleradas do que sanções formalizadas e juridicamente administradas. É, sobretudo, delas que dependemos se quisermos um ordenamento jurídico em que os diversos tomadores de decisão não considerem trivial exercerem seu melhor juízo para a solução de problemas práticos, como se a autoridade juridicamente conferida a eles significasse tão somente e apenas um privilégio para o exercício de uma vontade pessoal dentre outras milhões.

Claro que incentivos positivos também são importantes.[43] Quando membros da sociedade colam adesivos com a figura de um magistrado em seus veículos, esse magistrado está sendo incentivado a manter o comportamento que ele estiver adotando e outros magistrados estão sendo incentivados a agir como ele. Ainda assim, parece-me haver uma importante diferença moral entre incentivos positivos e negativos. Normalmente, não julgamos bem a pessoa que desiste de fazer o que julga

[42] *Ibid*., p. 694.

[43] Schauer inclui incentivos positivos, ou seja, recompensas por seguir a regra, no conceito de coerção. *Ibid*., p. 693; **The force of law**, p. 7.

certo fazer em nome de um benefício pessoal que ela receberá se desistir de seguir seu melhor juízo. Mas tendemos a desculpar quem deixa de seguir seu melhor juízo por medo justificado de receber uma grave punição. Quer dizer, normalmente, não pensamos que o sacrifício pessoal seja uma obrigação. A ação de quem faz o que pensa ser certo fazer, arriscando uma enorme perda pessoal, é vista como supererrogatória, ao passo que a ação de quem faz o que pensa ser certo fazer arriscando não receber benefícios pessoais é vista como obrigatória. Parece-me que essa diferença precisa ser levada em conta quando pensamos que um conceito moralmente carregado de direito requer o conceito de sanção, e não o de recompensa, para sua adequada elucidação.

3. CONCLUSÃO

Nas três questões persistentes apresentadas na Introdução de **O Conceito de Direito,**[44] Hart menciona tanto a relação do direito com ordens amparadas por ameaças quanto a extensão em que o direito teria a ver com regras. Nós vimos que, ao lidar com essas questões, Hart promoveu uma importante ruptura com a tradição. Clássicos como Hobbes e Kant não imaginaram que o conceito de direito pudesse ser adequadamente esclarecido sem o conceito de sanção. Mas Hart deu muito mais destaque conceitual ao conceito de regras em sua análise da natureza do direito. Todavia, eu defendi que Hart cometeu um erro muito grande em sua compreensão de regras na forma da tese do germe da justiça. Uma vez que recusemos a tese do germe da justiça e mostremos que regras, pelo contrário, são o fator que impossibilita decisões ótimas, podemos tentar retomar um lugar de destaque para sanções na análise do direito. Sanções passam a ser necessárias para desestimularem os tomadores de decisão de procurarem realizar o que, em seu juízo, é o ótimo.

É verdade que essa análise que desenvolvemos depende de um conceito de direito que não é o de Hart. De um lado, minha análise não se aplica se admitirmos como jurídico um sistema que apenas subordina a vontade pessoal de uns à vontade pessoal de outros. Foi fundamental para a análise desenvolvida aqui que recusássemos o argumento de Schauer quanto a regras não serem necessárias para a distinção entre um

[44] HART, **The concept of law**, p. 13.

sistema jurídico e um sistema de imposição *ad hoc* de vontades pessoais. De outro lado, a análise levada a cabo aqui também não se aplica, ao menos da mesma maneira, se concebermos que um sistema pode ser jurídico sem sequer levantar pretensões de correção moral em suas decisões. Por essas razões, eu não fiz uma crítica interna a Hart, mas acredito ter honrado todas as suas principais preocupações, expressas nas três questões persistentes: a relação entre direito e sanções, a relação entre direito e regras, a relação entre direito e moralidade.

LITERATURA DE APROFUNDAMENTO:

- DUARTE D'ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.). **Reading HLA Hart's The concept of law**. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2013.
- KRAMER, Matthew H. **H.L.A. Hart: the nature of law**. Medford, MA: Polity, 2018. (Key contemporary thinkers).
- KRAMER, Matthew H. (Org.). **The legacy of H.L.A. Hart: legal, political, and moral philosophy**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. 2nd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008. (Jurists : profiles in legal theory)

Capítulo 3

O "GÊNERO" ENQUANTO UMA QUESTÃO PERSISTENTE

Anna Laura Maneschy Fadel[1]

INTRODUÇÃO

O Conceito do Direito, do autor H.L.A. Hart[2], é uma das grandes obras da Teoria do Direito do século XX. Ao estudar a tradição analítica, parece incontornável não passar pelos seus ensinamentos, como a descrição sobre a natureza do Direito – e a sua relação com a Moral –, a diferença entre regras e hábitos, o ponto de vista interno, a discricionariedade judicial, etc.

A proposta do presente ensaio é realizar uma crítica metateórica ao projeto de Hart[3], desafiando-o a partir da *Teoria Feminista do Direito*. O objetivo é realizar uma crítica externa à tradição analítica, argumentando que há uma limitação metodológica no seu projeto teórico, por trabalhar com categorias presumidamente "neutras", como a noção de sujeito e o direito como uma prática social ahistórica. Nesse sentido, considera-se que se trata de uma teoria que não responde aos problemas da desigualdade entre homens e mulheres no campo jurídico.

Em "*Questões persistentes*", primeiro capítulo do referido livro[4], há uma amostra do que está por vir, um esquema didático dos demais capítulos. Em seu começo, deixa-se claro que a finalidade do livro é propor um ensaio sobre a Teoria Analítica do Direito, sem que haja uma

---

1 Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará e, em regime de cotutela, pela École de Droit de la Sorbonne da Université Paris 1 (França).

2 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

predileção por uma cultura jurídica específica, mas uma compreensão da "estrutura geral do pensamento jurídico". Portanto, há uma pretensão de universalidade, bem como de descritividade. O compromisso com a teoria descritiva rompe com uma pretensão normativa do direito, tratando-se de investigar o que o direito é e não o que *deveria ser*, em sentido moral, político ou social.

A tradição positivista analítica defende que é possível estabelecer uma descrição "neutra de valores" sobre o direito, suprimindo tudo aquilo que fosse subjetivo, acidental ou contingencial. Para descrever o direito, deve-se conhecer as práticas sociais compartilhadas por aquela sociedade, assumindo o ponto de vista de quem as pratica[5].

O "*internal point of view*" ("ponto de vista interno") seria capaz de explicar o motivo pelo qual os agentes estariam mais propensos a cumprir com aquilo que o direito prescreve, fazendo surgir um dever compartilhado entre eles, o que possibilita a reivindicação de um direito perante os demais.

Com o objetivo de ilustrar essa ideia, Hart[6] argumenta como o direito se assemelha a um "jogo de xadrez" que depende da descrição das práticas dos agentes que compartilham internamente um conjunto de símbolos e linguagens que possibilitam "deveres" que podem ser reivindicados perante os demais. A isto, Hart[7] nomeia de *normatividade*.

Nesse sentido, a teoria hartiana tem como vantagem o fato de trazer o sujeito para o centro de sua análise, compreendendo o direito por meio de uma descrição de suas práticas sociais, com influência da *filosofia da linguagem* de Wittigenstein. Em comparação às tradições anteriores, Hart[8] compreende o direito como um fenômeno produzido pelos agentes em interação social. O método da sociologia descritiva, que nada tem de empírica, presume que a obrigatoriedade das regras é compartilhada em todo lugar, a qualquer tempo. Assim, o conceito do direito seria independente dos contextos em que ele se produz.

---

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203. Acesso em: 4 out. 2022.

6 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

Entretanto, por pertencer à tradição analítica, a forma como compreende essas práticas não consegue dar conta da dimensão das questões sociais, políticas, econômicas e históricas que estão por detrás. Mas não seriam estas questões importantes para serem debatidas no campo jurídico? E, afinal, quem são esses sujeitos?

Na primeira seção, será apresentado um panorama geral do projeto teórico da tradição analítica, em especial o fato desta teoria ter se proposto a alcançar conceitos – juízos analíticos – sobre o que é o direito, sem a necessidade de se engajar sobre análises históricas ou contextuais para compreender a sua natureza. Para tanto, empreende um tipo de teoria pautada na descrição, abandonando perspectivas prescritivas do direito.

Em continuidade, na segunda seção, será introduzida a crítica feminista à "*jurisprudence*", denunciando como essa metodologia ahistórica promove um apagamento das mulheres na construção sobre o que é relevante ao direito, ao estabelecer que a universalidade e a abstração são características que privilegiam apenas o sujeito masculino.

Na última seção, comenta-se quem é o sujeito idealizado por teorias como a de Hart e como essa preferência exclui a subjetividade feminina da condição do "sujeito de direitos" das teorias jurídicas dominantes.

Ao final, serão feitas as conclusões gerais sobre o artigo.

1. O "CONCEITO" DO DIREITO PROPOSTO PELA TRADIÇÃO ANALÍTICA: HÁ UMA VISÃO AHISTÓRICA DO DIREITO?

Ao descrever o direito por meio de juízos analíticos, Hart[9] traça uma linha sobre aquilo que a sua teoria se preocupa em justificar. Como os juízos analíticos são empreendimentos conceituais que não dependem de uma análise empírica (correspondente aos juízos sintéticos), não há uma pretensão de descrever um sistema específico, mas sim as condições de possibilidade sobre o que é o direito.

Em *Gender and the Analytical Jurisprudential Mind*, Leslie Green[10] chega à conclusão de que uma discussão sobre gênero nada tem a contribuir

[9] HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

[10] GREEN, Leslie. Gender and the Analytical Jurisprudential Mind. **Oxford Legal Studies Research Paper** N. 46/2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2650448. Acesso em: 4 out. 2022.

para uma teoria de regras jurídicas e seu funcionamento, típicas da "*jurisprudence*". Este debate é relevante apenas para as teorias da justiça que discutem relações contingentes. Portanto, há uma defesa de que sempre que estivesse em busca de um elemento "conceitual", a perspectiva de gênero recairia em um certo tipo de contextualismo, característico de juízos sintéticos.

Na leitura de Green[11], não é relevante discutir gênero para descrever a "natureza do Direito", pois não há relação entre as duas categorias. Segundo o autor, essa relação seria proveitosa para os campos que estudam a aplicação do Direito, mas não para aqueles que investigam o seu conceito. Contudo, essa defesa não é isenta de críticas.

Em *Jurisprudence: the sociable Science*, Postema[12] acusa a análise contemporânea da "*jurisprudence*" como anti-social, anti-filosófica e ahistórica. Além disso, reforça a necessidade de interligar a teoria do direto ao tempo e à história, como elementos centrais.

O diagnóstico básico de Postema[13] é de que a jurisprudência analítica aceita uma premissa de Austin, ou seja, que o objeto de análise da "*jurisprudence*" é apenas o núcleo dos conceitos práticos e profissionais como conceitos de direito e dever legal, posse, propriedade, responsabilidade, culpa, pessoa, coisa, estatuto, intenção, vontade, motivo, fontes legais, legislação, precedente, costume e afins.

Em que pese Hart e os seus sucessores da tradição anglo-americana majoritariamente rejeitarem a definição do Direito de Austin como comandos apoiados por ameaças, Postema[14] acredita esses autores mantêm uma compreensão estreita de Austin sobre o objeto da "*jurisprudence*", qual seja conceitos jurídicos utilizados na prática profissional, que se revelam bem adaptadas às ferramentas e ao estilo intelectual de análise filosofia.

---

11 Ibidem.

12 POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence: the sociable Science. **Virginia Law Review**. v. 101, n. 4, Symposium: jurisprudence and (its) history, 2015, p. 869-901. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24363235. Acesso em: 4 out. 2022.

13 POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence: the sociable Science. **Virginia Law Review**. v. 101, n. 4, Symposium: jurisprudence and (its) history, 2015, p. 869-901. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24363235. Acesso em: 4 out. 2022.

14 Ibidem.

Assim, o primeiro passo, sugerido por Postema[15], seria ampliar a compreensão do direito na sua vertente social[16], econômica, cultural, religiosa, política e histórica. O autor destaca como seria importante trazer para a abordagem analítica as lições da história do direito, por exemplo. Em outros termos, da forma como a teoria analítica é posta, ela parece descontextualizada de um conjunto de símbolos e significados que foram constituídos historicamente.

Assim, formular uma teoria ahistórica é desejável ou, melhor ainda, seria possível? O que essa estratégia mascara?[17]

2. O QUE A TEORIA FEMINISTA DO DIREITO TEM A CONTRIBUIR

A teoria feminista do Direito (*feminist legal theory*) busca argumentar como uma sociedade cultural, simbólica e socialmente fundamentada no sistema sexo-gênero pode influir naquilo que se compreende enquanto natureza do direito. Embora não se possa afirmar que o gênero é uma dimensão insignificante da vida social, deve-se indagar o porquê da suposta "neutralidade de gênero" de Hart[18] aparentemente privilegia ao homem e exclui a mulher da história do direito. Quais circunstâncias seriam "neutras" nesta análise?

---

15 Ibidem.

16 Recomenda-se a leitura de SAKR, Rafael. **Duncan Kennedy**: Um rebelde por princípio, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340983809_Duncan_Kennedy_Um_Rebelde_por_Principio. Acesso em: 14 out. 2022. Duncan Kennedy, autor do CLS estadunidense, talvez possa nos ajudar nessa reflexão, ao denunciar que por trás desse projeto de "neutro" e descritivo", o que há como plano de fundo desse Legalismo Liberal, é um projeto intimamente ligado ao Liberalismo Jurídico, que visou à produção de um sistema jurídico formado por regras impessoais, objetivas e lógicas. Como consequência, somos levados a crer que o Direito independe de questões políticas, desde a sua formação até a sua aplicação.

17 Essa não é uma crítica isolada. Sobre o contextualismo geográfico de Hart, recomenda-se: BRITO, Valdenor Júnior. A filosofia analítica do Direito é etnograficamente limitada?. **Rev. direito** GV 14 (1). Abr 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/rXYXScSPdDYKRGb8nMpkJsm/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 7 out. 2022. Acerca do contextualismo histórico, recomenda-se TAMANAHA, Brian. **A General Jurisprudence of Law and Society**, 2015.

18 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

Uma dificuldade frequente é similar àquela sustentada por Leslie Green[19]: o feminismo estaria mais preocupado com uma teoria social do direito, do que com o seu conceito e, por esse motivo, há produção acadêmica nos ramos do direito de família, penal, constitucional e outros, mas não em relação ao objeto da teoria analítica do direito. Isto porque, em regra, o feminismo se dedica a realizar uma crítica a propostas "universalistas", abstratas e puramente conceituais, "escapando" do espectro teórico da teoria analítica.

Esse embate deve criticado sob o ponto de vista *metateórico*, questionando os fundamentos da tradição analítica e indagando se é possível uma noção universal do que é o direito, sem qualquer tipo de contextualismo. Para tanto, a base do argumento seguirá o livro *Gender and Jurisprudence*[20], de Johanne Conaghan, que aponta como o gênero é uma categoria central para compreender as ordens sociais de uma sociedade, em razão da sua íntima ligação com as relações de poder que formam o direito.

A obra de Conaghan tenta responder a duas perguntas: qual o papel do gênero na tradição analítica do direito? E por que o gênero aparentemente é irrelevante para a descrição daquilo que se entende como direito? Aos questionamentos, a autora expõe dois argumentos.

O primeiro argumento afirma que é necessário historicizar o direito enquanto uma prática social contextualizada, pois, desta forma, seria possível entender as desigualdades que marcam a relação entre homens e mulheres. O segundo argumento é de que o "sujeito de direito", construído a partir de uma lógica "neutra", privilegia os desejos, vontades e aspirações do ego masculino. Sendo assim, tudo aquilo que remete ao feminino seria irrelevante.

No que diz respeito ao primeiro argumento, identifica-se que a rígida linha que se traçou entre o que é *direito* e o que é *do campo social* criou uma falsa sensação de neutralidade na descrição jurídica. Sob essa ótica, seria necessário apenas analisar as fontes legais de produção e aplicação do direito – como a r*egra de reconhecimento* de Hart – para identificar aquilo que estaria no campo jurídico.

---

19 GREEN, Leslie. Gender and the Analytical Jurisprudential Mind. **Oxford Legal Studies Research Paper** N. 46/2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2650448. Acesso em: 4 out. 2022.

20 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

Entretanto, um olhar mais atento, percebe que o gênero sempre foi importante para estabelecer aquilo que seria relevante para o direito. Ademais, segundo Conaghan[21], o direito reflete a sociedade. As chamadas "práticas sociais", relevantes para a teoria hartiana, são produto de uma sociedade que compartilha certos hábitos e regras que são formados histórica e socialmente. Portanto, é necessário contextualizar o direito, historicizando-o.

Nesse sentido, o conceito do direito de Hart[22] é mais limitado pelas suas origens temporais e espaciais do que o autor e seus herdeiros gostariam de assumir. Conaghan[23] investiga a genealogia da razão e do raciocínio jurídico, remarcando a diferença entre a razão como conceito e prática. Ao fazê-lo, afirma que a razão tem uma qualidade temporal e pode estar receptiva a uma perspectiva encarnada, abrindo-se a uma perspectiva de gênero.

Defender uma perspectiva ahistórica do direito é desconsiderar a gramática social para a sua produção. O direito é intrinsicamente histórico e temporal, inclusive, ao traduzir as reinvindicações dos "novos" sujeitos que constantemente reformulam suas bases, possibilidades e limitações. Na sua leitura sobre a teoria hartiana, Conaghan[24] argumenta como o conceito do direito é produzido a partir de ideias e percepções de seu tempo, revelando uma relação culturalmente dependente.

Dessa forma, não há neutralidade na análise de Hart[25] ou, se há, é meramente aparente. Conaghan[26], ao citar Tamanaha, explica que o conhecimento é sempre situado e social, política e culturalmente engajado, não havendo uma descrição que seja fixa no tempo e no espaço.

A moldura dimensionada por Hart para compreender a natureza do direito, assim como sua descrição "neutra", é delineada a partir das lentes pelas quais ele observa o mundo. Não se trata de uma condição universal

---

21 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

22 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

23 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

24 Ibidem.

25 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994

26 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

do direito, mas de uma visão particular, historicamente constituída que foi considerada como universal[27].

Sobre o tema:

> The idea that knowledge is always situated, and that, therefore, what counts as knowledge is necessarily morally, culturally, and indeed politically charged, sits uncomfortably alongside any attempt to offer a description which is not in some sense already normatively imbued[28].

Conaghan[29] destaca que, embora a teoria do direito feminista tenha recebido destaque acadêmico, ela ainda é considerada como uma teoria apartada da teoria do direito. Entretanto, o que deve ser questionado é como compreender conceitos legais desconectados dos contextos em que operam? Criticar a abstração teórica da teoria analítica que gera processos arbitrários ou seletivos, não implica em defender a redução de toda a atividade teórica ao nível de saberes relativistas e contingentes.

Da mesma forma, não se pretende desencorajar projetos conceituais mais amplos e abrangentes, todavia é necessário não conceber o direito como um domínio distinto e autônomo, a ser analisado isoladamente das suas origens sociais, operações e propósitos. É neste ponto que o "gênero" entra como um marcador importante.

Historicamente, o padrão das relações de gênero é aquele que reproduz o domínio masculino, refletindo na relação de dominação incorporada pelo direito, algo que as mulheres tentam romper, mas ainda não conseguiram. Conaghan[30] explica um motivo que impede essa emancipação: o fato de a criação do direito ser histórica.

Em outras palavras, o modo como se constrói e se avança no campo jurídico demanda olhar para o passado constantemente e isso dificulta o processo de ruptura pois a história do direito reflete o patriarcalismo.

---

27 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

28 Ibidem, p.163.

29 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

30 Ibidem.

3. O SUJEITO MASCULINO NA TEORIA DO DIREITO ANALÍTICA

A particularidade histórica da "*jurisprudence*" é disfarçada pela sua apresentação como ahistórica e universalmente aplicável. Um ponto de inflexão seria questionar: Por que o discurso jurídico, filosófico e político moderno privilegia um sujeito masculino, se foi construído em um sistema "neutro" em relação ao gênero? De acordo com Conaghan[31], o *self* filosófico é masculino porque é desprovido de traços que remetem à feminilidade[32]. Ademais, o "sujeito neutro" esconde a sua verdadeira subjetividade, por ser a representação da identidade, dos interesses e das necessidades masculinas.

O "sujeito de direito" - concebido como um indivíduo independente, autônomo, totalmente adulto, formalmente igual e autossuficiente na prossecução dos seus próprios interesses - é masculino, não porque os homens são mais susceptíveis a corresponder a este modelo de pessoa do que as mulheres (o que seria uma questão empírica), mas porque a própria invocação da ideia de gênero diferencia o "sujeito de direito", isto é, apenas ao homem é dada a possibilidade de ser universal. A construção do sujeito feminino é *residual*, ou seja, tudo aquilo que não é masculino, configura o feminino[33].

Robin West[34] defende que o *self* da tradição do pensamento jurídico moderno é um sujeito masculino, pois o raciocínio de um sujeito autônomo, distinto e desconectado dos demais é o oposto da construção do feminino. A isto ela denomina de *separation thesis*. Em contraposição, a *connection thesis* pensa a mulher enquanto um sujeito que se constrói a partir do contato com o outro, desde a gestação até a penetração, porém, não significa que o sujeito está fadado a uma ordem natural, como se homens não pudessem estabelecer laços ou que mulheres seriam incapazes de fazer escolhas autônomas[35].

---

31 CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

32 No campo da ética e da política, recomenda-se a leitura: BENHABIB, Seyla. **Situating the self**: Gender, Community and Postmodernism. Routledge, 1992.

33 Sobre esse ser "residual", recomendo "O segundo sexo", de Simone de Beauvoir.

34 WEST, Robin. Jurisprudence and gender. **Chicago Law Review**. v. 70, 1988.

35 Acrescenta-se que: "*Battersby's imaginary suggests that the categories and concepts through which we see and interpret the world and our (gendered) perceptions and experiences of that world are cognitively connected and, more particularly, that the common sense, gender-neu-*

Entretanto, como as formas de interação e socialização dos agentes estabelecem subjetividades, entende-se que a subjetividade dos sujeitos é um produto da cultura, sendo o direito parte desse processo, pois sendo ele um sistema de normas com o objetivo de construir e manter a ordem social, ele molda e é moldado simultaneamente pelo sistema sexo-gênero.

O conceito do direito, pensado a partir do gênero, busca tornar a sua conceituação mais inclusiva. Como ensina Conaghan[36], a forma como se experiencia o mundo, incluindo as perspectivas dos sujeitos encarnados, ajuda a formar o significado do objeto analisado. Não se trata de uma relação de causa-efeito, mas, ao entender o direito como uma prática social historicamente contextualizada, o gênero se torna um elemento que deve ser levado em conta, pois produz subjetividades e implica nas práticas sociais que formam o que será descrito por este campo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo apresentar uma crítica externa ao projeto teórico de *O Conceito do Direito*, de Herbert Hart[37], apresentado no capítulo 1 da obra, chamado: "*Questões persistentes*". O objetivo central da discussão foi problematizar como o método puramente conceitual da tradição analítica ("*jurisprudence*"), pautado em uma análise ahistórica e neutra, acaba por ratificar um sujeito masculino, excluindo as reinvindicações das mulheres do campo jurídico.

Para tanto, Postema[38] destaca a importância de historizar o direito, compreendendo-o como uma prática social, econômica, cultural, religiosa, política e histórica. Segundo o autor, apenas com esse propósito seria possível descrever o objeto jurídico, pois não haveria uma boa descrição do direito, sem entender os símbolos e significados que são historicamente construídos.

---

tral outlook of philosophical discourse rests upon an unarticulated male subject position." CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.

36 Ibidem.

37 HART, H. L. A., **The concept of law**, 2nd ed. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1994.

38 POSTEMA, Gerald J. Jurisprudence: the sociable Science. **Virginia Law Review**. v. 101, n. 4, Symposium: jurisprudence and (its) history, 2015, p. 869-901. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24363235. Acesso em: 4 out. 2022.

A construção ahistórica do direito da tradição analítica defende que é possível descrever o o que é o direito, sem a necessidade de se debruçar sobre características acidentais. Desse modo, tudo aquilo que não se enquadra enquanto "conceito" (juízo analítico) do direito é considerado mera contingência. Contudo, de acordo Conaghan[39], essa visão, até então, "neutra", mascara as relações de poder que formam a disputa jurídica e os atores que compõem a sua conceituação.

Nesse contexto, a mulher, que foi historicamente construída a partir da diferença – "o não homem" – permanece alijada do que se considera como "direito", pois a universalização daquilo que é juridicamente relevante não é protagonizada pelo sujeito feminino, mas pelo "homem", entendido como "universal".

Nesse sentido, a Teoria Feminista do Direito representada pela autora Joanne Conaghan[40] argumenta como o direito é uma importante fonte de significado e de valor, assim como o gênero. Assim, categorias jurídicas, que seriam supostamente "neutras", estabelecem-se a partir desta relação histórica. Por exemplo, a distinção entre público e privado ou o modelo paradigmático do sujeito de direitos.

Há uma profunda e simultânea relação entre direito e gênero, remontando a um conceito do direito que depende de uma análise sobre as diferenças entre homens e mulheres. Assim, o direito é uma prática social engajada que privilegiou o ponto de vista masculino para a sua definição e para estabelecer o que é juridicamente relevante. Portanto, a tradição analítica hartiana possui um *déficit*, ao não perceber que os sujeitos genderizados produzem significados distintos, sendo necessário descrever o direito como um campo que excluiu as mulheres do seu reconhecimento e participação plena.

LITERATURA DE APROFUNDAMENTO:

- BATTERSBY, Christine. **The Phenomenal Woman**. London: Polity Press, 1998.

[39] CONAGHAN, Joanne. **Law and Gender**. Londres: Oxford University Press, 2013.
[40] Ibidem.

- BENHABIB, Seyla. **Situating the self:** Gender, Community and Postmodernism. Routledge, 1992.
- BEAUVOIR, Simone. **O Segundo sexo**. Nova Fronteira, 2020/
- CONAGHAN, Joanne. Law and Gender. Londres: Oxford University Press, 2013.
- GILLIGAN, Carol. **In a different voice**. *Harvard University Press,* 1982.
- WEST, Robin. Jurisprudence and gender. ***Chicago Law Review***. v. 70, 1988.

Capítulo 4

O IMPERATIVISMO NA SUA MELHOR FORMA: ESCLARECIMENTOS E PROBLEMATIZAÇÕES SOBRE A GENERALIDADE DO DIREITO EM HART

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior[1]

INTRODUÇÃO

O segundo capítulo da obra da *The Concept of Law* é curto e pouco problemático em uma primeira leitura, mas guarda consigo questões implícitas interessantes que almejamos trazer à tona neste texto. É possível dividir este trabalho em quatro partes. A primeira é uma descrição concisa dos principais pontos trazidos por Hart no capítulo. A segunda é um esclarecimento histórico e biográfico em torno dos motivos pelos quais Hart escolheu John Austin como objeto de três capítulos de sua obra mais importante.

A terceira parte é dedicada a dois esclarecimentos metodológicos que são importantes para uma leitura adequada do capítulo e da obra como um todo. Por fim, a quarta e última parte se volta para a atualização e a problematização a respeito do debate sobre os temas abordados implícita ou explicitamente no capítulo. É possível dizer que a primeira parte serve como uma contextualização para o desenvolvimento do texto.

A segunda e a terceira parte são diretrizes interpretativas para a leitura introdutória (ou aprofundada) do capítulo e da obra como um todo. A quarta parte é um olhar para o presente e para o futuro do debate abordado aqui. Não se almeja ser exaustivo em nenhuma das partes, haja vista

[1] Professor da Faculdade de Direito da Unichristus. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

que este texto deve servir como introdução e convite para leitores curiosos da obra de Hart. Todavia, também é possível dizer, um pesquisador atento encontrará questões e caminhos a serem seguidos para além dos objetivos principais abordados aqui.

1. O IMPERATIVISMO DE AUSTIN COMO TEORIA DOMINANTE

Ao desenvolver o argumento inicial nos primeiros capítulos de *The Concept of Law*, Hart faz importantes comentários. Antes de tudo, ele destaca que a importância da análise linguística do fenômeno jurídico emergirá após a análise das deficiências da teoria que dominava o debate sobre teoria do direito (jurisprudence) na Inglaterra, a teoria imperativista de John Austin. Esse trabalho leva três dos dez capítulos da obra[2].

Mais do que propor uma definição completa do direito, que poderia ser testada —inclusive, na correta utilização do termo— Hart se propõe a construir uma teoria do direito (legal theory) que promova a análise de uma estrutura específica de direito municipal e a melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre direito, coerção e moralidade[3]. Dentro desse escopo, ele considera que a clara e detalhada análise do direito através da ideia de comandos e hábitos que foi feita por John Austin, principalmente, em *The Province of Jurisprudence Determined*[4].

Mesmo deixando elogios e deferências à teoria de John Austin, Hart é claro quando afirma que a sua "principal consideração não é com Austin, mas com as credenciais de um certo tipo de teoria que tem permanente atração mesmo com os seus prováveis defeitos"[5]. Dessa forma, ele é claro quando destaca que não hesitará em abandonar ou ignorar John Austin em trocar de uma postura mais consistente e mais clara em torno de uma determinada questão[6].

---

2 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 16.

3 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 17.

4 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 18.

5 No original: "For our principal concern is not with Austin but with the credentials of a certain type of theory which has perennial attractions whatever its defects may be". In: HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 18.

6 Não há como não lembrar de Rawls e do seu conselho de que as teorias rivais são melhor compreendidas quando analisadas em sua melhor forma. Freeman relata: "Rawls says in his

Dentro dessa estratégia de se contrapor à melhor teoria rival possível, Hart explica que, nos momentos em que a teoria imperativista de Austin apenas oferecer direcionamentos ou for incerta, ele usará a proposta de Kelsen[7]. Essa aproximação não é estranha ao pensamento de Kelsen, que também desenvolveu uma proposta imperativista para a devida compreensão do direito.

Importante destacar aqui também que, por mais que a teoria pura do direito de Kelsen tenha se desenvolvido autonomamente, sua perspectiva é próxima da jurisprudência analítica, "que tem como clássica representação no pensamento anglo-americano no trabalho de John Austin. Cada uma procura atingir seus resultados exclusivamente através da análise do direito positivo"[8].

Priorizando a simplicidade e o entendimento de sua proposta, Hart, então, propõe que a teoria imperativista de Austin seja compreendida a partir da metáfora do assaltante de banco que faz uma ameaça ao caixa para que este entregue o dinheiro[9]. Da mesma forma seria a relação do soberano e seus súditos. Aquele emitiria ordens ou diretivas que, se descumpridas, resultariam em castigos a estes. Nada muito diferente de uma ameaça comum.

Em seguida, ainda em seu projeto de fortalecer a sua rival, Hart faz uma série de ajustes teóricos na metáfora do direito baseado em ameaças[10]. Os ajustes levam a maior parte da atenção do autor no curto capítulo II de *The Concept of Law*. Tendo apenas dois subtópicos – intitulados

---

Lectures on the History of Political Philosophy that a moral theory is best understood when considered in its best light, and that there is no point in criticizing a theory otherwise". In: FREEMAN, Samuel. **Rawls**. Texas: Routledge, 2007, p. xii.

7 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 18.

8 KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 55, n. 1, nov. 1941, p. 54.

9 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 19. Kramer parece concordar com a metáfora, mas também concorda com a necessidade de ajustes. A respeito do tema, ele afirma que: "In the Austinian model, the relationships between the sovereign and the obedient citizens are akin to the relationships between a gunman and his victims. While the gunman will have issued some behests to his victims, the sovereign will have issued some behests to the citizens who are subject to the sovereign's away". In: KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 34.

10 Kramer destaca que o próprio John Austin concordaria com os ajustes à metáfora realizados por Hart. Ele explica que:" Though the Austinian sovereign is a gunman writ large in that all the sovereign's relationships with the citizenry are unalloyedly coercive, Austin recognized that the mandates enacted by a sovereign – that is, the mandates which are standing laws rather than situation-specific directives – characteristically differ quite conspicuously from

"Variedades de imperativos" e "Direito como ordens coativas", ele se insere no contexto geral da obra como uma preparação expositiva e criativa para o fortalecimento de uma teoria que será criticada nos dois capítulos seguintes. Para que, após a sua crítica destrutiva, se realize um recomeço no capítulo quinto.

1.1 O imperativismo na sua melhor forma

Hart inicia as adequações na teoria do direito como baseada em ameaças demonstrando que existem diferentes formas de imperativos. Como dito anteriormente, este é o ponto mais importante do primeiro tópico. É dito que não é necessário que um comando aconteça na iminência de um dano como em uma ameaça. A ideia de comando está relacionada com o conceito de autoridade sobre sujeitos, não com a iminência de um castigo. Comandar tem mais relação com respeito e submissão a uma autoridade do que com medo[11].

Em seguida, Hart elogia a proposta teórica de John Austin, afirmando que, mesmo com seus defeitos, ela consegue ser clara como elemento de explicação do direito. É por isso que o estudo de suas propostas e limites irá guiar os primeiros capítulos da obra. Mesmo assim, ele afirma que não é de se esperar que ela saia bem sucedida da crítica que virá em seguida, mas ainda assim é possível aprender com suas falhas[12].

A diretivas de um soberano são, diferentemente de ameaças, gerais em dois sentidos. Primeiro elas indicam uma conduta geral a ser aplicada a uma classe geral de pessoas. Em segundo lugar, em caso de descumprimento individual, oficiais (officials) determinam o seu cumprimento ou obediência. O controle jurídico é, mesmo que não exclusivamente, realizado por diretivas (directions) que são gerais nesses dois sentidos e que devem ser acrescentadas à metáfora[13].

---

any typical orders uttered by a gunman". In: KRAMER, Matthew H.. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 34.

11 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 20.

12 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 20.

13 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 21; ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 35; KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 32.

Quando é feita alguma referência a regras específicas, é afirmado que elas são "ou excepcionais ou acompanhamentos auxiliares ou o reforço de formas gerais de diretivas que não nomeiam, e não são direcionadas para, indivíduos particulares, e não indicam um ato particular a ser feito"[14]. As regras de caráter particular não são analisadas com profundidade e são colocadas em segundo plano no projeto de fortalecimento do imperativismo.

Outra diferença entre direito e ordens baseadas em ameaças está relacionada com o seu cumprimento. Normalmente, uma regra jurídica é divulgada após a sua promulgação para que ela seja cumprida em um âmbito geral. A questão é que ela já é direito mesmo antes de ser geralmente cumprido[15].

Além da questão da generalidade —de pessoas, de condutas e de cumprimento— Hart destaca que uma mudança mais fundamental deve ser feita na metáfora do direito como ordens baseadas em ameaças. Uma pessoa ameaçada não continua cumprindo ordens após o fim das ameaças imediatas, mas ordens jurídicas são respeitadas por um longo período de tempo. Essa persistência também deve ser inserida na metáfora[16]. Além disso, Endicott lembra que tais ordens também devem ser gerais em relação ao espaço em que são aplicadas[17].

Outra característica que merece ser substituída na metáfora é a que trata do respeito e da execução das ordens. É inserida na metáfora a ideia de que as ameaças são mais respeitadas do que desrespeitadas entre os súditos. Essa característica nada mais é do que a ideia de ato geral de obediência —já presente em Austin[18]— que não precisa ser determinada

---

[14] No original: "Instead such particularized forms of control are either exceptional or are ancillary accompaniments or reinforcements of general forms of directions which do not name, and are not addressed to, particular individuals, and do not indicate a particular act to be done". In: HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 21.

[15] HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 22.

[16] HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 23. ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 37; KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 35.

[17] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 38.

[18] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 133. Ou, na obra original: AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence**

de maneira muito precisa em termos numéricos ou quantitativos assim como a quantidade de cabelos para se dizer que alguém é careca[19].

Mesmo sendo vaga, Hart afirma que é preciso saber se essa "noção de hábito geral de obediência a ordens gerais baseadas em acordos é realmente o bastante para reproduzir as características e a continuidade que um sistema jurídico possui"[20]. Não há como não pensar que este comentário já é uma sugestão do que virá depois desenvolvido no capítulo quinto como ponto de vista interno de obrigações como uma característica do fenômeno jurídico.

Outra sugestão de tema que será desenvolvido posteriormente é a afirmação de que, mesmo com as referidas adequações, o modelo que parece surgir da metáfora do direito como ordens baseadas em ameaças se adequa mais com normas penais do que com normas de outras áreas do direito como o direito civil[21]. Aqui, é sugerida a crítica que será? desenvolvida no capítulo terceiro, em que se alcança a constatação de que regras civis não se encaixam no modelo imperativista de John Austin.

Voltando ao projeto de aperfeiçoamento da metáfora, Hart destaca que, mesmo sendo baseado apenas no direito penal, um sistema jurídico de um estado moderno é caracterizado pela supremacia dentro do território e pela independência de outros sistemas jurídicos em uma perspectiva externa[22]. Por isso, é possível diferenciar um ministro — que atua

---

Determined. London: John Murray 1832. Disponível online: http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf. Acesso em 17.jun.2022.

19 Sobre o assunto, Kramer explica: "Accordingly, whereas the continuation of the dominance of a gunman over his victims will normally involve compliance by all of them with his orders (since recalcitrance on the part of the victims will normally result either in their being immediately shot or in the collapse of the gunman's sway), there is greater latitude for some noncompliance with the mandates of a sovereign". In: KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 35.

20 No original: "(...) notion of general habitual obedience to general orders backed by threats is really enough to reproduce the settled character and continuity which legal systems possess notion of general habitual obedience to general orders backed by threats is eally enough to reproduce the settled character and continuity which legal systems possess". In: HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 24.

21 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 25.

22 Sobre o assunto, comenta Endicott: "The supremacy of law entails at least four modes of generality: in the scope of the authority of legal institutions as to persons and as to subject matter, in the persistence in time of legal institutions, and in their authority across a territory. There is no supreme authority without general power to make law. I do not think that the authorities in a legal system need to claim unlimited authority.13 But it is absolutely necessary that their

com sua autoridade delegada— da Rainha no Parlamento (Queen in Parliament), que é suprema em sua autoridade. Se não fosse por esse sistema, não haveria apenas um sistema jurídico na Inglaterra, mas vários[23].

Essas são as adequações de Hart ao modelo de ordens baseadas em ameaças que será desenvolvido e criticado nos capítulos terceiro e quarto da obra. A partir dos erros encontrados no modelo de John Austin — mesmo após os aperfeiçoamentos do segundo capítulo — Hart irá propor uma nova gramática conceitual para a devida compreensão do direito.

Como resumo, Endicott[24] sugere uma tabela interessante para compreender as sugestões de Hart. Ela é parcialmente reproduzida abaixo:

FORMAS DE GENERALIDADE NO DIREITO		
As regras presentes em um sistema jurídico são gerais quanto: Às pessoas as quais ele se dirige. Às condutas que ele regula. Ao tempo no qual ele se insere. Ao lugar em que ele se aplica.	As instituições jurídicas necessariamente tem autoridade geral. As diferentes regras secundárias são gerais em relação: Às pessoas sujeitas. Aos assuntos. Ao tempo às quais elas têm jurisdição. Ao lugar aos quais elas têm jurisdição.	Os próprios sistemas jurídicos são gerais em relação a sua autoridade, assim como em sua regra de reconhecimento e em relação ao nível de desobediência possível de sua população.

authority to regulate the life of a community should extend generally across an extremely wide class of conduct. Legal systems also necessarily have tribunals of general jurisdiction". In: ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 39.

23 HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. 25.

24 ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 42.

2. A ESCOLHA POR JOHN AUSTIN

O período no qual Hart escreveu *The Concept of Law* estava influenciado por duas grandes correntes intelectuais do século XIX na teoria do direito inglesa (jurisprudence). Por um lado, estava a tradicional teoria analítica do direito influenciada pelo utilitarismo de Jeremy Bentham, mas imediatamente guiada pelas obras de John Austin, *Province of Jurisprudence Determined* e *Lectures on Jurisprudence*. Em contraposição, havia uma corrente de teoria histórica do direito, que surgira em reação à perspectiva tradicional[25].

Por mais que a primeira corrente predominasse, MacCormick explica que os estudiosos do período "tinham parado de se interessar em filosofia e em filósofos no direito. A teoria do direito nas universidades tinha se tornado uma leitura rotineira e uma releitura de textos e livros canônicos. Mesmo com brilhantes exceções, o assunto era moribundo"[26].

No século XIX, Jeremy Bentham e John Austin, influenciados pela obra de Thomas Hobbes, desenvolveram uma proposta teórica que a posteridade acabou rotulando de 'positivista'[27]. Rejeitando compreender o direito como algo natural, divino e metafísico, Bentham e Austin o entenderam como um artefato humano, uma ordem de um superior a subordinados que o obedecem habitualmente[28].

De acordo com Clarence Morris, John Austin teve uma carreira de frustrações[29]. Desde insucessos no exército e na advocacia, ele sempre foi reconhecido pelos seus professores como alguém brilhante e capacidade diferenciada perante seus colegas. Seus estudos e peças eram

---

25 MACCORMICK, Neil. **H. L. Hart**. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 29.

26 No original: "(...) stopped being interested in philosophy, philosophers in law. Jurisprudence in the universities had become a routine reading and rereading of a canon of texts and textbooks. Excepting a handful of brilliant exceptions, the subject was moribund". In: MACCORMICK, Neil. **H. L. Hart**. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 29.

27 A respeito da ideia de que Hobbes foi o fundador do positivismo, conferir: GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; CABRAL, Gustavo César Machado. Justiça, Lei Natural e Lei Civil na obra "Leviatã" de Thomas Hobbes. **Teoria Jurídica Contemporânea**, [*s. l*], v. 7, p. 1-27, 2022. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/49041/28467. Acesso em: 16 jun. 2022.

28 LACEY, Nicola. A Life of H. L. A. Hart. **The nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 224.

29 MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas do direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 334.

sempre detalhistas e minuciosos, o que era uma qualidade invejável. Todavia era comum que seus colegas considerassem que essa característica se destacava também pelo seu exagero.

A saúde de John Austin não era das melhores, mas, no período em que recebeu o convite para lecionar na recém fundada Universidade de Londres (*University of London* e atualmente *University College London*), ele estava bem de saúde e em boa disposição. Como preparação para a docência, ele passou dois anos na cidade alemã de Bonn. Seus estudos em teoria do direito alemã foram essenciais para o seu apreço pela análise intelectual clara e rigorosa.

Suas aulas não eram muito disputadas pelos alunos. Mesmo no início tendo sido prestigiado por estudantes como John Stuart Mill, a pouca relação de seu raciocínio com a prática diária do direito fez com que cada vez menos interessados surgissem. Com poucos alunos e poucos honorários, John Austin pede demissão em 1832, o que foi um golpe – de acordo com sua esposa - do qual ele não se recuperou nunca[30].

Logo após o pedido de demissão, ele publica suas aulas introdutórias com o título de *The Province of Jurisprudence Determined*. O texto foi ignorado pelos principais periódicos, o que deixou o editor receoso de um prejuízo, mas a aceitação gradual e lenta fez com que suas cópias se esgotassem. Após sua morte, sua obra foi resgatada por Sir Henry Maine, um famoso historiador de Cambridge. Talvez esse resgate tenha feito de Austin o autor inglês mais influente do fim do século XIX[31].

Mesmo com o prestígio de leitores, o âmbito intelectual jurídico inglês era pouco versado no âmbito filosófico, o que deixou a obra de John Austin sem muito desenvolvimento doutrinário desde sua morte. O domínio de profissionais sobre acadêmicos nas principais universidades inglesas era, inclusive, motivo de incômodo na época[32].

Dentro desse contexto, em 1953, Hart foi indicado à cadeira de teoria do direito (jurisprudence) da Universidade de Oxford. Mesmo não sendo o preferido, a ajuda do prestigiado professor da casa John Langshaw

---

30 MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas do direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 334.

31 MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas do direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 334.

32 LACEY, Nicola. A Life of H. L. A. Hart. **The nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 224.

Austin foi importante para a sua escolha. Para ele, só alguém que soubesse pensar filosoficamente poderia trazer o verdadeiro prestígio à disciplina de teoria do direito. Como Hart já participava de seu grupo de discussões em filosofia da linguagem, J. L. Austin interviu também porque sabia da sua qualidade intelectual.

Nicola Lacey destaca que, já em 1952, Hart já se preparava no adiantamento dos estudos relacionados ao que, em 1961, se tornaria *The Concept of Law*. Nesse momento, ele "enviou outro sinal sobre a tradição que ele almejava reviver"[33]. A aproximação entre filosofia da linguagem e a teoria do direito analítica foi marcante para o desenvolvimento do seu pensamento e marcou toda a sua carreira.

Um marco desse momento foi a sua palestra inaugural como professor de teoria do direito (jurisprudence) de Oxford em 1953, chamada "Definição e teoria na teoria do direito" (*Definition and Theory in Jurisprudence*[34]). Nela, é possível perceber a agenda de pesquisas que se seguiria pelos anos. Seu argumento principal era a constatação dos erros de seus predecessores na filosofia do direito na provocação e no método de análise de institutos jurídicos e a indicação de que nas intuições de Bentham e Frege a compreensão contextual desses termos seria mais adequada[35].

Fora da Inglaterra, um marco foi sua palestra em Harvard em 1957, chamada "Positivismo e a Separação entre o Direito e Moral" (*Positivism and the Separation of Law and Morals*[36]). Nela, "Hart mapeou sua agenda como intelectual sucessor do positivismo jurídico de Jeremy Bentham e John Austin. Em particular, ele defendeu sua marca na teoria do direito analítica (...)"[37]. Além disso, ele também defendeu a diferenciação

---

33 LACEY, Nicola. A Life of H. L. A. Hart. **The nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 156.

34 HART, Herbert. Definition and Theory in Jurisprudence. **Law Quartely Review**, [*s. l*], v. 70, jan. 1954.

35 LACEY, Nicola. A Life of H. L. A. Hart. **The nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 156.

36 HART, Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, fev. 1958.

37 No original: "Herbert mapped out his agenda as the intelectual sucessor to the legal positivismo of Jeremy Bentham and John Austin. In particular, he defended their brando f analytical jurisprudence (...)". In: LACEY, Nicola. A Life of H. L. A. Hart. **The nightmare and the noble dream**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 197.

de Bentham entre teoria do direito descritiva e prescritiva, ou seja, na diferença de análise entre o que o direito é e o que o direito deve ser[38].

Por fim, é possível dizer que *The Concept of Law* regenerou o debate e o interesse em teoria do direito no período. Essa regeneração não aconteceu através do abandono da tradição analítica como no realismo jurídico norte-americano. Hart preferiu redefinir e revisitar questões já tratadas em textos tradicionais como a obra de John Austin[39]. MacCormick também acrescenta que não foi uma surpresa que Hart tenha iniciado seu mais importante livro tratando de Austin "antes de anunciar um recomeço. O recomeço foi feito a partir da estação na qual a locomotiva da teoria do direito britânica parecia ter quebrado"[40].

3. DOIS ESCLARECIMENTOS METODOLÓGICOS

Até agora, o segundo capítulo de *The Concept of Law* foi descrito brevemente dentro de seus principais elementos. Em seguida, foram trazidos parâmetros históricos e teóricos que explicam a escolha de John Austin como rival a ser batido. Agora, serão feitos dois esclarecimentos metodológicos. É possível que uma leitura mais atenta até o segundo capítulo da obra possa ter trazido um estranhamento inicial, mas ainda não consistente devido a brevidade da leitura do livro.

---

38 Também sobre o assunto, Kramer explica que: "On the one hand, while Hart impeached Austin's understanding of law in many farreaching respects, he did not seek to demolish it altogether. He esteemed Austin and Jeremy Bentham as his two greatest predecessors in the tradition of legal positivism, and he repeatedly applauded their emphasis on the distinction between what the law is and what the law ought to be. On the other hand, notwithstanding his admiration for Austin's positivism and for the perspicuity of Austin's prose and and analyses, Hart felt that the command theory of law is overall an impediment to a clear-sighted apprehension of the nature of legal systems". In: KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 32.

39 Kramer explica que Hart se aproxima mais do pensamento de Bentham do que o próprio John Austin. Ele diz que: "Hence, had Hart in The Concept of Law come to grips with Bentham's jurisprudential doctrines rather than with Austin's, his general conclusions and quite a few of his specific conclusions would have been essentially the same as those which he reached in response to Austin". In: KRAMER, Matthew H. **H. L. A. Hart**. The Nature of Law. Cambridge, Medfort: Polity Press, 2018, p. 32.

40 No original: "(...)before announcing a fresh start. The fresh start was made from a station in which the locomotive of British jurisprudence seemed to have broken down". In: MACCORMICK, Neil. **H. L. Hart**. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 30.

Já no prefácio da sua obra, após fazer comentários iniciais, Hart explica que seu livro "pode ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva; porque a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa"[41]. Considerando este trecho juntamente com o esforço de Hart no fortalecimento da teoria imperativista de John Austin realizado no segundo capítulo, não seria estranho o questionamento: como é possível o aperfeiçoamento ou a crítica de uma teoria dentro de uma obra que se propõe ser considerada como sociologicamente descritiva?

Esse possível incômodo com a ideia de uma sociologia descritiva — que não deve desaparecer através da primeira leitura dos capítulos restantes — foi objeto de grande debate a respeito da recepção da obra de Hart entre sociólogos, historiadores e antropólogos. Por mais que não seja objeto deste texto aprofundar a questão, é possível dizer que, em um primeiro momento, a recepção não foi boa, mas que os estudos contemporâneos que aproximam a filosofia analítica de teorias sociológicas e históricas tem sido promissores[42].

O objetivo aqui é destacar, primeiro, que a expressão "sociologia descritiva" não é uma referência direta e literal a estudos sociológicos empíricos. Dentro do contexto em que ela foi utilizada no prefácio, é necessário dizer que a expressão deve ser interpretada como fazendo referência à ideia ressaltada por J. L. Austin de que a observação do uso contextual ilumina a compreensão de seu significado[43].

Em segundo lugar, também se almeja informar que, posteriormente, o próprio Hart reconhece o erro de ter coloca a expressão sem uma explicação mais detalhada. Todavia, ainda assim, ele argumenta que uma formulação melhor seria dizer que sua teoria propõe conceitos normativos necessários para uma sociologia descritiva[44]. Assim, Hart deixa claro

---

41 No original: "(...) also be regarded as na essay in descriptive sociology; for the suggestion that inquiries in to the meaning of words merely throw light on words is false". In: HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Claredon Press, 1961, p. v-vi.

42 Para aprofundamento: LACEY, Nicola. Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. **Texas Law Review**, Texas, v. 84, p. 945-982, 2006.

43 LACEY, Nicola. Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. **Texas Law Review**, Texas, v. 84, p. 945-982, 2006, p. 949. Conferir também o capítulo primeiro desta obra coletiva.

44 LACEY, Nicola. Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. **Texas Law Review**, Texas, v. 84, p. 945-982, 2006.

que seu trabalho não é estritamente teórico ou abstrato, mas que também almeja auxiliar um possível trabalho prático.

Exatamente por esses motivos é possível fazer o primeiro esclarecimento. O livro *The Concept of Law* não é uma obra que descreve ou que tece comentários sobre a simples descrição do fenômeno jurídico. Ela deve ser interpretada como inserida no contexto da teoria analítica do direito, que problematiza a diferenciação entre direito, moral e coação e —também— como um ensaio sobre conceitos normativos necessários em uma possível sociologia descritiva do fenômeno jurídico.

Dentro dos pressupostos desenvolvidos até aqui, é possível problematizar a respeito da necessidade de um segundo esclarecimento metodológico. Este surge a partir de um segundo — e natural — possível estranhamento ainda dentro da questão a respeito de uma teoria explanatória e descritiva a respeito do conceito de direito – que é a proposta de Hart.

O estranhamento pode resultar nas seguintes questões: como é possível que uma teoria descritiva e explanatória — pretensamente neutra — fortaleça os argumentos de uma teoria rival? No fortalecimento da teoria rival, ou mesmo no desenvolvimento de si própria, já não serão necessários juízos valorativos? Juízos valorativos são compatíveis dentro de uma teoria descritiva e explanatória?

Esses questionamentos são profundos e demonstrar suas reverberações também não é o objetivo aqui. O objetivo aqui é explicar como as valorações realizadas no aperfeiçoamento da teoria imperativista de Austin não são estranhas ao contexto geral de *The Concept of Law*.

Dentro desse objetivo, valiosas são as explicações de Wil Waluchow a respeito do papel dos valores em uma teoria descritiva do direito. Ele argumenta que os valores utilizados em uma teoria descritiva e explanatória não são valores políticos, mas metateóricos. Isso significa dizer, primeiro, que valores são inescapáveis em qualquer exercício teórico humano. Também significa dizer, em segundo lugar, que esses valores podem ser político-morais ou metateóricos[45].

Valores morais são aqueles que são realizados quando se almeja enfrentar problemas como justiça e legitimidade. Por exemplo, quando um

[45] WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Claredon Press, 1994, p. 25.

juiz tenta resolver um problema jurídico concreto, ele tenta produzir uma decisão justa. Valores metateóricos são aqueles utilizados na construção de uma teoria mais clara possível em torno de seu objeto de estudo. Por exemplo, quando um físico tenta descrever um átomo ou um elétron, ele tenta produzir a melhor descrição possível de seu objeto[46].

O segundo esclarecimento, então, é a respeito do fortalecimento da teoria imperativista de Austin em seu papel explanatório e explicativo. Quando Hart, no segundo capítulo, desenvolve a melhor rival possível a partir das propostas de Austin e Kelsen, ele está tornando sua rival a melhor teoria explanatória e descritiva possível. Os valores utilizados aqui não são políticos, mas metateóricos. Por exemplo, o aperfeiçoamento é baseado na simplicidade, na elegância e na clareza conceitual[47].

Portanto, os dois esclarecimentos realizados aqui são os seguintes. Primeiro, Hart não produz uma sociologia descritiva, mas também pode ser vista como um trabalho teórico a respeito de conceitos normativos para uma possível sociologia descritiva. Segundo, quando Hart aperfeiçoa a teoria imperativista de John Austin, ele está fazendo juízos valorativos, mas estes não são políticos. Estes valores são metateóricos e são utilizados na busca da melhor teoria explanatória e descritiva possível a respeito do direito. Logo, não há nenhuma contradição com a ambição de neutralidade da obra.

4. A QUESTÃO DA GENERALIDADE NA TEORIA DO DIREITO: DUAS PERSPECTIVAS SOBRE UM MESMO PROBLEMA

Até aqui foram indicados parâmetros para a devida interpretação e compreensão do segundo capítulo de *The Concept of Law*. Agora, serão trazidos questões e direcionamentos para a atualização e o desenvolvimento do debate em torno de questões abordadas no capítulo. Para isso, serão trazidas duas formas diferentes de compreender um problema

[46] Mais informações e esclarecimentos a respeito desse tema Cf: GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A resposta de Wil Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 14, n. 1, 2022. Semestral. Ainda não publicado. Disponível em: https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista. Acesso em: 17 jun. 2022.

[47] Não era objetivo de John Austin produzir uma teoria descritiva do direito, mas é assim que sua proposta é avaliada por Hart.

importante tratado no capítulo, a questão da generalidade da teoria do direito.

O primeiro tópico trata a respeito de uma correção da visão de Hart a respeito da generalidade da teoria do direito. Como levantado anteriormente, Hart entende que a particularidade é um elemento acessório ou excepcional e a generalidade é uma característica necessária em sistemas jurídicos. Endicott defende que a particularidade é um elemento que merece ser considerado parte necessária de sistemas jurídicos.

O segundo tópico descreve a problematização crítica de Brian Z. Tamanaha a respeito da proposta de generalidade da teoria do direito em Hart e em Jonh Austin. Ele afirma que propor uma caracterização necessária do direito sem constatações empíricas dificulta o estudo de realidades jurídicas não-hegemônicas como a Ásia, por exemplo. Sua proposta é reconhecer o direito como uma realidade não-convencional.

Essas duas propostas de estudo da generalidade da teoria do direito são possíveis caminhos a serem tomados por estudantes que almejam aprofundar o seu conhecimento no assunto. Não há de ser questionar a sua importância, já que qualquer proposta teórica deve ter uma visão a respeito de como relaciona seus conceitos a sistemas jurídicos em sua particularidade ou em diferentes partes do mundo.

4.1 Um ensaio incompleto sobre a generalidade do direito

Em texto específico sobre o segundo capítulo de *The Concept of Law*, Endicott faz uma observação interessante. Ele afirma que esse capítulo "é um ensaio acidental sobre a generalidade do direito. Eu chamo de acidental porque não há nenhuma indicação que Hart almejava dar conta da generalidade"[48]. As diferentes adequações realizadas de maneira pouco organizada —e sem destacar quantas delas são— acabam por não ter um aspecto claro a respeito do elemento que as unifica.

"A generalidade do direito é o que as unifica"[49], afirma Endicott. Isso significa dizer que esses aprimoramentos na teoria de John Austin

[48] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 33.

[49] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart

refletem a necessidade e a importância de instituições jurídicas que produzem regras a respeito de condutas que sejam generalizadas dentro de uma sociedade. Qualquer abordagem sobre o direito deve levar em consideração essa característica.

Após trazer essa observação, o autor afirma que há um tipo de generalidade que não foi citada no texto. Dentre as regras secundárias (secundary rules) de reconhecimento (recognition), mudança (change) e decisão (adjudication), deveriam ser inseridas as regras executivas. Estas regras são aquelas que autorizam ações jurídicas ou não no comportamento de um agente ou instituição pública. Todas essas regras devem ser gerais para o estudo de um sistema jurídico[50]. Naturalmente, o estudo da obra completa de maneira sistemática auxilia a suprir essa incompletude.

4.2 A particularidade como característica necessária do direito

Na abordagem de Endicott, ele ainda destaca que a lacuna mais importante na análise de Hart a respeito da generalidade é sua posição em torno do papel de regras particulares em um sistema jurídico. Hart afirma que regras particulares são ou acessórias de regras gerais ou excepcionais. Exatamente por isso, Endicott tenta demonstrar que, assim como regras gerais são necessárias para a devida compreensão de um sistema jurídico, regras particulares também o são[51].

Na sua perspectiva, enunciados particulares são utilizados apenas quando estritamente necessários. Isso não significa dizer que eles são sempre excepcionais, acessórios ou ruins. Outro ponto trazido é que a produção de particularidades não é parte do cotidiano de legislaturas, mas das cortes. Além disso, a função executiva de um governo também precisa produzir enunciados específicos[52].

Publishing Press, 2013, p. 34.

50 ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 40.

51 ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 34.

52 ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 44 e 45.

Endicott explica que regras específicas existem em dois tipos em um sistema jurídico como o imaginado por Hart, como ordens replicativas e como ordens criativas. As primeiras são utilizadas na particularização dos efeitos de regras gerais, enquanto as segundas, na determinação de um tema que não é previsto em regras gerais[53].

Nesse âmbito, Endicott demonstra a aplicação de sua tese em três argumentos. O primeiro é a necessidade de um sistema jurídico por regras particulares para o respeito ao Estado de Direito (Rule of Law). Ele afirma que o Estado precisa comprovar que uma regra se aplica a um caso concreto e é necessário um processo regido por regras para que isso seja feito. Se não fossem pelas regras específicas, por exemplo, um auditor poderia exigir qualquer valor como pagamento de um tributo[54].

O segundo é o papel de regras particulares em sanções jurídicas. O autor defende que determinar um enunciado abstrato dentro de um intervalo deixado por um texto não é uma função acessória. É exatamente pelo fato da determinação de uma sanção geral a um caso ter que ser realizada de uma maneira racional e demonstrável que uma regra particular é inerente a um sistema jurídico[55].

O último argumento está em torno da inerente relação de regras particulares com a determinação de algo que é indeterminado. Em situações em que se tem que determinar a quantidade de dinheiro que deve servir de compensação de um dano, regra particulares ganham destaque. Essa quantificação não pode ser feita de maneira arbitrária ou através da sorte. Critérios racionais nesses casos são essenciais para o respeito ao Estado de Direito (Rule of Law) e as regras particulares são protagonistas nesse processo[56].

---

[53] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 45.

[54] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 47.

[55] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 50.

[56] ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013, p. 50.

Através desses argumentos, Endicott defende uma análise complementar da generalidade de um sistema jurídico tal como realizada por Hart, mas partindo dos mesmos parâmetros teóricos e metodológicos. Assim, ele termina afirmando que "a necessidade e a importância de ordens particulares são compatíveis com as intuições de Hart de que a generalidade é uma característica necessária do direito".[57]

4.3 Problematizando a generalidade do direito na obra de Hart

Na obra *A General Jurisprudence of Law and Society*[58], publicada em 2001, Brian Tamanaha faz problematizações e observações interessantes a respeito da questão da generalidade da teoria do direito[59]. Entre seus principais objetos de análise, o livro *The Concept of Law* se destaca. Aqui, serão trazidos alguns comentários do autor em torno do que é o projeto de Hart no que tange a generalidade do direito[60].

Tamanaha trabalhou como advogado na Micronesia, região insular da Oceania formada por um grande arquipélago. A experiência que ele teve lá o fez perceber o quanto que os costumes e os valores da comunidade local eram diferentes do sistema jurídico vigente, que basicamente era um transplante do sistema jurídico norte-americano. O autor afirma que "o direito na Micronesia era como um alienígena no meio deles, majoritariamente irrelevante, tomando de conta de questões relacionadas primeiramente com a operacionalidade do governo, ocasionalmente se intrometendo na sua vida social de diferentes formas indesejadas"[61].

---

57 No original: "But the necessity and the importance of particular orders are compatible with Hart's insight that the generality of law is a necessary feature of law". In: ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing Press, 2013. p. 52.

58 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

59 Outras obras de Tamanaha em que continua a desenvolver o tema. Por exemplo, Cf. TAMANAHA, Brian Z.. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Inclusive, este livro foi agraciado com o prêmio IVR Book Prize em 2019. Cf: https://ivronlineblog.wordpress.com/2019/07/11/ivr_book-prize/ . Acesso em 17.jun.2022.

60 Em contraponto a Tamanaha, Cf: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012; HIMMA, Kenneth Einar. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law. **Oxford Journal of Legal Studies,** Oxford, Vol. 24, No. 4, p. 717-738, 2004.

61 No original: "The law in Micronesia was like an alien presence in their midst, mostly irrelevant, taking care of tasks related primarily to the operation of the(p.xii) government, occasionally

Após ter essa experiência, Tamanaha buscou estudos teóricos que o ajudasse a compreender o direito em uma realidade tão diferente da visão tradicional. Ao fazer isso, ele percebeu que, mesmo essa experiência sendo comum fora do eixo EUA e Europa, poucos eram os estudos que tratavam dessa temática. A grande questão, então, é saber se existe a possibilidade de compreender o direito em realidades sociais tão diferentes, mas com o mesmo instrumental teórico. Este é o desafio de uma teoria *geral* do direito[62].

Dentre o escasso leque de autores que trabalham com propostas que se propõem ser gerais, se destacam John Austin e Herbert Hart como os mais influentes. Tamanaha, então, explica a teoria produzida por esses autores como contendo quatro características. A primeira é que ela trabalha em dois níveis, no nível da natureza do direito — o que é o direito — e no nível de conceitos ou institutos jurídicos.

A segunda é que ela não trabalha com um sistema jurídico específico, mas com características gerais pertencentes a todos ou quase todos os sistemas jurídicos. Daí a sua nomenclatura de teoria *geral*. A terceira é que ela trata de assuntos comuns a todos esses sistemas. E a quarta é que normalmente ela se propõe a ser ou avaliativa ou descritiva. Essas características, juntas ou combinadas, definem o estudo em teoria *geral* do direito como programa a ser realizado[63].

Para superar essa visão a respeito do que é a generalidade do direito ou uma pesquisa em torno do direito em *geral*, Tamanaha, primeiro, estabelece duas de suas principais teses. A primeira é a ideia de que o direito é reflexo da sociedade – que ele chama de tese do espelho[64]. O autor argumenta que os teóricos assumem que o direito de uma sociedade é reflexo de ideias, valores e relações de cada sociedade. Na grande maioria das vezes, essa perspectiva é tomada sem nenhuma constatação empírica[65].

---

intruding into their social lives in various unwelcome ways". In: TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. ix.

62 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. xi.

63 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. xv.

64 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 2.

65 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 3.

A segunda é a ideia de que o direito mantém a ordem social através da imposição de regras de conduta e da resolução de conflitos[66]. Da mesma maneira que a tese do espelho, normalmente teóricos pressupõem que o direito possui esse papel social de manutenção da paz e da ordem social. Tudo isso, sem constatações empíricas em diferentes realidades e levando em consideração apenas a experiência da qual eles pertencem.

O grande problema dessas teses —ou mitos— é que a sua pressuposição não leva em consideração duas grandes lacunas. A lacuna existente entre o que as fontes tradicionais do direito dizem e como ele é executado na prática e a lacuna existente entre as regras jurídicas e o que as pessoas da comunidade realmente fazem[67]. Essa é a conclusão que o autor alcança após relatar pesquisas históricas, sociológicas e antropológicas em torno de diferentes experiências jurídicas no mundo[68].

Após realizar uma crítica detalhada a obra de Hart a partir dessa problematização[69], Tamanaha propõe reinterpretar a sua proposta metodológica para a construção de uma abordagem do direito socio-positivista através de uma concepção não-essencial do direito, mais adequada a uma visão pluralista do fenômeno jurídico.

---

66 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 4.

67 TAMANAHA, Brian Z.. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 107.

68 A respeito de pesquisa em história do direito que trata do tema do pluralismo jurídico Cf. GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. O Manual de Confessores de Martin de Azpilcueta Navarro como elemento do pluralismo jurídico de *ius commune*: o exemplo do instituto da excomunhão. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO, 10ª., 2018, São Paulo. **Anais do X Congresso Brasileiro de História do Direito.** São Paulo: USP, 2018. Talvez disponível no link: https://ibhd.org.br/publicacoes. Acesso em: 17 jun. 2022.

69 Mais detalhes a respeito da crítica de Brain Tamanaha a Hart Cf. GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A questão da generalidade da teoria do direito na obra The Concept of Law de Herbert Hart. CONGRESSO INTERNACIONAL DE INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL, 1., 2021, Fortaleza. **Anais do I Congresso Internacional de Interpretação e Decisão Judicial.** Fortaleza: Mucuripe, 2021, 290. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ai5AEAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 17 jun. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível organizar as principais ideias trazidas aqui através dos seguintes pontos:

1) O segundo capítulo de *The Concept of Law* pertence à parte introdutória da obra, em que a teoria dominante da época na Inglaterra é aperfeiçoada e esclarecida em seus principais pontos. Esta teoria é o imperativismo de John Austin, que, sempre que necessário, será complementada ou substituída pela proposta teórica de Hans Kelsen.

2) O motivo pelo qual Hart escolheu John Austin não foi apenas por sua predominância nos estudos de teoria do direito do período. Hart escolheu John Austin para demonstrar que se considera um sucessor do seu trabalho teórico junto com Bentham, especialmente na sua proposta teórica positivista de separação entre uma proposta normativa e uma proposta descritiva a respeito do direito.

3) Com a escolha de Austin, Hart se posicionou contra as teorias jusnaturalistas do período pós-guerra, contra o realismo jurídico e contra a escola histórica.

4) Dentro da perspectiva metodológica, é necessário fazer dois esclarecimentos. O primeiro é que a expressão "sociologia descritiva" presente no prefácio da obra não significa que o livro foi escrito em torno de pesquisas sociológicas. Na realidade, o termo significa que o livro propõe conceitos normativos para a realização de pesquisas sociológicas descritivas. Além disso, dentro da interpretação contextual da expressão, é possível perceber que ela se refere à ideia de J. L. Austin de que o significado das palavras é melhor compreendido a partir da sua leitura no contexto no qual ela foi escrita.

5) O segundo esclarecimento metodológico é que a avaliação realizada por Hart ao aperfeiçoar e ao criticar o imperativismo de John Austin não encontra em conflito com a natureza descritiva e explanatória da sua teoria do direito. Isso porque a avaliação feita é realizada a partir de valores metateóricos como a clareza e a elegância. E ela se trata a respeito da melhor teoria explanatória e descritiva sobre as características necessárias do direito.

6) Atualmente, Endicott comenta que o segundo capítulo de *The Concept of Law* nada mais é do que um ensaio acidental e incompleto a respeito da generalidade do direito. Ele chama de acidental porque não há indícios de que Hart realmente quisesse tratar sobre esse tema. Como principal lacuna, Endicott cita a não consideração da particularidade como característica necessária do direito.

7) Endicott defende *contra* Hart que, assim como a generalidade, a particularidade também é característica necessária do direito. O principal motivo é o papel que regras particulares realizam na concretização e na construção de um sistema jurídico que respeite o Estado de Direito (Rule of Law).

8) Outro estudo interessante a respeito da generalidade da teoria do direito é realizado por Brian Tamanaha. A partir de estudos sociológicos, antropológicos e sociológicos, o autor demonstra que as teorias tradicionais do direito – muito influenciadas por John Austin e Herbert Hart – não são adequadas para descrever ou analisar diferentes experiências jurídicas no mundo. O principal motivo é a pressuposição geral, sem estudos empíricos, de que o direito é espelho da realidade social na qual ele está inserido – tese do espelho – e de que o seu papel é garantir a paz e o controle social através da regulação de condutas.

9) Como proposta teórica, Tamanaha sugere que o direito deve ser considerado como uma ferramenta não-essencial, ou seja, sem características inerentes. Assim, diferentes realidades jurídicas no mundo poderiam ser estudadas de maneira adequada.

LITERATURA DE APROFUNDAMENTO:

- BIX, Brian, "John Austin", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/austin-john/>. Acesso em: 17 jun. 2022.
- GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A questão da generalidade da teoria do direito na obra *The Concept of Law* de Herbert Hart. CONGRESSO INTERNACIONAL DE INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL, 1., 2021, Fortaleza. **Anais do I Congresso Internacional de Interpretação e Decisão Judicial.** Fortaleza: Mucuripe, 2021, 290p. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ai5AEAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt=-BR&source-gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false . Acesso em: 17 jun. 2022.
- TAMANAHA, Brian Z.. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- _____. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Capítulo 5

O QUE ACONTECE NO MUNDO QUANDO O COMPORTAMENTO REGRADO EXISTE? A INSUFICIÊNCIA DA NOÇÃO DE ORDEM BASEADA EM AMEAÇA

Clarissa Gross[1]

INTRODUÇÃO

O terceiro capítulo do livro *O conceito de direito* tem o título *A diversidade das leis*. A meu ver, o objetivo desse capítulo é apresentar as principais objeções de Hart a um dos componentes centrais da definição do direito de Austin, qual seja, a de que o direito é composto por um conjunto de ordens baseadas em ameaças.

Vimos que no primeiro capítulo da obra, Hart apresenta as questões persistentes que, segundo ele, os juristas buscam responder para que possam responder à pergunta teórica geral acerca do que é o direito. Hart busca iluminar a dificuldade de se responder às questões persistentes, o que explicaria as controvérsias também persistentes entre pessoas que, apesar de conhecerem bem o funcionamento do direito, possuem

---

[1] Professora da Escola de Direito de São Paulo da FGV, Coordenadora Adjunta de Publicações e Coordenadora da Plataforma de Liberdade de Expressão e Democracia (PLED) na mesma instituição. Membra fundadora do Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo - LAUT e membra fundadora do Instituto Tornavoz. Doutora em Direito, área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, pela Universidade de São Paulo (USP). Contemplada com o Fox International Fellowship concedido pela Yale University para o ano acadêmico 2015/2016. Foi Visiting Researcher na Australian National University (ANU), pelo período de março a maio de 2017.

posicionamentos muito dissonantes acerca das características centrais dessa prática[2].

Já no segundo capítulo, Hart apresenta uma versão de uma teoria do direito positivista que ele considera prevalente à época de elaboração da tese, qual seja, a teoria positivista do direito de John Austin[3]. Hart apresenta uma versão aprimorada e mais atraente da tese de Austin segundo a qual o direito é um conjunto de ordens baseadas em ameaças. Ele acrescenta os elementos de generalidade e permanência das ordens para que possam refletir melhor a realidade das regras jurídicas. Adiciona ainda a condição fática de que haja habitualidade de obediência a essas ordens pela maior parte das pessoas às quais as ordens se aplicam. E finaliza o capítulo sugerindo uma descrição baseada em fatos observáveis do mundo para as características da supremacia interna e da independência externa dos sistemas jurídicos: o direito diz respeito ao conjunto de ordens baseadas em ameaça dadas por uma pessoa ou conjunto de pessoas que são habitualmente obedecidos e que habitualmente não obedecem a ninguém[4].

No terceiro capítulo da obra *O conceito de direito*, objeto desse texto, Hart passa a elaborar críticas que vão ao cerne dos elementos conceituais da tese de Austin, com o objetivo de mostrar como esses elementos são insuficientes para descrever aspectos importantes da normatividade do direito. Hart buscará mostrar que há regras que tipicamente reconhecemos como jurídicas que não podem ser bem descritas como ordens baseadas em ameaças. Hart irá explorar as características de uma ordem, ou seja, o conceito convencional de ordem e irá mostrar como essas características não estão presentes em diversos casos de regras que consideramos jurídicas. Ao mesmo tempo, ele ressalta as características

---

2 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 1 – 13.

3 Neil MacCormick, em capítulo introdutório de livro que analisa a obra de Hart, afirma que a área da teoria e da filosofia do direito na Inglaterra ao tempo das reflexões teóricas de Hart era moribunda. O campo se estruturava em torno de heranças teóricas do século XIX que tinham se enrijecido e perdido vida reflexiva. Isso significava que a área se restringia à leitura e releitura de textos teóricos destacados de suas origens e propósitos filosóficos. A corrente filosófica prevalente era o positivismo jurídico de inspiração na obra de Jeremy Bentham, mas imediatamente consistente nos livros *Province of Jurisprudence Determined* e *Lectures on Jurisprudence*, de John Austin. Assim, é possível fazer uma crítica à leitura que Hart faz do trabalho de Austin enquanto obra de propósitos descritivos do modo de funcionamento da linguagem jurídica porque esse não era o contexto filosófico no qual Austin pensou e escreveu (MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 29-30).

4 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 18 – 25.

presentes nesses casos para mostrar como são mal contempladas pela noção de ordem baseada em ameaça. Em outras palavras, Hart aponta tanto para a sobreinclusão (*overinclusion*) quanto para a subinclusão (*underinclusion*) teóricas da noção de ordem baseada em ameaça.

As críticas de Hart são apresentadas em três conjuntos. Cada um desses conjuntos se organiza em torno de um aspecto das regras jurídicas. O primeiro conjunto de críticas diz respeito ao conteúdo das regras jurídicas. Hart aponta que o conceito de ordem implica um tipo de conteúdo, de finalidade, que não corresponde ao conteúdo ou finalidade de alguns tipos de regras que consideramos jurídicas.

O segundo conjunto de críticas diz respeito ao modo de origem das regras jurídicas. Hart mostra que o conceito de ordem implica um tipo específico de gênese da orientação da ação que não corresponde ao tipo de gênese de algumas regras que tipicamente consideramos jurídicas.

O terceiro e último conjunto de críticas diz respeito ao âmbito de aplicação das regras jurídicas. Hart indica que o conceito de ordem implica um recorte dos destinatários da orientação da ação que é mais estrito que o conjunto típico de destinatários das orientações de ação contemplados pelas regras jurídicas dos sistemas jurídicos modernos.

Com essas críticas, Hart busca mostrar que o conceito de regra como ordem baseada em ameaça é incorreto, ou seja, descreve mal os diversos tipos de regras que tipicamente consideramos como jurídicas. Em outras palavras, diversas instâncias que tipicamente compõem o universo dos fenômenos jurídicos são mal descritas pelo conceito de ordem baseada em ameaça. E, se esse é o caso, a conclusão deverá ser a de que a teoria de Austin, tomada como uma teoria descritiva do direito, mesmo em sua melhor versão, é insatisfatória.

Vou passar a explorar cada um dos conjuntos de críticas que Hart desenvolve no capítulo terceiro, começando pelas críticas que dizem respeito aos tipos de conteúdo que encontramos em regras jurídicas.

1. REJEIÇÃO AO REDUCIONISMO TEÓRICO: OS DISTINTOS PROPÓSITOS DAS REGRAS JURÍDICAS

Hart introduz o primeiro conjunto de críticas reconhecendo a aproximação que é possível fazer entre a noção de ordens gerais baseadas

em ameaças e as leis do direito penal ou do direito da responsabilidade civil. Para isso, ele ressalta a linguagem que normalmente utilizamos no contexto de cada um desses ramos do direito.

As regras do direito penal determinam deveres aos quais podemos "obedecer" ou "desobedecer", assim como podemos "obedecer" ou "desobedecer" a ordens. O castigo, ou sanção, que é associado à conduta contrária àquela determinada como um dever pelo direito penal funciona como um motivo para que nós obedeçamos às leis do direito penal. Assim também funcionam as ameaças: elas são motivo para obedecer a ordens[5].

Hart busca destacar, portanto, que há campos do direito que tem como finalidade determinar condutas obrigatórias, que devem ser realizadas independente da vontade dos indivíduos. De fato, é característica do direito criar obrigações. No entanto, a crítica que Hart tece no primeiro tópico do capítulo terceiro se dirige ao reducionismo da teoria de Austin. Hart nega que a única finalidade do direito seja a de criar obrigações e de que todas as regras jurídicas possam ser adequadamente explicadas e compreendidas por meio de um conceito que busca explicar e ajudar a compreender o que é uma obrigação.

Hart destaca que há regras no direito que não tem a finalidade de criar obrigações. Essas regras determinam as condições e procedimentos para que indivíduos criem, eles mesmos, direitos e deveres que serão impostos pela estrutura coercitiva do direito. Exemplos são bem-vindos. Hart afirma que regras jurídicas que definem os modos pelos quais contratos, casamentos e testamentos podem ser celebrados não impõem obrigações de contratar, de casar ou de legar. A finalidade dessas regras não é a de impor obrigações, mas de determinar as condições pelas quais as pessoas podem criar direitos e deveres por meio de manifestações de vontade[6].

Para mostrar a diferença de natureza entre os tipos de regra, Hart utiliza as diferenças entre a linguagem que empregamos para nos referir ao funcionamento de regras que impõem obrigações e a linguagem que empregamos para nos referir ao funcionamento de regras que não impõem obrigações. Quando nos comportamos de forma contrária ao que estabelece a lei penal, dizemos que violamos a lei, ou que cometemos um delito. No entanto, quando agimos em desconformidade a uma lei

---

5 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 27.

6 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 27-28.

do campo do direito contratual, não empregamos a mesma linguagem. Por exemplo, quando elaboramos um contrato, mas não preenchemos o requisito previsto em lei de que seja assinado por um certo número de testemunhas, não dizemos que violamos a lei contratual. Ainda, quando deixamos de obter a assinatura de duas testemunhas, não dizemos que cometemos um delito. Podemos dizer que "descumprimos" a lei dos contratos. Dizemos ainda que o contrato é nulo[7]. Mas a linguagem empregada no contexto no qual o direito cria obrigações não é adequada ao contexto no qual o direito cria poderes para que relações jurídicas de deveres e obrigações sejam criadas.

Os exemplos das leis do campo dos contratos, das sucessões e do direito de família buscam mostrar como há, no grande campo do direito privado, tipo de leis distinto daquele que cria obrigações. Hart enfatiza que o direito é também constituído, de forma central e muito importante, por leis que conferem poderes de natureza pública. Esse é o caso de leis que conferem poderes administrativos, judiciais e legislativos. Os exemplos são fartos e Hart explora alguns deles no âmbito dos poderes para julgar e para legislar.

Um deles é retirado do artigo 48, (I), da Lei dos Tribunais de Condado da Inglaterra de 1959. A redação do dispositivo é a seguinte:

> O tribunal de condado é competente para conhecer e julgar qualquer acção de reivindicação de imóveis rústicos, sempre que o valor líquido anual coletável do imóvel em questão não exceda cem libras.

Segundo Hart, essa não é uma regra que cria uma obrigação de julgar certos tipos de ação, independente ou não da vontade do juiz. Essa é uma regra que confere poderes ao juiz para julgar certos tipos de ação. Se um juiz de um tribunal julga um caso relativo a um imóvel cujo valor anual coletável é superior a 100 libras, o juiz decide em desconformidade com a regra. Ele excede a sua jurisdição. Mas não dizemos que ele "desobedeceu" a regra. Justamente porque a relação entre o ato em conformidade com a regra e a regra em si não é a de satisfação de uma obrigação[8].

---

7 Ibid., p. 28.

8 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 29-30.

Hart explora também o exemplo de regras que criam poderes e determinam as circunstâncias e procedimentos para a criação de leis. Ou seja, regras que criam poderes legislativos e as circunstâncias e procedimentos para o seu exercício. Ele afirma que algumas dessas regras determinam o objeto em relação ao qual certas pessoas ou grupos de pessoas podem elaborar leis. Outras determinam as qualificações ou a identidade dos membros desse grupo. Outras ainda o procedimento que deve ser seguido para a criação dessas leis. Quanto a essas últimas, podemos imaginar uma regra que estabelece um quórum mínimo para que uma lei seja aprovada por um corpo legislativo.

Hart ressalta o quanto nos soa inadequado o emprego da linguagem do contexto das obrigações no contexto da operação de regras que estabelecem procedimentos legislativos. Ele afirma que se uma proposta de lei recebe a maioria dos votos dos membros de um corpo legislativo e assim é aprovada conforme regra que estabelece o quórum da maioria, não dizemos que aqueles que votaram a favor da proposta de lei "obedeceram" à regra do quórum e nem que aqueles que votaram contra a proposta de lei "desobedeceram" à mesma lei de quórum. E não poderíamos falar nada semelhante caso a lei não tivesse sido aprovada[9].

Qual é, portanto, o cerne da crítica que Hart apresenta ao conceito de direito de Austin no tópico primeiro do capítulo terceiro? Eu entendo que ele condena o que, segundo ele, é o preconceito de que todas as regras de um moderno sistema jurídico devem ser redutíveis a um único tipo simples. Hart identificava, na altura em que desenvolvia a sua teoria do direito, o trabalho teórico ainda a ser feito de elaboração de uma tipologia mais rica das regras jurídicas. Nesse tópico, ele inicia a diferenciação entre ao menos dois tipos lógicos de regras, as que impõem deveres e são mais semelhantes a ordens e as que conferem poderes, privados ou públicos. As que impõem deveres ele chamará, mais a frente no livro, de regras primárias. As que conferem poderes irão compor de forma não exaustiva o grupo das regras secundárias[10].

---

9 Ibid., p. 31-32.

10 Uma interpretação possível do conceito de regra secundária de Hart não reduz as regras secundárias às regras que conferem poderes para criar, modificar, eliminar ou aplicar regras primárias. Isso porque Hart inclui a regra de reconhecimento entre as regras secundárias. Tal como será explorado em capítulos ulteriores de *O conceito de direito*, e em capítulos subsequentes desse livro, a regra de reconhecimento define os critérios para identificação das

Os conceitos de regra primária (*primary rule*) e regra secundária (*secundary rule*) serão centrais na teoria do direito de Hart. O capítulo quinto, que será tratado mais a frente nessa obra, tem justamente o título de *O Direito como união de regras primárias e secundárias*. Já no primeiro tópico do capítulo terceiro, esse sobre o qual falamos nesse texto, Hart destaca a importância das regras que conferem poderes como pressuposto lógico de uma série de conceitos que consideramos centrais no direito. São eles os conceitos de compra e venda, doação, testamento e casamento. Da mesma forma como as regras que impõem deveres são pressuposto lógico de conceitos como homicídio ou furto[11]. Ao diferenciar entre os dois tipos lógicos de regras, Hart prepara o terreno para mostrar o que há de distintivo no direito. Ele não é apenas um conjunto de regras que impõem obrigações. Ele é um sistema de ao menos dois tipos lógicos distintos de regras, que operam finalidades distintas. E é nessa orquestração entre regras que operam finalidades distintas e se relacionam que o direito se distingue de outras práticas regradas.

Hart reconhece, no entanto, que regras que impõem deveres e regras que conferem poderes são semelhantes em alguns pontos. Afinal, ambas são regras. Dizer que ambas são regras significa dizer que ambas estabelecem padrões de correção ou incorreção para a ação. Ainda, as regras que conferem poderes estão sempre relacionadas com as regras que impõem obrigações porque os poderes que conferem são para incidir na existência de obrigações jurídicas.

Hart afirmará que esses pontos de semelhança e conexão entre regras que criam deveres e regras que criam poderes poderá ter levado alguns teóricos do direito a persistir na proposição de que todas as regras jurídicas são redutíveis a um único conceito. Hart enfrentará, no restante do tópico primeiro do capítulo terceiro, dois argumentos que insistem na suficiência da noção de ordens gerais baseadas em ameaças para

demais regras válidas do sistema de regras do direito. Esses critérios não necessitam incluir a conferência de poderes legislativos a ninguém ou a nenhum grupo de pessoas em particular. Há evidências textuais no sentido de que Hart, ao se referir às regras secundárias, se restringe a afirmar que são regras concernentes às regras primárias, sem reduzi-las ao tipo de regras que conferem poderes. (HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 94). No entanto, há também evidências textuais nas quais Hart parece definir as regras secundárias em termos de regras que conferem poderes públicos ou privados. (HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 81).

11 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 32.

descrever todos os tipos de regras jurídicas. Eu vou explorar rapidamente cada um desses argumentos e as respostas oferecidas por Hart a eles, antes de passar ao segundo conjunto de críticas de Hart à formulação de Austin.

O primeiro argumento, apresentado e refutado de forma mais breve do que o segundo, afirma que a consequência da "nulidade" de um ato em desconformidade com a regra que confere poderes é equiparada à sanção ou à ameaça de um mal determinada pela lei que impõe obrigações. Mais concretamente, o argumento afirma que, por exemplo, a "nulidade" de um testamento que não foi celebrado com a participação do número de testemunhas determinado pela lei se equipara à pena de prisão prevista para o descumprimento da lei que proíbe matar[12].

Hart reconhece que em alguns casos a perspectiva da nulidade poderia funcionar como um motivo para o comportamento conforme a lei tal como a pena funciona como motivo para cumprimento da lei penal. Isso, no entanto, nem sempre acontece, porque nem sempre a nulidade de um ato é tomada como um mal para aquele de cujo ato se trata[13]. No entanto, mais importante do que essa observação, são dois argumentos que Hart apresenta para refutar a aproximação entre os dois tipos de regra, as que impõem deveres e as que conferem poderes.

O primeiro argumento insiste na diferença de finalidade entre esses dois tipos de regra. Afirmar a correspondência entre a nulidade e uma pena imposta por lei criminal não é adequado porque a finalidade da nulidade não é a mesma que a finalidade da imposição de pena. A imposição de pena em caso de descumprimento da lei penal tem a finalidade de desencorajar a conduta prevista na regra. Por exemplo, a conduta de tirar a vida de alguém. O mesmo não pode ser dito a respeito das leis que conferem poderes. Uma lei que estabelece poderes para a celebração de contratos não visa desencorajar a celebração de contratos. A celebração de contratos ou de testamentos é desejável porque é desejável que as pessoas tenham os instrumentos necessários para regrar a sua própria vida. Assim, a nulidade não tem a mesma finalidade que a pena da lei criminal[14].

O segundo contra-argumento de Hart incide na relação lógica distinta entre a nulidade e a regra que confere poderes por um lado, e a sanção e a

---

12 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 33.

13 Ibid., p. 33-34.

14 Ibid., p. 33-34.

regra que impõe deveres por outro lado. Hart vai afirmar que a regra que impõe deveres é inteligível ainda que a ela falte a previsão de uma sanção. O mesmo não ocorreria com a relação entre a regra que confere poderes e a nulidade: a regra que confere poderes seria ininteligível, ou seja, não faria nenhum sentido, caso o seu descumprimento não redundasse na nulidade do ato[15].

O segundo argumento que insiste na redução de toda regra jurídica a um único tipo lógico tomará um caminho que, segundo Hart, é oposto ao primeiro argumento. Oposto porque ao invés de tentar mostrar as regras que conferem poderes à luz da noção de ordens gerais baseadas em ameaças, o argumento irá rejeitar a elas o status de regra jurídica. O argumento fará isso restringindo o conceito de regra jurídica, ao afirmar que apenas as regras coercitivas são regras genuinamente jurídicas[16].

Esse segundo argumento possui duas versões, segundo Hart: a versão mais extrema e a mais moderada. A versão mais extrema afirma que toda regra jurídica genuína é uma ordem a juízes para aplicar sanções caso verificadas as condições especificadas pela regra. Nesse sentido, mesmo as regras que impõem deveres, tais como as regras do direito penal, são reconstruídas como orientação não para as pessoas em geral, mas para os juízes[17]. Uma disposição do direito penal que proíbe matar, por exemplo, é entendida como um fragmento de uma regra de orientação da ação dos juízes, essa sim uma regra genuína. O fragmento especifica as condições que precisam se verificar, quais sejam, de que uma pessoa tenha tirado a vida de outra, para que se opere a ordem ao juiz de aplicação da sanção.

Já uma disposição que estabelece os requisitos para celebração de um contrato, conforme a versão extrema, é tomada como um fragmento da regra que orienta os juízes a aplicar sanções àqueles que descumprirem obrigações que tenham sido estipuladas conforme disposição sobre requisitos para contratos. Assim, toda disposição jurídica, inclusive aquelas que conferem poderes públicos, são reduzidas a fragmentos de regras que determinam as condições nas quais os juízes deverão cumprir a ordem determinada pela regra jurídica genuína de imposição de uma sanção[18].

---

15 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 34-35.

16 Ibid., p. 35.

17 Ibid., p. 35.

18 Ibid., p. 36.

É interessante notar que, segundo essa tese, não é necessário que toda regra preveja uma sanção pela sua violação. A regra genuína não é aquela que prevê uma sanção ao juiz caso descumpra a ordem prevista na regra. A regra genuína é aquela que ordena a aplicação de uma sanção pelo juiz caso sejam verificadas as condições previstas na regra.

A versão mais moderada do argumento não requer uma reconstrução das regras de imposição de deveres. Ela resguarda o entendimento de que regras não são orientação de ação para as autoridades apenas, mas são orientação para a ação das pessoas em geral. Assim, as regras de direito penal são compreendidas como regras que impõem deveres às pessoas em geral, deveres que são impostos porque baseados em sanções.

Já as regras que conferem poderes são reformuladas como fragmentos de regras, essas sim genuínas, de imposição de deveres sob sanção. Por exemplo, uma disposição que estabelece um requisito para celebração de um contrato é tomada como parte das condições de uma regra que impõe o dever de cumprimento do que foi estabelecido em um contrato elaborado conforme a referida disposição. A suposta regra genuína ordenaria o comportamento conforme o contrato, sob ameaça de sanção[19].

Qual a resposta de Hart ao argumento reducionista formulado nas versões extrema e moderada? Hart afirma que as duas versões do argumento visam a uma suposta elegância teórica que reduz todo o direito a um único modelo. No entanto, o preço que pagam por essa suposta elegância é demasiado caro. O preço, segundo Hart, é o da distorção das diversas funções sociais que tipos distintos de regras cumprem no direito[20].

Mais uma vez, Hart insiste na dimensão da finalidade das regras como uma dimensão importante na análise teórica. E a finalidade deverá ser apreciada a partir do ponto de vista daqueles que participam da prática jurídica. Para bem compreender o direito, é preciso compreender o sentido que aqueles que participam da prática jurídica atribuem às regras jurídicas.

Se é assim, Hart elabora a seguinte resposta à versão extrema do argumento que entende o direito como ordens dirigidas a funcionários públicos para aplicar sanções caso verificadas as condições previstas nas regras. Hart afirma que a maior parte do fenômeno jurídico é constituído pelas ações daqueles que querem se comportar conforme as regras.

---

19 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 37-38.

20 Ibid., p. 38.

Em outras palavras, o caso central do direito não é o caso do litígio, no qual o Estado se vê mobilizado para impor a regra jurídica sob ameaça de sanção. O caso central é o do comportamento conforme a regra das pessoas em geral. A sanção é de fato uma característica importante das regras que impõem deveres. Mas elas são antes de tudo tomadas como orientação de conduta pelas pessoas em geral. Elas são compreendias pela maior parte das pessoas, incluindo aí os funcionários públicos, como orientação para a ação coordenada das pessoas que vivem em coletividade[21]. Se é assim que são compreendidas, uma boa teoria do direito deve prestar contas a esse fato e não distorcer o seu sentido em prol de uma simplicidade teórica.

Quanto à versão moderada da teoria, a resposta de Hart segue a mesma lógica. A versão moderada do argumento não distorce o sentido das regras que impõem deveres à maneira da versão extrema. Mas promove essa distorção em relação às regras que conferem poderes, sejam eles públicos ou privados. As regras que conferem poderes são compreendidas por aqueles que participam da prática jurídica como dispositivos que facultam meios para a criação de deveres e direitos, os quais serão reconhecidos e eventualmente, se necessário, impostos por via coercitiva. Mas é muito importante destacar que o que há de central nessas regras é justamente a viabilização de meios para a criação de deveres e direitos[22]. Que esses direitos e deveres poderão ser eventualmente coercitivamente protegidos ou impostos pelo Estado é um aspecto secundário das regras que conferem poderes. E é secundário à luz da finalidade dessas regras, do sentido que a elas é atribuído, para os participantes da prática jurídica.

Ao final da resposta que Hart oferece ao segundo argumento reducionista, Hart antecipa de forma mais explícita o ponto importante da sua teoria do direito que já comentei e que será tratado no capítulo cinco. O ponto é o de que, na visão de Hart, o elemento que distingue de forma importante o direito de outros fenômenos regrados diz respeito justamente às regras secundárias, dentre elas, as que conferem poderes de natureza pública. Ele vai afirmar que a introdução, na sociedade, de regras que habilitam legisladores a alterar e criar regras de imposição de deveres e que habilitam juízes a determinar quando essas últimas foram violadas

[21] HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 38-40.
[22] Ibid., p. 40-41.

pode ser até mesmo considerado como o passo que marca a passagem do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico[23].

2. DESTINATÁRIOS DAS REGRAS JURÍDICAS: O DESCONFORTO COM A IDEIA DE ORDENS DADAS A SI MESMO COM BASE EM AMEAÇAS

O primeiro conjunto de críticas que Hart dirige ao modelo de Austin busca enfatizar como o direito possui regras com finalidades distintas daquelas que criam deveres. Ou seja, o direito é sim constituído por regras que criam deveres e essas são as que mais se assemelham com ordens gerais baseadas em ameaças. Mas o direito não é composto apenas de regras que criam deveres, mas também de regras que conferem poderes. Esse foi o ponto da crítica do primeiro tópico do capítulo terceiro.

O segundo conjunto de críticas, diz respeito ao âmbito de aplicação das regras jurídicas. Hart mostra como a ideia de uma ordem implica em um recorte dos destinatários da regra que é incompatível com a maneira como compreendemos os destinatários das regras em sistemas jurídicos modernos. Ou seja, mesmo as regras que criam deveres, ainda que semelhantes em alguns aspectos a ordens baseadas em ameaças, não podem ser bem compreendidas por meio dessa noção.

O ponto central da crítica é o de que a noção de ordem implica a exclusão daquele que ordena do recorte dos destinatários da orientação da ação. Ordens são dadas a outros. Hart diz que no direito moderno não há nada intrínseco às regras jurídicas que excluem aqueles que as criam do recorte de destinatários das regras[24]. É verdade que é possível que um corpo legislativo crie regras cujos destinatários são pessoas ou grupos de pessoas distintos das pessoas dos legisladores. Mas esse não é o caso de todas as regras, pelo contrário. Grande parte delas se aplicam também às pessoas que as criaram. Mas a noção de ordem não é capaz de explicar essa característica das regras do direito moderno.

Uma tentativa de resposta a essa crítica de Hart seria afirmar que, no caso das regras que se aplicam também aos legisladores, seria preciso conceber os legisladores em duas capacidades distintas. A primeira, como

[23] Ibid., p. 41-42.

[24] HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 42.

autoridades que emitem ordens. A segunda, enquanto cidadãos comuns, destinatários de ordens. Hart não vê problemas em entender as pessoas dos legisladores nessas duas capacidades, de forma que a pessoa enquanto legisladora emitiria ordens à pessoa enquanto cidadã comum.[25] Ocorre que, para conceber a pessoa na capacidade de legisladora é preciso uma regra que a invista dessa autoridade. Uma regra que não poderá ser explicada a partir da noção de ordem baseada em ameaça[26].

Assim, mais uma vez, Hart reforça que a instituição do poder legislativo depende logicamente de um tipo de regra que confere poderes. E adiciona que mesmo as regras que criam deveres elaboradas pelo legislativo não podem ser bem explicadas pela noção de ordem em função da incompatibilidade entre o âmbito de aplicação implicado na noção de ordem e aquele muitas vezes implicado em diversas instâncias do que reconhecemos como regras jurídicas. Se é assim, a noção de ordem, também por essa razão, descreve e explica mal o que são as regras jurídicas, incluindo aquelas que impõem obrigações.

3. ORDENS E REGRAS CONSUETUDINÁRIAS: DUAS NOÇÕES INCOMPATÍVEIS

Por fim, o terceiro conjunto de críticas elaborado por Hart à noção de ordem geral baseada em ameaça como modelo teórico para explicar o direito diz respeito à gênese das diversas instâncias do que reconhecemos como regras jurídicas. Em outras palavras, entendemos que ordens se originam de uma certa forma específica que não contempla as diversas formas pelas quais se criam regras jurídicas.

O caso que Hart explora nesse terceiro e último tópico do capítulo terceiro é o caso do costume. Hart vai afirmar que o costume é mal descrito e mal explicado pela noção de ordem porque uma ordem é um ato consciente e deliberado[27]. A origem do costume dificilmente poderia ser localizada em um ato consciente e deliberado de orientação da conduta.

Hart, dessa forma, problematiza a ideia de que a juridicidade do costume poderia se fundamentar em uma ordem dada por uma pessoa ou

[25] Ibid., p. 42-43.
[26] Ibid., p. 42-43.
[27] HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 44.

grupo de pessoas. Uma tentativa de resposta à sua objeção seria a de que a juridicidade de um costume reside sim em uma ordem porque o costume só passaria a ter status jurídico uma vez que o seu cumprimento fosse ordenado por algum juiz ou tribunal. A ordem desse juiz ou tribunal equivaleria a uma ordem tácita do legislador quando esse não toma providências para se opor às determinações dos juízes[28].

Hart responde a essa tentativa de explicação da gênese do costume por meio de dois argumentos. O primeiro argumento é o de que não é necessário que as regras consuetudinárias adquiram status jurídico apenas quando aplicadas pelos juízes. Não há nada a princípio que impeça que elas sejam jurídicas antes de serem aplicadas pelos juízes[29]. Não adianta, no caso, afirmar que elas não podem ser jurídicas porque só é jurídico aquilo que é ordenado. Esse argumento é dogmático, segundo Hart. É um argumento que parte de um pressuposto injustificado. Se é verdade que em diversos sistemas jurídicos os juízes impõem os costumes porque os reconhecem jurídicos, então uma teoria do direito que busca explicar as regras jurídicas pela noção de ordem falha porque não captura uma parte relevante da experiência jurídica. Partir do pressuposto de que é direito apenas aquilo que é ordenado é fechar os olhos para parte da prática que se busca descrever[30].

---

[28] Ibid., p. 46.

[29] Ibid., p. 46-47.

[30] Ronald Dworkin afirmará que a defesa, por Hart, da anterioridade da juridicidade das regras costumeiras ao seu reconhecimento institucional trai pontos centrais da teoria do direito do próprio Hart. Conforme desenvolvido por Hart no capítulo quinto de *O conceito de direito*, o direito é composto por regras primárias e secundárias, sendo que as últimas desempenham, no direito, a função de corrigir defeitos em uma comunidade que pudesse contar apenas com regras primárias de imposição de obrigações. Um desses defeitos é a incerteza acerca das regras primárias existentes, defeito esse corrigido, na prática jurídica, pela aceitação de uma regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento define os critérios segundo os quais identificar as regras primárias de uma comunidade. A origem dos costumes, no entanto, reside na aceitação compartilhada do padrão de comportamento nele consubstanciado. O costume é uma regra social. A sua juridicidade não pode ser referenciada a nenhum outro critério que não o fato de ser socialmente aceito. Assim, a única forma de vincular a juridicidade do costume a uma regra de reconhecimento seria pela afirmação de que a regra de reconhecimento tem como um dos seus critérios de identificação de regras o de que todo padrão que for socialmente aceito como obrigação pela comunidade constitui regra do sistema jurídico dessa comunidade. Se esse for o critério incorporado na regra de reconhecimento, ele não é capaz de corrigir o defeito da incerteza quanto às regras primárias de uma comunidade que surge justamente por causa da controvérsia que pode se estabelecer em torno de saber quais são e quais não são as regras de imposição de obrigação aceitas pela comunidade. Se a origem do costume como regra jurídica é diretamente social, isso cria uma dificuldade para a teoria

O segundo argumento é que a afirmação de que o soberano ordena tacitamente a aplicação dos costumes quando não se pronuncia contrariamente a essa aplicação pelos juízes pressupõe uma relação entre os legisladores (ou mesmo o eleitorado) e a atividade dos juízes que não é real. Ordenar tacitamente pressupõe que os legisladores tem conhecimento das instâncias de aplicação de costumes pelos juízes e que decidem por não ordenar algo contrário. Mas não é verdade que os legisladores tem conhecimento e acompanham a atividade de reconhecimento e aplicação de costumes pelos juízes[31]. Assim, se os costumes que são aplicados pelos juízes são jurídicos, não haverá de ser porque a sua aplicação é tacitamente ordenada pelos legisladores. De forma que essa noção de ordem tácita falha mais uma vez em bem descrever e explicar a juridicidade dos costumes.

Depois de apresentar as críticas à noção de ordem baseada em ameaça a partir do aspecto dos modos de origem das regras, Hart encerra o capítulo terceiro recapitulando brevemente todas as críticas que fez a essa noção a partir dos três critérios por ele formulados e dos quais acabamos de tratar: o conteúdo das regras, o âmbito de aplicação das regras e, finalmente, os modos de origem das regras.

Assim, no capítulo terceiro da obra *O conceito de direito*, Hart inicia o projeto de identificação das falhas da melhor versão da teoria positivista de Austin, que deverão ser sanadas pelo projeto teórico do próprio Hart. No capítulo quarto, de nome *O soberano e súbdito*, Hart prosseguirá as críticas à teoria de Austin, dessa vez dirigidas ao elemento da teoria de Austin que busca explicar a supremacia e a independência do direito a partir da ideia de hábito de obediência.

4. METODOLOGIA E "DIVIDENDOS" TEÓRICOS DO CAPÍTULO TERCEIRO DA OBRA O CONCEITO DE DIREITO

No capítulo terceiro da obra *O conceito de direito*, além de anunciar e elaborar a diferença entre regras que impõem deveres e regras que

de Hart de que toda regra de um sistema jurídico deve a sua juridicidade à sua cobertura pelos critérios definidos por uma regra de reconhecimento, critérios esses que não podem se confundir com a mera referência à aceitação das regras pela comunidade. (DWORKIN Ronald. The model of rules I. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 41- 43.

31 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 47-48.

conferem poderes, conceitos teóricos esses centrais à sua própria teoria do direito, Hart também revela com clareza a metodologia, ou seja, o tipo de raciocínio, que ele entende adequado para uma teorização do direito.

A metodologia hartiana rastreia distinções de uso da linguagem como "sintomas" de distinções entre fenômenos sociais. A atenção para os padrões de uso da linguagem é anunciada como dispositivo metodológico[32] no prefácio da obra, e o capítulo terceiro pode ser tomado como um bom exemplo da sua operacionalização. Hart parte do pressuposto de que o fato de utilizarmos conceitos em determinadas situações, mas não em outras, é indício de que as situações apresentam diferenças[33]. Em face dessas distinções entre usos linguísticos, devemos fazer um esforço para formular as distinções entre os fenômenos e contextos sociais que usos distintos da linguagem designam. Existe sempre a possibilidade de chegar à conclusão de que, a despeito das distinções entre usos da linguagem, as situações sociais examinadas não apresentam diferenças significativas. No entanto, devemos levar a sério a investigação e não devemos nos acomodar em torno de uma proposta teórica apenas porque é simples e elegante. Simplicidade e elegância são virtudes teóricas, mas não em sacrifício do poder explicativo de uma teoria.

Hart investiga e afirma, no capítulo terceiro, a existência de diferenças importantes entre situações nas quais o uso dos conceitos de ordem e ameaça são adequados, e situações nas quais não o é. Algumas das situações nas quais o uso desses conceitos é adequado não podem ser consideradas situações jurídicas, tal como a situação de um assaltante que ordena a outra pessoa que entregue um bem de valor sob ameaça de um mal. Essa e outras situações apontam para a sobreinclusão (*overinclusion*) da tese de Austin acerca do direito, já que a noção de ordem baseada em ameaça abarca mais situações do que aquelas consideradas jurídicas,

---

32 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. v.

33 "Many important distinctions, which are not immediately obvious, between types of social situation or relationships may best be brought to light by an examination of the standard uses of the relevant expressions and of the way in which these depend on a social context, itself often left unstated." (HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. v). Tradução para o português: "Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar". (HART, H. L A. **O conceito de direito**. Tradução de A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 2).

falhando em distinguir entre elas. Por outro lado, Hart conclui que algumas situações consideradas tipicamente jurídicas não comportam de forma adequada o uso dos conceitos de ordem e ameaça, tal como as regras jurídicas constituídas em costumes. Essas críticas apontam para a subinclusão e da (*underinclusion*) da tese de Austin, já que a noção de ordem baseada em ameaça não é capaz de abarcar todas as situações jurídicas. Quais são, portanto, os dividendos da crítica de Hart à teoria do direito de Austin? Em outras palavras, quais déficits teóricos são identificados por essas críticas, déficits esses que Hart deverá sanar com sua própria proposta teórica a fim de superar a versão do positivismo jurídico que ele critica?

Em primeiro lugar, a teoria de Hart terá que oferecer um conceito de regra que comporte conteúdos mais variados do que apenas a criação de deveres. O conceito de regra como ordem baseada em ameaça é especialmente inadequado para explicar as regras que conferem poderes para a criação de deveres e direitos. Hart irá apresentar a distinção conceitual entre regra que impõe deveres e a regra que confere poderes no capítulo terceiro. Se tanto as regras que impõem deveres quanto aquelas que conferem poderes são regras, Hart precisará de um conceito de regra em geral adequado para explicar o que há de comum entre elas, mas também o que há de comum entre regras jurídicas e não jurídicas. Hart irá apresentar o seu conceito de regra no capítulo quarto, ao distinguir entre uma regra e um hábito, superando o conceito de regra de Austin e fazendo frente a uma das questões persistentes apontadas no capítulo primeiro, qual seja, a de explicar o que acontece quando uma regra existe.

Mas Hart mostrou, no capítulo terceiro, que a noção de ordem baseada em ameaça é também inadequada para explicar o que acontece quando uma regra que impõe deveres existe. Hart precisa apresentar uma teoria da normatividade das regras que seja capaz, ao mesmo tempo, de explicar como regras podem ter uma gênese social, abarcando os costumes, e como regras podem também vincular aqueles que as criam. Hart buscará superar a teoria de Austin que afirma que as regras funcionam como orientação para a ação porque se originam em um ato de vontade externo às pessoas em geral, ou seja, na ordem de um outro, acompanhadas de constrangimento também externo, a ameaça da sanção. A chave para explicação das situações em que uma regra existe, de forma a oferecer um conceito de regra que capture os aspectos negligenciados pelo conceito de Austin, é a noção de ponto de vista interno (*internal point of view*), ou

seja, do ponto de vista adotado pelos partícipes de uma prática regrada acerca dessa mesma prática. A menção à possibilidade de se adotar dois pontos de vista distintos para análise de fenômenos sociais, o interno e o externo, é feita já no prefácio da obra[34]. Uma contribuição importante de Hart para a teoria do direito diz respeito à ênfase na atitude dos partícipes de uma prática como necessária para que essa seja uma prática regrada. Não basta, segundo Hart, que seja observada uma regularidade de comportamento para que uma regra exista. Se os partícipes de uma prática não entenderem a regularidade de comportamento como um padrão de correção e incorreção da ação, não estaremos diante de uma prática regrada.

A diferenciação entre ponto de vista interno e externo (*internal and external points of view*) permite explicar a gênese social de regras, bem como o fato de que regras são aplicáveis inclusive àqueles que eventualmente as criam. Uma atitude de considerar uma regularidade de comportamento como um padrão de correção não depende de uma ordem externa ao próprio partícipe da prática regrada. Assim, Hart consegue explicar a normatividade do direito sem ter que recorrer à noção de ordem baseada em ameaça. Ademais, ressaltar a particularidade da existência de um ponto de vista interno (*internal point of view*)[35] de partícipes que aceitam uma regularidade de comportamento como padrão de correção da ação permite distinguir o direito do exemplo do assaltante mobilizado por Hart no capítulo primeiro de *O conceito de direito*. No exemplo do assaltante, não há compartilhamento da aceitação do assaltante como autoridade para designar padrões corretos e incorretos de ação. Ou seja, as pessoas não reconhecem qualquer autoridade na ordem do assaltante.

Assim, o terceiro capítulo *O conceito de direito* constitui um importante capítulo para compreensão do método de Hart e do percurso de seu pensamento teórico. Os déficits da teoria do direito de Austin começam a ser sanados no próprio capítulo terceiro, por meio da distinção entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, como

---

34 HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. v.

35 A noção de ponto de vista interno será mais bem explorada no capítulo quarto de *O conceito de direito*, intitulado *O soberano e o súbdito*. A noção será central para a distinção que Hart faz entre uma regra e um hábito, distinção que é importante para criticar o conceito de soberania de Austin baseado na ideia de hábito de obediência. (HART, H. L. A.. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford University Press, 1994, p. 56-57).

apontam os problemas que deverão ser sanados em capítulos seguintes, por meio da elaboração de um novo conceito de regra, conceito esse dependente da noção de ponto de vista interno (*internal point of view*).

5. A RELAÇÃO ENTRE A METODOLOGIA HARTIANA E A TESE DA DIVERSIDADE DAS LEIS

Nesse último e breve tópico, retomo crítica dirigida por Richard HS Tur[36] à tese da diversidade de tipos de regras de Hart para iluminar a relação existente entre a metodologia teórica empregada por Hart e as conclusões substantivas a que ele chega acerca da diversidade de tipos de regras. Vimos que, no capítulo *A diversidade das leis*, Hart rejeita diversas tentativas de equacionar as regras que criam deveres e as regras que conferem poderes como regras de um mesmo tipo. Tur busca mostrar que os argumentos de Hart apenas fazem sentido a partir do pressuposto filosófico de que a forma mais adequada de teorizar acerca do direito é por meio da explicitação da lógica de funcionamento da linguagem comum da prática jurídica. Se rejeitamos esse pressuposto, então as conclusões substantivas de Hart perdem força.

Tur afirma que o movimento de redução do trabalho filosófico à identificação e esclarecimento das distinções implicadas no uso da linguagem comum é "seriamente mal direcionado e não mais persuasivo do que a noção extravagante de que o direito consuetudinário (common law) é em si a reta razão."[37] Ele afirma que esse método reducionista revela visão negativa e degradante da filosofia, contra a qual ele justapõe "uma visão mais ampla e antiga dela [da filosofia] como uma apreciação crítica da crença, juntamente com a revisão e análise conceitual necessárias para tal fim —mesmo quando a reconstrução dos conceitos vai muito além do uso comum."[38]

Tur enxerga acomodação complacente ao senso comum na submissão do pensamento à gramática da linguagem ordinária. Junto a isso, ele nega

---

36 HS TUR, Richard. Variety or Uniformity? In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. **Reading HLA Hart's *The Concept of Law***. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013, p. 37 – 58.

37 Ibid, p. 39 (tradução minha).

38 Ibid. p. 39 (tradução minha).

correspondência necessária entre generalização e distorção, afirmando que "pensar é um processo unificador, e que dar sentido a, ou compreender alguma coisa, é algumas vezes enxergar essa coisa como parte de algo mais geral."[39] Assim ele inicia a sua crítica à tese de Hart acerca da diversidade de tipos de regras anunciando sua preferência por uniformidade em contraste com a ênfase de Hart em variedade.

O ponto desse tópico não é reconstruir de forma exaustiva os contra-argumentos de Tur às teses de Hart. Selecionarei um dos contra-argumentos como exemplo do tipo de teoria do direito que Tur entende proveitosa.

A distinção que Hart faz entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes está baseada, segundo Tur, em distintas funções sociais desempenhadas por essas regras[40], tal como o uso ordinário da linguagem jurídica revela. Recapitulando o argumento de Hart, esse último ressalta que, quando deixamos de cumprir requisitos legais para realizar um contrato ou testamento, não dizemos que desobedecemos à lei. Isso porque a lei que define condições para a validade de contratos e testamentos não tem como função determinar que façamos ou deixemos de fazer algo. Segundo Hart, a existência de regras que desempenham distintas funções sociais justifica e fundamenta a classificação de regras em tipos distintos. Tur, apesar de concordar que Hart "distingue usos ou funções do direito que são diferentes, e de fato diferentes em aspectos importantes"[41] nega que uma diferença sociológica ou funcional equivale a uma diferença de forma lógica.

Tur desenvolve o ponto respondendo à distinção que Hart faz entre a consequência da nulidade e aquela da sanção. Recapitulando, um dos argumentos de Hart é o de que uma regra que estabelece condições e requisitos para o exercício de poderes não faria nenhum sentido se não fosse constituída também pela nulidade na hipótese de não observância das condições e requisitos. Condições e requisitos não são condições e requisitos a não ser que a sua inobservância implique em nulidade. Uma regra que impõe deveres não se torna ininteligível ou despropositada se carente

[39] Ibid. p. 39 (tradução minha).

[40] HS TUR, Richard. Variety or Uniformity? In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. **Reading HLA Hart's *The Concept of Law*.** Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013, p. 44.

[41] Ibid., p. 44 (tradução minha).

da previsão de uma sanção em caso de descumprimento da orientação para a ação que ela estabelece. Segundo Tur, essa diferença específica que Hart estabelece entre nulidade e sanção está correta, mas não constitui prova contra a tese da unidade das regras quanto à sua forma[42].

Tur desenvolve diversas formulações para uma regra que determina um tipo penal e para uma regra que determina as condições para um testamento válido. Por exemplo, as regras podem ser formuladas da seguinte maneira:

- Um testamento válido é feito se e apenas se certas condições legalmente determinadas são satisfeitas.
- Um crime é cometido se e apenas se certas condições legalmente estabelecidas são satisfeitas[43].

As duas formulações mostram que o pensamento do direito se estrutura por meio da definição de condições para que se sigam consequências jurídicas. Assim, Tur busca mostrar que a mesma estrutura formal é possível para regras que desempenham funções sociais distintas.

A crítica de Tur revela a relação entre divergências acerca da finalidade da análise teórica, por um lado, e divergências na escolha de categorias para análise de um mesmo objeto. Não cabe contrastar, nesse texto, o valor de teorias formais de práticas regradas e aquele de teorias focadas na finalidade do uso dos conceitos pelo ponto de vista interno (*internal point of view*) dos partícipes de práticas regradas. O ponto é mostrar que o valor da escolha metodológica de Hart é disputado.

Por outro lado, o método hartiano foi acolhido e celebrado por grande parte do debate teórico que seguiu à publicação de *O conceito de direito*. Ronald Dworkin foi um dos principais interlocutores de Hart, mobilizando o método hartiano contra as conclusões substantivas centrais de Hart acerca do direito. Um dos primeiros e mais conhecidos textos de Dworkin de crítica ao positivismo jurídico em geral, e hartiano

---

42 Ibid. p. 48.

43 Exemplo adaptado de Tur em HS TUR, Richard. Variety or Uniformity? In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. **Reading HLA Hart's *The Concept of Law*.** Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013, p. 49.

em particular, intitulado *Modelo de regras I*[44], é dedicado a denunciar as principais teses do positivismo em função da sua incapacidade de abarcar e explicar os princípios jurídicos. Os princípios jurídicos, segundo Dworkin, são ubíquos na linguagem e na argumentação jurídica. A atitude dos partícipes da prática jurídica é de reconhecimento de força e valor jurídico aos princípios. No entanto, argumenta Dworkin, o modelo teórico de Hart apenas tem lugar para regras, ainda que de variados tipos, denunciando a subinclusão (*underinclusion*) da teoria de Hart em relação a uma parte importante da prática jurídica.

As consequências da atenção dada por Dworkin aos princípios jurídicos enquanto tipos de padrões desconsiderados na teoria hartiana se desdobraram no sentido de levar à rejeição de teses centrais do positivismo hartiano, tais como a tese da separação entre o direito e a moralidade crítica. Em texto no qual aprofunda e desenvolve a crítica ao positivismo hartiano, intitulado *Modelo de regras II*[45], Dworkin insiste que os argumentos de princípio são, em larga medida, argumentos controversos de natureza moral. Dworkin enfatiza a natureza controvertida do argumento moral que muitas vezes testemunhamos no direito: a prática jurídica seria marcada por desacordos intensos e importantes em torno da melhor compreensão do sentido e da aplicação de certos conceitos e valores em contextos distintos. O direito, portanto, não se resumiria a um sistema de regras constituídas pela pacífica e harmônica aceitação compartilhada de certos padrões de comportamento. Sendo assim, o positivismo em geral, e também o hartiano, falharia ao afirmar a separação entre a moralidade e o direito, já que grande parte dos debates em torno da fundamentação de reivindicações e decisões jurídicas ocorre por meio de controvérsias em torno da melhor compreensão de conceitos morais estruturais da prática jurídica.

Também não cabe, nesse espaço, desenvolver as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico. A menção às críticas de Dworkin a Hart aponta para os caminhos complexos e ricos de desenvolvimento teórico que a metodologia hartiana deflagrou. Se esclarecer nossos próprios pressupostos e propósitos implícitos em nossa própria operação da linguagem jurídica for

---

44 DWORKIN Ronald. The model of rules I. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 14 – 45.

45 DWORKIN Ronald. The model of rules II. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 46 – 80.

empreitada teórica valiosa, Hart certamente inaugurou pauta importante ao sugerir a investigação de uma diversidade de leis correspondente a diversidade de nossas finalidades na prática que chamamos jurídica.

LITERATURA DE APROFUNDAMENTO:

- MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2ª ed. Stanford: Stanford University Press, 2008 – o livro completo pode ser lido com proveito para compreensão e crítica de diversos aspectos do pensamento teórico de Hart. Os capítulos quinto e sexto apresentam críticas e sugerem sofisticações interessantes a aspectos da teoria de Hart tratados no capítulo terceiro de *O conceito de direito*, especificamente, às noções de regras que criam deveres e regras que conferem poderes. Há tradução para o português da editora Martins Fontes, sob o título *H.L.A. Hart*. (MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. Elsevier, 2009).
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The uses of the study of jurisprudence (with and introduction by H.L.A. Hart)**. Indianapolis/Cambidge: Hackett Publishing Company, Inc, 1954. – Trata-se de edição que contém tanto o livro *Province of Jurisprudence Determined*, livro esse publicado em vida por Austin no qual ele expõe grande parte de suas teses teóricas sobre o direito, assim como o ensaio *The uses of the study of jurisprudence*, em que Austin explica a sua concepção da teoria analítica do direito.
- DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2001. – O livro confronta teses distintas acerca da atitude teórica que deve ser encampada por alguém que pretende construir uma teoria do direito. A leitura do livro contribui para a compreensão do conceito de ponto de vista interno de Hart e do argumento de Hart de que o ponto de vista interno daqueles que participam da prática do direito deve ser levado em consideração para a compreensão de toda prática regrada. Ademais, o livro auxilia a compreensão do debate que se estabeleceu entre H. L. A.

Hart, Ronald Dworkin e diversos outros teóricos contemporâneos do direito acerca da necessidade ou não de o teórico do direito se posicionar moralmente sobre a prática jurídica para desenvolver uma teoria sobre ela.

- HS TUR, Richard. Variety of Uniformity? In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea. **Reading HLA Hart's *The Concept or Law*.** Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013, p. 37 – 58. – Toda a obra editada por D'Almeida, Duarte e Dolcetti pode ser lida com grande proveito como contribuições críticas a diversas teses centrais e subteses teóricas de Hart. O capítulo terceiro, de autoria de HS Tur, rejeita os argumentos de Hart em favor da tese central do capítulo terceiro de *O conceito de direito,* segundo a qual o direito é constituído de ao menos dois tipos lógicos distintos de regras.

Capítulo 6

O CONCEITO DE SOBERANIA NA TEORIA DO DIREITO: A CRÍTICA DE H. L. A. HART

Saulo de Matos[1]

1. INTRODUÇÃO: POSITIVISMO JURÍDICO E SOBERANIA

Há uma relação histórica e conceitual entre as teses do positivismo jurídico na teoria do direito e a imagem de uma pessoa que emite comandos a serem obedecidos pelos cidadãos. Em texto recente, a título de exemplo, Frederick Schauer explicita essa imagem implícita pelo positivismo jurídico acerca do modelo de determinação dos direitos jurídicos válidos (direitos em sentido hohlfediano[2]): "Se, no exército, soldados frequentemente seguem ordens em vez de fazerem escolhas autônomas, e se soldados podem se comportar desta forma em relação a ordens gerais, além de comandos particularizados, nós podemos imaginar juízes fazendo o mesmo em relação a regras."[3] Com isso, não se quer afirmar que toda teoria positivista assume um modelo de determinação dos direitos jurídicos válidos com apelo ao conceito de soberania ou comandos –

---

1 Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFPA. Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg (Alemanha). Doutor pelo Departamento de Filosofia Social e Filosofia do Direito da Universidade de Göttingen (Alemanha), com período de pesquisa na Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA)

2 HOHFELD, Wesley Newcomb, Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning, **The Yale Law Review**, v. 26, n. 8, p. 710–770, 1917.

3 SCHAUER, Frederick F, Formalismo, *in*: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.), **A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94. Hart prefere a imagem de um assaltante de banco armado que dá ordens aos seus reféns. Cf.: HART, H. L. A, **The concept of law**, Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 19.

Hans Kelsen, por exemplo, não o adota[4], mas, sim, que há uma tendência na pressuposição desse tipo de modelo pelo positivismo jurídico.

Razões podem ser levantadas para explicar a tendência de juristas e teóricos do direito em aproximar a imagem do tomador de decisão à imagem de um soldado que obedece a comandos emitidos pelo seu superior. A mais fundamental consiste num certo retrato padrão da relação entre legislador, julgador e cidadão, que pode ser caracterizada pelo seguinte conjunto de proposições[5]:

(a) A promulgação de diplomas normativos pelo legislativo é o método, desenvolvido pelas democracias modernas para comunicar aos cidadãos, órgãos administrativos e árbitros as suas soluções para certos conflitos sociais.

(b) Tais diplomas legislativos fazem diferença com relação ao conjunto de direitos jurídicos do cidadão.

(c) O uso da linguagem ordinária é considerado o método mais eficiente para expressar as diretivas do legislador. Ademais, o meio mais eficiente, estável, público e equitativo para uso da linguagem ordinária é por meio da forma escrita de documentos, acessíveis a todos.

(d) Há uma presunção da supremacia do legislador. Os membros do judiciário devem atuar como agentes encarregados de realizar essa supremacia na solução dos conflitos sociais por meio da correta identificação da sua intenção.

Foge ao escopo deste capítulo a discussão de todos os elementos que compõem esse imaginário acerca do funcionamento do direito em

---

4 Cumpre notar que Hart une, no capítulo II de *The Concept of Law*, o modelo teórico de John Austin e Hans Kelsen como instanciações do denominado modelo imperativista para discutir os conceitos de comando e hábito no contexto da prática dos direitos jurídicos. Cf. HART, **The concept of law**, p. 18. Conforme indicado, considero a atribuição de um modelo imperativista a Kelsen um equívoco teórico, considerando a sua conhecida rejeição ao psicologismo do ponto de vista metafísico e epistemológico. Para uma visão geral sobre a filosofia do direito de Kelsen, *vide*: PAULSON, Stanley L, Introduction, *in*: KELSEN, Hans (Org.), **Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law**, Oxford: Clarendon Press, 2004, p. xvii–xlii.

5 NEALE, Stephen, Convergentism & the Nature of Law, **Draft for the Oslo Workshop on the Pragmatics of Legal Language**, 2012.

sociedades modernas.[6] Irei focar na última proposição (*d*), que trata da ideia da supremacia do legislador, uma vez que uma versão específica dessa imagem é o objeto da crítica de H. L. A. Hart ao conceito de soberania no capítulo IV (*Sovereign and Subject*) do seu *The Concept of Law*. Esse capítulo consolida a crítica de Hart à imagem do direito como um conjunto de comandos na forma de imperativos, emitidos por uma pessoa em direção a outra, que tem o dever de obedecê-la. Como se verá no decorrer da argumentação, a tese de Hart não é necessariamente uma refutação da proposição *d* – no decorrer do texto, Hart especifica que é equivocado confundir o modelo da soberania com a discussão em torno da supremacia de uma autoridade no sistema jurídico, mas, sim, uma reformulação do modo como ela deve ser compreendida, isto é, como se verá a seguir, uma passagem do modelo regularista da soberania para o modelo regulista das regras sociais.

No capítulo II (*Laws, Commands, and Orders*) do seu livro, Hart esboça a ideia do direito como um conjunto de ordens na forma gramatical do imperativo, baseadas em ameaça, com o acréscimo da dimensão da *generalidade*, típica do direito moderno.[7] Isto é, Hart compreende que a prática dos direitos jurídicos em sociedades modernas só pode ser apreendida adequadamente se considerarmos que as normas jurídicas na forma de comandos são *gerais* de diferentes formas: com relação aos destinatários, condutas previstas, tempo e espaço; com respeito à autoridade geral (destinatários, assunto, tempo e espaço) das instituições; e referente à própria autoridade geral do direito.[8] Com isso, o direito é esboçado como um

---

6 Para uma leitura contemporânea sobre esse debate na teoria analítica do direito, *vide*: GREENBERG, Mark, The Standard Picture and Its Discontents, *in*: GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Orgs.), **Oxford Studies in Philosophy of Law**, [s.l.]: Oxford University Press, 2011; GREENBERG, Mark, Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication, *in*: MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (Orgs.), **Philosophical foundations of language in the law**, Oxford; New York: Oxford University Press, 2011, p. 217–264; NEIVA, Horácio Lopes Mousinho, **O Direito como Interpretação**, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

7 É oportuno pontuar que Hart não parece estar interessado em discutir formas jurídicas intrinsicamente avessas à ideia de generalidade, como é o caso, e. g., do direito colonial brasileiro, o que torna a sua crítica à inadequação do modelo da soberania mais simples. Acerca disso: GUIMARÃES FILHO, Gilberto, **Direito Colonial e Políticas de Morte no Grão-Pará (1616-1822): formas jurídicas do escravismo e do genocídio colonial no Estado do Pará**, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2023.

8 Acerca disso, *vide* capítulo 4 desta coletânea.

conjunto de ordens baseadas em ameaça, emitidas por uma pessoa ou conjunto de pessoas, cujos destinatários as obedecem de modo habitual e cujo emissor não obedece a ninguém. Seguindo essa discussão, o capítulo III (*The Variety of Laws*) apresenta as primeiras objeções de Hart a essa imagem do direito como comandos gerais baseados em ameaça, sobretudo, pelo fato de que, por um lado, essa descrição do direito não contempla todas os tipos de regras jurídicas existentes (*subinclusão*), como, e. g., regras de competência legislativa, e, por outro lado, ela inclui padrões de comportamento que não são normalmente considerados regras jurídicas (*sobreinclusão*).[9]

Finalmente, no cap. IV, objeto deste estudo, Hart apresenta a sua crítica ao modelo imperativista do direito com base em uma discussão acerca do próprio conceito de soberania, definido da seguinte forma: "uma pessoa ou um conjunto de pessoas, cujas ordens são obedecidas habitualmente pela grande maioria da sociedade e que não obedece a nenhuma pessoa ou pessoas."[10]. O objetivo do capítulo é questionar o que Hart denomina de doutrina da soberania na teoria do direito, a dizer, a seguinte tese: *onde há sociedade e, portanto, direito, há soberano*.[11] Em outros termos, Hart está preocupado em refutar a tese de que o conceito de direito compreende necessariamente o (conceito) de soberania. Porém, como é típico da metodologia desenvolvida por Hart para a teoria do direito, o seu interesse está em discutir *se* e *como* a soberania pode ser compreendida como necessária para a determinação do conteúdo do direito (proposições jurídicas verdadeiras). Nesse sentido, segundo o modelo da soberania, para que um direito jurídico possa ser considerado válido em uma sociedade, bastaria que o tomador de decisão, cidadão ou intérprete identificasse uma ação do soberano como autorizadora do padrão de comportamento jurídico em questão. O modelo da soberania, na versão apresentada por Hart, permite a identificação de normas jurídicas válidas e, ademais, a autonomia (independência) do sistema jurídico ante sistemas jurídicos de outros Estados soberanos. O direito, segundo essa

9 Acerca dessas críticas, cf. cap. 5 desta coletânea.

10 HART, **The concept of law**, p. 50; trad. nossa.

11 Nas palavras de Hart (*Ibid.*): "The doctrine asserts that in every human society, where there is law, there is ultimately to be found latent beneath the variety of political forms, in a democracy as much as in an absolute monarchy, this simple relationship between subjects rendering habitual obedience and a sovereign who renders habitual obedience to no one.".

imagem, precisa da soberania para que suas normas possam ser diferenciadas de outras normas (morais, religiosas etc.) e para que o sistema jurídico possa ser autônomo, isto é, independente com relação a outros sistemas normativos.

No que segue, irei discutir o modelo da soberania na esteira da discussão proposta no capítulo IV de *O Conceito de Direito* de H. L. A. Hart, com exceção do tópico 2, o qual serve a uma contextualização da discussão sobre soberania na tradição da filosofia do direito europeia, com intuito de posicionar historicamente o modo como o problema é posto por Hart. Em segundo lugar, apresentarei a crítica de Hart à primeira dimensão do conceito de soberania: a ideia de hábito de obediência. Após, passo a discutir como Hart transforma o conceito de soberania como hábito de obediência (fato) para soberania como regra social. Por fim, abordo a crítica de Hart à segunda dimensão do conceito de soberania: o caráter ilimitado do poder jurídico do soberano. Como conclusão, Hart defende que soberania na teoria do direito não pode ser considerada um conceito necessário para a justificação dos direitos jurídicos, mesmo em sua versão regulista.

2. CONCEITUANDO SOBERANIA

Hart toma a soberania por um conceito relacional, que compreende a ideia de "uma pessoa ou um conjunto de pessoas, cujas ordens são obedecidas habitualmente pela grande maioria da sociedade e que não obedece a nenhuma pessoa ou pessoas."[12]. Trata-se do conceito clássico de soberania no âmbito da filosofia política moderna, que tem sua primeira definição em *Os Seis Livros da República* de Jean Bodin, como se verá a seguir.[13] O objetivo deste primeiro tópico consiste em posicionar a crítica de Hart à soberania no contexto da longa tradição do debate sobre soberania na literatura da filosofia do direito, a fim de identificar o escopo preciso do seu projeto.

"Soberania" como substantivo tem sua origem no atributo ou qualidade de ser "soberano" ou no substantivo "Soberano", que remonta ao termo "superanus" ("supremus") do latim tardio, a significar "aquele posicionado no nível mais elevado" ou "o mais elevado" – e. g., *summa potestas*

[12] *Ibid.*; trad. nossa.

[13] BODIN, Jean, **Os Seis Livros da República - Livro Primeiro**, 1ª edição. São Paulo: Ícone, 2017.

super terram.[14] A soberania, nesse contexto, é tomada por uma qualidade ou propriedade de "estar/ser superior" ("supremitas"). No campo da teoria política, isto é, na associação entre "supremitas" e "potestas", soberania significa, sobretudo, o status ou qualidade (*soberano ou soberana*) de estar/ser superior a alguém ou algo.[15]

A soberania, tema central do capítulo, possui um papel relevante na tradição moderna da filosofia política e do direito, na medida em que diversas teorias do início da modernidade construíram um sistema conceitual para compreender a sociedade moderna baseado, fortemente, em uma certa noção de soberania ou da necessidade da existência de um poder temporal, superior ou absoluto, ao qual qualquer cidadão deve estar sujeito. Jean Bodin em seu tratado intitulado "Seis Livros da República" foi, talvez, o primeiro a tornar a soberania como um conceito relevante para compreensão da modernidade política.[16] E, ele o faz recepcionando um conceito jurídico para o campo da filosofia política: "Há a necessidade aqui de formar a definição de soberania, porque não há jurisconsulto nem filósofo político que a tenha definido, embora seja o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no tratado da República."[17]. Para Bodin, assim como para outros teóricos do início da modernidade, o grande desafio para compreensão da transição do fim do medievo para o início da modernidade europeia consistia em apresentar uma solução para o paradoxo resultante da junção de dois conceitos importantes para esse período: *república* como coisa pública ou forma de vida em comunidade

[14] É possível, etimologicamente, retroceder ao grego do século V a. C. para associar soberania à palavra grega "kyrios" (*κύριος*), valendo-se como exemplo o uso do termo por Aristóteles (1280a) em *A Política*. Porém, essa associação é controversa na literatura especializada sobre o conceito de soberania. Acerca disso: MATOS, Saulo de, **Zum normativen Begriff der Volkssouveränität: rechtsphilosophische und verfassungstheoretische Versuche der Legitimierung des politischen Handelns**, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 61.

[15] Há um outro sentido de soberania, que toma esse conceito de modo mais dialético e relacionado com a qualidade de uma pessoa ou grupo de pessoas de não se submeter *absolutamente* às regras estabelecidas pelas práticas sociais e institucionais de uma sociedade, criando diferentes cidadanias ou hierarquias com base na sujeição ou não a certas regras. Michael Hartmann, por exemplo, usa o termo "soberania pessoal" (*persönliche Souveränität*) para apreender essa ideia. *Vide*: HARTMANN, Michael, **Soziale Ungleichheit - kein Thema für die Eliten?**, Frankfurt a. M.: Campus-Verl, 2013.

[16] MATOS, Saulo de, Soberania popular na crise do século XIV e o surgimento do conceito forte de soberania: Marsílio de Pádua, Guilherme de Ockham e Jean Bodin, **Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales**, n. 10, p. 94–119, 2016.

[17] BODIN, **Os Seis Livros da República - Livro Primeiro**, p. 196.

em benefício de todos; e *soberania* como alguém que não depende normativamente dos outros. É assim que Bodin define República: "República é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano."[18]. Sob "poder soberano", Bodin compreende o poder no Estado *ilimitado*, *absoluto* e *temporal*, a dizer, o estado, no qual alguém está em condições de ordenar todos, sem estar sujeito a outrem.

O principal poder de um soberano consiste no fato de que ele pode promulgar atos normativos para os seus súditos, sem qualquer necessidade de sujeição à autoridade de outra pessoa. A lei em sentido amplo é definida como um *poder* jurídico de ordenar a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, sendo o *poder* ilimitado sobre todos os outros, sem exceção. Assim, trata-se de uma vontade no sentido de ordem, proibição, privilégio, poder, faculdade ante os sujeitos. Dessa forma, nesse modelo, o direito pode ser compreendido como uma mediação de interesses, a qual só pode acontecer por meio da vontade de um poder soberano.[19]

Na filosofia política moderna, esse conceito forte de soberania está diretamente relacionada a uma forma de uso estatal da força, legitimada pelos direitos jurídicos, contra os corpos dos cidadãos. É assim que esse conceito tem um papel central na obra de Jean Bodin e, posteriormente, passa a ser associado à ideia de contrato social na filosofia política de Thomas Hobbes. Nesse contexto, a soberania é compreendida como necessária para *legitimar* uma forma de uso do poder coercitivo do Estado, que não pode ele mesmo estar sujeito ou limitado pelas próprias normas jurídicas (Estado de direito ou *rule of law*), na medida em que a estabilidade das relações jurídicas e sociais depende, fortemente, de uma identificação pessoal entre poder coercitivo estatal e a pessoa do governante. Para esse modelo, que parece ser uma *inspiração* daquele aperfeiçoado por Hart em seus capítulos II e III de *The Concept of Law*, uma violação à norma jurídica é, igualmente, uma ofensa na pessoa do soberano (emissor/origem da norma) e, portanto, a sanção decorrente precisa ser uma forma de reestabelecer a dignidade (*dignitas*) do soberano, a dizer, a sua legitimidade como instituidor de normas jurídicas. O instituto jurídico

[18] *Ibid.*, p. 71.

[19] Ao reconstruir o modelo de soberania com base em um arquétipo do pensamento de John Austin e Jeremy Bentham, Hart está preocupado em se contrapor a esse modelo teórico centrado no conceito de soberania, que possui forte influência na filosofia do direito no início do século XX.

da tortura, amplamente aceito por essa forma de legitimar o poder estatal na modernidade europeia, é um exemplo privilegiado dessa ideia.[20]

As inúmeras críticas desenvolvidas a esse modelo de soberania no campo da teoria política são conhecidas na história do pensamento político e jurídico, sobretudo, no contexto da crítica de Rousseau e Locke ao conceito de soberania de Hobbes e, ao mesmo tempo, pela reflexão acerca dos limites da punição corpórea por parte do Estado nas obras de Beccaria, Voltaire e, já no século XX, Foucault. Nesse sentido, a defesa do da soberania como projeto de justificação do poder coercitivo do Estado, pelo menos, em sua relação interna com os cidadãos, não encontra grandes defensores a partir do fim do século XIX.

Nesse contexto, causa estranheza observar que H. L. A. Hart dedica três capítulos de sua obra *The Concept of Law* para discutir o modelo da soberania na teoria do direito. O estranhamento inicial se intensifica quando observamos que as discussões clássicas da tradição da filosofia do direito da modernidade europeia acerca do conceito de soberania (contrato social e tortura) não são consideradas por Hart em nenhum momento de sua argumentação, tampouco o papel desse conceito para o direito colonial. Isso se explica porque, ao contrário de teóricos como Bodin ou Hobbes, Hart não está interessado em apresentar uma teoria da legitimidade do poder estatal e, tampouco, uma genealogia do Estado moderno. Seu interesse também não é o de debater o papel da soberania no direito internacional e, tampouco, quem tem a última palavra em um certo contexto institucional (*supremacia x soberania*). Sua principal preocupação consiste em discutir o papel do conceito de soberania na identificação do conteúdo do direito (direitos jurídicos válidos), ou seja, *se* e *como* a soberania pode ter um papel na justificação de direitos jurídicos em sentido amplo ou normas jurídicas em um sistema normativo do tipo moderno. Sua principal tese é de que uma teoria do direito baseada com fundamento último no conceito de soberania é pouco plausível em razão da ausência de uma explicação adequada para a ideia de "poder" enquanto direito subjetivo de alterar pretensões, obrigações ou liberdades. A soberania não pode ser uma explicação última para o poder, porque ela depende por definição desse conceito.

[20] Para uma discussão contemporânea acerca desse tema, *vide* o capítulo 1 de BERNSTEIN, J. M, **Torture and dignity: an essay on moral injury**, Chicago: University of Chicago, 2015.

3. SOBERANIA COMO FATO

Como dito acima, Hart define a soberania como "uma pessoa ou um conjunto de pessoas, cujas ordens são obedecidas habitualmente pela grande maioria da sociedade e que não obedece a nenhuma pessoa ou pessoas."[21]. Nessa forma de moldar a realidade, o problema central da soberania está na compreensão do significado do conceito de *hábito de obediência* (*habit of obedience*), a dizer, o hábito da maioria da população de seguir as ordens de um soberano *e* o hábito do soberano de não se sujeitar às ordens de outra pessoa: "(...) um soberano, caracterizado afirmativamente e negativamente pela referência ao hábito de obediência (...)"[22]. Como pode ser caracterizado esse hábito de obediência para a identificação das normas jurídicas válidas? Isto é, como a ideia de hábito de obediência pode ser conceitualizada para que cumpra um papel na determinação das normas jurídicas em um sistema normativo? A primeira hipótese de Hart é que o hábito de obediência como característica central do conceito de soberania pode ser compreendido como um fato (*fact*).[23]

Trata-se, aqui, de uma forma de compreender a soberania enquanto um fato social sob a perspectiva de um observador externo, que parte de um conceito próximo ao proposto por Bodin: *o estado, no qual alguém está em condições de ordenar todos, sem estar, ao mesmo tempo, sujeito a outrem*. É interessante, para o argumento desenvolvido por Hart, expressar essa definição da seguinte forma[24]:

Soberania como Fato:
O Soberano é obedecido por todos (um fato)
O Soberano não obedece a ninguém (um fato)

[21] HART, **The concept of law**, p. 50; trad. nossa. Conforme afirma Kramer: "No modelo austiniano, as relações entre o soberano e os cidadão obedientes são semelhantes as relações entre um criminoso com uma arma e suas vítimas" (KRAMER, Matthew H., **H.L.A. Hart: the nature of law**, Cambridge, UK: Polity Press, 2018, p. 34; trad. nossa).

[22] HART, **The concept of law**, p. 50; trad. nossa.

[23] "For in that world there were no rules, and so no rights or titles, and hence a fortiori no right or title to succeed: there were just the **facts** that orders were given by Rex I, and his orders were habitually obeyed." (Ibid., p. 54; grifo nosso).

[24] ELEFTHERIADIS, Pavlos, Law and Sovereignty, **Law and Philosophy**, v. 29, n. 5, p. 535–569, 2010.

Nesse sentido, a soberania é explicada enquanto um fato social, isto é, a mera observação da regularidade do comportamento dos indivíduos em uma determinada sociedade. Robert Brandom denomina essa forma de compreender o direito de *regularismo* ou *posição regularista* (*regularist position*), na medida em que as normas jurídicas são pretensamente válidas, exclusivamente, com referência a regularidades ou disposições de comportamento.[25] Nesse contexto, Hart apresenta o seu famoso exemplo de um monarca absolutista, *Rex*, que vive em uma sociedade (S), na qual ele é obedecido habitualmente, por um longo período histórico, por todos e, ao mesmo tempo, não obedece habitualmente a ninguém[26]:

- A maioria dos membros de uma sociedade conforma, regularmente, o seu comportamento ao conteúdo das ordens emanadas por um soberano. (o comportamento é repetido por um longo período + há a expectativa de que esse comportamento se repita)
- O conteúdo das ordens é determinado pelas ordens emanadas pelo soberano.

É importante notar que, como dito acima, Hart está interessado em discutir o conceito de soberania no contexto da teoria do direito enquanto modelo de determinação do conteúdo do direito. Dessa forma, a soberania precisa ser pensada enquanto conceito que permite justificar direitos jurídicos, a dizer, (a) identificação de uma norma jurídica e (b) identificação de um sistema jurídico independente, ao qual a norma jurídica pertence. Logo, o modelo da soberania se baseia em duas teses centrais:

i. O que faz com que determinadas instruções se tornem jurídicas tem a ver com a sua origem e função: se a instrução é emanada de um soberano político *e* tem a função de ser um exercício da soberania, então, trata-se de um fato jurídico (por exemplo, uma lei).

ii. O direito tem sempre a forma de um comando. Trata-se da expressão de um desejo de uma pessoa para que outra pessoa se comporte de determinada maneira, sob pena de sanção.

---

25 BRANDOM, Robert, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: the normative fine structure of the judges' chain novel, *in*: LIND, Douglas; HUBBS, Graham (Orgs.), **Pragmatism, Law, and Language**, New York: Routledge, 2014, p. 26.

26 HART, **The concept of law**, p. 52.

Deixando de lado a assertiva *ii*, a primeira tese *i* compreende exatamente a discussão acerca da função da soberania enquanto conceito que permite identificar proposições jurídicas válidas. Uma proposição jurídica só pode ser considerada válida, caso ela possa ser rastreada até a ordem ou comando de um soberano *e* desde que essa ordem ou comando tenha sido emanada no exercício da soberania, o que permite diferenciar possíveis ordens emitidas pelo soberano no contexto privado.

A determinação de quem ocupa o papel de soberano é dada pelo conceito de hábito de obediência, que, em última instância, é uma forma de explicar a ideia de "seguir uma regra", já posta no capítulo I de *The Concept of Law* como uma das questões persistentes no campo da teoria do direito.[27] Sendo assim, considerando o contexto do debate acerca do modelo da soberania como fato, se "seguir uma regra" significa meramente a repetição regular de um comportamento observável sob certos pressupostos metodológicos, a prática do direito pode ser explicada pela regularidade de certos comportamentos. É o caso do conceito de soberania, que passa a ser compreendido como o hábito de obedecer ao *conteúdo da ordem emanada por uma pessoa ou conjunto de pessoas* e, por seu turno, o hábito do soberano não obedecer a outra pessoa no mesmo contexto.

Após apresentar o modelo da soberania como fato, Hart empreende uma série de objeções a essa forma de compreender a prática dos direitos jurídicos. De modo geral, as suas objeções se concentram em três questões fundamentais: a *continuidade da autoridade do soberano* no caso de sucessão de soberanos; a *persistência ou manutenção da validade das normas jurídicas* ao longo de diversas sucessões de soberanos; e, por fim, o *caráter ilimitado da autoridade do soberano*.[28] O erro fundamental do modelo que compreende a soberania como fato é a ausência de uma compreensão adequada da regra social como fundamento para compreensão da prática de direitos jurídicos. Hart defende, assim, a passagem de uma posição *regularista* (*regularist position*) para uma posição *regulista* (*regulist position*).[29]

---

27 *Vide* cap. 1 desta coletânea.

28 HART, **The concept of law**, p. 51.

29 BRANDOM, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: the normative fine structure of the judges' chain novel, p. 26.

Nesse contexto, contra a compreensão da prática dos direitos jurídicos na forma da soberania como fato social, Hart levanta uma série de objeções decorrente de suas intuições sobre o modo como do direito funciona em sociedades modernas, em especial: o sentido de obediência no direito parece depender um conceito normativo de obrigação (normatividade), que diverge da ideia da mera habitualidade ou regularidade do comportamento da população; e, ademais, uma explicação acerca da execução de uma ação por parte dos cidadãos dificilmente pode ser reduzida à compreensão por parte destes da ordem emanada por um soberano. Nessa esteira, do ponto de vista da justificação de proposições jurídicas válidas, a ideia de recorrer ao emissor da ordem (soberano enquanto fato) encontra problemas de duas ordens:

O primeiro problema se relaciona com a dificuldade para a identificação do soberano no caso de sucessão entre soberanos, a dizer, da passagem do Rex I para o Rex II. Considerando que a soberania é um hábito de obediência, a dizer, que depende da existência de um comportamento regular, por um certo período temporal, por parte de grande parte da sociedade, não é possível, conceitualmente, identificar normativamente o sucessor de Rex I antes que a população desenvolva um hábito de obediência a outro soberano. Não seria possível, nesse contexto, afirmar que Rex II tem o direito de legislar ou que Rex II é o soberano antes que a população desenvolva, gradativamente, um hábito de obediência a suas ordens. Isso significa dizer, em última instância, que o fundamento de validade jurídica do sistema dependeria, exclusivamente, do desenvolvimento de um hábito de obediência por parte da população daquela sociedade.

Por conseguinte – segundo problema identificado por Hart, se não é possível identificar o soberano com clareza no caso de sucessão entre soberanos, não é possível identificar uma norma jurídica válida no sistema normativo em análise, o que torna difícil afirmar se há direito ou prática de direitos jurídicos nessa sociedade nesse hiato temporal de sucessão governamental. Ou seja, um segundo problema é que, no contexto da sucessão entre soberanos, não seria possível identificar se uma norma jurídica é válida até que o novo soberano se estabeleça enquanto tal por meio da regularidade do comportamento de parte relevante da população. Decorre desse mesmo pensamento a dificuldade em identificar normas jurídicas válidas emanadas por um soberano já falecido, dado que

a sua validade jurídica depende da obediência regular à ação ou pronunciamento do novo soberano, ou mais precisamente, da manutenção do hábito de obediência à norma jurídica anteriormente válida no período do soberano sucedido.

4. SOBERANIA COMO REGRA

Para superar os problemas acima identificados de uma compreensão da soberania como fato social, a sugestão de Hart é tomar a soberania por uma *regra social*.[30] Influenciado por Wittgenstein, Hart defende que uma compreensão adequada do direito precisa partir da ideia de seguir uma regra enquanto prática social. Como dito acima, a dificuldade do modelo regularista da soberania consiste em uma explicação inadequada do direito enquanto prática social. Isso porque a redução da prática social ao regularismo, a dizer, à ideia de regularidade de comportamento ou disposição é incapaz de dar respostas adequadas aos problemas da continuidade e persistência das normas jurídicas no tempo, e limitação dos poderes do legislador. Hart, então, passa a discutir se um modelo *regulista* da soberania pode trazer respostas mais adequadas para os problemas identificados.

O regulismo, tal qual defendido por Hart, compreende que as práticas sociais devem ser compreendidas como um conjunto de regras explícitas e implícitas, as quais determinam o conteúdo das ações e assertivas no contexto da prática em desenvolvimento. Toda prática social é um conjunto de regras que determinam o seu conteúdo. Nesse sentido, segundo esse modelo, as proposições jurídicas verdadeiras são determinadas, exclusivamente, com referência às regras implícitas ou explícitas pela prática institucional. Uma prática social, segundo Hart, precisa compreender, pelo menos, três dimensões (*P1, P2.1 e P2.2*):[31]

Regras Sociais

P1. A maioria dos membros da sociedade conforma, regularmente, o seu comportamento ao conteúdo das ordens emanadas pelo soberano. (hábito de obediência)

[30] HART, **The concept of law**, p. 55.

[31] *Ibid*., p. 55–57. Todos esses aspectos serão novamente discutidos no próximo capítulo desta coletânea.

P2. A maioria dos membros da sociedade aceita as ordens do soberano como uma regra, o que significa dizer:

P2.1. Para a maioria dos membros da sociedade, a existência de ordens do soberano constitui uma razão para agir de acordo com essas ordens.

P2.2. Os membros da sociedade tendem a utilizar as ordens do soberano e se referir às ordens do soberano como fundamento para exercer pressão sobre os demais membros para agir em conformidade com as ordens do soberano e como fundamento para criticar desvios comportamentais com respeito ao conteúdo das ordens do soberano.

Isso significa dizer que uma prática social com base no modelo regulista de Hart compreende, necessariamente, uma primeira dimensão regularista ou de regularidade de comportamento (*P1*), a dizer, a constatação de que uma parcela significativa da população obedece regularmente ao soberano, ou mais precisamente, conforma o seu comportamento, com regularidade, ao conteúdo dos comandos do soberano. Contudo, a diferença específica desse modelo para o modelo anterior dos fatos (*regularismo*) está no acréscimo da proposição *P2*, a dizer, na compreensão de que uma prática social na forma de regras sociais (*regulismo*) precisa também incluir uma dimensão normativa por parte das pessoas que aderem às regras. Isso significa dizer que, de um lado, as regras sociais podem também ser compreendidas como comprometimentos por parte dos atores sociais, que, ao as aceitarem de modo expresso ou tácito, atribuem a elas força normativa para direcionar as suas ações. As regras sociais, portanto, fazem diferença na tomada de decisão acerca do curso de uma ação individual ou coletiva (*P2.1*). Por outro lado, as regras sociais possuem também força normativa para funcionar como critérios de crítica para a avaliação do comportamento dos demais participantes da prática social (*P2.2*).

Uma vez adotado esse modelo regulista ou da regra social com respeito ao conceito de soberania, o novo quadro conceitual da relação soberano e sujeito passa a ser:

Soberania como Regra Social 1
O Soberano possui todos os poderes para legislar (uma regra)
O Soberano não possui inabilidade para legislar (uma regra)

O quadro acima, baseado na ideia de soberania como regra social, apresenta uma modificação importante em comparação como a ideia de soberania como fato. A relação entre soberano e sujeito não se dá mais com base no comportamento dos sujeitos destinatários das ordens do soberano, mas, sim, na existência de *poderes (powers)* ou *inabilidades (disabilities)* por parte do soberano em sua atuação como legislador, as quais decorrem das regras sociais aceitas: "(...) 'limites', aqui, implicam não a presença de *dever*, mas a ausência de poder jurídico."[32]. Logo, um soberano é aquele ou aquela que possui poderes ilimitados para definir os padrões de comportamento que serão considerados como válidos em uma sociedade, de modo *relativamente* independente da regularidade do comportamento de parcela significativa da população sujeita ao seu poder.

Aqui, parece ser importante acrescentar que o conceito de poder (*power*) empregado por Hart é uma recepção do pensamento de Wesley Hohfeld.[33] Não é possível discutir, aqui, com profundidade as teses de Hohfeld, mas, ao mesmo tempo, é oportuno destacar como Hart emprega essa linguagem para expressar o conceito de soberania na teoria do direito.[34] De acordo com Hohfeld, um poder jurídico consiste na habilidade de produzir alterações nas relações jurídicas através da execução ou não de uma ação. O seu correlativo é sujeição. A dizer, para quem está afetado em suas relações jurídicas por esse poder, há a posição normativa de sujeição ao poder jurídico, ou seja, suas relações jurídicas podem ser alteradas por quem possui o poder jurídico para tanto. Por seu turno, posição normativa oposto ao poder jurídico é a inabilidade ou incompetência, isto é, inabilidade para produzir alterações nas relações jurídicas através da execução ou não de uma ação. Por fim, no que concerne à sujeição, a sua oposição é a imunidade, a dizer, o status jurídico de estar imune ao poder jurídico de outrem.

---

32 *Ibid.*, p. 69.

33 KRAMER, **H.L.A. Hart**, p. 36–37; HOHFELD, Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning.

34 Para uma visão introdutória, *vide*: NINO, Carlos Santiago, **Introdução à análise do direito**, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 229–246.

Relação de Oposição

↔

CORRELATIVOS ↕	Poder	Inabilidade ou incompetência
	Sujeição	Imunidade

Nesse sentido, o soberano pode ser compreendido como alguém que possui todo poder jurídico ou habilidade jurídica de produzir alterações nas relações jurídicas de seus súditos ou cidadãos através de uma ação (ordem ou comando), não havendo imunidade jurídica com respeito ao seu poder jurídico; e, ao mesmo tempo, alguém que não possui qualquer inabilidade para produzir alterações nas relações jurídicas, na medida em que não está sujeito a outra pessoa ou conjunto de pessoas com poder jurídico. Logo, seu poder jurídico é absoluto no âmbito do sistema jurídico.

Voltando às críticas de Hart, os problemas identificados acerca da dificuldade de explicar a continuidade e persistência das normas jurídicas em um sistema normativo são solucionados com a inserção da ideia de regra sociais como fundamento da prática social dos direitos jurídicos. Isto é, no caso de sucessão entre soberanos, o que explica o direito do novo governante a suceder o anterior é a aceitação (explícita ou implícita) de uma rega social que regula esse tipo de caso. Do mesmo modo, a identificação de uma norma jurídica válida, produzida por um soberano já sucedido, é feita com referência a uma regra social aceita pela prática e que transcende a pessoa eventualmente possuidora do status de soberano.

Hart comenta que é uma característica de sistemas jurídicos a previsão, por meio de regras, do padrão a ser seguido no caso de sucessão de legisladores soberanos.[35] Um bom exemplo desse tipo de regra que regula a transição entre governos normativamente soberanos é a Emenda Constitucional (EC) 26 de 1985. A Emenda Constitucional (EC) 26, promulgada em 27 de novembro de 1985, é a norma jurídica que abriu caminho para o fim do período autoritário no Brasil, uma vez que, através dela, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. O art. 1° da EC 26/85 estabelece:

[35] HART, **The concept of law**, p. 54.

"Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.".[36]

5. DO CARÁTER ILIMITADO DO SOBERANO

Em que pese a vantagem de tratar a soberania como uma regra social, na medida em que isso permite compreender adequadamente o sentido da normatividade do direito, Hart passa o restante do capítulo IV (partes 3 e 4) a discutir a dificuldade em considerar o poder do soberano como ilimitado, a dizer, os possíveis problemas conceituais decorrentes da tese de que o soberano não possui limitação em seu poder de legislar, mesmo considerando o seu modelo de regras (*quadro acima: Soberania como Regra Social 1*). As principais críticas de Hart advêm do fato de que a prática ou a realidade dos direitos jurídicos reconhece uma série de limitações jurídicas (*legal limits*) ao poder de legislar, sendo inadequado afirmar a necessidade de um poder ilimitado de legislar na forma como o conceito de soberania precisa pressupor por definição: "(...) a teoria afirma simplesmente que só poderia haver limites jurídicos ao poder de legislar, se o legislador estive submetido às ordens de outro legislador, a quem ele habitualmente obedece; e, nesse caso, ele não mais seria soberano."[37].

A importância do caráter ilimitado como propriedade intrínseca do conceito de soberania consiste na garantia da autonomia das normas jurídicas e do sistema jurídico.[38] Em outros termos, por um lado, o soberano como instância de poder ilimitado pode funcionar como referência última para garantir quais normas em uma sociedade podem ser consideradas normas *jurídicas* em comparação com normas morais ou religiosas. Por outro lado, o soberano também garante a autonomia (independência) de

---

36 Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama esse tipo de regra de regra de calibração. Regras de calibração são aquelas que regulam a criação e, portanto, a mudança de padrão jurídico-normativo. Ferraz Junior identifica expressamente a EC 26/85 como uma regra de calibração, porque permite integrar a norma-origem, a CF/88, ao sistema normativo-jurídico. Acerca disso: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 192–197.

37 HART, **The concept of law**, p. 66; trad. nossa.

38 *Ibid.*, p. 67.

um sistema jurídico ante outros sistemas jurídicos de outros Estados soberanos, visto que essa autonomia se baseia no fato de que os seus poderes legislativos não se subordinam a outra pessoa ou normas jurídicas externas.

A objeção de Hart ao modelo da soberania no tocante ao caráter ilimitado dos poderes do soberano consiste na tese de que esse caráter absoluto ou ilimitado não pode ser considerado uma característica necessária do direito.[39] As limitações jurídicas (*legal limits*) ao direito ou poder de legislar podem ser de natureza procedimental ou material.[40] É o caso, por exemplo, das regras sobre competência dos entes federativos para legislar sobre determinados assuntos ou das regras que proíbem limitações de direitos individuais ou sociais, como no caso dos direitos fundamentais. É importante notar que essa forma de pensar o conteúdo da soberania em Hart não se altera no caso do conceito de soberania popular, já que não há diferença, para Hart, entre o status de soberano ser reconhecido a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas.[41] Pelo contrário, Hart compreende que a soberania popular carrega consigo um problema maior do ponto de vista conceitual, na medida em que o povo passa a ocupar, ao mesmo tempo, a posição jurídica de soberano e súdito, gerando uma contradição com respeito ao conceito forte de soberania.[42]

Com base nesse comentário e no modelo da soberania como regra social, o quadro do conceito de soberania passa a ser:

Soberania como Regra Social 2
O Soberano possui poderes para legislar (uma regra)
O Soberano possui inabilidades procedimentais e substanciais para legislar (uma regra)

Caso a crítica seja aceita, essa última definição de soberania como regra e com limitações de poder põe um fim ao argumento em favor do conceito de soberania apresentado por Hart no início do capítulo IV: "uma pessoa ou um conjunto de pessoas, cujas ordens são obedecidas

39 *Ibid*., p. 68.
40 *Ibid*.
41 ELEFTHERIADIS, Law and Sovereignty.
42 KRAMER, **H.L.A. Hart**, p. 57–58.

habitualmente pela grande maioria da sociedade e que não obedece a nenhuma pessoa ou pessoas."[43]. Alguns aspectos sobre esse novo quadro da soberania são importantes para compreender por que ele significa um ponto final para o papel da soberania na teoria do direito.[44]

Em primeiro lugar, tais limitações jurídicas ao poder do soberano não podem ser necessariamente compreendidas como limitações decorrentes da sujeição do soberano a outro soberano, de modo a transformar o sistema jurídico como dependente de outro sistema. Isso porque as limitações ao poder do soberano não são externas ao soberano, mas, sim, decorrentes das regras que definem a própria soberania, como é o caso, e. g., das limitações jurídicas de natureza procedimental. Em segundo lugar, a identificação de normas jurídicas válidas em uma sociedade não depende necessariamente da referência a um soberano com poderes ilimitados, podendo tal justificativa ser realizada com referência à existência de regras que determinam os poderes para legislar. Para Hart, em terceiro lugar, não é necessário pressupor um soberano para que haja um sistema autônomo de normas jurídicas, bastando a identificação de regras que preveem os poderes legislativos sobre um território.[45] Em quarto lugar, é preciso distinguir entre poderes ilimitados e poderes supremos em um sistema, uma vez que é possível que haja uma instituição com poderes supremos em uma sociedade, mas, ao mesmo tempo, que essa instituição esteja sujeita a uma constituição.[46] Por fim, conforme já discutido anteriormente, o hábito de obediência de um soberano com respeito a outro soberano não significa, necessariamente, limitação de poderes jurídicos. Alguém pode habitualmente, de modo facultativo, obedecer a outrem, sem que, necessariamente, seja limitado por esta pessoa em seus poderes jurídicos.

Uma vez negado esse caráter ilimitado com base em sua inadequação para explicar a prática de direitos jurídicos, o conceito de soberania passa a ser irrelevante para o conceito de direito ou, mais precisamente, para justificação de direitos jurídicos válidos. Com isso, Hart abre caminho para um novo conceito de direito, a ser explicitado no próximo capítulo desta coletânea e no capítulo V de *The Concept of Law*.

---

43 HART, **The concept of law**, p. 50; trad. nossa.

44 *Ibid.*, p. 70–71.

45 Acerca desse assunto, *vide* capítulo 8 desta coletânea.

46 KRAMER, **H.L.A. Hart**, p. 57.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas de Hart ao conceito de soberania na teoria do direito culminam, no capítulo IV da sua obra *O Conceito de Direito*, em uma refutação à necessidade do conceito de soberania para determinação do conteúdo do direito, isto é, proposições jurídicas válidas. Ao contrário da tradicional crítica à soberania no campo da filosofia do direito e da filosofia política, que centram sua discussão na legitimidade do poder estatal, Hart está mais interessado em debater a necessidade do conceito de soberania para a existência de direitos jurídicos ou normas jurídicas válidas.

Nesse sentido, seguindo o conceito clássico de soberania, Hart define o soberano como "uma pessoa ou um conjunto de pessoas, cujas ordens são obedecidas habitualmente pela grande maioria da sociedade e que não obedece a nenhuma pessoa ou pessoas."[47]. A partir dessa noção, dois conceitos passam a ser discutidos: a ideia de hábito de obediência e o conceito de poder ilimitado. As críticas de Hart a cada um desses conceitos são desenvolvidas com referência aos problemas da sucessão de soberanos, da persistência das normas jurídicas e da existência de regras limitadoras dos poderes do soberano.

Hart demonstra que, mesmo que abandonássemos o conceito de soberania baseado exclusivamente em hábitos de obediência e adotássemos uma noção de soberania como regras sociais, o conceito de soberania, ainda assim, não seria necessário como fundamento para a identificação de proposições jurídicas válidas em um sistema normativo. Com isso, abre-se caminho para um novo modelo para a prática dos direitos jurídicos, baseado na ideia de regras primárias e secundárias.

Por fim, é importante salientar que as críticas de Hart ao conceito de soberania se limitam a uma dimensão de crítica ao regularismo, a dizer, crítica ao modelo do direito baseado em meros fatos sociais no sentido de comportamentos ou disposições regulares dos participantes da prática. Quero dizer com isso que, de um lado, Hart não abandona completamente a ideia de hábito de obediência como elemento importante para identificação das normas jurídicas válidas, considerando que o seu modelo de prática social pressupõe, num primeiro momento, essa dimensão. Isso parece ser correto, considerando que a existência de um sistema

[47] HART, **The concept of law**, p. 50; trad. nossa.

jurídico depende, em alguma medida, do comportamento regular de parte da sociedade que detém o aparato coercitivo.[48] Por outro lado, Hart não comenta a dimensão epistemológica do conceito de soberania na teoria do direito, isto é, a ideia de que a validade das normas jurídicas é determinada com referência a uma ação do soberano. Em outros termos, mesmo que Hart tenha desenvolvido, com êxito, a crítica à falsa associação entre normas jurídica e ordens ou comandos emitidos por um soberano no capítulo III de sua obra, ele deixa em aberto se a validade das normas jurídicas pode ainda depender do conhecimento por parte do intérprete da intenção dos atos das autoridades governamentais (legislativo, por exemplo), o que pode ser considerado um resquício do modelo da soberania na teoria do direito. Tal resquício epistemológico – também chamado de psicologismo – parece ainda persistir no modelo teórico proposto por Hart e sua escola positivista do direito.

LITERATURA INDICADA PARA APROFUNDAMENTO

- ELEFTHERIADIS, Pavlos, Hart on Sovereignty, *in*: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.), **Reading HLA Hart's "The Concept of Law"**, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 113–149.
- ELEFTHERIADIS, Pavlos, Law and Sovereignty, **Law and Philosophy**, v. 29, n. 5, p. 535–569, 2010.
- KRAMER, Matthew H., **H.L.A. Hart: the nature of law**, Cambridge, UK: Polity Press, 2018, p. 32–59.
- POSTEMA, Gerald J., **Legal philosophy in the twentieth century : the common law world**, Dordrecht: Springer, 2011, p. 3–13. *(Sobre a teoria de John Austin)*

[48] NINO, **Introdução à análise do direito**, p. 117–182.

Capítulo 7

A CHAVE PARA O CONCEITO DE DIREITO: A NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA E A UNIÃO ENTRE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS. COMENTÁRIOS AO CAPÍTULO V DE *O CONCEITO DE DIREITO*

Thiago Decat[1]

1 O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO E A TEORIA DAS REGRAS A DERIVADA DA PRÁTICA.

Os capítulos 5 e 6 de *O conceito de Direito* constituem o núcleo da teoria do direito Hart e, em conjunto com o capítulo 7, que retrata sua compreensão da indeterminação parcial do conteúdo do direito e sua visão da adjudicação, nos fornecem uma visão geral de como ele entende o fenômeno jurídico.

Neste capítulo, trataremos dos principais argumentos aduzidos por Hart no capítulo V daquele livro, e mostraremos a sua importância na estruturação geral de sua teoria. O capítulo V de *O conceito de* direito se divide em três partes, cujos títulos são 1) Um novo começo, 2) A ideia de obrigação e 3) Os elementos do Direito.

Na primeira parte, Hart retoma de maneira sintética o resultado das discussões da teoria imperativista do direito de Austin, desenvolvidas ao

[1] Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

longo dos capítulos 2, 3 e 4 de seu livro, apontando suas insuficiências e a inadequação dos "dispositivos acessórios" a esta teoria, ou seja, dos argumentos mobilizados no campo da teoria do direito que "[...] foram introduzidos às custas da corrupção da simplicidade original da teoria para resgatá-la de suas dificuldades".[2]

Hart concebe, portanto, estes três capítulos (2, 3 e 4) como o registro do fracasso da teoria austiniana do Direito como comandos do soberano reforçados por sanções, embora considere que este fracasso é instrutivo porque a compreensão dos pontos em que a teoria falha sugere o que é preciso para elaborar uma teoria adequada. De um modo geral, a razão da insuficiência da teoria de Austin é, de acordo com Hart, sua excessiva simplicidade e a desconsideração da centralidade explicativa do conceito de regra:

> A causa e raiz 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 nem podem originar por sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar nem mesmo as formas mais elementares de direito.[3]

Pode-se então perguntar o que caracterizaria diferentes formas de direito, incluindo as mais elementares, e que não poderia ser corretamente explicado e compreendido sem a noção de regra. De acordo com Stavropoulos, trata-se da ideia de obrigação. Esta relação entre regra e obrigação é, ao menos nos termos em que isso é tratado por Hart em *O conceito de Direito*, uma conexão conceitual, sustentando-se para qualquer tipo de obrigação, e é, portanto, central para a compreensão das obrigações jurídicas e, consequentemente, do direito como um todo:

> Hart pensava que uma tarefa importante da teoria do direito era explicar a ideia de obrigação no direito, e que isso tornava a noção de regra indispensável. [...] Hart considerava esta conexão como incorporada na ideia mesma de obrigação, e disse que era importante em si mesma, mas também uma preliminar necessária para entender o caso especial da obrigação no domínio jurídico.[4]

---

2 HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 80.

3 Ibidem.

4 STAVROPOULOS, Nicos. Words and Obligations. *In*: D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 230.

No capítulo V de seu livro, Hart fundamenta esta afirmação como resultado de uma argumentação desenvolvida na sua avaliação crítica da teoria preditiva da obrigação de Austin. Para o autor de *O conceito de Direito*, Austin acertou ao iniciar a construção de sua teoria imperativista do direito atento ao fato de que "[...] onde há direito, aí a conduta humana é tornada não opcional ou obrigatória em algum sentido".[5] O modo como a teoria imperativista desdobrou esta ideia, no entanto, é, para Hart, uma das causas de seu fracasso.

A teoria imperativista do direito, antes mesmo de sua versão austiniana, entedia não apenas o direito objetivo como um conjunto de comandos apoiados por sanções, mas também compreendia a noção de obrigação ou dever como sendo uma versão ampliada da estrutura prática presente na situação de um assaltante armado que exige que se lhe entregue algo mediante ameaça de morte.[6] Para converter esta situação mais prosaica numa descrição do sistema jurídico, bastaria acrescentar as circunstâncias de que o emissor do comando é alguém em favor de quem existe um hábito de obediência constituído na comunidade e de que seus comandos são gerais e abstratos. Hart entende que a plausibilidade da afirmação de que esta situação capta o sentido da noção de obrigação decorre de nossa disposição em reconhecer que, em caso de cumprimento da ordem, o destinatário do comando teria sido obrigado a fazê-lo. Esta plausibilidade, porém, não resiste a uma consideração mais cuidadosa da analogia, uma vez que não seria razoável dizer que, nessas circunstâncias, o destinatário do comando tinha uma obrigação ou um dever de entregar o dinheiro.

A diferença entre estas situações consiste, portanto, no fato de que, quando usamos a expressão "estar obrigado" [*being obliged*], nos referimos a estados internos do destinatário do comando, a saber, suas crenças e estados conativos (desejos, preferências, motivos) que se articulam para configurar razões efetivas para ação. No caso, trata-se da crença de que o agente está no controle dos mecanismos causais capazes de desencadear como resultado de sua ação as ameaças realizadas e do desejo de evitar estes eventos. Ausente tal crença, como, por exemplo, em circunstâncias nas quais a pessoa ameaçada considera o executor do comando incapaz de efetivá-las; ou inexistente tal desejo, como, por exemplo, quando o

[5] HART, 1994, p. 82.
[6] Ibidem.

conteúdo da ameaça não representa um mal considerado relevante e merecedor de esforço para ser evitado, não há que se falar que a pessoa foi obrigada a fazer algo. Neste sentido, afirma Hart, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo nada mais é do que "[...] uma afirmação psicológica referente às crenças e motivos em razão dos quais uma ação foi realizada".[7]

Por outro lado, quando se diz que alguém "tinha a obrigação" de fazer algo [*had an obligation*], o sentido da expressão nada deve aos fatos psicológicos sobre crenças e desejos do agente sujeito à obrigação. Estes fatos não são necessários, porque se pode ter uma obrigação mesmo quando não se crê na gravidade e na capacidade do aplicador de fazer valer uma sanção ligada ao descumprimento da obrigação, e não são suficientes, porque tais estados psicológicos podem ocorrer e mesmo assim não haver obrigação genuína.

Hart não é muito claro no seu texto sobre se ele considera que Austin compartilha da confusão entre ser obrigado e ter uma obrigação que acomete aqueles que também adotam uma teoria imperativista do direito, mas é certo que ele atribui alguma consciência do caráter problemático desta identidade, uma vez que considera esta deficiência central para a elaboração da teoria austiniana da obrigação:

> Alguns teóricos, entre eles Austin, considerando talvez a irrelevância geral das crenças, medos e motivos das pessoas para a questão de se elas têm ou não obrigações de fazerem algo, definiram esta noção não em termos destes fatos subjetivos, mas em termos da *possibilidade* e *probabilidade* de que uma pessoa que tenha a obrigação venha a sofrer uma punição ou mal por parte de outros em caso de desobediência.[8]

Trata-se da teoria preditiva da obrigação, que a entende não como a ocorrência de certa configuração de estados psicológicos internos ao destinatário de um comando, mas "[...] como predições ou avaliações da probabilidade de incorrer num castigo ou na imposição de um mal."[9]

Embora entenda o apelo desta teoria, decorrente de sua capacidade de oferecer uma explicação empírica e não metafísica ou idealista das obrigações, elaborada em termos resolutamente naturalistas, Hart aponta

---

7 HART, 1994, p. 83.

8 Ibidem. Itálicos no original.

9 HART, 1994, p. 83.

que ela é incapaz de acomodar um aspecto central da ideia de obrigação, a saber, seu aspecto normativo, racional e justificador:

> [...] onde há regras, desvios em relação a elas não são meramente fundamentos para a previsão de que reações hostis se seguirão ou que uma corte aplicará sanções àqueles que as violem, mas são também uma razão ou justificação para tal reação e para a aplicação das sanções.[10]

Hart aponta uma segunda objeção à teoria preditiva da obrigação: se a afirmação de que alguém tem uma obrigação significasse apenas que há uma probabilidade considerável desta pessoa sofrer um castigo caso adote certa conduta, não se poderia conceber como conceitualmente possível uma situação em que ela tenha uma obrigação embora não seja provável que se imponha a ela algum mal em razão disso. Essa é, contudo, uma situação não apenas possível, mas efetivamente verificada em diferentes contextos jurídicos. O autor reconhece, contudo, que esta não é a situação típica de um sistema jurídico em funcionamento, sendo mais frequente a situação em que simultaneamente uma pessoa tem uma obrigação e há probabilidade considerável de que ela sofra um mal em causa do descumprimento. O importante aqui é entender a razão desta simultaneidade entre a existência de uma obrigação e a probabilidade de incidência de sanção sobre o violador. De acordo com o autor, a não ser que, na maior parte dos casos de violação de obrigações, sanções sejam aplicadas, não faz muito sentido realizar afirmações sobre as obrigações das pessoas. Trata-se, no entanto, de uma questão do contexto em que faz sentido prático fazer uma afirmação, não de necessidade conceitual: "Neste sentido, tais afirmações podem ser entendidas como pressupondo a crença no funcionamento normal e continuado do sistema de sanções".[11] Ainda assim, permanece sempre aberta a possibilidade de que, em casos específicos, a existência de uma obrigação possa não implicar na probabilidade de incidência de sanções.

A solução para os problemas da excessiva psicologização do conceito de obrigação, levada a cabo pela confusão entre ser obrigado [*being obliged*] e ter uma obrigação [*to have an obligation*], e da desconsideração da função normativa, racional e justificadora deste conceito, pela teoria preditiva da obrigação, consiste para Hart na elaboração de uma noção

[10] Idem, p. 84.
[11] Ibidem.

de obrigação que ao mesmo tempo esclareça a relação conceitual da noção de obrigação com o conceito de regra social e leve em consideração o ponto de vista interno dos participantes da prática.

De acordo com o autor, para entender a noção geral de obrigação, gênero no qual se inclui a espécie "obrigação jurídica", bem como o sentido da afirmação de que certa obrigação existe, é preciso fazer referência a uma situação que inclua a existência de regras sociais, e isso por duas razões:

> Primeiro, a existência de tais regras, que convertem certos tipos de comportamento em um padrão, é o pano de fundo normal ou contexto apropriado, embora não declarado, para tal afirmação; e, em segundo lugar, a função distintiva de tal afirmação é aplicar esta regra geral a uma pessoa particular chamando atenção para o fato de que seu caso cai sob a regra.[12]

Sendo as obrigações, portanto, dependentes da existência de regras sociais, é preciso esclarecer o que são regras sociais e qual a particularidade das regras sociais que dá origem a obrigações. Neste contexto, Hart retoma no capítulo V de seu livro as considerações desenvolvidas no capítulo anterior que, em conjunto, articulam o que a fortuna crítica posterior de sua obra convencionou denominar "teoria das regras derivada da prática" [*Practice Theory of Rules*]. De acordo com tal teoria, uma regra social consiste na "[...] combinação de [uma] conduta regular com uma atitude distintiva em relação a esta conduta como padrão", atitude esta que consiste em empregar "[...] o variado vocabulário normativo ('dever', 'ter de', 'deveria')" com a finalidade de "[...] chamar atenção para o padrão e para desvios dele, e para formular pedidos, críticas e reconhecimentos que possam ser sustentados por ele."[13]

A existência de uma explicação das regras e, neste sentido, de uma explicação parcial da noção de obrigação a partir desta teoria, no entanto, não é algo consensual entre os estudiosos da obra de Hart. Thomas Adams[14] e Kevin Toh[15], embora discordem desta interpretação,

---

12 HART, 1994, p. 85.

13 Ibidem

14 ADAMS, Thomas. Practice and Theory in The Concept of Law. *In* GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian. *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. v. 4. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3684512 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3684512. Acesso em: 04/11/22.

15 TOH, Kevin. Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy. *Law and Philosophy*. Berlin, v 34, 2015, p. 333-368, 2015.

identificam na obra de Dowrkin as primeiras atribuições desta teoria a Hart. Adams cita o seguinte trecho como central:

> Deveres existem quando existem regras sociais que preveem tais deveres. Tais regras sociais existem quando as condições da prática para tais regras são satisfeitas. Estas condições da prática são satisfeitas quando membros de uma comunidade se comportam de um certo modo; este comportamento *constitui* uma regra social e impõe um dever[16].

Adams e Toh também entendem que esta explicação da normatividade do direito e das regras sociais se fixou como interpretação canônica da obra de Hart graças a sua confirmação por Joseph Raz:

> De acordo com Hart, uma regra de que x deve ø quando as condições C ocorrem existe (na sociedade) S se, e apenas se, as condições seguintes se realizam:
>
> (1) A maioria dos x que são membros de S regularmente ø quando C. Em outras palavras, a regra é regulamente obedecida pelos membros da sociedade a quem a regra se aplica.
>
> (2) Na maioria das situações, quando um x não ø quando C, ele enfrenta algumas reações críticas por parte de outros membros de S. Em outras palavras, desvios da regra são ocasiões para reações críticas.
>
> (3) Tais reações críticas não atraem, por si, críticas ulteriores de membros de S. Aqueles que manifestam reações críticas a desvios da regra não são por sua vez sujeitos a críticas de membros de S por agir assim.
>
> (4) Membros de S usam expressões como 'um x deve ø quando C' e 'é uma regra que um x deve ø quando C' para justificar suas próprias ações e para justificar exigências feitas a outros ou criticar seu comportamento.[17]

De acordo com a interpretação de Raz desta teoria, a primeira das condições indicadas por ele garante que a regra seja de fato praticada, seguida, e não apenas uma aspiração de parte da comunidade. A segunda e a terceira condições, por sua vez, visam garantir que aquilo ao qual as pessoas se conformam é de fato uma regra, algo que os membros da comunidade consideram que deve ser feito, e não mero comportamento

[16] DOWRKIN, Ronald M. Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal*. New Haven, v.81, n. 5, p. 855-890, 1972.

[17] RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

convergente. Por fim, a quarta condição garante a unidade da regra usada pelos membros da comunidade para julgar um caso, afastando a possibilidade de que regras de conteúdo diferentes e incidentes sobre o mesmo caso estejam sendo empregadas na formulação do juízo normativo.

Uma leitura atenta da segunda parte do capítulo V de *O conceito do Direito* parece dar suporte a esta interpretação. Hart inicia sua explicação das regras de obrigação afirmando que, embora a existência de obrigações pressuponha regras, a existência de uma regra de comportamento não implica a existência de uma obrigação, seja ela geral ou jurídica.

Regras de conduta requerem mais do que hábitos ou regularidades comportamentais convergentes: "[...] elas são ensinadas, e esforços são empreendidos para mantê-las; elas são empregadas para criticar o nosso próprio comportamento e o das outras pessoas no vocabulário normativo característico."[18] Regras de obrigação, por sua vez, além de consistirem em padrões públicos de crítica e orientação da ação apresentam características especiais: "[...] a demanda geral de conformidade [com elas] é insistente e a pressão social que incide sobre aqueles que se desviam ou ameaçam se desviar da regra é grande".[19] A isso Hart acrescenta que tais regras podem ser institucionalizadas ou costumeiras e que a pressão social forte que as caracteriza pode ficar aquém de sanções físicas, consistindo meramente numa reação crítica difusa e ser dependente da internalização de sentimentos negativos em relação a si mesmo. Hart deixa claro, portanto, que o elemento distintivo das regras de obrigação é a seriedade da pressão social sobre o desviante, não o seu tipo ou a forma com a qual esta pressão *é exercida*. A seriedade da pressão, por sua vez, decorre do fato de que tais regras são consideradas importantes pela comunidade, graças à sua centralidade na manutenção da vida social:

> Caracteristicamente regras tão obviamente essenciais como aquelas que restringem o livre emprego de violência são pensadas em termos de obrigação. Também regras que exigem honestidade ou verdade, ou requerem que se honre uma promessa, ou especificam o que deve ser feito por aqueles que exercem um papel ou função distintivos no grupo social, são pensados em termos de [...] 'obrigações'."[20]

[18] HART, 1994, p. 86.
[19] Ibidem.
[20] Idem, p. 87.

Por fim, regras de obrigação são regras cujas prescrições devem poder, ao menos hipoteticamente, entrar em contradição com os interesses e desejos daqueles que são vinculados por elas, sob pena de não terem relevância prática.[21]

Hart previne seus leitores, porém, contra o risco de compreender mal o papel distintivo da pressão social forte na caracterização de regras de obrigação, de modo a recair na teoria preditiva da obrigação. Afinal, a centralidade da pressão social forte poderia levantar dúvidas sobre a diferença entre a compreensão de Hart das obrigações e aquela esposada por Austin, uma vez que esta teoria também afirma que a existência da obrigação é acompanhada de uma reação negativa socialmente relevante em caso de violação. No entanto, afirmar que a obrigação *consiste* na probabilidade e previsibilidade de reações hostis ao desvio de certas expectativas é algo conceitualmente distinto de considerar que afirmações de obrigação *pressupõem* um contexto em que o descumprimento de regras é normalmente sancionado, mas que a função dessas afirmações é apontar que um caso se encontra abrangido por uma regra.[22] Para compreender corretamente a diferença, é preciso levar em consideração o aspecto interno das regras, do qual a teoria preditiva da obrigação descuida completamente.

É a correta compreensão do aspecto interno das regras que possibilitará, de acordo com Hart, entender o papel distintivo que as regras, entre elas as de obrigação - e entre estas últimas as regras de obrigação jurídica – têm no pensamento, discurso e ação humanos.

2 ASPECTOS INTERNOS E EXTERNOS DAS REGRAS E AS AFIRMAÇÕES JURÍDICAS CORRESPONDENTES

A existência de regras de conduta numa comunidade oportuniza diferentes tipos de pontos de vista ao qual correspondem diferentes tipos de asserções. Quando se considera as regras apenas como um observador que não as aceita como guias de ação para si e parâmetro público de crítica, adota-se o ponto de vista externo [*external point of view*] sobre o direito, e as afirmações feitas a partir deste ponto de vista são chamadas por Hart de afirmações jurídicas externas [*external legal statements*]. Desde

[21] HART, 1994, p. 87.
[22] Idem, P. 88.

este ponto de vista, "[...] um observador pode, sem aceitar ele mesmo as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e, portanto, pode referir-se a partir do exterior ao modo como *eles* se preocupam com a regra do ponto de vista interno [à prática jurídica]".[23] É possível, além disso, adotar o ponto de vista externo de forma ainda mais distante da prática, e sequer levar em consideração o ponto de vista interno do grupo nas afirmações realizadas acerca da prática jurídica. Valendo-se exclusivamente de um vocabulário causal ou probabilístico, um observador da prática social poderia registrar duas formas de regularidade comportamental observáveis em circunstâncias análogas, quais sejam, uma regularidade que envolve a inexistência de reações de reprovação e uma segunda regularidade que envolve a sucessão usual de reações hostis a um comportamento parcialmente diferente daquele que caracteriza a primeira regularidade. Dada uma amostragem suficiente de casos, o observador poderá correlacionar determinada conduta com a punição e prever com certo grau de acerto sua ocorrência, o que por sua vez pode levá-lo a interagir com os membros da comunidade sem sofrer atitudes hostis.

Hart considera, contudo, que a adoção do ponto de vista externo extremo, qual seja, aquele que não leva em consideração "[...] o modo como os membros da comunidade que aceitam a regra entendem seu próprio comportamento regular", não permite que suas afirmações sobre o direito da comunidade e a descrição da vida social observada sejam feitas em termos de regras e, consequentemente, nem de noções normativas dependentes de regras como obrigações ou deveres jurídicos.[24] O sentido propriamente normativo, prático, diretivo, justificativo e crítico dos padrões jurídicos só pode ser apreendido por afirmações que levem em conta o aspecto interno das regras, apreendido do ponto de vista interno dos participantes da prática. Trata-se de incluir no conteúdo da afirmação o modo como o grupo enxerga seu próprio comportamento, seja aderindo a este, caso em que se adota o ponto de vista interno, seja descrevendo a aceitação por parte de outros deste ponto de vista e suas atitudes correspondentes, caso em que se adota um ponto de vista externo, porém não extremo ou reducionista.

Para além destes três pontos de vista, interno, externo extremo e externo moderado, é possível identificar ainda um quarto ponto de vista,

[23] HART, 1994, p. 89. Itálicos no original.
[24] Ibidem.

> [...] que reproduz o modo como as regras funcionam na vida de certos membros do grupo, quais sejam, aqueles que rejeitam as suas regras e estão apenas preocupados com elas quando e porque eles julgam que consequências desagradáveis provavelmente se seguirão de sua violação.[25]

O que fica claro nesta argumentação é que, segundo Hart, a possibilidade de incluir normas e posições jurídicas com significado normativo (direitos, deveres, obrigações) nas afirmações sobre o direito está condicionada, ao menos, à menção, mesmo que descomprometida, do ponto de vista interno dos participantes engajados da prática e do aspecto interno das regras que estes tipicamente consideram. É apenas deste ponto de vista que dada regra, a obrigação dela decorrente e sua eventual violação serão vistas como razões para ação (o que inclui a aplicação das sanções pelos funcionários).

Ambos os grandes tipos de pontos de vista são fundamentais para compreender o direito. Hart argumenta que, numa sociedade cuja vida social seja regulada por regras, jurídicas ou não, é provável que tanto o ponto de vista interno quando alguma modalidade do ponto de vista externo seja adotada por uma parte dos membros. Alguns aceitarão as regras e atuarão cooperativamente para sua manutenção, entendendo o sentido das ações um dos outros a partir das normas, ao passo que outros rejeitarão sua orientação normativa e seu papel como padrão público de crítica e justificação, tratando-as meramente como fatos sociais em relações probabilísticas ou quase-causais com outros fatos, que tentarão antecipar e evitar quando estes forem desagradáveis e o custo para tanto parecer aceitável. Toda teoria do direito, afirma o autor, precisará acomodar ambas as perspectivas, sem eliminar uma delas ou reduzi-la à outra.[26]

3 OS ELEMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO: REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS, REGRAS DE OBRIGAÇÃO E REGRAS QUE CONFEREM PODER

Já no começo da primeira seção do capítulo, Hart adianta o tema central de sua terceira seção, sobre os elementos constitutivos do direito, e

[25] HART, 1994, p. 90.
[26] Idem, p. 91.

aponta a necessidade de distinguir entre dois tipos de regras cuja articulação precisa ser compreendida para chegar a uma explicação que dê conta da complexidade de um sistema jurídico. Ele os descreve da seguinte forma:

> Por meio de regras de um tipo, que podem ser consideradas do tipo básico ou primário, exige-se dos seres humanos que façam ou se abstenham de fazer certas ações, queiram eles ou não. Regras do outro tipo são, em certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estabelecem que seres humanos, ao fazer ou dizer certas coisas, possam introduzir novas regras do primeiro tipo, extinguir ou modificar regras antigas, determinar de várias maneiras sua incidência ou controlar seu funcionamento.[27]

Embora não considere a articulação entre regras primárias e secundárias como uma afirmação conceitual, que revela uma verdade necessária sobre o direito, Hart sustenta que a maior parte dos aspectos do fenômeno jurídico que tem causado incompreensão e dificuldade de chegar a uma definição satisfatória do fenômeno pode ser esclarecida pela compreensão da diferença entre estas regras e das formas possíveis de articulação entre elas. Trata-se, para o autor, da "chave para a ciência da Teoria do Direito".

Nesta oportunidade, Hart aparentemente apresenta esta distinção entre regras primárias e secundárias como coextensiva com a distinção entre regras que impõem deveres e regras que geram obrigações. No trecho imediatamente posterior ao trecho citado acima, o autor complementa:

> Regras do primeiro tipo impõem deveres, regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados. Regras do primeiro tipo dizem respeito a ações envolvendo movimentos ou mudanças físicas, regras do segundo tipo possibilitam operações que não levam meramente a movimentos e mudanças físicas, mas também à criação ou variação de deveres e obrigações.[28]

Esta identidade entre as duas classificações – a classificação das regras em primárias ou secundárias e a sua classificação em regras que atribuem deveres ou regras que conferem poder – no entanto, é incompatível com

[27] HART, 1994, p. 81.
[28] Ibidem.

outras afirmações feitas por Hart ao longo de *O conceito de Direito*, e não pode ser atribuída a ele quando sua teoria é considerada na sua totalidade. Antes de adentrarmos nesta explicação, contudo, será útil explorar o argumento com que Hart abre a terceira seção do seu livro, para dele extrair os elementos que demonstram como não se pode atribuir ao autor a identidade entre as duas distinções mencionadas acima. Neste argumento, Hart explora as diferenças entre um sistema jurídico e um regime não oficial de regras primarias, característico da forma pré-jurídica de organização da vida social por regras em sociedades pouco complexas.

Hart propõe que imaginemos uma sociedade sem legislaturas, tribunais ou funcionários especializados responsáveis por manter o funcionamento de instituições como estas. Nesta sociedade, argumenta o autor, a ordenação da vida social só é possível por meio da atitude geral do grupo em relação a formas padrão de comportamento estabelecidas pelo costume. De acordo com o autor, para que seja possível a vida social sob o regime de tais regras primárias e não oficiais de obrigação, é preciso que elas restrinjam o uso da força, o furto e o engano, bem como estabeleçam alguns deveres positivos relativos às contribuições individuais para a vida em comum. Além disso, para que a regulação por este regime não oficial de regras costumeiras de obrigação seja capaz de gerar integração social, aqueles que adotam a atitude de aceitação das regras devem prevalecer numericamente sobre aqueles que não as aceitam, e que são apenas levados a agir em conformidade com tais regras por medo da pressão social ligada à desconformidade.[29]

Hart pretende mostrar, com este experimento mental, que apenas uma comunidade pouco complexa, ligada por laços familiares, e homogênea do ponto de vista de sentimentos e valores, poderia viver sob tal regime de regras não oficiais. Qualquer alteração destas condições, ou mesmo das condições ambientais, mostrará as deficiências dessa forma de organização em produzir integração duradoura e, por isso, exigirá complementação por normas de outro tipo, de maneiras diversas.[30]

Neste ponto de seu argumento, Hart introduz os três defeitos que podem vir a caracterizar a capacidade de organização da vida social por um regime não oficial de regras primárias, fora das condições restritas

[29] HART, 1994, p. 91-92.
[30] Idem, p. 92.

mencionadas. Trata-se dos problemas ou defeitos que o autor denomina a) incerteza nas regras primárias [*uncertainty*], b) o caráter estático [*static*] das regras e c) a ineficácia da pressão social difusa [*inefficiency*]. Para cada um deles, a solução consiste na complexificação da prática jurídica consistente na inserção de regras secundárias de diferentes tipos, e a introdução de cada uma destas regras secundárias tem o sentido prático de cumprimento de uma etapa no processo de passagem daquela comunidade do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico, ou seja, no processo de conversão de um regime não oficial de regras primárias em um sistema jurídico.[31]

Hart argumenta que numa sociedade regida por um regime *não oficial de regras costumeiras, o conjunto de regras não constituirá um sistema. Serão apenas um* conjunto de padrões isolados sem nenhum aspecto que permita sua identificação como pertencente ao conjunto de padrões que regem a vida comunitária, a não ser o mero fato bruto de sua aceitação pelos membros da comunidade. Ocorre, no entanto, que a eventual complexificação da vida social, com a consequente erosão da estrutura social baseada em relações de parentesco e a fragmentação da esfera de valor entre os membros da comunidade, pode fazer com que surjam dúvidas e disputas acerca de quais são as regras comunitárias ou o seu escopo. Trata-se de divergência que só pode ser resolvida por um procedimento que envolva o reconhecimento da autoridade de algum texto ou funcionário capaz de vincular normativamente o juízo dos demais. Isso se torna um problema para a comunidade, tal como descrita, porque, esta solução envolveria a existência de regras distintas das regras primárias de obrigação que, por definição, são tudo o que este tipo de comunidade possui. Configura-se, deste modo, o defeito de estruturas sociais simples ao qual Hart dá o nome de *incerteza nas regras primarias*.[32]

O "remédio" hartiano para o problema da incerteza nas regras primárias consiste na complexificação da prática social normativa de uma comunidade por meio da introdução de uma regra secundária específica: a *regra de reconhecimento* [*rule of recognition*]:

> Isto [a introdução da regra] especificará alguma característica ou características cuja presença em certa regra é tomada como indicação

[31] Idem, p. 94.
[32] HART, 1994, p. 92.

> afirmativa e conclusiva de que ela é uma regra do grupo a ser apoiada pela pressão social exercida por ele.[33]

A regra de reconhecimento de um sistema jurídico pode ser simples ou complexa, na medida em que indique uma ou mais fontes autoritativas, ou seja, uma ou mais categorias de fatos sociais considerados capazes de dar origem a norma jurídicas válidas. Embora tais fontes ou critérios últimos de validade tenham assumido historicamente diferentes formas desde, por exemplo, um texto religioso autoritativo, fruto de suposta revelação divina e esculpido em um monumento público, até a combinação disjuntiva da atividade legiferante conforme procedimento legislativo constitucionalizado com a prolação de decisões judiciais de certo tipo e a existência de costume prolongado, "[...] o que é crucial é o reconhecimento ou referência [...] [à fonte] como autoritativa, isto é, como a forma correta de dissipar dúvidas sobre a existência da regra".[34]

No caso de uma regra de reconhecimento complexa, ou seja, que reconhece mais de uma fonte autoritativa, um eventual conflito normativo será resolvido por meio da hierarquização ou subordinação de um critério (ou fonte) a outro. Isso não significa, contudo, que haja uma dependência entre critérios de validade. Havendo, por exemplo, uma antinomia (conflito normativo) entre normas legisladas e costumeiras, a prioridade pode ser conferida *à* lei em certo sistema jurídico. No entanto, isso não significa que a regra de reconhecimento exija que alguma norma legislada faça menção ao costume como fonte autoritativa para que normas costumeiras integrem o direito. Se a regra de reconhecimento inclui o costume como fonte autoritativa de normas válidas sob certas condições, normas que atendam a estas condições serão normas jurídicas plenas, sem necessidade de "pedir benção" a normas legisladas. Em outras palavras, a superioridade hierárquica de uma fonte ou critério de validade em relação a outro só se manifesta no caso de – e para resolver – um conflito de normas.

Tais considerações mostram que Hart concebe a relação entre a noção de regra de reconhecimento e a noção de validade jurídica como uma relação conceitual. A regra de reconhecimento não apenas introduz a noção de sistematicidade às regras da comunidade, se valendo da(s) característica(s) reconhecida(s) por ela como marca(s) de autoridade para dar

[33] Idem, p. 94.
[34] Idem, p. 95

unidade ao que antes era um amontoado desconexo de regras, mas também possibilita a identificação desta característica em uma regra como determinante de sua pertença ao sistema jurídico, fundando assim o conceito de validade jurídica.[35]

O segundo defeito de um regime não oficial de regras primárias é o que Hart denomina o *caráter estático das regras.* Numa sociedade integrada por tal regime normativo, afirma o autor:

> A única forma de mudança nas regras conhecida por esta sociedade será o lento processo de mudança, por meio do qual tipos de conduta pensados anteriormente como opcionais se tornam primeiro habituais ou frequentes e depois obrigatórios, e o processo inverso de decaimento, quando violações, outrora tratados severamente, são primeiramente tolerados e depois passam despercebidos.[36]

Neste contexto, não há maneiras instituídas de adaptar as normas da comunidade de maneira deliberada, de modo a fazer frente à mudança nas circunstâncias sociais e nos interesses dos membros da comunidade. Não, há, portanto, uma forma voluntária e direta de suprimir regras antigas ou introduzir regras novas, uma vez que isso exigiria a existência de regras que são diferentes das regras primárias de obrigação, que Hart entende como sendo as que regulam a vida social nestas condições. Corolário desta situação, nos casos mais extremos, seria a impossibilidade de os membros de tal comunidade modificarem suas obrigações, que seriam então definidas apenas pelas regras costumeiras e, assim, completamente fixadas.[37]

A solução para o problema do caráter estático das regras (e obrigações decorrentes) em um regime não oficial de regras primárias consiste na introdução do que Hart denomina *regras de alteração* [*rules of change*]. Tais regras, no mínimo, conferem poder a um indivíduo ou grupo para introduzir na vida social da comunidade novas regras de conduta e para eliminar regras antigas. Em versões mais complexas e sofisticadas, tais regras podem também estabelecer restrições, limitações e procedimentos para a produção desses efeitos jurídicos, a saber, alteração, criação e supressão de regras. Deste modo, Hart entende que é em termos de tais

[35] HART, 1994, p. 95.
[36] Idem, p. 92.
[37] HART, 1994, p. 93.

regras que se deve explicar e compreender conceitos jurídicos centrais como legislação, revogação, processo legislativo etc.[38] Há, além disso, para o autor, uma relação conceitual entre a regra de reconhecimento e a regra de alteração:

> Claramente, haverá uma relação muito próxima entre as regras de alteração e as regras de reconhecimento: pois, onde a primeira existe, a última necessariamente incorporará a referência à legislação como uma característica identificadora das regras [válidas].[39]

Por fim, o terceiro defeito que Hart identifica no regime normativo não oficial de sociedades simples é o que ele chama de *ineficácia da pressão social difusa* [*inefficiency of the difuse social pressure*] que sustenta as regras. À medida em que a sociedade se torna mais complexa, controvérsias e divergências acerca da violação ou não de uma regra da comunidade por certa conduta tendem a se multiplicar e continuar indefinidamente. Isso ocorre porque, nas condições específicas deste tipo de comunidade e da regulação de sua vida social, não há uma instância institucional ou um funcionário a quem o regime de regras tenha conferido poder para determinar de forma autoritativa – ou seja, de um modo capaz de vincular normativamente a todos – o fato da violação da regra comunitária pela conduta em questão.[40] A este defeito costuma-se associar outro, consistente na inexistência de um grupo social a quem se confere poder exclusivo para aplicar as punições decorrentes da violação das regras sociais, de modo que estas medidas dependam da iniciativa e da atuação das partes ofendidas ou negativamente afetadas pela violação das regras. Ambos os defeitos tendem a tornar incerta a aplicação da pressão social sobre os desviantes, reduzindo sua eficácia e minando a sustentação das regras de obrigação.[41]

O remédio para este terceiro defeito dos regimes não oficiais de regras primarias requer a introdução de regras secundárias que conferem poder a certos membros da comunidade para determinar autoritativamente o fato da violação das regras primárias de obrigação da comunidade. Hart denomina tais regras secundárias como *regras de julgamento* [*rules of*

[38] Idem, p. 95-96.
[39] Idem, p. 96.
[40] Idem, p. 93.
[41] HART, 1994, p. 93.

adjudication]. Na sua forma mais rudimentar, tais regras restringem-se a determinar a pessoa ou as pessoas a quem se confere poder para realizar o juízo autoritativo sobre a violação da regra, e nada mais. Formas mais completas envolvem também a determinação de procedimentos para a formulação de juízos vinculantes. Como as regras de alteração, as regras de julgamento não impõem deveres, mas conferem poderes públicos, no caso, judiciais. É em termos de tais regras, pensa Hart, que se deve compreender e explicar os conceitos de juiz, corte, julgamento e jurisdição, entre outros. Nas suas versões mais sofisticadas, tais regras estabelecem também um grupo de funcionários a quem se confere poder exclusivo para aplicar as punições por violações da regra social, de modo condicionado e dirigido por juízes e cortes. Consequência desta ampliação do conteúdo das regras de julgamento é a centralização do uso da força na comunidade, sob a forma se sanções jurídicas, e a redução a poucos casos da possibilidade de satisfação direta mediante força dos próprios direitos pelos membros da comunidade (autotutela).[42]

Uma vez concluída esta parte da argumentação de Hart sobre os defeitos dos regimes não oficiais de regras primárias de obrigação e as regras secundárias que poderiam corrigi-los, é possível retornar *à* questão, exposta anteriormente, sobre a relação existente entre os tipos de regras reconhecidos por Hart. Afinal, regra primária é sinônimo de regra de obrigação, e regra secundária é sinônimo de regra que confere poder? São as distinções regra primária *versus* regra secundária e a distinção regra que impõe obrigação *versus* regra que confere poder coextensivas?

Nesta questão, faz sentido começar com o trecho em que o pensamento de Hart parece mais claro. Acerca das regras secundárias, Hart afirma que:

> [...] pode-se dizer de todas elas que estão em um nível diferente das regras primárias, pois elas são todas *sobre* tais regras; no sentido de que, enquanto as regras primárias se dirigem a ações que os indivíduos devem ou não fazer, estas regras secundárias são dirigidas às regras primárias elas mesmas.[43]

É interessante notar que mesmo este trecho deixa espaço para dúvidas. Isso porque, se por um lado ele estabelece um critério claro para

[42] Idem, p. 97.
[43] HART, 1994, p. 94.

distinguir regras primárias de secundárias – o objeto de regulamentação das primárias é o comportamento humano e o objeto de regulamentação das regras secundárias são as regras primárias –, por outro lado Hart ainda afirma que as regras primárias se referem a ações que os indivíduos devem ou não fazer, fazendo parecer que estas geram obrigações, mas não conferem poderes.

Não bastasse isto, Hart afirma ainda que as regras secundárias, que resolvem os defeitos dos regimes de regras não oficiais, em geral:

> [...] especificam os modos pelos quais as regras primeiras devem ser conclusivamente determinadas, introduzidas, eliminadas, alteradas bem como a forma segundo a qual deve ser determinada o fato da violação daquelas regras.[44]

Não é difícil perceber que esta última citação parece fornecer um critério para distinguir entre regras primárias e secundárias que é distinto do critério que emerge da citação anterior a ela. A primeira sugere um critério formal enquanto a segunda indica um critério funcional, a saber, as regras secundárias seriam as regras responsáveis pela manutenção do funcionamento do sistema jurídico.

Nesta difícil questão, a interpretação que apresenta a teoria de Hart em sua melhor luz, sem renunciar a uma visão geral de sua teoria, é a de Gerald Postema.[45] De acordo com Postema, a distinção entre regras que impõem deveres e regras que conferem poder foi proposta por Hart para suprir a incapacidade da Teoria Imperativista do Direito de Austin de explicar como as regras jurídicas possibilitavam a formação de contratos, casamentos, transferência de propriedade, emissão de decisões judiciais e a elaboração de leis.[46] As regras que conferem poderes, por sua vez, se dividem naquelas que conferem poderes públicos e naquelas que conferem poderes privados. Ambas estabelecem certas condições sob as quais é conferido poder para produzir determinados efeitos jurídicos. No caso das regras que conferem poderes privados, trata-se de poderes para que as pessoas alterem suas posições normativas (direitos e deveres, principalmente) em relação umas às outras:

---

44 Ibidem.

45 POSTEMA, Gerald J. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Berlin: Springer, 2011.

46 Idem, p. 275.

> [Elas] são projetadas, *inter alia*, para permitir que os cidadãos organizem seus próprios negócios. Em vez de buscar controlar o comportamento destes, aqueles que instituem regras que conferem poderes [privados] colocam facilidades para o arranjo privado [de interesses] à disposição dos cidadãos[47].

Já as regras que conferem poderes públicos parecem, realmente, como aludido acima, se distinguir pela função que exercem, consistente em manter o sistema jurídico-político em ordem e funcionando:

> [...] regras que conferem poderes jurídicos a funcionários criam as formas nas quais a governança, em todos os níveis, é exercida e, assim, estruturam, canalizam e controlam o exercício do poder político de todos os tipos.[48]

Esta leitura, se correta, exigirá do leitor de Hart que entenda como um erro formulações como aquela à qual a nota 27 deste capítulo, nos parágrafos acima, faz referência. É exatamente isso que Postema nos exorta a fazer:

> [...] a linguagem de Hart, neste ponto é enganadora pois, como muitos críticos hoje concordam, Hart não usou a distinção entre regras primárias e secundárias apenas para marcar a mesma distinção que aquela entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, mas também para marcar uma distinção diferente.[49]

A pista para entender o que Hart tinha em mente, de acordo com Postema, está em alguns aspectos implícitos ou não tão salientes da comparação discutida há pouco entre uma sociedade pré-jurídica, com seu regime de regras não oficiais, e as sociedades modernas detentoras de sistemas jurídicos. Embora Hart induza seu leitor ao erro ao chamar, mais de uma vez, a forma de organização da vida social de comunidades mais simples de "um regime não oficial de regras primárias de obrigação", o autor está comprometido com o fato de que nestas comunidades existem, ao menos, formas rudimentares de propriedade, de sua transferência, e pactos ou contratos, caso contrário não poderiam fazer parte do conteúdo mínimo necessário deste regime de regras certas normas protegendo contra o furto, fraudes, violações de acordos,

---

47 POSTEMA, 2011, p. 276.

48 Ibidem.

49 Idem, p. 278.

etc. Tudo isso requer que já se suponha a existência de normas distintas das normas de obrigações:

> Claramente, sociedades pré-jurídicas têm ao menos formas rudimentares de normas que conferem poder, assim como regras de obrigação, embora elas pareçam ser inteiramente costumeiras na sua forma, e não estejam aos cuidados de quaisquer funcionários encarregados de mantê-las em bom funcionamento ou de suplementá-las quando a necessidade surgir.[50]

Neste sentido, afirma Postema, é preciso reconhecer que há regras primárias que conferem poder, como as regras aludidas acima que regulam a instituição da promessa em sociedades sem instituições jurídicas, quanto regras secundárias que não o conferem, como por exemplo as regras de reconhecimento. Embora as demais regras secundárias consideradas centrais para a existência de um sistema jurídico, a saber, as regras de alteração e de julgamento, confiram poderes públicos, a regra de reconhecimento não confere poder aos funcionários ou membros de instituições aplicadoras para realizar alguma ação, juízo ou alteração do sistema jurídico. Elas são apenas regras de identificação dos padrões jurídicos. Como consequência, afirma postema, "o que unifica todas as regras secundárias são suas tarefas *institucionais*, seu foco na estruturação e manutenção do sistema de regras do qual elas e as regras primárias são uma parte".[51] Lido à sua melhor luz, portanto, o que a teoria do direito de Hart entrega é uma compreensão das regras jurídicas composta por regras de primeira ordem, a que Hart chama de regras primárias, e regras de segunda ordem, denominadas regras secundárias, ambas compostas tanto por regras que impõem deveres quanto por regras que conferem poderes. Nas palavras de Postema:

> O que dá à teoria do direito de Hart sua forma distinta é uma dupla distinção entre *tipos* de regras e *níveis* de regras. O direito, neste modelo, é a união de regras que impõem deveres e regras que conferem poderes governando o comportamento comum do cidadão (regras de primeira ordem) e estruturados em instituições encarregadas da tarefa de manter o sistema (regras de segunda ordem).[52]

---

50 POSTEMA, 2011, p. 279.
51 Ibidem.
52 Ibidem.

Aceita a interpretação de Postema, é possível compreender como a articulação entre estes tipos de regras pode ser vista por Hart como não apenas o "coração de um sistema jurídico", mas também um instrumental teórico para avançar, além das teorias anteriores, na análise de importantes conceitos jurídicos como os de dever, direito subjetivo, validade, fontes do direito, legislação, jurisdição, processo, sanção, poderes jurídicos etc.[53]

Hart conclui a argumentação do capítulo V chamando a atenção de seu leitor para o fato de que grande parte das obscuridades e dificuldades conceituais na teorização filosófica sobre o direito decorre da desconsideração do ponto de vista interno e da atitude crítico-reflexiva que o caracteriza, qual seja, o uso das regras do sistema para justificar e criticar o comportamento próprio e o dos outros.[54] Atenção a este ponto de vista interno envolve, contudo, compreender como ele se complexifica e se expande com a passagem de uma sociedade pré-jurídica para uma sociedade caracterizada pela presença de um sistema jurídico.

SUGESTÕES DE LEITURAS COMPLEMENTARES:

1) POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century*: The Common Law World. Berlin: Springer, 2011. p. 261-340.

2) ROSA, Leonardo Gomes Penteado. A teoria do direito de Herbert Hart: uma análise de O Conceito de Direito dirigida ao estudante de direito. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. *O Positivismo Jurídico no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

3) D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

4) TOH, Kevin. *Hart's Expressivism and his Benthamite Project. Legal Theory*, v.11, n. 2, 2005, p. 75-123.

[53] HART, 1994, p. 98.
[54] Ibidem.

Capítulo 8

O CARÁTER FUNDACIONAL DA REGRA DE RECONHECIMENTO: COMENTÁRIO AO CAPÍTULO VI DE O *CONCEITO DE DIREITO*

Ayrton Borges Machado[1]

1 FUNÇÃO DO CAPÍTULO VI EM O *CONCEITO DE DIREITO*

Uma das grandes qualidades de *O Conceito de Direito* de Herbert Hart é a completude dessa obra, cujas partes se ajustam e progressivamente se esclarecem umas às outras. O Capítulo VI, embora se relacione com o projeto total da Obra, situa-se de modo especial em meio a um debate sobre os problemas de uma concepção de *sistema jurídico* fundada sobre a obediência habitual de ordens baseadas em ameaças[2], cujo principal representante é John Austin, com quem Hart dialoga. O capítulo IV se dedica, sobretudo, a apresentar objeções a essa concepção, enquanto que o capítulo V já avança para os primeiros passos de uma resposta alternativa a essa concepção tão questionada, principalmente ao definir o direito como o conjunto de regras primárias e secundárias.

Se o capítulo IV é o do enfrentamento da posição interrogada, e o capítulo V o dos primeiros avanços teóricos, o capítulo VI, por sua vez, tem a função de consolidar a concepção de Hart acerca do que, afinal, fundamenta um sistema jurídico. O capítulo sobre o qual ora este texto tece comentários, portanto, é o ponto culminante e consolidador de uma visão de teoria do direito que fora sendo preparada por críticas, inovações conceituais e refinamento linguísticos.

---

1 Professor do Curso de Filosofia da Faculdade Católica de Belém (FACBEL). Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pelo PPGD da UFPA. Bolsista CAPES.

2 HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 3 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 100.

Nos capítulos precedentes, entre tantas inovações, destaca-se aquela em que Hart consolida a compreensão de que um sistema jurídico moderno necessita de regras secundárias, além das regras primárias. Ou seja, a concepção fundada unicamente na ideia de obediência habitual pode ser até adequada para um sistema jurídico simples, mas é inadequada para um sistema jurídico complexo como o moderno – com o que Hart desfere uma crítica incisiva contra o modelo austiniano. Em suma, um sistema simples pode bem contar apenas com regras primárias, aquelas que emitem comandos para a ação, mas um sistema moderno necessita também de regras secundárias, aquelas que dispõem sobre outras regras ou que atribuem poderes e competências, e isso não pode ser adequadamente explicado pelo modelo da soberania.

Contudo, o capítulo V se mostra insuficiente para explicar a fundamentação do sistema normativo. Na medida em que o IV se mostrou capaz de objetar o modelo austiniano, e o V fornece as bases conceituais, quais sejam, a distinção entre regras primárias e secundárias – fundamentais para entender sistemas jurídicos complexos, então o capítulo VI pode avançar em explicar a fundamentação do sistema jurídico, reforçado por um vocabulário renovado e pela versão criticada suficientemente refutada por um número considerável de argumentos. As questões fundamentais suscitadas no capítulo VI, as quais consolidam a compreensão sobre os fundamentos do sistema jurídico são: a) As características da regra de reconhecimento: seu caráter último e *supremo*, sua "existência pressuposta" e a rejeição de uma "validade suposta", e, igualmente, a dualidade de sua existência como *fato* e *direito*; b) As questões críticas internas à teoria hartiana: a insuficiência da eficácia como critério da regra de reconhecimento; o risco inerente da circularidade da fundamentação do sistema jurídico; os erros de abordar um sistema jurídico recorrendo ao juízo de valor e ao ponto de vista externo; e a relevância do ponto de vista interno para a compreensão dos sistema jurídico.; c) as condições do sistema jurídico, sua relação com o caráter fundacional da regra de reconhecimento, e o papel dos participantes, os cidadãos e os oficiais.

2 O FUNDAMENTO DE UM SISTEMA JURÍDICO EM HART

2.1 Regra de reconhecimento: fonte última, validade e subordinação

A abordagem inicial de Hart se inicia pelo retorno ao problema da insuficiência das regras primárias. Relembra o autor que o direito

moderno é mais complexo, dada sua diversidade de fontes[3], que, por isso, necessitam ser validadas por uma "fonte última". Se esta *fonte última* é de um tipo que dispõe sobre a validade de outras fontes, por força desta própria definição, precisa ela ser uma regra de um tipo que dispõe sobre outras regras, ou seja, trata-se de uma regra secundária.

Para explicar o fundamento do sistema jurídico é insuficiente criticar o modelo fundado em uma obediência habitual, bem como não basta distinguir regras primárias e secundárias; mostra-se necessário se lançar a uma explicação mas fundacional do sistema jurídico. Por isso, no Capítulo VI, Hart está em busca do caráter fundacional que uma regra secundária pode ocupar, dispondo sobre a fundação da própria validade. O tipo de regra secundária que, nos termos de Kramer[4], *encarna* esse nível fundacional , isto é, que funciona como a fonte da validade de toda fonte do direito, chama-se regra de conhecimento. Embora por vezes, como nota Lamond[5], Hart faça parecer que a regra de reconhecimento identifica apenas regras impositoras de dever, logo fica evidente que esta fonte última tem um caráter fundacional para identificar todos os tipos de regras, quais regras que integram o sistema, o estado de direito, direito válido, como se queira referir.

Pode-se objetar que uma regra pode ser válida, não com referência direta à tal regra de reconhecimento, senão que fazendo referência a uma regra que não é a fonte de validade de todo o sistema. Para tratar dessa objeção, Hart esclarece o conceito de *subordinação*. Um costume, por exemplo, pode estar subordinado à legislação, se a sua validade é referendada por este instrumento, mas isso não significa que a legislação seja a regra de reconhecimento do costume nesse caso[6]. Dizer que a regra de reconhecimento é a fonte de validade de um sistema jurídico não

---

3 Ibid., p. 101.

4 KRAMER, Matthew H. **HLA Hart:** The Nature of Law.Cambridge: Polity Press, 2018, p. 92. Kramer (2018, p.92-97) usa dessa expressão (encarna) pois compreende que a regra de reconhecimento pode ter uma encarnação codificada/textualizada, além da fundacional. Isto é importante para entender a existência mais detalhada da regra de reconhecimento; segundo o autor, a operatividade da regra de reconhecimento muda quando ela assume uma encarnação codificada, pois a dinâmica dos oficiais passa a se direcionar ao texto quando da interação entre si, de tal modo que a regra de reconhecimento não tem só uma existência pressuposta, mas ela própria, como objeto mais visível, altera a dinâmica do modo como é encarada.

5 LAMOND, Grant. The Rule of Recognition and the foundation of a Legal System. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Eds.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 182.

6 HART, op. cit., p. 101.

significa que todas as fontes e regras retirem sua validade *por referência direta* à regra de reconhecimento. Na verdade, significa dizer que, dentro de uma cadeia de validade, a regra de reconhecimento é o elemento de caráter fundacional. É necessário explicar isso dentro do que para Hart significa dizer que a regra de reconhecimento é última e *suprema*, para que a questão fique mais clara.

Um sistema jurídico complexo, portanto, precisa de regras secundárias – aquelas de segunda ordem[7], e, entre todas essas, existe aquela que não só dispõe sobre outras regras, senão que atribui validade a todas, e esta é a regra de reconhecimento – que, como esclarecido, de modo algum precisa pressupor a eficácia como critério de validade. Neste sentido, a regra de reconhecimento funciona como uma regra última e suprema. A regra de reconhecimento é última porque é aquela que, dentro de uma cadeia de outorga de validade, tem pressuposta sua existência como critério para a validade das demais[8]. Enquanto que a regra de reconhecimento é *suprema* porque qualquer norma que com ela conflite se torna inválida, isto é, a invalidade de uma norma se dá em função desta se contrapor à de reconhecimento[9].

De todo modo, Hart deixa claro que uma regra válida é aquela que satisfaz os critérios de validade estipulados pela regra de reconhecimento[10], o que equivale a dizer que a regra de reconhecimento é fundacional do sistema jurídico, é aquela que indica os critérios de validade que irradia para todas as fontes e regras, façam elas referências diretas ou indiretas à fonte última. O modelo hartiano leva a uma implicação imediata, qual seja, a insuficiência e estreiteza da validade como eficácia. Na medida em que é necessário refutar um modelo, para deixar claro a maior completude, complexidade e modelo apropriado de Hart, então mostra-se extremamente oportuno elucidar como Hart encara esta questão.

2.1.1 Implicação: A insuficiência da eficácia como critério do sistema jurídico

O primeiro ponto que o modelo hartiano (da regra de reconhecimento) ataca é a identidade entre validade e eficácia. O modelo austiniano, ao

7 LAMOND, op. cit, p. 185.
8 HART, op. cit., p. 107.
9 Ibid., p. 106.
10 Ibid., p. 103.

considerar que um sistema jurídico se fundamenta em uma obediência habitual, tem em seu fundamento de sistema jurídico uma regra de eficácia, pois precisa admitir que quanto menos habitualmente se segue uma regra ela perde progressivamente sua validade.

O erro do modelo austiniano consiste em acreditar que sua explicação é global, ou seja, que ele está analisando todos os casos de sistema jurídico e não apenas uma hipótese particular, afinal, sua pretensão é de construir uma teoria geral do direito. Contudo, como explica Hart, embora a eficácia possa figurar como critério de validade, não precisa ser assim necessariamente[11], denunciando por uma simples conjectura lógica que o raciocínio austiniano não pode ser generalizado.

Traduzindo a questão para a linguagem hartiana, pode-se dizer que a regra de reconhecimento *pode* adotar um critério de eficácia, mas a regra de reconhecimento *não necessita* ser desse tipo. Hart relembra que, por vezes, se denomina "critério de desuso" a regra de reconhecimento que utiliza um critério de eficácia, isto é, que considera que *a perda da eficácia* conduz a uma *perda de validade* [12]. Desse modo, Hart enfraquece a tese austiniana ao denunciar sua incompletude, isto é, ela não explica todas as possibilidades de uma regra de reconhecimento, senão que apenas em uma hipótese bastante específica na qual se identifica a validade com a eficácia.

Pode-se dizer que a eficácia como critério de validade não apenas é insuficiente por que seja uma entre várias possibilidades de critérios. Ela é insuficiente porque pouco apropriada. MacCormick[13] é ainda mais radical, ao declarar que o modelo fundado unicamente em regras primárias seria *defeituoso*, pois eivado de incerteza a respeito do que é o direito, bem como porque seria também ineficiente dados os impasses das autoridades e aplicadores do direito. A regra de reconhecimento, nesse sentido, é um recurso profundamente estratégico para corrigir esses problemas: ela estabelece como identificar uma regra válida, resolvendo a incerteza, e estipula o modo como oficiais devem ser críticos e que padrões públicos eles devem assimilar [14].

---

[11] Ibid., p. 103.
[12] Ibid., p. 103.
[13] MACCORMICK, Neil. **HLA Hart.** Tradução de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 208.
[14] Ibid., p. 209.

Se os sistemas jurídicos simples são, do ponto de vista prático para o direito contemporâneo, pouco úteis (ou mesmo defeituosos), adotar o modelo austiniano seria tomar como base para o tipo de sistema em que vivemos um modelo inapropriado e seriamente desvantajoso se considerarmos os defeitos indicados por MacCormick (2010). Quando Hart denuncia as fragilidades do modelo austiniano, ele não está refutando uma interpretação possível do sistema jurídico, ele está efetivamente alijando tal modelo como apropriado para uma teoria geral do sistema jurídico. Portanto, assim como o sistema jurídico fundado na habitualidade vai se tornando uma possibilidade remota em sua existência moderna, igualmente a teoria austiniana vai se mostrando obsoleta quanto ao seu uso e utilidade explicativa.

2.1.2 As circularidades e a regra de reconhecimento

Se ao nos depararmos com duas pessoas jogando chaturanga, alguém me perguntar "o que é isto?", e eu responde-la "é um jogo de chaturanga", essa mesma pessoa pode insistir perguntando "o que é 'chaturanga' ". À sua insistência pouco valeria uma resposta como "chaturanga é isto". Toda definição minimamente bem sucedida e convincente se lança a elementos "diferentes" dela mesma para que ela própria seja esclarecida. Então eu poderia dizer "chaturanga é um jogo semelhante ao xadrez, considerado uma das suas versões mais antigas jogada na região da Índia". Este segundo enunciado funciona como uma explicação bem sucedida porque incluiu um novo elemento que esclarece os demais e, ao mesmo tempo, tem sua inserção razoavelmente justificada. Considerando que uma cadeia explicativa tem que trazer um elemento novo que esclareça esse encadeamento, então a primeira resposta é um caso típico de circularidade, enquanto que a segunda supera a circularidade.

Na análise hartiana existe dois tipos de circularidades provocadas pela ausência de explicação do porquê alguns elementos importantes podem ser razoavelmente inseridos na cadeia explicativa: o primeiro deles é a inserção da regra de reconhecimento, e o segundo deles é a inserção da categoria dos oficiais. Sem explicar como esses dois conceitos podem entrar razoavelmente na explicação dos sistema jurídico, há forte indício de circularidade.

Algumas práticas, mais que outras, são propícias à circularidade. E todo modelo teórico que pretenda retornar a uma explicação fundacional, isto é, buscar algum primeiro princípio, axioma ou ideia reguladora,

por exemplo, recai em um risco de circularidade se não conseguir explicar como se insere o elemento fundante dentro da cadeia. A regra de reconhecimento, por estar na raiz da teoria de Hart está sob esse risco. Trataremos de duas circularidades de que a regra de reconhecimento é acusada, uma relatada por Neil MacCormick (2010) e outra por Matthew Kramer (2018).

MacCormick procede deste modo na sua argumentação. Primeiro é preciso entender a distinção do modo de compreender regras que obrigam e outras que conferem poderes/competências. As primeiras impelem a um determinado comportamento seja ele comissivo ou omissivo, o que, por conseguinte, nos leva a entender que agir daquela maneira estipulada é diretamente obedecer à regra. De outro modo, uma regra que atribua poderes ou competências, a respeito dessas, com a mesma precisão, é difícil de se dizer que há uma *obediência* como no primeiro caso, pois a ação de quem recebe esses poderes ou competências não é diretamente compelido pela regra. Conforme se pode notar em uma análise precisa de Kramer[15], "esses esforços consistem no exercício de poderes, mais que em no preenchimento de obrigações", mas certamente a regra de reconhecimento ainda é vinculadora de obrigações, caso contrário os oficiais teriam liberdade de identificar qualquer norma entre todas[16], logo, a obrigação está em observar todo o sistema de regras válidas.

Então, MacCormick[17] levanta a seguinte suposição: se uma regra de reconhecimento estipula qual é a decisão judicial correta, atribuindo a obrigação dos juízes de aplicarem regras válidas. Contudo, ao mesmo tempo, a regra de reconhecimento pressupõe a existência de juízes habilitados para os quais as regras de ajuizamento se destinam. MacCormick[18] levanta a questão que a regra de ajuizamento pressupões *juízes*, e juízes pressupõem regra de reconhecimento.

A circularidade aqui é melhor entendida se notarmos que Hart não explica o que faz alguém um *oficial*, deixando essa explicação *conceitualmente* relevante ao entendimento intuitivo dos leitores[19], com o que resta um vácuo conceitual do que estabelece os *oficiais*. A circularidade aqui é

---

15 KRAMER, Matthew H. **HLA Hart:** The Nature of Law.Cambridge: Polity Press, 2018, p. 82.
16 Ibid, p. 83.
17 MACCORMICK, op. cit., p. 210-211.
18 Ibid., p. 211.
19 LAMOND, op. cit., p. 198.

"resolvida" por Hart, primeiro, contando que a intuição dos participantes seja de que os oficiais são estipulados pela própria regra de reconhecimento, o que, pelo que foi dito, é uma resposta razoável mas que mantém a impressão que Hart deixou um vácuo conceitual.

Todavia há também o problema da *circularidade vinculada ao início do sistema*, que em certo sentido Kramer (2018) percebe de modo mais claro. Segundo o autor, o problema consiste na ausência de um "ponto de entrada" para a regra de reconhecimento. Todas as normas entram no sistema jurídico, seja diretamente porque a regra de reconhecimento lhes outorga alguma autoritatividade, seja por que normas autorizadas pela fonte última autorizaram terceiras dentro de uma cadeia de validade. Uma vez que a regra de reconhecimento é encarada pelos participantes como de uma existência fundacional, em certo sentido parece que a regra de reconhecimento pressupõe o status dos oficiais[20]. Kramer (2018) acaba percebendo o mesmo problema que MacCormick, mas postula o problema de modo mais claro, pois identifica a questão central: como a regra de reconhecimento entra no sistema? Se quisermos ser mais precisos na questão, *o que vem antes, o status dos oficiais que reconhecem a regra de reconhecimento, ou a regra de reconhecimento que outorga o status oficial*?

A respeito dessa outra forma de circularidade, a "resolução" do problema parece exigir que se explique que a regra de reconhecimento não está sujeita à análise de validade, com o que a circularidade deixa de fazer sentido, pois a regra de reconhecimento passa a se pôr como tal a partir de um terceiro elemento explicativo, que seria a *aceitação* da regra de reconhecimento, onde *aceitação* é uma forma abreviada de se referir ao *aspecto interno*[21] – e.g. os participantes descreverem-na como vinculante, a posição crítico-reflexiva, a incorporação de padrões públicos[22].

Na quarta parte deste capítulo, será explorado melhor o debate envolvendo o problema da circularidade da regra de reconhecimento e dos sistemas jurídicos. Contudo, não aparecerá esta questão como o ponto principal, senão que como problema subjacente aos desafios da teoria de Hart explicar a pertinência das normas e individualização do sistema jurídico.

---

[20] KRAMER, op. cit., p. 105

[21] LAMOND, op. cit., p. 186.

[22] Como ressalta MacCormick (Op. cit, p. 211), ainda que em uma teoria diferente e, consequentemente por uma solução diferente, Kelsen precisou superar a mesma questão, que a norma fundamental ela própria não está sujeita à validade.

2.1.3 Ponto de vista externo e Juízo de valor: erros de abordagem

Hart suscita que pode surgir a questão se a busca desse fundamento último (regra de reconhecimento) não seria um "jogo ocioso" – dando a entender que seria uma especulação em demasia. Afinal, por que não é melhor perguntar "é satisfatório ter uma tal regra (de reconhecimento) no seu fundamento? " (P1) ou mesmo perguntar "é realmente prática dos tribunais, funcionários etc. usar uma regra desse tipo como regra de reconhecimento?" (P2) [23]. Quando questões desse tipo chegam a ser suscitadas, é por que há uma dúvida acerca de qual abordagem a busca pelo fundamento do sistema jurídico deve adotar. Uma que insista no caráter fundacional de critérios a partir de um ponto de vista interno, uma que recorra a uma explicação valorativa, ou, ainda, uma que se ponha a olhar o fenômeno do Direito desde fora.

Julgar que essas três versões são cada uma a seu modo uma forma razoável de explicar um sistema jurídico não faz avançar. Por outro lado, fazer uma delas sobressair sobre as outras exige um refinamento, a que Hart se lança como etapa necessária justificar a proeminência de sua teoria.

Ambas as questões suscitadas, explica Hart (2012), desviam da direção que uma teoria do sistema jurídico deve seguir:

- P1 desloca a questão de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor [24]. Uma determinada regra de reconhecimento pode ser indesejada quanto ao juízo de valor de alguém que discorde dos critérios por ela apresentados, mas ainda assim, ela pode funcionar como tendo uma existência tal que funcione como fornecendo os critérios de validade das fontes do sistema.

- P2 desloca a questão do ponto de vista interno para uma de ponto de vista externo, posto que é típico de uma *afirmação interna* tomar como válida a regra de reconhecimento, enquanto que uma *afirmação externa* enfatiza em "predizer" como um sistema jurídico se comporta[25]. Em suma: a visão interna assimila a regra de reconhecimento como válida, e a afirmação externa descreve desde um ponto de vista externo.

[23] HART, op. cit., p. 107.
[24] Ibid., p. 107.
[25] Ibid., p. 107.

Então pode-se dizer que as duas objeções referidas não surtem efeito para questionar o papel de uma regra de reconhecimento porque desviam da questão da validade, seja para um foco em valores ou em uma descrição externa. Por conseguinte, quem as desfere acusa que não compreende o que é uma regra de reconhecimento, seu papel e a dimensão de análise em que ela está envolta. Essa fonte última independe de algum tipo de desejabilidade ou de uma validação de eficácia.

Assim, se a regra de reconhecimento não pode ser objetada por estes níveis de questões, qual seria a dimensão de análise adequada para entender a regra de reconhecimento, de modo a suplantar essas questões? Quando Hart inicia a explicação do caráter último e *supremo* da regra de conhecimento, de sua natureza como regra secundária, e seu traço fundante dentro de uma cadeia de validade, ele já está esclarecendo em algum nível a questão. Contudo, uma das grandes inovações de análise linguística de Hart a respeito de como compreender o sistema jurídico consiste no *ponto de vista* a ser adotado. A abordagem da análise do sistema jurídico não recai nem em um olhar valorativo ou descritivo externo, precisamente porque Hart atribui ao ponto de vista interno um conceito estratégico para identificar quais afirmações acerca do sistema jurídico são relevantes ou não para compreendê-lo normativamente.

2.2 O ponto de vista interno e o modo de existir da regra de reconhecimento

A segunda pergunta (P2) leva Hart a esclarecer um tema recorrente: que uma regra de reconhecimento deve ser compreendida desde o ponto de vista interno do sistema jurídico. Essa é uma ideia chave para todo o pensamento de Hart, para quem é o ponto de vista interno que deve nortear a compreensão do direito. Esse pressuposto possui várias repercussões que aqui serão exploradas e.g. sobre o tipo de existência da regra de reconhecimento; por que em algum nível a regra de reconhecimento é fato e direito; a distinção entre cidadão/funcionários e um não participante do sistema).

Ponto de vista interno é a perspectiva adotada para compreender o Direito que fundada na condição do participante do sistema jurídico, enquanto que o ponto de vista externo é a compreensão daqueles que enxergam o sistema jurídico como terceiros não participantes. O primeiro é típico dos

cidadãos privados e dos oficiais/funcionários, enquanto que o segundo é típico de observadores externos, e.g. sociólogos, antropólogos ou historiadores que *descrevem* um sistema. A implicação direta disto está na linguagem adotada por cada uma dessas formas de compreensão, e a teoria hartiana tende a forma de expressão linguística como forma de esclarecimento.

Retornando a P2, quando se pergunta *se os integrantes de uma sociedade realmente usam a regra de reconhecimento*, esta é uma questão cujo interesse se denuncia na resposta: se se respondesse *os oficiais do sistema jurídico brasileiro habitualmente observam a regra de reconhecimento*, esta é uma típica resposta de um observador externo. A partir da resposta se percebe que a pergunta não é pertinente para a construção de uma teoria do direito, posto que se esquiva do ponto de vista interno.

Por esse argumento, igualmente, Hart critica a teoria austiniana, pois ela *descreve* o sistema jurídico como um observador externo. A linguagem que denuncia uma afirmação interna não é "os cidadãos habitualmente obedecem...", mas a linguagem dos próprios participantes quando se referem ao sistema jurídico; eles podem dizer "gol!" ou "fora!" em um jogo, ou "o direito dispõe que..." quando se refere ao sistema jurídico de que participa [26], e nessas expressões está evidente o *ponto de vista interno*.

2.2.1 Validade suposta ou existência pressuposta?

Hart explora ao máximo as valências do ponto de vista interno, de tal modo que explica a própria existência da regra de reconhecimento influenciada por essa categoria. Quando se pergunta pela existência da regra de reconhecimento, pode parecer que a afirmação *existe uma regra de reconhecimento* seja clara e evidente no seu significado, mas são necessários esclarecimentos. Alguém pode dizer que a regra de reconhecimento existe porque quem a observa pressupõe sua validade, isto é, ela existe como *validade suposta* [27].

Esta pode parecer uma afirmação razoável, a uma primeira vista, e até mesmo aparentemente aceitável segundo o ponto de vista interno, como se quisesse dizer que "quem participa do sistema jurídico supõe a validade da regra de reconhecimento"; mas esse é um equívoco. Como

[26] Ibid., p. 102.
[27] Ibid., p. 109.

esclarece Hart, não é fácil explicar o que significa dizer que uma regra de reconhecimento existe. No mais das vezes é preciso mais admitir que ela existe como fato, mas não como a partir de um observador externo, senão que ela *existe como fato que estipula os critérios de validade* [28]. Por essa compreensão do modo de existir da regra de reconhecimento, pode-se dizer que ela "pressupõe uma existência" de um tipo específico, mas não que ela tenha uma "validade suposta".

Desse modo temos duas categorias: a da "validade suposta" e da "existência pressuposta". A regra de reconhecimento tem uma existência *sui generis*[29], porque ela existe como regra, mas sem o elemento da validade que é fundamental de todas as demais regras. Por isso, a característica da existência da regra de reconhecimento é a de uma regra com "existência pressuposta" que existe de uma maneira enquanto fato que fornece critérios de validade. Este último ponto, a respeito da característica factual, é explorado no tópico a seguir, pois a dualidade da regra de reconhecimento enquanto *fato* e *direito* tem seus problemas próprios que não pode ser resolvido pela disputa entre "validade suposta" ou "existência pressuposta".

2.2.2 A existência da regra de reconhecimento: entre o fato e a direito

No primeiro ponto do capítulo VI, Hart admite que não é uma questão fácil explicar a existência de uma regra de reconhecimento. Ele sustenta que, embora seja correto renunciar à compreensão que a considera de "validade suposta", ainda persiste o desafio de esclarecer o que significa tomar a regra de reconhecimento como fato. Isto conduz a uma complicação ainda maior quando Hart precisa admitir que a existência dessa regra de reconhecimento, quando tomada como fato, não recai em uma *afirmação externa*, o que seria inaceitável para sua teoria. Esta é a primeira complicação que Hart resolve demonstrando que a regra de reconhecimento pode ter uma existência interna enquanto fato que informa critérios de validade, sem que se chegue a dizer que existe uma "validade suposta".

Por outro lado, se certamente uma regra de reconhecimento pode, então, ser compreendida como fato, não está claro porque não se poderia

[28] Ibid., p. 110.
[29] LAMOND, op. cit., p. 190.

chamar a regra de reconhecimento também de direito. Hart é explícito quanto a esta questão:

> "Qualquer desses aspectos merece atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos: "direito" ou "facto". Em vez disso, devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efetiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade feitas por aqueles que a usam para identificar o direito".[30]

Quando Hart trata sobre como é a existência da regra de reconhecimento, para negar que ela tenha uma "validade suposta", ele indica que mais afrente no capítulo, no tópico 2, ele analisaria melhor a questão acerca da querela de se a regra de reconhecimento é um fato ou um direito. Todavia, quando se chega ao momento do debate, a interpretação de Hart não parece tão amadurecida ou sólida quanto se podia esperar, o que se percebe a partir do fato que ele próprio não teoriza suficientemente sobre a questão.

Tanto é assim que a questão sobre a natureza da regra de reconhecimento, na literatura da teoria do direito, constitui um dos debates mais profícuos. Sobretudo porque não é claro, na regra de reconhecimento, i) se há uma proeminência da sua qualidade de "fato" sobre a sua qualidade de "direito", ou o oposto, ou mesmo ii) se uma dessas seria correta ou incorreta (apesar de Hart abonar ambos os usos, sua resposta – citada integralmente acima – é demasiadamente sumária, com o que é difícil tratá-la como uma explicação exaustiva).

Por outro lado, se a regra de reconhecimento é um "fato" não está claro que tipo de fato seria, um fato social, um fato jurídico ou um de outra espécie, sendo esse um dos principais objetos de debate. Ainda assim podemos enumerar algumas características, a partir de Hart, de cada uma dessas faces. Ela seria *direito*: porque funciona como o elemento definidor de um sistema jurídico; enquanto que, da sua valência enquanto *fato*, apresenta algumas características definidoras: i) não é um fato como descrito externamente, senão que expresso desde um ponto de vista interno, ii) é um fato

[30] Original: HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 3 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 112. Tradução da edição portuguesa: HART, H. L. **A. O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 123.

que têm uma existência que apresenta os critérios de validade (embora a regra mesma não seja apreciada pela categoria da validade).

3. A REGRA DE RECONHECIMENTO NAS CONDIÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO

Uma vez entendida a regra de reconhecimento como a regra que fornece os critérios últimos de validade, e funcionando como a baliza diante da qual, se inobservada, implica em uma invalidade, isto é, sendo a regra de reconhecimento última e *suprema*. E considerando, igualmente, que a existência da regra de reconhecimento se relaciona com o ponto de vista interno que a compreende como existindo enquanto fato (social) que fornece os critérios de validade, isto é, existindo e sendo encarada como internamente como tendo essa funcionalidade, é inegável que *a regra de reconhecimento é o aspecto mais fundamental para a existência de um sistema jurídico.*

Isto resta explícito na própria afirmação de Hart:

> Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários.[31]

Duas, portanto, são as condições de existência de um sistema jurídico: i) uma obediência geral de regras de comportamento fundadas em critérios da regra de reconhecimento, e ii) que os funcionários e oficiais efetivamente aceitem os critérios da regra de reconhecimento, bem como as de julgamento e alteração. Em ambas as condições a *regra de reconhecimento* figura como fundamento.

Na primeira condição, está implícito que os cidadãos encaram a regra de reconhecimento como obrigatória, não necessariamente por

[31] Original: HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 3 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 116. Tradução da edição portuguesa: HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 128.

observância direta dela, mas pela validade repercutida na nas regras que obedecem. Como ficará claro no tópico seguinte, Hart esclarece que as exigências para com cidadãos privados são menores quanto à assimilação de padrões públicos quanto à sua motivação de sua obediência. De todo modo, no primeiro critério, a regra de reconhecimento está presente indiretamente quanto à motivação dos cidadãos privados, conferindo validade àquilo que é geralmente obedecido.

No segundo critério, a regra de reconhecimento aparece com uma repercussão mais explícita. Ela figura como o fundamento, e os destinatários – funcionários e oficiais – se reportam diretamente a ela, assimilando padrões públicos, em sua motivação e postura crítica. De certa forma, é neste critério que melhor se evidencia como está estruturado o sistema jurídico, pois é nele que resta mais explícito o caráter fundacional da regra de reconhecimento. Não há critério mais ou menos importante, este é apenas um comentário a respeito da experiência distinta entre duas categorias de participantes, nas quais, uma mais que a outra, *se reporta mais explicitamente* à regra de reconhecimento como fundacional. O tópico seguinte se detém exatamente na diferença entre cidadãos e oficiais, sobretudo quanto ao modo como lidam com a regra de reconhecimento.

3.1 Cidadãos e Oficiais: a regra de reconhecimento frente aos participantes

Novamente, nos dirigimos a mais um refinamento de Hart, e em direção ao passo derradeiro para compreender o fundamento de sistema jurídico. Trata-se da distinção do tipo de *afirmação interna* a depender de quem seja o participante do sistema. Ambos os participantes, os cidadãos privados e os oficiais, adotam um ponto de vista interno do sistema jurídico, mas cada um a seu modo.

Os cidadãos privados podem ter os mais diversos motivos para obedecer a uma regra, pode ser por medo das consequências, de uma cominação legal, por simples inércia[32], ou mesmo porque ele tenha consciência que há uma regra de reconhecimento, embora essa última hipótese seja bastante remota. Em todo caso, apesar de *motivos* alheios ao sistema, isso

[32] HART, op. cit., p. 115.

não significa uma refutação ao ponto de vista interno, posto que, de todo modo, o cidadão privado ainda assim enxerga a regra como algo que lhe obriga.

Por outro lado, os oficiais e funcionários não devem obedecer às regras por motivos alheios, senão que, como diz a *segunda condição*, devem assimilar um padrão público de comportamento vinculado à regra de reconhecimento, alteração e julgamento, pois eles precisam justificar suas ações oficiais[33]. Isso significa que cada uma das categorias de participantes participa de uma forma das referidas *condições de existência do sistema jurídico*.

Os cidadãos privados participam apenas da primeira, porque não precisam justificar sua ação pelos motivos públicos, nem tampouco precisam ser críticos uns com os outros acerca de suas ações, bastando para seu ponto de vista interno que eles encarem as regras como obrigatórias. Ao passo que os *participantes oficiais e funcionários* participam do ponto de vista interno nas duas condições, isto é, precisam encarar as regras como obrigatórias, assimilam os padrões públicos estando prontos a aduzir motivos públicos para suas ações oficiais e, ainda, devem estar dispostos a criticar entre si suas ações, exatamente porque eles assimilam padrões públicos, isto é, não seguem e agem como oficiais fundados em motivos *por sua própria conta.*

O diferencial dos oficiais, contudo, não é apenas quanto ao ponto de vista, notadamente a assimilação de motivos e a crítica. Kramer[34] lembra que somente os oficiais são dotados de poderes de vincular as ações de terceiros e de identificar qual a regra a ser aplicada. O papel dos cidadãos na estipulação do conteúdo das regras, do ponto de vista institucional, é, segundo Kramer[35], indireto e se realiza por meio de redes de expectativas e atitudes que influem perante autoridades e oficiais.

4 CIRCULRIDADE, PERTINÊNCIA E INDIVIDUALIZAÇÃO: A CRÍTICA DE CARLOS SANTIAGO NINO À REGRA DE RECONHECIMENTO

A adoção da teoria de Hart como o ponto de inflexão para toda a teoria analítica provém, sobretudo, de sua preocupação com a linguagem e com

[33] Ibid., p. 117.
[34] KRAMER, op. cit., p. 80.
[35] Ibid., p. 80.

a questão metodológica[36]. Como exemplar dessa constatação podemos apresentar, assim, um resumo da reflexão do autor sobre a relação entre regra de reconhecimento e sistema jurídico:

> *A teoria de direito de Hart é um refinamento das questões da teoria analítica e da superação do modelo austiniano. Em primeiro lugar, Hart demonstra a necessidade de regras secundárias para sistemas jurídicos modernos, que são o principal enfoque na análise da teoria do direito, mas não apenas isso: a necessidade que, entre as várias regras secundárias, haja uma tal fonte última que tenha a natureza de regra secundária, mas que exerça a função de indicar os critérios de validade de todas as normas de um sistema jurídico. Essa fonte última, chamada regra de reconhecimento, tem uma existência peculiar profundamente debatida: o critério de validade a ela não se aplica, porque ela existe apresentando os critérios de validade, com o que se pode dizer que a regra de reconhecimento tem uma "existência pressuposta" e não uma "validade suposta". Por outro lado, a sua existência é, ao mesmo tempo, fato e direito. Desse modo, a regra de reconhecimento tem caráter fundacional para a existência do sistema jurídico, que depende de uma aceitação dos seus participantes, onde "aceitação" é uma expressão concisa para designar o conjunto de afirmações internas dos participantes. Por sua vez, a compreensão dos participantes do sistema jurídico se torna chave, distinguindo cidadãos privados dos oficiais, e atribuindo-se mais exigências de afirmações internas a estes últimos, que, mais que usar geralmente as regras do sistema, devem caracteristicamente adotar padrões públicos de justificativa e realizar críticas internas.*

Esse modelo se tornou chave para toda a teoria do direito. Contudo, como já fora referenciado em vários pontos deste capítulo, algumas questões não foram tão bem respondidas: como a regra de reconhecimento pode ser ao mesmo tempo fato e direito, como a regra de reconhecimento não recai em uma circularidade. Apesar da primeira questão ter seus problemas, ela não é a que causa mais embaraço, pois é mais uma questão de ausência de detalhes, que propriamente um problema em si mesmo. A questão da circularidade, contudo, se mostra bastante séria, pois ela realmente coloca em xeque i) se a regra de reconhecimento *entra* no sistema com essa função realmente fundacional sem maiores problemas, ou

[36] MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia - Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 42

ii) se a regra de reconhecimento não gera uma circularidade a respeito da sua dependência dos oficiais.

Quem explora esta questão de modo exemplar é Carlos Santiago Nino na sua obra "Introdução à Análise do Direito"[37], mas adotando a questão da circularidade como um componente de sua crítica. Para tanto, o autor reformula do modo como analisar as teorias do sistema jurídico, para então realizar sua crítica ao modelo hartiano. No capítulo III "Sistema Jurídico" da referida obra, Nino inicia seu texto apresentando as 3 perguntas principais: a) como se caracteriza um sistema jurídico, b) quando uma norma pertence a um sistema jurídico, e c) quando um sistema jurídico existe.

O autor se lança a responder a primeira questão buscando pelo traço distintivo do sistema jurídico. Um desses traços distintivos que aparece na teoria do direito quase de modo generalizado é a obrigação dos juízes de aplicar normas, por terem sua validade referendadas pela regra de reconhecimento[38]. Contudo, logo Nino[39] destaca que os juízes não estão obrigados a observar a regra de reconhecimento em função desta, mas está *cada juiz* obrigado a observar a regra de reconhecimento por integrarem uma prática que assim age; apesar de isto parecer apenas um detalhe, traz importantes constatações, entre elas a de que os oficiais tem uma *independência de pertinência* em face da regra de reconhecimento. Lamond[40] havia notado que Hart deixou um vácuo explicativo a respeito do que estabelece os oficiais, como já fora destacado neste capítulo no tópico sobre a circularidade na regra de reconhecimento.

Nino, então, está preenchendo o vácuo deixado por Hart com sua interpretação de que é a prática dos oficiais que "elege" a regra de reconhecimento, com o que se conclui que essa fonte última não poderia obriga-los a observar todas as regras a cada momento. Este se trata de um preenchimento realizado por Nino, pois, segundo Lamond[41] esse vácuo poderia ser preenchido contando com a intuição dos próprios oficiais que internamente aceitariam a própria regra de reconhecimento como a

---

37 NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

38 Ibid. p. 128.

39 Ibid. p. 129.

40 LAMOND, op. cit., p. 198.

41 Ibid. 198.

fonte que os estabelece. Esta, todavia, seria também apenas uma hipótese entre várias possíveis, ao mesmo tempo que seria, aparentemente, a mais "condescendente" com Hart, para evitar que sua teoria se enfraqueça, embora não solucione a questão.

Desconsiderada a intuição dos oficias na direção indicada por Lamond, que é uma posição razoável de tomar para quem pretende ser crítico em relação à teoria, então a crítica de Nino ganha força. O autor está chamando atenção, desde este primeiro ponto, que a teoria da regra de reconhecimento pode apresentar seus problemas. Se Nino percebe o mesmo problema de circularidade que Kramer, MacCormick e Lamond, por outro lado sua crítica vai além, se estendendo a questões de pertinência das normas e individualização do sistema jurídico. Por essa razão, se retomou a questão da circularidade, trazendo a contribuição de Nino desta questão já previamente discutida, e abrindo espaço, em um tópico próprio, para outras críticas do autor.

4.1 Pertinência e individualização

Nino retoma a temática suscitada por Hart no Cap IV de *O Conceito de Direito*, qual seja, que o fundamento do sistema jurídico precisa garantir a independência de um sistema jurídico frente a outros, sejam eles morais ou mesmo outros sistemas jurídicos. Essa questão, apesar de sumamente importante, não é um dos temas centrais do Capítulo VI, que é exatamente onde Hart trata da regra de reconhecimento como fundamento do sistema jurídico.

Santiago Nino, tomando como relevante a questão de independência suscitada por Hart, trata de organizar a questão. Para o autor, duas questões estão relacionadas: a) **questão de pertinência** - o que leva uma norma a integrar um sistema jurídico e não outro? e b) **questão de individualização** - como se pode individualizar um sistema jurídico de outros[42]. A temática da pertinência é explicada por Nino em duas formas: a *pertinência de normas derivadas* e a *pertinência de normas não derivadas*.

Explicar a *pertinência de normas derivadas* significa explicar a integração daquelas normas que dependem sua validade de outras. Nas palavras de Nino "uma norma pertence a um sistema jurídico quando o ato

[42] NINO, op. cit. p. 131.

de determiná-la é autorizado por outra norma que pertença ao sistema jurídico em questão"[43]. Basicamente, esse critério explicita que uma norma é válida se criada a partir de outra norma do sistema já reconhecida como válida.

Kelsen, explica Nino, foi um dos autores que primeiro expôs esse critério com profundidade, explicitando que uma norma promulgada (válida) comunica sua validade a outra referendada por ela. Isso gera uma cadeia de validade, que, assim como o sistema de que falamos, corre o risco de circularidade. Para realizar o elo entre essa norma que se quer explicar a validade, e a validade superior que a referenda, explica Nino[44], é necessário descobrir a promulgação da norma intermediária que lhe confere validade. Essa promulgação é identificada por órgãos competentes.

Então, resumidamente, uma norma derivada é válida se referendada por outra norma que o sistema já aceita como válida. Como nota Nino[45], esse modelo leva inevitavelmente, à necessidade de explicar como normas que estão no último elo de validade, isto é, normas que não tem sua validade comunicada nem por outras normas, e tampouco para as quais haja uma autoridade competente. A essas normas, se chamam normas não derivadas. A pertinência de normas não derivadas vai levar a questões mais graves, dentre elas, aquela que Hart considera crucial, qual seja, a individualização ou independência de um sistema jurídico. Antes de analisarmos Hart, recapitulemos a partir de Nino algumas das respostas a essa questão da individualização do sistema fornecida na teoria do direito.

A primeira alternativa, segundo Nino[46], é o critério territorial. Segundo este, um sistema jurídico se distingue de outro por se aplicar a um território diferente, uma outra circunscrição. Contudo, o próprio autor facilmente objeta essa tese, explicando que território não é um conceito físico, e sim jurídico, isto é, nada impede que, conceitualmente um sistema jurídico se aplique a outro território que fisicamente pode ser distinto do que se considera "seu território". Novamente o problema da circularidade: se um sistema jurídico se aplica segundo o território, fica difícil saber onde

43 Ibid., p. 132.
44 Ibid., p. 133.
45 Ibid., p. 136-137.
46 Ibid., p. 138.

se aplica, pois o território é um conceito que depende do ordenamento jurídico, e o ordenamento jurídico depende do território.

A segunda alternativa foi de Austin. Para este, a pertinência das normas de um sistema depende de se poder retornar, em uma cadeia de validade, até uma norma diretamente proveniente do Soberano. Mas o principal problema reside em sua tese de individuação; para o autor, um sistema está vinculado ao legislador soberano. Essa tese, como explica Nino[47], se enfraquece na medida em que Austin, ao identificar a individualização de um sistema jurídico na pessoa do legislador (soberano), então a mudança de soberano implicaria em uma mudança de regime, e sabe-se que nem toda mudança de soberano é uma revolução; pode ser mera transição de poder o que abala a tese da mudança de sistema.

A terceira alternativa é a teoria pura de Kelsen[48], talvez a mais conhecida. Para o autor, toda a validade deriva de uma norma fundamental pressuposta que identifica as autoridades competentes a identificarem o direito. Essa é a forma que Kelsen encontrou para evitar que a cadeira de validade tivesse um retrocesso indefinido[49], sendo este o recurso epistemológico para contornar a circularidade. Como nota Nino[50], essa tese se enfraquece na medida em que sua validade pressuposta igualmente precisaria de uma outra norma hipotética – diferente de Hart que entende que a fonte última de um sistema jurídico não está sujeito a análise de validade.

Enfim chegamos à alternativa de H. L. A. Hart. O modo de organizar a questão dada por Nino, a partir dos critérios de pertinência e individualização, são importantes para esclarecer de modo mais organizado em uma linguagem comum as várias alternativas levantadas e melhor integrar sobre o que estão tratando. Hart define o critério de pertinência como uma referência à regra de reconhecimento feita por todas as regras de um sistema; então, se uma regra está subordinada a outra e esta é reconhecida como válida pelo sistema, então ela é também válida.

Apesar de, enquanto pertinência, se assemelhar ao de Kelsen, a teoria de Hart tem vantagens: primeiro que ela supera o problema da validade da fonte última, pois se a norma fundamental ainda tem para si avaliada

---

47 Ibid., p. 140.

48 KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de Max Knight. Berkeley e Los Angeles: University of California Press. 1967, p. 194-195.

49 Ibid. 194.

50 NINO, op. cit. p. 142.

a questão de validade, a regra de reconhecimento não está sujeita a uma apreciação de validade, explica Nino[51]. Lembremos, a regra de reconhecimento tem uma existência sui generis como fato e direito, e possui uma "existência pressuposta" e não "validade suposta". Em segundo lugar, ressalta Nino[52], a regra de reconhecimento não é uma hipótese do pensamento, mas sim é uma prática social.

Se o critério de pertinência na obra de Hart tem suas vantagens, Nino denuncia as fragilidades dessa teoria quanto ao critério de individualização. Hart entende que é uma regra de reconhecimento que individualiza um sistema, e que não é um problema que uma regra de reconhecimento tenha várias fontes. Hart sabe que essa última diversidade é prática para um sistema jurídico moderno, mas é exatamente neste ponto que Nino critica a teoria hartiana. Ele entende que se há mais de uma fonte de validade, então não há razão para dizer que existe apenas uma regra de reconhecimento[53].

Contudo, o problema se estende. Se há mais de uma regra de reconhecimento, então o critério de individualização fica prejudicado. Nino[54] percebe que Hart insiste na ênfase de uma única regra de reconhecimento – mesmo quando há mais de uma fonte de validade, porque a individualização de um sistema depende que a regra de reconhecimento seja apenas uma. Uma vez que Nino percebe haver mais de uma regra de reconhecimento, isso enfraquece o modelo hartiano de individualização. Seguindo as premissas hartianas, que postulam a individualização pela unicidade da regra de reconhecimento, em casos que existe mais de uma regra de reconhecimento em um mesmo sistema, seria necessário buscar um elemento comum, que Hart não elucidou.

Reunindo as críticas de Nino com aquelas expostas neste capítulo sobre a circularidade, resta claro que, apesar de Hart ter pautado a linguagem e metodologia geral da teoria analítica contemporânea, sua teoria não está livre de controvérsias e mesmo problemas patentes. Quanto à circularidade, i) não está claro como a regra de reconhecimento entra no sistema jurídico; e ii) Hart não explica como se instituem os oficiais, restando apenas a tarefa de contar com uma intuição condescendente

[51] Ibid., p. 144.
[52] Ibid., p. 144.
[53] Ibid., p. 145.
[54] Ibid., p. 145.

que aceite que a própria regra de reconhecimento os institui. Por outra parte, quanto aos critérios de pertinência e individualização, i) Hart não explica como pode uma regra de reconhecimento ter mais de uma fonte de validade sem se tornarem mais de uma regra de reconhecimento, o que acarreta um outro problema, ii) se Hart pressupõe que a individualização se dá pela identidade de uma regra de reconhecimento, então sua teoria não consegue sustentar a possibilidade bastante plausível de serem cada uma das fontes de validade suas próprias regras de reconhecimento, em outra palavras, não explica plausivelmente a independência de um sistema jurídico.

LITERATURA RECOMENDADA

- MACEDO JR, Ronaldo Porto. "A virada metodológica e a teoria do direito". "Rumo à hermeneutica das práticas jurídicas: Weber e Hart". In: Do xadrez à cortesia - Dworkin e a teoria do direito contemporânea . São Paulo: Editora Saraiva, 2017, pp. 51-100, 101-156.
- KRAMER, Matthew H. In Defense of Hart. Legal Theory , v. 19, n. 4, p. 370-402, 2013.
- SHAPIRO, Scott J. What is the Rule of Recognition (and Does it Exist). In: ADLER, Matthew, HIMMA, Kenneth (eds.). The Rule of Recognition and the U.S. Constitution. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 235–268.
- WALUCHOW , Wilfrid J. “Lessons from Hart”. Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho 5 , pp. 363–383, 2011.

Capítulo 9

REVISITANDO A "VIRADA LINGUÍSTICA" NA TEORIA DO DIREITO. COMENTÁRIOS AO CAPÍTULO VII DE O CONCEITO DE DIREITO

Katya Kozicki[1]
Pablo Antonio Lago[2]

No capítulo VII de *O Conceito de Direito*, Hart busca afastar sua teoria de duas concepções relativamente comuns sobre o Direito e, mais especificamente, sobre a interpretação e aplicação das regras jurídicas enquanto instrumento de controle social. De um lado, tem-se o *formalismo jurídico*, e de outro o *realismo* fundado no ceticismo sobre as regras jurídicas. Com as devidas cautelas, por ora, podemos considerar por "formalista" aquele que acredita que a função do juiz é aplicar as regras postas pelo legislador. Ao juiz competiria apenas subsumir diferentes fatos às regras jurídicas, postas em um sistema capaz de responder qualquer questão jurídica sem maiores dificuldades. No outro extremo, Hart nos apresenta o "realista", aquele que conceberia o Direito como resultado da decisão judicial (que não mais precisaria estar atrelada às regras do sistema jurídico). Em outras palavras, o Direito corresponderia, para o realista, àquilo que os juízes efetivamente decidem. Não sem razão, Hart fala em "ceticismo sobre as regras" – as regras criadas pelo legislativo poderiam ser, na melhor das hipóteses, apenas mais uma das "fontes" do Direito. O Direito só existe, de fato, a partir da decisão judicial, competindo ao jurista a atividade preditiva.

---

1 Professora titular de Teoria do Direito, programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFPR e da PUCPR. Pesquisadora do CNPQ.

2 Doutor e mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco. Professor substituto na Faculdade de Direito da UFMG.

Esta rápida apresentação do formalismo e do realismo, ainda que muito simplificada, sintetizaria a "curiosa postura" na história da teoria do Direito de ou se ignorar, ou se exagerar na *indeterminação* das regras jurídicas[3]. Para Hart, uma boa compreensão de como funcionam regras e padrões de conduta em geral passa pelo reconhecimento da "textura aberta" da nossa linguagem. O reconhecimento desta textura aberta, que dentre outros pontos se relaciona com a possível indeterminação de conceitos, regras, expressões e mesmo propósitos e interesses, nos afastaria do formalista, já que confere ao juiz maior liberdade na interpretação e aplicação de normas jurídicas (ou seja, há espaço para *criação normativa* por parte do julgador). Contudo, tal indeterminação não é total – somos capazes de identificar casos centrais ou paradigmáticos de diferentes expressões, conceitos e situações de aplicação da regra jurídica. Logo, a análise realista de nossas práticas jurídicas seria insuficiente para explicar boa parte das situações nas quais juízes efetivamente seguem e aplicam regras aos casos concretos[4].

Neste texto se pretende uma releitura das ideias de Hart neste capítulo VII de *O Conceito de Direito*, apresentando suas ideias centrais e seus impactos na teoria jurídica, considerando as interpretações e críticas feitas por diferentes teóricos do Direito. Para tanto, dividimos este capítulo em duas partes principais. Na primeira, apresentamos o conceito de textura aberta e seus impactos na linguagem e, de forma mais específica, no Direito. Argumentamos que a noção de textura aberta afasta Hart de uma visão puramente formalista das regras jurídicas, sustentando uma concepção própria de discricionariedade judicial. Na segunda parte, tratamos das concepções que Hart associa ao realismo, entendido aqui como visão cética das regras jurídicas, e os equívocos desta visão – notadamente a má compreensão quanto à prática judicial e o ponto de vista adotado pelos juízes. Concluímos sustentando que o capítulo VII de *O Conceito de Direito* corresponde a um ponto de inflexão nos estudos da teoria jurídica, apresentando o que se denomina a "virada linguística" do

---

3 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 130.

4 Segundo MacCormick, a estratégia adotada por Hart para se afastar de formalistas e realistas *"foi explicar (no capítulo 7 de C.L.) como, embora leis sejam regras, é da natureza das regras jurídicas que tanto deixem como devam deixar um espaço considerável para a discricionariedade dos juízes e outras autoridades ao lidar com casos específicos"*. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 166-167.

Direito – o que rendeu a Hart debates já clássicos na teoria jurídica, como os travados com Lon Fuller e Ronald Dworkin.

1. TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E DO DIREITO

Hart menciona a existência de ao menos duas formas de comunicar padrões de conduta: regras e exemplos. Um pai pode comunicar um padrão de conduta ao seu filho na forma de uma regra, afirmando que *"todo homem deve tirar seu chapéu ao entrar em uma igreja"*. O mesmo padrão pode ser comunicado na forma de um exemplo – ao tirar o chapéu quando entra em uma igreja, pode dizer ao seu filho que *"esta é a forma correta de se portar em tais situações"*[5].

Juridicamente, Hart dirá que os exemplos se aproximam do funcionamento dos precedentes judiciais. Neste caso, o pai parte do pressuposto de que, na visão de seu filho, a figura paterna corresponde à uma *autoridade* com relação à conduta devida – o filho o observará para aprender o jeito certo de se comportar, não sendo preciso dizer expressamente à criança o que deve fazer[6]. As regras, por sua vez, podem ser associadas à legislação.

Contudo, há uma diferença importante entre exemplos e regras. Enquanto exemplos deixam em aberto um amplo espaço de indeterminação (e.g., "quanto devo imitar? Faz diferença usar a mão esquerda ao invés da direita para tirar o chapéu?"), a comunicação de padrões por meio de regras (que utilizam formas gerais *explícitas* de linguagem) parece mais clara e certeira. Neste último caso, a princípio, o indivíduo deverá apenas "subsumir" fatos particulares aos termos gerais da regra, operando uma conclusão silogística[7].

Mas ainda que regras sejam mais claras e menos sujeitas às incertezas do que exemplos, disso não se segue que serão sempre determinadas. Casos concretos poderão revelar situações nas quais a conduta exigida não é clara, por mais que o legislador tenha se empenhado em formular regras a partir de expressões verbalmente evidentes. Hart dirá que

---

5 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 124.

6 Neste caso, Hart afirma que é preciso pressupor que o pai considera a si próprio (e os outros também o consideram) como alguém que adere a padrões convencionais de conduta, e não como alguém que está produzindo novos padrões. HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 124-125.

7 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 125.

"em todos os campos da experiência, e não apenas aquele das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem em geral pode fornecer"[8]. Em outras palavras, eventual indeterminação nas regras decorrerá da potencial indeterminação que permeia a própria linguagem – algo que Hart denomina *textura aberta* (*open texture*) da linguagem[9].

É neste ponto que Hart constrói seu célebre exemplo da regra proibindo veículos no parque[10]. Podemos imaginar casos claros ou paradigmáticos do que seja um *veículo* – um fusquinha ou uma motocicleta são, certamente, veículos. Nestes casos, o julgador não teria dúvidas quanto à aplicação da regra. Dúvidas começam a surgir quando no deparamos com situações distintas das inicialmente previstas, como na hipótese de um carrinho elétrico de brinquedo. Em tais circunstâncias, pode-se afirmar que a regra possui um campo de "penumbra", abrindo espaço para a discricionariedade do julgador.

1.1. A textura aberta da linguagem

A noção de textura aberta (*open texture*) da linguagem não é criação de Hart, mas sim um conceito oriundo da obra de Friedrich Waismann[11], como sugerem Frederick Schauer[12] e Brian Bix[13].

---

8 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 126, tradução livre.

9 Nas palavras de Hart, "*Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open textute*". HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, 128.

10 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 128-129.

11 Notadamente no texto *Verifiability*, originalmente publicado em 1945 no volume suplementar XIX do *Proceedings of the Aristotelian Society.* Outro texto relevante para a questão, *Language Strata*, divide-se em duas partes complementares. A primeira foi publicada em 1946 no vol. V da *Synthese*, e a segunda parte publicada na *Logic and Language* em 1953. Neste trabalho, utilizamos as versões dos textos de *Waismann* presentes na coletânea *How I see Philosophy,* editada por *R. Harré* e publicada em 1968 pela *Palgrave Macmillian*.

12 SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 1.

13 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 51. Bix sugere que a concepção de textura aberta apresentada por Waismann, por sua vez, estaria baseada na visão construtivista da linguagem de Wittgenstein.

Schauer, em sua leitura de Waismann, sugere que a linguagem não seria capaz de antecipar todas as ocorrências possíveis de todas as palavras; mesmo a definição de um conceito empírico, delimitada a partir de dimensões que atualmente são previsíveis, pode "quebrar" (*can break down*) diante do imprevisto ou de eventos imprevisíveis. A incerteza, caracterizada pelo surgimento de algo inesperado, é central para a concepção de textura aberta de Waismann e sua ocorrência nunca poderia ser completamente impedida[14].

A textura aberta, no entanto, não se confunde com a vagueza típica de certas expressões (como na situação nas quais afirmamos que "um comportamento é *gentil*", sendo que muitos usos da expressão "gentil" são indeterminados). Ela corresponde, na realidade, à *possibilidade* ou *potencialidade de vagueza* de termos os quais, a princípio, não levantariam quaisquer incertezas[15]. Neste sentido, Schauer sugere que poderíamos listar "todos os critérios existentes" para algo ser um pintassilgo (*goldfinch*)[16] e, portanto, o termo "pintassilgo" não seria vago. Mas na medida em que não incluímos dentre os critérios o fato de que "pintassilgos não explodem" e que "pintassilgos não citam Virginia Wolf", a ocorrência destas situações antes inimagináveis poderia tornar vago um termo que, até então, era claro[17].

---

[14] SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 2.

[15] Nas palavras do próprio Waismann, *"Vagueness should be distinguished from open texture. A word which is actually used in a fluctuating way (such as 'heap' or 'pink') is said to be vague; a term like 'gold', though its actual use may not be vague, is non-exhaustive or of an open texture in that we can never fill up all the possible gaps through which a doubt may seep in. Open texture, then, is something like possibility of vagueness. Vagueness can be remedied by giving more accurate rules, open texture cannot. An alternative way of stating this would be to say that definitions of open terms are always corrigible or emendable"*. WAISMANN, Friedrich. **How I see philosophy**. Ed. por R. Harré. Londres: Palmgrave Macmillian, 1968, p. 42.

[16] Trata-se de um tipo de pássaro com plumagem amarela.

[17] SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 3-4. Brian Bix menciona críticas feitas por Gordon Baker e Peter Hacker à concepção de Waismann, que trabalharia com "hipóteses" que "transcenderiam toda a experiência possível" – crítica que poderia ter sido feita mesmo por Wittgenstein. Contudo, na visão de Bix, a crítica não se aplica: *"For Waismann, our concepts take into consideration all experiences we have had up to now; they do not, because they cannot, take into consideration experiences that we have not yet had or that we could not even imagine having"*. BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 62.

De maneira semelhante, partindo da interpretação do texto *Language Strata* de Waismann[18], Brian Bix menciona a existência de dois argumentos relevantes para o conceito de textura aberta. Em primeiro lugar, afirmações sobre objetos materiais não podem ser reduzidas a uma coleção de afirmações sensoriais (*sense-dactum statements*)[19]. Em segundo lugar, e de maneira mais relevante para os fins deste texto, tem-se que a descrição de objetos materiais (ao contrário, por exemplo, de figuras geométricas) nunca é completa[20].

Mas até que ponto a concepção de textura aberta de Hart se assemelha à de Waismann? Schauer e Bix estão de acordo ao mencionarem certa "ambiguidade" na concepção hartiana de textura aberta, que a afastaria daquela defendida por Waismann. Ao sustentar que todas as regras teriam uma "margem de vagueza ou 'textura aberta'", Hart[21] parece utilizar a expressão "textura aberta" como sinônimo de vagueza – ou, então, está utilizando as expressões "vagueza" e "textura aberta" de forma diferente daquela utilizada por Waismann[22]. Neste sentido, Bix sugere que a concepção de "textura aberta" de Waismann seria mais extrema, de modo que suas referências ao "imprevisível" (*unforeseen*) significam uma experiência completamente nova, que não poderia ter sido prevista. Contudo, se retomarmos o exemplo hartiano da regra sobre veículos no parque, os legisladores certamente *poderiam* ter imaginado a inclusão de skates,

---

18 WAISMANN, Friedrich. **How I see philosophy**. Ed. por R. Harré. Londres: Palmgrave Macmillian, 1968, p. 91-121.

19 Sobre a questão, inclusive, Waismann critica o fenomenalismo: *"Phenomenalism, for instance, seems to presuppose that there is one basic language, the sense-datum language, to which any other statement, or at least any material object statement, can be reduced. According to Phenomenalism a material object, say a cat, is a bundle of sense-data tied together and with the edges trimmed off; unless it is a bundle of sensibilia, that is the sort of thing which you would have seen, if you had ever looked; in short, a bundle of highly problematical entities. But no: we have simply to recognize that a statement about a cat is a statement about a cat: and not a truth-function of sense-datum statements, or an infinite class of perspectives, or an infinite group of sensibilia, or heaven knows what"*. WAISMANN, Friedrich. **How I see philosophy**. Ed. por R. Harré. Londres: Palmgrave Macmillian, 1968, p. 118-119.

20 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 59.

21 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 123.

22 Schauer sugere que, para Hart, "textura aberta" não significa "vagueza potencial", mas sim a vagueza efetiva de termos parcialmente não vagos quando de sua aplicação em situações determinadas – como no caso do veículo no parque. SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 4-5.

carrinhos de golfe ou mesmo carrinhos de brinquedo elétricos ao conceberem a norma[23]. Um carrinho elétrico de brinquedo não é um exemplo "totalmente imprevisível" de veículo, ao contrário da situação envolvendo um pintassilgo citando Virgínia Wolf.

1.2 Textura aberta das regras jurídicas e formalismo

Ao contrário de Waismann, Hart não tem a pretensão de desenvolver uma "filosofia geral da linguagem". Como lembra Brian Bix, o que Hart apresenta no capítulo VII de *O Conceito de Direito* é uma explicação sobre a forma como regras jurídicas são criadas e aplicadas (notadamente pelos juízes)[24]. É possível afirmar, portanto, que a noção de textura aberta utilizada por Hart é apenas mais um dos fatores que pode ser associado à *indeterminação* que permeia algumas regras jurídicas, e que (como o próprio Hart reconhece) não se limitaria apenas às questões conceituais e linguísticas das regras[25].

É importante retornar ao capítulo VII para compreender adequadamente este ponto. Além das incertezas de ordem linguística, Hart faz menção a pelo menos dois obstáculos à determinação completa das regras jurídicas. De um lado, tem-se nossa relativa ignorância quanto aos fatos – se pudéssemos saber de antemão tudo que pode vir a acontecer, não teríamos maiores problemas na criação de regras, que seriam aplicadas "mecanicamente" pelos juízes. Por outro lado, além da impossibilidade de anteciparmos o futuro, também temos a relativa *indeterminação*

---

23 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 64.

24 BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 66.

25 Brian Bix ressalta como a discussão feita por Hart sobre a textura aberta frequentemente faz referência, ao mesmo tempo, a palavras, sentenças e regras – o que pode refletir "inexatidão" e certa "falta de cuidado" na transcrição da ideia. BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991, p. 66. Não é sem razão que Michael Bayles também afirma que *"Hart does not explain in detail what he means by the open texture of rules"*. BAYLES, Michael D. **Hart's legal philosophy**: an examination. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p.86. E, considerando o uso da noção de textura aberta por Hart, Bruce Miller oferece interpretação diferente das feitas por Schauer e Bix, afirmando que *"Since vagueness is a feature of general terms that is easily eliminated when desired and since Hart places so much emphasis on the mistake of definition by necessary and sufficient conditions, the indefinability of general terms seems the best interpretation of open texture"*. MILLER, Bruce L. Open texture and judicial decision, em **Social Theory and Practice**, vol. 2, nº. 2, 1972, p. 166-167.

de propósitos (*indeterminacy of aim*). Esta indeterminação transparece quando estamos diante de situações inicialmente não previstas pelo legislador, como no caso do carrinho elétrico de brinquedo[26]. Neste caso, alguém poderá dizer que o propósito da regra é garantir "a paz de pedestres no parque", o que pode tornar interessante a vedação do carrinho elétrico; contudo, outros poderão argumentar que a regra tem por objetivo evitar a poluição típica de motores à combustão no parque, finalidade que não seria prejudicada pelo carrinho elétrico – e este, portanto, deveria ser permitido.

A possível indeterminação das regras jurídicas impõe dificuldades ao *formalista*. Para Hart, o formalista poderia imaginar regras com conceitos claros, precisos e unívocos, de modo a disfarçar ou minimizar a necessidade de escolhas pelo aplicador. Poderia "congelar" o sentido da regra dentro de alguns termos gerais, e a consumação deste processo, segundo Hart, seria o "paraíso dos conceitos" (*heaven of concepts*). Contudo, ainda que seja particularmente importante a existência de regras claras, cuja observância pelos indivíduos possa ocorrer sem a necessidade de orientações oficiais, é importante deixar certas questões em aberto – pois somente uma escolha oficial, no momento oportuno, poderá solucionar adequadamente muitos casos concretos que venham a surgir[27]. Por não sermos capazes de prever tudo, o Legislativo frequentemente reconhece aos corpos administrativo e judicial, e mesmo aos indivíduos, certo espaço de liberdade na interpretação, aplicação e mesmo criação das regras jurídicas. Assim, o formalismo ou conceitualismo seria uma explicação equivocada ou, no mínimo, empobrecida de nossas práticas jurídicas: de um lado, ignoraria ou diminuiria o problema da textura aberta do Direito e, de outro, ignoraria que esta textura aberta pode ser deliberadamente criada pelo legislador diante da incerteza de situações futuras[28].

---

[26] HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 128-129.

[27] HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 129-130.

[28] Hart afirma que *"The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts of officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*". HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 135. Importante notar que, neste trecho, Hart está expressamente afirmando que a textura aberta do Direito não é apenas uma questão linguística ou terminológica. No mais, quanto ao espaço de "liberdade criativa" deliberadamente deixada pelo legislador, Hart menciona o uso de "padrões gerais"

De qualquer sorte, nota-se que, embora a textura aberta da linguagem tenha claras implicações na interpretação e aplicação de regras jurídicas, ela é apenas um dos pontos que explicam a indeterminação mais geral no Direito. Para além de termos, conceitos e frases, a indeterminação versa até mesmo sobre os propósitos das regras. A realidade impossibilita a consumação do "paraíso dos conceitos" pretendida pelo formalista.

Se há indeterminação, há espaço para a atividade criativa do juiz e demais aplicadores da regra jurídica – o que vem a ser a *discricionariedade*. Em tais casos, Hart afirma que o aplicador, à luz das circunstâncias, deverá atuar na busca do equilíbrio (*striking a balance*) entre interesses conflitantes[29]. Mas a discricionariedade nunca seria completa, e a noção hartiana de textura aberta da linguagem evidencia seus limites. O exemplo da regra que proíbe veículos no parque é útil para elucidar este ponto: embora um fusquinha seja certamente um veículo, e ainda que possamos ter dúvidas sobre carrinhos elétricos de brinquedo serem ou não "veículos", uma toalha para piqueniques certamente *não é* um veículo. Consideraríamos evidentemente equivocada a penalização de alguém com uma toalha fazendo piquenique no parque, tendo por base a regra que proíbe veículos.

Além disso, Hart sustenta que tais casos de discricionariedade seriam marginais ou limítrofes na prática jurídica. "A vida do Direito" consistiria, em larga medida, na aplicação de regras determinadas que não exigiriam dos oficiais ou demais indivíduos respostas que variam a cada situação[30]. Boa parte das regras jurídicas se assemelha à prevista no art. 1.864 do Código Civil, que em seu inciso II estabelece como requisito essencial do testamento público a presença de duas testemunhas. Se o testamento conta com a assinatura de apenas uma testemunha, deverá ser considerado inválido.

1.3 Indeterminação e regra de reconhecimento

Para Hart, não é possível explicar o Direito e sua prática levando-se em conta apenas regras *primárias*, ou seja, regras que dizem respeito diretamente àquilo que os indivíduos devem ou não fazer, caracterizadas

a serem especificados pelos corpos administrativos no momento da aplicação da regra – como no caso das expressões "preço justo" (*fair rate) e* "condições de segurança" *(safe system).* HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 131.

29 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 135.

30 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 135.

por obrigações e sanções. Um sistema jurídico complexo envolve também as regras *secundárias*, que especificam como regras primárias são determinadas, introduzidas, eliminadas, alteradas, ou mesmo a forma como devem ser aplicadas[31]. Considerando estas diferentes funções, há três tipos de regras secundárias. Tem-se as regras de modificação (*rules of change*), que em sua forma mais comum autorizam um indivíduo ou grupo de pessoas a criar regras primárias, ou então eliminar as já existentes[32]. As regras de adjudicação (*rules of adjudication*), além de determinar quem deve julgar (i.e., questões de competência), também definem quais os procedimentos a serem observados para aplicação das regras do sistema[33]. E, possibilitando a identificação do que conta ou não como regra de um dado sistema jurídico, tem-se a regra de reconhecimento (*rule of recognition*)[34].

No capítulo VII, Hart retoma a ideia de regra de reconhecimento para abordar uma importante questão: se esta é a regra que permite determinar quais são as regras do sistema jurídico, o que fazer caso haja incerteza sobre seu conteúdo? Se antes fora tratada a indeterminação de regras em particular, agora se está diante da possível incerteza quanto aos *critérios* usados para identificar uma regra do sistema[35].

Para tratar desta questão, Hart recorre ao sistema jurídico inglês, no qual a regra relativa à competência do Parlamento como poder legislativo supremo (*"whatever the Queen in Parliament enacts is law"*) é aceita como critério para identificação do Direito. Mas é possível se perguntar o que significa "decretado pelo Parlamento" *(enacted by Parliament*), e até mesmo levantar dúvidas sobre eventual competência dos tribunais para dirimir esta questão[36].

Hart busca responder estas questões a partir da doutrina inglesa sobre a soberania do Parlamento. A doutrina dominante, de influência austiniana, sustenta que nenhum Parlamento atual pode limitar a soberania de um

---

31 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 94.

32 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 95.

33 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 97.

34 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 95. Explicação mais aprofundada sobre regras primárias e secundárias pode ser encontrada no cap. V de *O Conceito de Direito.* É neste capítulo, após apresentar críticas à teoria jurídica de John Austin nos capítulos antecedentes, que Hart efetivamente passa a apresentar sua concepção do fenômeno jurídico, apresentado enquanto "um novo começo".

35 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 148.

36 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 148.

Parlamento futuro, impedindo-o de legislar. Esta doutrina, que Hart denomina onipotência *persistente* (*continuing omnipotence*), se diferencia da doutrina da onipotência *auto-abrangente* (*self-embrancing omnipotence*) – que, ao contrário, permitiria limitar o poder de Parlamentos futuros[37]. O importante é perceber que, qualquer que seja a forma de onipotência reconhecida ao Parlamento, esta é uma questão *empírica* relacionada à forma da regra de reconhecimento que é *aceita* como critério último na identificação do Direito[38].

É muito importante aprofundar este último ponto. Sendo a regra que permite determinar as demais regras de um sistema jurídico, conferindo-lhes validade, a regra de reconhecimento não é, em si mesma, válida. Ela é antes de tudo um *critério convencionalmente aceito*, especialmente pelos oficiais e autoridades do sistema, que permite identificar o que conta e o que não conta como Direito. Tal aceitação é determinada *empiricamente*, enquanto questão factual – se em determinado momento as autoridades relevantes deixam de observar a regra de reconhecimento, a consequência é a total transformação do sistema jurídico vigente[39].

---

37 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 149. Michael Bayles menciona o *Constitution Act canadense, de 1981, como exemplo de onipotência auto-abrangente – ao conferir a completa independência do Canadá, o Parlamento canadense rejeitou explicitamente a aplicação de qualquer legislação futura, em território canadense, decretado pelo Parlamento britânico. Contudo, observa que efeito semelhante poderia ser sido alcançado por meio de regra distinta, que estabelecesse que a legislação decretada pelo Parlamento britânico poderia ser aplicável no Canadá desde que aprovada pelo Parlamento canadense.* BAYLES, Michael D. **Hart's legal philosophy**: an examination. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 98. Hart afirma que sugestões como estas, que alteram o procedimento e a forma da legislação, não são incompatíveis com a regra de que o Parlamento não pode obrigar seus sucessores – Parlamentos futuros não seriam "vinculados" ou "diminuídos" em sua onipotência persistente, mas sim "redefinidos" naquilo que precisa ser feito para legislar. De qualquer sorte, nem sempre será clara a diferença entre limitar o poder legiferante do Parlamento, de um lado, e alterar o procedimento e forma da legislação, de outro, o que sugere a potencial indeterminação da regra de reconhecimento. HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 150-151.

38 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 150.

39 Este ponto é aprofundado por Hart no capítulo VI de *O Conceito de Direito. "For whereas a subordinate rule of a system may be a valid and in that sense 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists anly as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in indentifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact".* HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 110.

Mas a observância da regra de reconhecimento pelas autoridades não é uma mera questão de habitualidade. Isso porque a própria compreensão do que vem a ser uma regra, para Hart, vai além da observação de regularidades e eventual predição de condutas – o que corresponde ao chamado ponto de vista externo, típico de um sociólogo. Afinal, a constatação de comportamentos convergentes, como o hábito curitibano de ir ao parque Barigui aos domingos, não implica na existência de uma regra que estabeleça a obrigação de ir ao parque. É por este motivo que, para compreendermos adequadamente a ação de indivíduos que se submetem às regras, devemos assumir o *ponto de vista interno*. Ao fazermos isso, notamos que os indivíduos tomam regras como *razões para agir* (e.g., "devo tirar o chapéu ao entrar na igreja, ainda que esteja frio") e como *razão para censurar* os comportamentos desviantes. A partir do ponto de vista interno, somos capazes de nos colocarmos no lugar daqueles que efetivamente como as regras como guias para seus comportamentos individuais e coletivos.[40]

Esta breve digressão sobre a natureza da regra de reconhecimento e sobre o ponto de vista interno permite compreender mais a fundo os impactos de eventual dúvida sobre os critérios de determinação das regras de um sistema jurídico. Assim como a toalha de piquenique não pode ser considerada um veículo para fins de aplicação da regra que proíbe veículos no parque, é possível identificar critérios que evidentemente não compõem a regra de reconhecimento de certos países. Até o presente momento, no Brasil, um juiz que aplique a Bíblia ao invés das regras constitucionais está claramente equivocado quanto à regra de reconhecimento do Direito brasileiro – suas decisões muito provavelmente serão revistas pelos tribunais, e é bem possível que seja alvo de críticas por seus pares ou mesmo de sanções previstas em regras atinentes à sua função.

Disso não se segue que não existam situações de incerteza a serem sanadas pelos tribunais. Hart menciona que, embora pareça paradoxal uma Constituição conferir autoridade aos juízes para dizer o que "é" a Constituição, o paradoxo desaparece quando nos lembramos que toda regra pode levantar dúvidas em alguns pontos, mas não em *todos* os pontos. Na maioria significativa das situações, a aplicação da regra de reconhecimento não gera dúvidas, embora seu âmbito e escopo precisos possam ser objeto de decisão judicial[41].

---

40 Hart trata especificamente da questão no capítulo V de *O Conceito de Direito.*

41 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 152

2. O CETICISMO SOBRE AS REGRAS

Como visto, a noção de textura aberta do Direito coloca em xeque alguns dos pressupostos do modelo de formalismo jurídico que Hart contrapõe à sua teoria. A indeterminação abre espaço para a discricionariedade judicial, sugerindo uma atividade criativa por parte do julgador. Contudo, seria possível sustentar uma visão diametralmente oposta à do formalismo, defendendo-se que a indeterminação das regras seria de tal monta que estas seriam incapazes de vincular a atividade judicial, restando ao jurista a mera tarefa de tentar "prever" como juízes decidiriam casos jurídicos. Esta é a visão que Hart denomina *ceticismo sobre as regras*.

É curioso notar que Hart cita expressamente Karl Llewellyn, um dos expoentes da corrente teórica do realismo americano, como um dos possíveis defensores do ceticismo sobre as regras. Contudo, boa parte dos argumentos apresentados por Hart já apareceram dois anos antes da primeira edição de *O Conceito de Direito* no texto *Realismo Escandinavo*[42], e no qual é feita uma análise crítica de alguns aspectos centrais da teoria do jurista dinamarquês Alf Ross.

Esta segunda parte do texto apresenta os argumentos feitos por Hart contra o ceticismo sobre as regras, aproximando-o de diferentes versões do realismo jurídico. A principal crítica, como se verá, corresponde à visão limitada que os realistas teriam sobre a prática jurídica – não teriam notado que, para explicá-la, é fundamental adotar o ponto de vista interno, reconhecendo que juízes se consideram vinculados às regras jurídicas, da mesma forma como um árbitro estaria vinculado às regras do jogo de futebol.

2.1. Tipos de ceticismo sobre as regras

Em linhas gerais, Hart afirma que o ceticismo sobre as regras implica na alegação de que falar sobre regras, notadamente na forma apresentada pelos formalistas, corresponderia a um mito – pois o Direito se limitaria às decisões judiciais e sua possível predição por parte dos juristas. Em uma primeira vertente, geral e extremada, esta visão englobaria o ceticismo sobre regras primárias *e* secundárias, o que significa negar toda e

[42] HART, Herbert. L. A. Scandinavian realism, em **The Cambridge Law Journal**, vol. 17, nº. 2, 1959.

qualquer regra jurídica. Hart considera esta uma visão incoerente, descartando-a logo de início, pois negar mesmo as regras secundárias (em especial as que conferem competência) significaria negar a própria existência de tribunais, e sem elas sequer conseguiríamos distinguir as decisões de pessoas privadas daquelas de um juiz ou uma corte[43].

Uma corrente mais moderada do ceticismo não negaria a existência das regras; no entanto, diria que as regras só são "Direito" uma vez que forem aplicadas pelos tribunais. Isso significa afirmar que as regras são apenas mais uma dentre as diferentes fontes do Direito à disposição dos juízes[44]. Tal visão pode levar a uma consideração mais séria sobre o funcionamento das regras na tomada de decisão judicial, notadamente caso se considere que a textura aberta das regras é *ilimitada*: um cético poderia argumentar que, não sendo possível circunscrever a área de textura aberta, juízes seriam completamente livres para decidir questões jurídicas. Logo, não estariam efetivamente *vinculados* às regras. Juízes poderiam decidir com certa regularidade e uniformidade, ou até mesmo "sentir certo impulso" para decidir questões jurídicas de uma maneira ou de outra – e embora tudo isso seja relativamente previsível, não há nada que permita dizer que estão "obrigados" a seguir regras jurídicas[45].

Outro tipo de ceticismo, que segundo Hart seria o mais interessante, leva em consideração o fato de que as decisões dos tribunais, em especial das supremas cortes, são *definitivas*. Sendo assim, o cético poderia afirmar que "a lei (ou a Constituição) é aquilo que a corte diz ser", e o caráter final desta decisão sugere não fazer diferença alguma se juízes estão ou

---

43 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 136. Também não seria possível recorrer à noção de "obediência habitual" para explicar a autoridade dos tribunais, considerando as insuficiências intrínsecas à ideia habitualidade. HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 137. A crítica específica à ideia de habitualidade é apresentada por Hart no capítulo IV de *O Conceito de Direito.*

44 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 137.

45 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 138. Hart sugere que o cético seria, em alguns casos, um "absolutista desapontado" – ou as regras seriam aquelas típicas do "paraíso formalista" (e, portanto, a textura aberta não seria uma característica do sistema normativo), ou então não faria sentido afirmar a própria existência das regras. Só seria possível, neste contexto, predizer decisões judiciais e padrões de comportamento. HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 139.

precisam estar vinculados às regras jurídicas. Sequer faria sentido distinguir entre o caráter definitivo e a infalibilidade das decisões de uma suprema corte[46].

2.2 As críticas de Hart ao ceticismo sobre as regras

Como visto, Hart descarta de plano o primeiro tipo de ceticismo sobre as regras – não há como negar a existência de toda e qualquer regra, notadamente as regras secundárias, sob pena de não fazer sentido a existência de tribunais ou a distinção entre as decisões tomadas por pessoas privadas e as dos juízes. Sobram, então, dois tipos de ceticismo que precisam ser enfrentados: de um lado, o que considera as regras apenas mais uma "fonte do Direito" e que, sendo impossível circunscrever o âmbito da textura aberta, desobriga juízes da observância das regras jurídicas; de outro lado, o ceticismo relacionado ao caráter definitivo das decisões de cortes supremas, que tornaria inócua qualquer crítica à decisão – por ser definitiva, não faria diferença se a decisão está ou não de acordo com as regras jurídicas, o que igualmente desobrigaria os juízes da observância destas regras.

Embora Hart apresente um tópico específico para tratar do ceticismo relacionado ao caráter definitivo das decisões das supremas cortes, o fato é que estas duas formas de ceticismo sobre as regras envolveriam uma má compreensão sobre o *ponto de vista interno* das regras e sobre a própria *natureza da prática judicial*. Como visto, o ponto de vista interno se distingue do ponto de vista externo, típico de um sociólogo, que visa identificar regularidades e comportamentos divergentes; o ponto de vista interno, que permite explicar as regras de forma geral, envolve reconhecer tais regras como razões para agir e como razões para a crítica ao comportamento desviante. O exemplo que Hart desenvolve para lidar com o ceticismo quanto ao caráter definitivo das decisões, referentes à função de um árbitro em jogo coletivo, é esclarecedor quanto a estes pontos.

Imaginemos um grupo de jovens que decide jogar uma partida de futebol. Por conhecerem as regras do jogo, estes jovens sabem o que é um gol e podem, sem maiores percalços, computar os pontos ao longo do jogo. Nada impede, contudo, que venham a recorrer a um árbitro – um

[46] HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 141.

indivíduo que ficará responsável pela aplicação das regras do jogo, dentre as quais o próprio cômputo dos gols. Neste caso, os jogadores estariam aceitando uma regra secundária que estabelece a figura do árbitro e que, dentre outros pontos, torna as suas decisões definitivas. Logo, somente se considera um gol o ponto efetivamente computado pelo árbitro.

Mas não se pode deixar de constatar que o árbitro, uma vez instituído, deve observar as regras do jogo. Ainda que sua decisão seja definitiva, as regras para o cômputo dos pontos antecedem a instituição do árbitro, cujo dever corresponde a aplicá-las da melhor maneira possível. Nota-se, portanto, que a discricionariedade do árbitro não será completa – se o árbitro decide o que é ou não um gol de forma completamente discricionária ou aleatória, estaríamos diante de um jogo completamente distinto, diferente do futebol. Neste caso, melhor seria se chamássemos tal jogo de "jogo da discricionariedade do árbitro"[47].

Este exemplo nos permite, segundo Hart, extrair duas conclusões distintas. Em primeiro lugar, assim como o árbitro, juízes estariam empenhados em aplicar "as regras do jogo", ou seja, a decidir questões jurídicas de acordo com as regras que lhes são aplicáveis. Consideram-se, do ponto de vista interno das regras, *obrigados* a aplicá-las. Neste contexto, ao contrário do que defendem os céticos, não é adequado sustentar que as afirmações ou análises dos jogadores podem ser caracterizadas como "previsões" das decisões do árbitro, da mesma forma como juristas não estão apenas "prevendo" as decisões judiciais. Jogadores seguem avaliando o progresso do jogo, fazendo referência à regra de pontuação que antecede a figura do árbitro. Da mesma forma, juristas interpretam as regras jurídicas e avaliam qual a melhor resposta para problemas concretos. A diferença é que a avaliação dos jogadores e juristas em geral não é a *oficial*, e não tem relevância no cômputo dos pontos da partida de futebol ou na decisão última por parte do tribunal[48].

A segunda conclusão é que conseguimos distinguir o jogo de futebol de um jogo da "discricionariedade do árbitro" porque a regra de pontuação, ainda que tenha uma textura aberta, possui um núcleo de sentido estabelecido. É pelo fato de conseguirmos identificar casos centrais ou paradigmáticos de "gols" que podemos avaliar o julgamento do árbitro. Em outras

[47] HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 142.
[48] HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 143.

palavras, ainda que as decisões do árbitro sejam definitivas, elas *não são infalíveis*[49]. Neste ponto, regras jurídicas se assemelham às regras do futebol – elas são suficientemente determinadas em seus casos centrais, fornecendo padrões para que decisões judiciais sejam consideradas corretas e, mais do que isso, circunscrevendo a atividade criativa dos juízes[50].

Assim como o árbitro de uma partida de futebol, juízes estão empenhados em aplicar as regras que constituem o sistema jurídico. A convicção cética de que tais regras são apenas "mais uma fonte do Direito" corresponde a uma explicação empobrecida da prática judicial, justamente porque a discricionariedade não é ilimitada – se fosse, estaríamos diante de outra prática social, que não o Direito, e sim de algo semelhante ao "jogo da discricionariedade do árbitro". Além disso, o esforço de juízes em seguir o Direito ressalta o ponto de vista interno das regras, eventualmente ignorado pelos céticos – a maioria dos juízes efetivamente aceita e usa as regras jurídicas como padrões de julgamento correto e como fonte de crítica ao comportamento desviante[51]. Certamente, é logicamente possível imaginar situações nas quais regras deixam de ser seguidas e aplicadas, e se a maioria ou a totalidade das regras fosse ignorada pelos juízes, ou deixaríamos de aceitar a autoridade dos tribunais, ou teríamos um sistema completamente diferente do Direito[52].

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS – O LEGADO DE HART

Como visto, no capítulo VII de *O Conceito de Direito* Herbert Hart busca se afastar de duas concepções antagônicas sobre o fenômeno jurídico – o formalismo e o realismo. Recorrendo à teoria da linguagem, em especial a noção de textura aberta, Hart elabora uma rica concepção sobre a indeterminação no Direito. De um lado, o reconhecimento desta indeterminação afasta sua teoria do formalismo, pois abre espaço para a discricionariedade judicial; de outro lado, ao sustentar que a indeterminação não é absoluta, Hart assevera que os juízes seguem vinculados às regras jurídicas – razão pela qual se afasta do realista (o "cético sobre regras"),

---

49 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 144.

50 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 145.

51 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 145.

52 HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2012 p. 144; 146.

para quem as regras seriam apenas mais uma das "fontes" do Direito e a tarefa do jurista corresponderia à "previsão" das decisões judiciais.

A forma como Hart representa as teorias formalistas e realistas gerou diferentes reações no meio acadêmico. Frederick Schauer sugere que a representação de Hart é apenas uma dentre outras que podem ser associadas ao formalismo[53], e quanto ao realismo, sustenta que Hart defende uma visão "domesticada" desta perspectiva teórica[54]. De forma semelhante, MacCormick afirma que um dos principais defeitos de *O Conceito de Direito* talvez corresponda à forma caricatural com que retratou as concepções realistas[55]. Seja como for, ainda que sejam feitas certas concessões a tais críticas, o fato é que o modo como Hart tratou o tema da indeterminação do Direito fora, até então, inédito no campo da teoria jurídica.

Não é sem razão, portanto, que Hart é considerado um dos principais expoentes da teoria do Direito da segunda metade do século XX, influenciando decisivamente os estudos que se seguiram à publicação de

---

53 *"Even a cursory look at the literature reveals scant agreement on what it is for decisions in law, or perspectives on law, to be formalistic, except that whatever formalism is, it is not good"*. SCHAUER, Frederick. Formalism, em **The Yale Law Journal**, vol. 97, nº. 4, 1988, p. 509-510.

54 Neste sentido, Schauer afirma que:*"To the extent that Llewellyn and Radin were accurately reporting the claims of the movement (or perspective, or attitude) of which they were a part, there is, intriguingly, little difference between the actual views of the Realists and what H.L.A. Hart in The Concept of Law took to be a criticism of Realism. Hart, misreading the Realists as insisting that law was pervasively indeterminate and that legal rules were routinely unable to straightforwardly generate legal results, accused the Realists of being too narrowly focused only on hard appellate cases"*. Na sequência, afirma que *"Any understanding of Realism that renders Realism and Hart's attack on it compatible with each other, and that leaves so much of the traditional picture intact, seems far from the radical portrayal of Realism that is so commonplace. And thus we might label this non-radical and non-threatening conception of Realism Tamed Realism. (...)We might also label it bounded Realism, or peripheral Realism, or interstitial Realism, each of these terms emphasizing the way in which the Realist claims are seen as most plausible when taken to be located within the indeterminate edges of law, but which are inapplicable or at least less applicable to all legal rules in all of their applications"*. SCHAUER, Frederick. **Legal realism untamed (jul. 2012)**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064837>. Acesso em: 28 out. 2022, p. 5; 7.

55 *"Quando, como fez Oliver Wendell Holmes Jr., enfatizaram a necessidade de o advogado praticante ser capaz de predizer para o seu cliente o resultado provável de um ou outro caso, falaram a verdade. Também falaram a verdade quando afirmaram que 'as regras do Direito Positivo' (black letter rules são raramente por si só base suficiente para uma boa predição desse tipo. Eles erraram apenas quando (ou se) definiram o Direito como predições do que os tribunais farão"*. MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 169.

O Conceito de Direito. O capítulo VII exemplifica a chamada "virada linguística" nos estudos em teoria jurídica, ao ligar tais estudos a métodos sofisticados de análise linguística. É neste ponto que reside um dos principais legados de Hart[56].

Este legado fica mais evidente quando consideramos os debates que envolvem ideias centrais do capítulo VII de *O Conceito de Direito*. O próprio exemplo da regra que proíbe veículos no parque alimentou a disputa teórica entre Hart e Lon L. Fuller, então professor em Harvard, acerca da interpretação e aplicação do Direito. Fuller menciona a possível exposição no parque de um caminhão da Segunda Guerra Mundial, na forma de um memorial. Um caminhão é, certamente, um veículo – o que significa que a análise da regra que proíbe veículos no parque não pode se limitar às questões linguísticas, e que mesmo diante de casos centrais ou paradigmáticos de "veículo" poderíamos negar a aplicação da regra. Em casos assim, Fuller dirá que não podemos ignorar a finalidade das regras jurídicas[57].

---

[56] Neste sentido, Joseph Raz fala em uma "virada linguística" que tem duas consequências cruciais: *"First, the most general terms and expressions used in legal discourse ('rights', 'duties', 'rules', 'property', 'agreement' etc.) are not specifically legal. They are the common currency of much normative discourse generally. Therefore, the explanation of the normativity of law is not just a matter of explaining what, if any, moral force it has. (...) The second consequence of the linguistic turn is that the normativity of law is explained as it affects those who regard themselves as bound by the law. It is one of Hart's main themes that a person says 'I have a duty...' or 'You have a duty...' he is expressing his endorsement of a standard of behaviour it as a guide for conduct"*. RAZ, Joseph. H. L. A. Hart (1907-1992), em **Utilitas, vol. 5, nº. 2, 1993, p. 147.**

[57] Fuller vai além, ao sustentar que a teoria de interpretação de Hart se assemelha à "catalogação de livros", como se o papel do juiz fosse parecido com o de um bibliotecário. Ao guardar livros, um bibliotecário poderia encontrar casos fáceis como o da Bíblia, que claramente é um livro de Religião. Mas há casos mais complexos, como saber se *O Capital* deve ser guardado na estante de Política ou na de Economia. Ocorre que o bibliotecário, ao guardar os livros de uma forma ou de outra, "resolve" a questão, ao passo que a responsabilidade do juiz, ao decidir questões jurídicas, não está atrelada apenas à definição do que, por exemplo, contaria ou não como veículo. FULLER, Lon F. Positivism and Fidelity to Law: a reply to professor Hart, em **Harvard Law Review**, vol. 71, nº. 4, 1958, p. 666. Em síntese, Fuller dirá que *"Professor Hart seems to subscribe to what may be called "the pointer theory of meaning," a theory which ignores or minimizes the effect on the meaning of words of the speaker's purpose and the structure of language. Characteristically, this school of thought embraces the notion of "common usage." The reason is, of course, that it is only with the aid of this notion that it can seem to attain the inert datum of meaning it seeks, a meaning isolated from the effects of purpose and structure"*. FULLER, Lon F. Positivism and Fidelity to Law: a reply to professor Hart, em **Harvard Law Review**, vol. 71, nº. 4, 1958, p. 668-669.

O exemplo da regra que proíbe veículos no parque parece sugerir, em um primeiro momento, que Hart estaria associando o problema da indeterminação no Direito somente ao sentido usual de certas palavras ou expressões. Contudo, o próprio Hart reconhece que a aplicação ou não de uma regra não depende apenas da linguagem com que é redigida[58]. Seja como for, boa parte das críticas feitas por Fuller, relacionadas sobretudo aos propósitos do Direito e ao papel e responsabilidade dos juízes, antecipou outras críticas à teoria de Hart – desta vez por um de seus mais aclamados orientandos, Ronald Dworkin.

Dworkin inaugura seu célebre debate com Hart a partir do texto *O Modelo de Regras I*, originalmente publicado em 1967[59]. Neste texto, a principal crítica formulada por Dworkin corresponde à impossibilidade do positivismo jurídico (especialmente nos moldes propostos por Hart) contemplar outros padrões normativos além das regras. Hart teria ignorado a existência de princípios jurídicos, que seriam comumente utilizados por juízes, notadamente nos chamados "casos difíceis" (*hard cases*)[60]. Logo, se o positivista pretende descrever adequadamente o Direito como prática social, não pode ignorar a existência dos princípios que guiam muitas decisões judiciais. Dworkin sustentará, então, que há dois

---

58 Como afirma Hart no prefácio de seus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *"the question whether a rule applies or does not apply to some particular situation of fact is not the same as the question whether according to the settled conventions of language this is determined or left open by the words of that rule. For a legal system often has Other resources besides the words used in the formulations of its rules which serve to determine their content or meaning in particular cases"*. HART, Herbert L. A. **Essays in jurisprudence and philosphy**. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 7-8. Interessante análise do debate entre Hart e Fuller sobre o exemplo da regra que proíbe veículos no parque pode ser encontrada em SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park, em **New York University Law Review**, vol. 83, nº. 4, 2008.

59 O texto foi republicado posteriormente no livro *Levando os Direitos a Sério. DWORKIN, Ronald.* **Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.**

60 Principal caso analisado por Dworkin em seu texto é o de *Riggs v. Palmer.* Neste caso, o tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar, muito embora tivesse matado seu ascendente com o objetivo de "antecipar a herança". À época, inexistia no Direito americano qualquer dispositivo que impedisse o herdeiro de se beneficiar com o testamento, ou seja, não existia qualquer regra jurídica que impossibilitasse o assassino de ficar com a herança. Não obstante, os juízes entenderam que princípios e máximas gerais do Direito compartilhados em uma comunidade podem, em muitas circunstâncias, limitar os efeitos de contratos e leis. Um deles é o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, e com base nele os juízes decidiram que o assassino não deveria receber a herança. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 23.

caminhos para um positivista: ou considera que princípios, ao lado das regras, podem fazer parte do Direito e que sua observância é juridicamente obrigatória[61], ou sustenta que princípios não fazem parte do Direito, e que somente seriam utilizados pelos juízes dentro da discricionariedade – logo, como forma de superar eventuais situações de indeterminação no Direito.

Como se pode perceber, esta segunda saída tem relação direta com as ideias defendidas por Hart no capítulo VII de *O Conceito de Direito*; entretanto, Dworkin dirá que a própria tese da discricionariedade não se sustenta. Dentre outros pontos, a discricionariedade não corresponderia àquilo que, efetivamente, constitui a prática jurídica. Ao observarmos a própria atitude de advogados e juízes, notamos que eles consideram princípios como juridicamente obrigatórios, enquanto padrões que devem vincular as decisões jurídicas. Deste modo, se observarmos a forma como operam os embates judiciais, percebemos que os litigantes, em muitas ocasiões, sustentam seus pedidos com base em princípios. Eles afirmam que tais princípios fazem parte do Direito e que devem ser reconhecidos e aplicados pelo juiz – nenhum advogado afirma a incompletude do sistema, nem pede para que o juiz "crie" Direito ao caso concreto, ou "crie" um direito subjetivo para seu cliente. O que se pede é que o juiz aplique o Direito, ainda que inexista regra clara, positivada, que solucione a questão – as partes afirmam que efetivamente *têm* o Direito, e não que *deveriam tê-lo*[62]

Estas e outras críticas de Dworkin ao positivismo jurídico partiram diretamente da teoria de Hart, e influenciaram os debates que se seguiram. Como afirma Ronaldo Porto Macedo Junior[63], tais debates se prolongaram para além dos anos 2000, considerando a publicação póstuma do posfácio de *O Conceito de Direito*, em 2003, e a análise crítica deste posfácio, por

---

61 Segundo Dworkin, este primeiro caminho é problemático, pois a regra de reconhecimento de Hart explica a validade e consequente obrigatoriedade das demais regras de um sistema jurídico. Princípios, ao contrário de regras, não seriam "válidos" e sua obrigatoriedade decorre da sua aceitação – assim como a própria regra de reconhecimento. Logo, a regra de reconhecimento teria sua função esvaziada: ela não nos permitiria mais identificar o que é ou não é Direito, pois os princípios que consideramos juridicamente obrigatórios são antes de tudo padrões éticos e morais. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 42.

62 Os próprios juízes, reforça Dworkin, se consideram vinculados à *aplicação do Direito*. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 37.

63 MACEDO JR, Ronaldo P. **Ensaios de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 205.

Dworkin, em artigo republicado em 2006 no livro *Justiça de Toga*[64]. Não poderia ser diferente: a obra máxima de Hart redefiniu importantes capítulos da teoria jurídica, e mesmo após mais de 60 anos de sua primeira edição, segue pautando boa parte das reflexões conceituais e normativas sobre o Direito.

SUGESTÃO DE LEITURAS:

- BAYLES, Michael D. **Hart's legal philosophy: na Playstation.** Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992
- BIX, Brian. H. L. A. Hart and the "open texture" of language, em **Law and Philosophy**, vol. 10, nº. 1, 1991
- SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park, em **New York University Law Review**, vol. 83, nº. 4, 2008.
- SCHAUER, Frederick. **On the open texture of law** (set. 2011). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926855>.

[64] Especificamente, no texto *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*. DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 140-186. Ronaldo Porto Macedo Jr. afirma que o debate Hart-Dworkin "transcende seus atores inaugurais para se estender a toda uma geração de teóricos envolvidos com o chamado 'debate metodológico' por ele inaugurado, e que dará lugar a uma importante divisão entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos, de um lado, mas em desacordo sobre temas centrais, e pós-positivistas de vários gêneros e matrizes de outro". MACEDO JR, Ronaldo P. **Ensaios de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 205. Para compreender outros pormenores do debate Hart-Dworkin, recomenda-se o texto de SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate**: a short guide for the perplexed (mar. 2007). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 28 out. 2022.

Capítulo 10

A JUSTIÇA E O DIREITO SEGUNDO HART[1]

Fábio Perin Shecaira[2]

1. INTRODUÇÃO

Considere três diferentes teses acerca da relação entre o direito e a justiça:

(a) A justiça tem prioridade (em relação a outros valores morais) na avaliação do direito.

(b) O direito tem características necessárias que são também características necessárias da justiça (mas não de outros valores morais).

(c) A fidelidade ao direito é justa *pro tanto* (isto é, até certo ponto).

H.L.A. Hart não endossava a tese (a), embora às vezes parecesse afirmá-la. Por exemplo: "Há óptimas razões, na verdade, para que a justiça tenha um lugar dos mais proeminentes na crítica das soluções jurídicas [...]".[3] Embora acreditasse na existência de relações especiais entre a

---

1 Nota do tradutor: esta é uma tradução, feita pelo próprio autor, de SHECAIRA, Fábio Perin. Justice and law according to Hart. Rechstheorie, vol. 47, n. 1, 2016. O artigo se concentra nas relações entre a justiça e o direito, isto é, no tema da Seção I ("Princípios de justiça") do Capítulo 8 de O Conceito de Direito. Das três seções que compõem o Capítulo 8, essa é provavelmente a mais controversa.

2 Professor associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Filoso- fia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Filosofia pela McMaster University (Canadá).

3 HART, H.L.A. *O Conceito de Direito,* 4ª edição, tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 171. (Nota do tradutor: a maioria das citações presentes no artigo original foi traduzida livremente para o português brasileiro. As únicas exceções a

justiça e o direito, Hart reconheceu que "as leis e a sua aplicação podem demonstrar excelências de diversos géneros ou carecer destas."[4] E ele deixou aberta a possibilidade de que operadores do direito sacrifiquem a justiça pelo bem de outros tipos de excelência ou valor, tais como a utilidade ou a "segurança e bem-estar gerais da sociedade".[5] Retornaremos à tese (a) mais adiante, mas é importante esclarecer desde já que Hart não a endossava. As teses (b) e (c), por outro lado, foram de fato defendidas por Hart. De acordo com sua versão específica da tese (b), *regras gerais* são elementos necessários tanta do direito quanto da justiça. Eu argumentarei que (b) é a tese mais interessante que Hart propôs sobre a relação entre o direito e a justiça, ainda que a tese (c) seja mais amplamente reconhecida e criticada.[6]

Os principais objetivos deste artigo são os seguintes. Primeiro, argumentarei (na Seção 2 e, em alguma medida, na Seção 4) que a versão hartiana da tese (b) merece mais atenção do que tem recebido. Trata-se de uma lição importante sobre a natureza distinta e "regrada" da justiça, uma lição que Hart esforçou-se para transmitir no Capítulo 8 de *O Conceito de Direito.* Argumentarei também (na Seção 3) que os críticos de Hart têm entendido mal o seu compromisso com a tese (c). Hart não a entendia como uma afirmação controversa de primeira ordem, mas antes como uma tese de segunda ordem sobre o conceito de direito tal como ele é atualmente utilizado.

Este artigo oferece uma interpretação de Hart. No entanto, ele não é exclusivamente interpretativo. Meu objetivo não é apenas explicar as ideias de Hart, mas também mostrar que a plausibilidade de algumas dessas ideais tem sido subestimada.

---

essa regra são as citações de trechos de *O Conceito de Direito.* Nesses casos, reproduziu-se a tradução dada pela influente edição portuguesa do livro de Hart.)

4 HART, *O Conceito de Direito*, p. 172.

5 HART, *O Conceito de Direito*, p. 180.

6 Críticas recentes a essa tese podem ser encontradas em GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press, 2012 (Capítulos 9 e 10); GREEN, Leslie. The Germ of Justice. *Legal Research Paper Series*, Paper N8 60/2010, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1703008>; e TASIOULAS, John. Hart on Justice and Morality. In: Luís Duarte d'Almeida et al. (coords.). *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, p. 155-176, 2013.

2. AS SEMELHANÇAS ENTRE A JUSTIÇA E O DIREITO

2.1. A posição de Hart

É importante insistir que Hart não acreditava na tese (a). Essa é uma tese importante na história da teoria do direito, e, portanto, é natural que seja associada a toda afirmação de que a justiça tem uma conexão especial com o direito. Gustav Radbruch, por exemplo, acreditava em algo parecido com (a). Sua famosa afirmação (ou "fórmula") de que leis extremamente injustas carecem de validade jurídica (e, portanto, não devem ser aplicadas pelos tribunais) vem acompanhada do reconhecimento de que a justiça é um valor entre outros, a exemplo da certeza jurídica e do bem-estar geral. Mas Radbruch acreditava que a justiça goza de relativa primazia: a injustiça pode ser tolerada até certo ponto pelo bem da certeza jurídica, por exemplo, mas há um nível de injustiça que nenhum valor moral é capaz de justificar.[7] Robert Alexy, um defensor contemporâneo da fórmula de Radbruch, disse basicamente o mesmo:

> [...] considerações sobre utilidade e sobre o reconhecimento das tradições e valores da respectiva comunidade têm sem dúvida um lugar legítimo nas decisões judiciais. No entanto [...] a questão da correta distribuição e da correta proporção precisam ter prioridade. Questões relativas à correta distribuição e à correta proporção são questões de justiça.[8]

Insisto que essa não era a posição de Hart. Ele realmente pensava existir uma conexão especial entre o direito e a justiça, mas com isso ele tinha em mente versões específicas de (b) e (c). No artigo intitulado *Positivismo e a Separação entre Direito e Moral,* Hart ofereceu uma primeira formulação concisa de (b) e (c):

> Se associarmos ao sistema jurídico o sentido mínimo de que ele deve ser composto por regras gerais – gerais no sentido de que se referem tanto a tipos de ação, não a ações singulares, quanto a multiplicidades de homens, não a indivíduos singulares – esse sentido conota o princípio de que casos semelhantes devem ter o mesmo tratamento, embora os

[7] RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, p. 6.

[8] ALEXY, Robert. Law and Correctness. *Current Legal Problems*, vol. 51, 1998, p. 216.

> critérios de semelhança sejam, até aí, apenas os elementos gerais especificados nas regras. É verdade, no entanto, que um elemento essencial do conceito de justiça é o princípio de tratar igualmente os semelhantes. Isso é a justiça na aplicação do direito, não a justiça do direito. Então há, na própria noção de que o direito é composto por regras gerais, algo que nos impede de tratá-lo como moralmente neutro, sem qualquer contato necessário com princípios morais.[9]

O direito é composto por regras gerais, de acordo com Hart. Ele poderia ter dito que o direito é composto por regras gerais *entre outras coisas*, pois um sistema jurídico também pode conter normas que não são gerais: "A regra de que a Rainha Elizabeth II deve morar no Castelo de Windsor durante seu reinado é uma possível regra jurídica – uma regra elaborada especificamente para ela."[10] De todo modo, Hart estaria certo em dizer que o direito não pode deixar de incluir regras gerais, entre outras coisas que ele também inclui. Como eu pretendo mostrar, isso basta para estabelecer a conexão necessária entre o direito e a justiça de que trata a tese (b).[11]

Também é importante esclarecer que, quando Hart trata da tese (b), ele usa o termo "regra" em sentido amplo. Uma regra, nesse contexto, é uma norma geral. Não precisa ser uma norma de direito positivo e pode também ser vaga, abstrata e derrotável (isto é, sujeita a exceções ou a alguma cláusula *ceteris paribus*). Ou seja, quando trata da tese (b), Hart não usa a palavra "regra" no sentido técnico que hoje contrasta com o sentido dworkiniano de "princípio". Ao dizer que a justiça (assim como o direito) relaciona-se com regras, Hart não está se opondo à ideia de que as exigências da justiça podem ser vagas ou derrotáveis. Os adversários de Hart nesse contexto são apenas aquelas pessoas que acreditam que juízos sobre o justo podem ser fundamentados sem referência a *qualquer tipo* de norma geral (vaga ou precisa, derrotável ou definitiva). Em se tratando da tese (b), os adversários de Hart são apenas aquelas pessoas que

---

9 HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 623–4.

10 GARDNER, *Law as a Leap of Faith,* p. 252.

11 No trecho citado acima, Hart segue adiante e identifica a mera presença de regras gerais no direito como uma manifestação de uma forma de justiça, a saber, "a justiça na aplicação do direito." Isso nos leva à tese (c), que será considerada na próxima seção. Nesta seção, o objetivo é discutir apenas a ideia de que regras gerais são elementos necessários tanto do direito quanto da justiça.

diriam que juízos sobre o justo podem ser feitos de maneira *ad hoc* ou inteiramente particularista. (Nós retornaremos a esse assunto em breve.)

De acordo com Hart, a dependência que o direito tem por regras gerais é uma manifestação da sua preocupação com a forma como são tratados grupos ou classes de indivíduos. A justiça, segundo Hart, compartilha essa preocupação:

> A justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas *classes* de indivíduos. É isso que dá à justiça sua especial relevância na crítica do direito e de outras instituições públicas ou sociais. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas.[12]

O mais claro argumento de Hart em defesa da ideia de que a justiça se preocupa com classes de indivíduos é um argumento que recorre à ligação entre o conceito de justiça e a máxima de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento.[13] Em *Positivismo e a Separação entre Direito e* Moral, no trecho citado há pouco, Hart diz que a ideia de respeitar regras gerais "conota" a ideia de tratar casos semelhantes da mesma forma. Mas para que seu argumento funcione, a relação de implicação deve correr também no sentido inverso. O argumento de que a justiça está necessariamente ligada a regras precisa ser formulado da seguinte maneira:

(1) A ideia de justiça implica que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma,

(2) tratar casos semelhantes da mesma forma implica respeitar regras gerais, logo,

---

12 HART, *O Conceito de Direito*, p. 182.

13 Deve ficar claro que Hart não diz que essa máxima *define* a ação justa. Como disse GREEN, *The Germ of Justice*, p. 8: "Devemos tratar casos semelhantes da mesma forma sempre que as razões para decidir ou julgar no primeiro caso também sejam aplicáveis ao segundo. Até aí, isso nada tem a ver com a justiça; trata-se de uma exigência de racionalidade. [...] Nós nos aproximamos daquilo que é necessário com a sugestão feita por John Rawls de que 'o conceito de justiça se aplica sempre que há alguma alocação de uma coisa racionalmente considerada vantajosa ou não vantajosa.' É apenas quando critérios de semelhança e diferença especificam algo que pode racionalmente ser visto como uma 'alocação' de benefícios e encargos que temos uma norma de justiça no sentido que nos interessa aqui." Assim como Green, Hart trata a justiça como um valor relacionado à alocação de benefícios e encargos; ver HART, *O Conceito de Direito*, p. 172-173.

(3) a ideia de justiça implica respeitar regras gerais.[14]

O argumento me parece sólido. É válido e tem duas premissas plausíveis. A premissa 1 parecerá verdadeira para qualquer pessoa que acredite na existência de uma conexão forte entre o conceito de justiça e o conceito de *fairness*.[15] Talvez a premissa 2 seja mais controversa. Ela tem relação com o debate sobre a natureza de argumentos analógicos (isto é, argumentos sobre como tratar casos semelhantes). Enquanto alguns acreditam que um argumento analógico procura encaixar casos semelhantes sob uma mesma norma geral, outros pensam que argumentos analógicos se baseiam em nossa habilidade intuitiva para "ver ou sentir importantes semelhanças entre os casos sem ter a capacidade de descrever tais semelhanças precisamente".[16] Isto é, enquanto alguns pensam que analogias incluem (ou deveriam incluir) normas gerais que cubram os casos sob comparação, outros dizem que é possível relacionar os casos sem formular qualquer norma geral.

Considere o seguinte argumento analógico: "Manter relações sexuais com pessoas com graves deficiências mentais é como manter relações sexuais com crianças. É moralmente inaceitável."[17] Será que esse argumento está bom, assim como formulado, ou será que devemos entendê-lo como contendo uma premissa implícita que afirma ser moralmente errado manter relações com qualquer pessoa que tenha um perfil definido em termos mais amplos (por exemplo, qualquer pessoa que não

[14] A premissa 2 e a conclusão não se referem a regras gerais de direito positivo. Vale lembrar que "regra" nesse contexto tem sentido amplo; o termo não implica positivação, peremptoriedade ou qualquer das propriedades específicas que vieram a ser associadas à noção de regra depois da crítica de Ronald Dworkin ao positivismo. É verdade que uma conexão entre a justiça e a aplicação de regras de direito positivo é afirmada por Hart, mas isso se dá em um contexto relacionado à tese (c), que não é o tema desta seção.

[15] Essa conexão é amplamente reconhecida por autores influenciados pela obra de John Rawls. Ela também é reconhecida por John Gardner, o autor que (como veremos) oferecer os argumentos mais contundentes contra a versão hartiana da tese (c). Veja GARDNER, John. Finnis on Justice. In: John Keown e Robert P. George (coords.). *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 155. (Nota do tradutor: a palavra "fairness" não é de fácil tradução. Alguns a traduzem como equidade. Essa tradução é problemática porque em inglês também existe a palavra "equity", que não tem o mesmo sentido de "fairness". A equidade (*equity*) será discutida mais adiante no texto.)

[16] GOVIER, Trudy. Analogies and Missing Premises. *Informal Logic*, vol. 11, 1989, p. 148.

[17] Empresto o exemplo de BERMEJO-LUQUE, Lilian. A Unitary Schema for Arguments by Analogy. *Informal Logic*, vol. 32, 2012, p. 18.

entenda perfeitamente as consequências físicas e sociais do sexo)? Alguns diriam que a virtude da argumentação analógica reside na sua capacidade de nos permitir relacionar casos intuitivamente. Eu, por outro lado, já argumentei que analogias não fundamentadas por normas gerais são argumentos rudimentares ou imperfeitos que costumam alienar os interlocutores que não compartilham as intuições do proponente da analogia.[18] Aliás, dúvidas sobre o valor de analogias não fundamentadas por normas gerais são comuns na teoria do direito. Larry Alexander e Emily Sherwin têm uma posição ainda mais forte que a minha. Eles não pensam, como eu, que o valor probatório de analogias é simplesmente diminuído quando elas omitem normas gerais; na verdade, eles dizem que tais analogias falham completamente em constituir formas genuínas de raciocínio:

> Suponha [...] que é psicologicamente possível que uma pessoa simplesmente perceba semelhanças importantes entre [casos], seja porque eles evocam uma reposta emocional [...] ou porque a mente [daquela pessoa] está programada para lidar com problemas através de metáforas e através do reconhecimento de regularidades. Ou seja, seu juízo de semelhança é puramente intuitivo. Se essa é uma descrição adequada do processo decisório [daquela pessoa], então ela não *raciocinou* para chegar a uma conclusão. O raciocínio implica, no mínimo, um processo de pensamento que possa ser descrito para si mesmo e para outras pessoas. Um cara-ou-coroa não é uma forma de raciocínio; tampouco é uma forma de raciocínio uma analogia intuitiva. Seja qual for o mecanismo psicológico que permite que [uma pessoa] inclua [casos] dentro da mesma classe [...] a classificação não é raciocinada a menos que faça referência a alguma proposição mais geral [...].[19]

Seria preciso escrever um artigo independente para tentar mostrar que as premissas de Hart são verdadeiras. Aqui, eu pretendo apenas mostrar que as premissas são plausíveis e dificilmente seriam negadas pelos críticos da versão hartiana da tese (b). Então, a posição de Hart é a de que regras gerais (em sentido amplo) são elementos necessários tanto do direito quanto da justiça. Mais precisamente: sistemas jurídicos não existem sem regras gerais, e considerações sobre o justo devem tomar

[18] Veja SHECAIRA, Fábio Perin. Analogical Arguments in Ethics and Law: A Defence of a Deductivist Analysis. *Informal Logic*, vol. 33, 2013.

[19] ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 72-73.

a forma de regras gerais. Essa, em síntese, é a versão hartiana da tese (b). Hart indica que a justiça é peculiar nesse sentido, isto é, ela é a *mais jurídica* das virtudes. Outras virtudes morais – humanidade, caridade, lealdade, honestidade etc. – não estão necessariamente ligadas a regras gerais. Em outras palavras, Hart pensa ser um erro conceitual afirmar que uma pessoa age de forma justa mesmo quando as ações dessa pessoa não são nem motivadas por regras nem poderiam ser fundamentadas em regras. Talvez essa pessoa esteja agindo honestamente, caridosamente, humanamente, lealmente etc., mas ela não age de forma justa. Não parece ser a intenção de Hart negar que possam existir boas regras sobre ação humana, caridosa, legal, honesta etc. Ele parece crer, na verdade, que não há nada na própria definição desses conceitos que proíba seu emprego na forma de juízos *ad hoc*. (Esse tema voltará a ser discutido mais adiante.)

2.2. A objeção de Gardner

John Gardner apresentou um desafio importante para Hart. Gardner tenta mostrar de diferentes formas que a justiça não exige necessariamente o respeito a regras:

> Nem toda manifestação da justiça é um ato em conformidade com uma boa regra. Para alguns, decisões justas não são regidas por regras de justiça, nem podem ser elevadas a tais regras. Elas se baseiam numa ponderação de considerações sobre alocação em forma crua, não regrada. A justiça de Salomão era justiça ad hoc. A mesma ideia se aplica à justiça que é feita por um árbitro nos dias de hoje, árbitro que, em contraste com um juiz de direito, olha o mérito do caso diante de si sem ter de explicar como sua decisão foi ou poderia ser generalizada para que determinasse uma decisão em outros casos.[20]

Em defesa de Hart, é possível responder da seguinte forma. Não devemos confundir a existência de obstáculos epistêmicos ou institucionais à formulação de uma boa regra de justiça com a ideia de que regras não estão necessariamente conectadas ao conceito de justiça. Decisões com efeitos práticos frequentemente precisam ser tomadas em situações de incerteza e, portanto, com base em raciocínio incompleto. Às vezes precisamos nos valer da intuição de que estamos agindo com justiça em

[20] GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, p. 254.

uma ocasião particular, sem ter certeza de qual é a regra geral que poderia justificar nossa ação. Isso não significa, no entanto, que o caráter justo da nossa ação independa de sua relação com regras de justiça. Do mesmo modo, magistrados que atuam em tribunais recursais às vezes tomam decisões sem fundamento geral claro. Eles o fazem possivelmente porque têm dúvidas sobre qual é o fundamento correto ou porque pensam que a jurisprudência deve ser desenvolvida gradualmente pelas instâncias inferiores. Como indica Gardner, árbitros têm ainda mais liberdade que juízes para tomar decisões sem fundamentos amplos. Mas isso não basta para mostrar que árbitros fazem justiça *ad hoc*. Hart poderia insistir que as decisões de um árbitro são justas na medida em que se conformam com uma regra sobre a correta alocação de benefícios e encargos. Gardner apenas mostrou que árbitros não têm o dever institucional de *mostrar* que suas decisões se baseiam em boas regras de alocação.

Eu suspeito também que Gardner tenha interpretado mal a figura de Salomão. É verdade que Salomão às vezes é usado por teóricos do direito como um símbolo de um tipo de sabedoria que dispensa regras:

> Considere a [...] sabedoria que atribuímos a Salomão, que, diante de duas mulheres que alegavam ser a mãe de um bebê recém-nascido, sugeriu que o bebê fosse cortado ao meio, não como real solução, mas como meio – bem-sucedido de acordo com a Bíblia – de determinar qual das duas mulheres era a verdadeira mãe.
>
> Embora celebremos Salomão pela sua sabedoria, não o fazemos por pensar que Salomão resolveu o caso recorrendo a algum livro jurídico onde havia uma regra sobre como um juiz deve lidar com casos de maternidade contestada. Em vez disso, elogiamos Salomão porque ele concebeu a melhor solução para esse problema único e particular, sem referência a regras pré-existentes. Salomão não aplicou qualquer regra. Ele simplesmente fez a coisa certa.[21]

A explicação mais completa de Schauer sobre Salomão ajuda a revelar o que é duvidoso no argumento de Gardner. A sabedoria de Salomão é distinta porque ele não baseia sua decisão em qualquer regra que esteja *contida em livro jurídico*. Ele não recorre a qualquer regra substantiva do tipo "bebês recém-nascidos pertencem a suas mães

[21] SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009, p. 119-20.

biológicas". Salomão tampouco recorre a regras de direito probatório (em vez disso, ele inventa um truque engenhoso para descobrir quem é a verdadeira mãe). Em síntese, Salomão não aplica regras positivadas, sejam elas substantivas ou procedimentais. A despeito disso, é possível insistir que a decisão de Salomão poderia ser fundamentada com base em boas regras de justiça. A correção de uma regra de justiça independe do fato de estar ou não positivada. Eu acredito que o juízo de Salomão (mas não o seu procedimento) pode ser justificado por uma regra de justiça, e é justamente isso que está por trás da intuição comum de que o juízo de Salomão é sábio. Sua decisão pode ser associada à plausível regra de que (*ceteris paribus*) bebês recém-nascidos devem permanecer com suas mães biológicas.[22]

É claro que Salomão não tinha necessariamente essa regra em mente. Talvez Salomão não fosse um implementador consciente da justiça (entendida como um valor necessariamente ligado a regras). Mas nós vemos sua decisão como justa porque conseguimos vislumbrar uma regra geral que a justificaria (ainda que discordemos sobre a formulação ideal da regra, conseguimos identificar algumas candidatas plausíveis.) Se Salomão tivesse concebido um método para descobrir qual das duas mulheres era mais inteligente ou poderosa, e se ele tivesse concedido a guarda com base nesses critérios, então nós não concordaríamos tão facilmente com sua decisão. Isso porque duvidaríamos da correção de qualquer norma do tipo "bebês recém-nascidos devem permanecer com a mais poderosa das mulheres que o reivindicam".

Por outro lado, é mais difícil achar um fundamento para o procedimento de Salomão; mas também é verdade que o juízo de Salomão é mais frágil do ponto de vista procedimental. Para mentes modernas, é plausível dizer que o juízo de Salomão foi justo do ponto de vista substantivo (visto que sua decisão se conforma com uma boa regra sobre como alocar a guarda da criança), mas foi injusto do ponto de vista procedimental (visto que seu procedimento dificilmente pode ser justificado com base

[22] A cláusula *ceteris paribus* serve para apontar que o fato de ser a mãe biológica da criança é apenas um indicador (importante, mas falível) de uma característica que talvez seja ainda mais importante, a saber, o fato de estar disposta a cuidar da criança e tratar seus interesses como prioritários.

em uma boa regra sobre como fazer alocações corretas).[23] A decisão final de Salomão é justa, mas seu método é questionável. É um método inteligente, mas moralmente duvidoso. Para determinar se o juízo de Salomão é justo no final das contas (*all-things-considered*), precisaríamos nos pronunciar sobre a maneira correta de ponderar considerações sobre justiça substantiva e procedimental.

É verdade que nós frequentemente fazemos juízos sobre o justo de forma intuitiva. O que está realmente sob debate é se somos capazes de justificar tais juízos sem fazer referência a critérios gerais sobre a alocação de benefícios e encargos. O exemplo de Salomão não mostra que Hart estava enganado. Não basta mostrar que Salomão chegou a uma decisão intuitivamente justa sem que tivesse expressado qualquer regra geral. Para mostrar que Hart estava enganado, seria preciso mostrar que o juízo de Salomão é justo por motivos inteiramente particulares, isto é, motivos ligados exclusivamente ao caso específico que ele julgou.

Gardner também se refere à noção aristotélica de equidade como parte de outra tentativa de refutar a ideia de que a justiça é um valor moral baseado em regras:

> [Aristóteles] argumenta que a própria natureza das leis – sua natureza "regrada" – faz com que sejam propensas a excessiva abrangência e, portanto, a injustiças. "O motivo", diz ele, "é que toda lei é universal, mas em relação a algumas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nesses casos, portanto, em que é necessário pronunciar-se de forma universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso típico, embora não ignore a possibilidade de erro."
>
> O resultado é que as leis inevitavelmente pedem, em algumas ocasiões, ajustes no momento de sua aplicação, para remover o erro. E isso, segundo Aristóteles, "é a natureza do equitativo, uma correção da lei onde ela é defeituosa em virtude de sua universalidade [...]".[24]

O argumento de Gardner parece ser o seguinte:

(1) Manifestar a virtude da equidade não é aplicar uma regra, mas corrigir uma regra excessivamente abrangente,

[23] Aqui se faz alusão a uma distinção proposta pelo próprio Gardner entre justiça substantiva e justiça procedimental, isto é, entre a alocação correta e a maneira correta de tomar decisões sobre alocação (respectivamente). Veja GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*, p. 248-249.

[24] GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, p. 254-255.

(2) manifestar equidade é manifestar um tipo de justiça, logo,

(3) nem toda manifestação da justiça corresponde à aplicação de uma regra.

O argumento é válido, mas a segunda premissa é duvidosa. Parece haver diferentes formas de "corrigir" uma regra pré-existente. Uma dessas formas consiste simplesmente em rejeitar a aplicação da regra em situações específicas, deixando a regra de lado e tomando a decisão que parece correta naquelas circunstâncias. Essa é uma forma "desregrada" de lidar com uma regra excessivamente ampla. Outra maneira (mais literal) de corrigir uma regra consiste em fazer uma reformulação, talvez incluindo na regra uma referência ao caso atípico que a regra original regulou incorretamente. A regra que proíbe a entrada de cães em um teatro municipal é excessivamente abrangente porque alcança cães que acompanham pessoas cegas. Ao perceber o problema, uma autoridade no teatro pode anunciar uma nova regra, proibindo cães *a menos que acompanhem pessoas com deficiência*. Essa forma de corrigir a regra não é contrária a regras. A correção não manifesta qualquer ceticismo em relação à possibilidade de se formular uma regra geral correta ou (em termos aristotélicos) uma afirmação universal correta. Esse tipo de correção simplesmente reconhece que foi malsucedida a primeira tentativa de formulação de uma boa regra geral. Uma regra mais sutil (mas ainda assim geral) toma então o lugar da regra original.

Gardner entende a equidade de acordo com o primeiro sentido de correção, aquele que envolve uma decisão particularizada, sem qualquer tentativa de substituir a regra original por outra mais cuidadosamente formulada. Mas que motivos teríamos para aceitar a suposição (contida na premissa 2) de que a equidade assim definida é uma forma de justiça? Afinal, é exatamente isso que está sob debate. É também uma suposição capaz de gerar séria confusão conceitual. Um tipo de consideração que frequentemente nos motiva a afastar o direito em casos inusitados é o valor da compaixão ou da "humanidade", entendido como o desejo de evitar o dano que resultaria da aplicação de uma regra a um indivíduo que se encontra em situação particularmente difícil ou urgente. Imagine um juiz que dá a um indivíduo doente acesso a recursos públicos para um tratamento caro ou experimental que não é garantido pelo sistema público de saúde. Que razão tem o juiz para agir assim, a despeito das regras, além da compaixão?

Compaixão não é o único valor que pode cumprir um papel na correção desregrada do direito. Na verdade, juristas contemporâneos muitas vezes usam "equidade" como um termo genérico que abrange qualquer consideração moral que possa motivar o julgador a afastar o direito em casos atípicos. Aliás, Schauer define equidade como a ideia ampla de "fazer a coisa certa – tomar a decisão correta – sem referência a regras e talvez até mesmo a despeito das regras".[25] Nada conquistamos em termos de clareza conceitual ao incluir no conceito de justiça uma noção tão ampla quanto essa de equidade. Fazendo isso, corremos o risco de trocar o sentido específico de "justiça" (que se refere a um valor moral entre outros) por um sentido amplo do termo que apaga qualquer diferença entre a justiça e a correção moral.

É preciso esclarecer que Hart não diz apenas que a justiça é baseada em regras, mas diz que ela é peculiar nesse sentido. Outras virtudes morais não são necessariamente baseadas em regras. É por isso que elas não são *tão jurídicas* quanto a justiça. Essa é uma afirmação que Hart não fundamentou com muito cuidado. O caráter regrado da justiça deriva da sua plausível associação com o preceito de que casos semelhantes devem ter o mesmo tratamento.[26] Mas para mostrar que *apenas* a justiça baseia-se em regras seria preciso oferecer um catálogo das demais virtudes morais e explicar por que cada uma delas admite concepções "desregradas". Esse é um desafio enorme para qualquer filósofo.[27]

---

25 SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer,* p. 120.

26 David Lyons faz uma objeção: "O preceito [...] não faz qualquer referência a regras. Ele pode ser aplicado através de um tratamento uniforme de casos mesmo quando nenhuma regra relevante existe, por exemplo, através da comparação entre os casos. Quando um juiz faz isso, ele não pode ser entendido como se aplicasse uma regra existente, embora ele possa criar uma regra nova." (LYONS, David. *Moral Aspects of Legal Theory*. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 30-31) A relação entre regras e o preceito sobre dar o mesmo tratamento a casos semelhantes é complexa e já foi discutida anteriormente. Eu cito Lyons apenas para insistir em uma possível fonte de confusão. Em se tratando da tese (b), o que importa para Hart é a associação entre o preceito e as regras no sentido amplo de proposições que afirmam critérios gerais para a avaliação da conduta. A associação pertinente não é aquela entre o preceito e as *regras existentes*. Segundo Hart, agir com justiça é agir de uma forma que possa ser justificada com base em critérios gerais. Esses critérios não precisam fazer parte do direito existente.

27 Tendem a ser controversas todas as tentativas de explicar precisamente como outras virtudes morais se distinguem da justiça. Até mesmo distinções amplamente aceitas como aquela entre justiça e caridade são difíceis de traçar. Veja, por exemplo, BUCHANAN, Allen. Justice and Charity. *Ethics*, vol. 97, 1987.

3. O DIREITO É JUSTO?

3.1. Uma resposta (supostamente) grotesca

A formulação concisa das teses (b) e (c) em *Positivismo e a Separação entre Direito e Moral* pode dar a impressão de que Hart pensava que (b) implica (c).[28] Mas (c) não é uma consequência lógica de (b). O direito é feito de regras: isso nós sabemos desde que começamos a discutir a tese (b). Se somarmos a essa afirmação a ideia plausível de que muitas regras jurídicas (mas não todas[29]) dizem respeito à alocação de benefícios e encargos, então podemos inferir a conclusão relativamente familiar de que o direito necessariamente lida com o mesmo tema que a justiça e, portanto, pode ser avaliado como justo ou injusto. Mas nada disso implica a tese (c), isto é, a ideia de que a fidelidade ao direito é justa *pro tanto*. Para chegar até (c), é preciso formular um argumento adicional. Considere uma passagem famosa de *O Conceito de Direito*:

> Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que o não faz é falaciosa, isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial. Na verdade, já referimos, ao analisar a ideia de justiça, que a sua forma mais simples (a justiça na aplicação do direito) não consiste noutra coisa senão na tomada a sério da noção de que aquilo que deve aplicar-se a uma multiplicidade de pessoas diferentes é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos. Esta imparcialidade é aquilo que os padrões processuais, conhecidos dos juristas ingleses e americanos como princípios de "Justiça Natural", pretendem assegurar. Daí que, embora as leis mais odiosas possam ser aplicadas de forma justa, tenhamos, na noção singela de aplicação de uma regra geral de direito, o germe, pelo menos, da justiça.[30]

---

[28] Embora Hart nunca tenha dito que (b) implica (c), ele já foi lido assim. Veja KRAMER, Matthew. Justice as Constancy. *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997, p. 575.

[29] GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, p. 253: "Será que [algumas pessoas] entendem o direito como um fanático por alocações, sempre veladamente repartindo os benefícios e encargos das regras entre diferentes pessoas em diferentes casos mesmo quando as regras não mencionam explicitamente esse tipo de divisão?" Retomaremos este assunto na próxima seção.

[30] HART, *O Conceito de Direito*, p. 222-223.

Antes de tentar identificar qualquer argumento nesta passagem, note que Hart foi criticado por afirmar que a aplicação consistente do direito é em certa medida – isto é, *pro tanto* – justa.[31] O termo "pro tanto" é uma ressalva que indica que regras consistentemente aplicadas podem falhar em ter conteúdo correspondente a boas regras de justiça, o que significa que sua implementação pode ser vista como injusta no final das contas. John Tasioulas acha essa posição profundamente criticável:

> Quando, no contexto de um campo de extermínio, um guarda bem-intencionado salva alguns prisioneiros, mas não outros, do terrível destino prescrito por leis genocidas, parece grotesco descrever suas violações do direito como injustas, ainda que *pro tanto*. No sentido inverso, não parece menos grotesco insistir que a justiça é servida pela aplicação do direito independentemente do seu conteúdo. [...] A sugestão de Hart envolve a ideia implausível de que há uma obrigação moral, ainda que derrotável, de aplicar o direito estritamente, independentemente do seu conteúdo.[32]

É curioso ver Hart sendo descrito como proponente de uma tese grotesca quando ele mesmo usa termos muito fortes para descrever as leis imorais e "odiosas" que podem ser aplicadas sob pretexto de se fazer justiça. Hart está tão preocupado quanto Tasioulas com o fato de que um sistema jurídico "poderia aplicar, com a mais pomposa imparcialidade entre as pessoas afetadas, leis terrivelmente opressoras [...] afinal, a fetidez dessas sociedades ainda está em nossas narinas."[33] Não era do feitio de Hart defender teses moralmente grotescas. Se ele parece afirmar tais teses em alguns trechos de sua obra, é prudente que exercitemos cautela interpretativa. Na verdade, eu acredito que há bons motivos para crer que Hart não tinha a intenção de propor a tese grotesca que Tasioulas lhe atribui.

3.2. A posição não comprometida de Hart

Note, em primeiro lugar, a linguagem cautelosa que Hart usa para caracterizar a ideia da justiça na aplicação do direito. Ele poderia ter dito simplesmente que as autoridades têm uma obrigação moral derrotável de aplicar o direito por motivos de justiça (pois essa é a ideia que Tasioulas diz

---

31 Uma crítica importante encontra-se em LYONS, *Moral Aspects of Legal Theory*.

32 TASIOULAS, *Hart on Justice and Morality*, p, 163.

33 HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 624.

ser grotesca). Em vez disso, Hart usa a obscura metáfora do "germe" de justiça. Há diferentes modos de entender a metáfora e nem todos coincidem com a interpretação de Tasioulas.[34] Matthew Kramer, que tem simpatia pela posição de Hart, diz que, quando as leis são moralmente ruins, a justiça na aplicação do direito não tem "legitimidade moral *prima facie*" e, portanto, autoridades não tem sequer uma obrigação derrotável de aplicar tais leis. No entanto, Kramer insiste que a justiça na aplicação do direito tem "certa importância moral", visto que esse tipo de justiça "se distingue do mal irrestrito". Isso porque "mesmo em situações de extrema imoralidade, ela estabelece limites firmes" que impedem tratamentos ainda mais injustos por parte do sistema jurídico.[35] Não precisamos avaliar a posição de Kramer; ela é mencionada aqui apenas para ilustrar a ideia de que a metáfora do germe está sujeita a diferentes interpretações.

Outro sinal da hesitação de Hart aparece em *Positivismo e a Separação entre Direito e Moral*, onde Hart incluiu a ideia de que a aplicação das regras consiste em um tipo de justiça entre "as razões (*ou desculpas*) para falar de certa sobreposição necessária e natural entre normas jurídicas e morais."[36] Sua estratégia dialética em todo o artigo parece ser aquela de fazer aos seus oponentes não-positivistas o maior número possível de concessões ao mesmo tempo em que insiste que tais concessões não prejudicam as teses centrais do positivismo jurídico (entre elas, a ideia de que o direito é uma instituição social moralmente falível). É difícil ter certeza sobre se Hart estava realmente comprometido com a ideia de justiça na aplicação do direito. Crer em algo é diferente de aceitá-lo pelo bem do debate.

Mesmo que desconsideremos as ressalvas feitas até aqui, há outro motivo para duvidar da interpretação de Tasioulas. O motivo é mencionado pelo próprio Tasioulas em seu artigo:

> Embora Hart ocasionalmente expresse opiniões de primeira ordem sobre o conteúdo de princípios corretos de justiça e moralidade ao longo [do Capítulo 8 de *O Conceito de Direito*], seu objetivo primário

[34] Veja GREEN, *The Germ of* Justice, p. 3: "Afinal, uma semente pode cair em solo infértil e não germinar. Para que o germe da justiça dê origem à justiça, é provável que muitas outras coisas também tenham que acontecer no caminho. De acordo com essa interpretação mais fraca [da metáfora], a aplicação consistente da lei só traz algo como um precursor necessário da justiça."

[35] As citações contidas neste parágrafo são todas de KRAMER, *Justice as Constancy*, p. 565–567.

[36] HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 624 (o grifo é meu).

> é esclarecer os conceitos de justiça e moralidade. A análise conceitual procura nos dizer o que faz com que uma norma seja uma norma de justiça ou moralidade, correta ou não, em vez de uma norma de algum outro tipo.[37]

Por que pensar que Hart, ao se referir à justiça na aplicação do direito, estava expressando uma posição de primeira ordem? Além de sua abordagem geral em *O Conceito de Direito* ser analítica, como reconhece Tasioulas, o Capítulo 8 em particular contém muitos indícios de que Hart pretendia explicar como o conceito de justiça é ordinariamente utilizado.[38] Eis uma amostra:

> Os termos mais frequentemente usados pelos juristas no elogio ou na condenação do direito, ou da sua aplicação, são as palavras "justo" e "injusto" [...][39]
>
> Um homem culpado de grande crueldade para com o filho será muitas vezes julgado como tendo feito algo de moralmente *errado*, *mau*, ou mesmo *perverso*, ou como tendo faltado à sua *obrigação* moral ou dever para com o filho. Mas seria estranho criticar sua conduta como *injusta*.[40]
>
> Que justo e injusto sejam formas mais específicas de crítica moral do que bom ou mau, ou certo e errado, resulta evidente do facto de que poderíamos pretender de forma inteligível que uma lei era boa porque era justa, ou que era má porque era injusta, mas não era justa por ser boa, ou injusta por ser má.[41]
>
> Os traços distintivos da justiça e sua conexão especial com o direito começam a tomar forma, se se observar que a maior parte das críticas feitas em termos de justo e injusto poderiam ser quase tão bem formuladas pelas palavras "equitativo" [*fair*] e "não equitativo" [*unfair*].[42]

---

37 TASIOULAS, *Hart on Justice and Morality*, p. 156.

38 É importante que fique claro que Hart não pretendia apenas registrar tendências linguísticas. É sabido que ele via o estudo da linguagem como um meio para o esclarecimento da natureza do direito. É por isso que ele frequentemente "transita rapidamente entre aquilo que as pessoas dizem e aquilo que é adequado dizer"; ver ENDICOTT, Timothy. The Generality of Law. In: Luís Duarte d'Almeida et al. (coords.). *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 30.

39 HART, *O Conceito de Direito,* p. 171.

40 HART, *O Conceito de Direito*, p. 172.

41 HART, *O Conceito de* Direito, p. 172.

42 HART, *O Conceito de Direito*, p. 172.

> Falamos não só de distribuições e indemnizações como justas ou equitativas [*fair*] mas também de um juiz como justo ou injusto; de um julgamento como equitativo [*fair*] ou não-equitativo [*unfair*]; de uma pessoa como justa ou injustamente condenada.[43]
>
> Dizer que a norma que reprime o homicídio é aplicada justamente é dizer que é aplicada imparcialmente a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes, ao praticarem o que a lei proíbe [...].[44]
>
> De forma coerente com isto, os princípios processuais tais como "audi alteram partem" ou "ninguém pode ser juiz em causa própria" são concebidos como exigências da justiça, e, na Inglaterra e na América, são muitas vezes referidos como princípios de Justiça Natural.[45]
>
> Esta conexão estreita entre a justiça na aplicação do direito e a noção mesma de regra levou alguns pensadores famosos à tentação de identificar justiça e conformidade com o direito. Contudo, isto é evidentemente fruto de um erro, a não ser que ao "direito" seja dado algum significado especialmente amplo; porque uma tal ideia de justiça deixa sem explicação o facto de que a crítica em nome da justiça não está confinada à aplicação do direito em casos concretos, mas as próprias leis são muitas vezes criticadas como justas ou injustas.[46]

Nesses trechos, Hart observa como certas palavras e expressões são usadas e, com base nisso, chega às conclusões de que (i) a justiça é uma virtude moral específica, (ii) a justiça está relacionada com a equidade (no sentido de *fairness*), (iii) a justiça está intimamente relacionada com regras e (iv) a justiça pode ser usada para avaliar vários aspectos do sistema jurídico (incluindo a fidelidade ao direito e a correção de leis materiais e procedimentais). Nenhuma dessas citações, lida isoladamente, prova que Hart não pretendia afirmar uma obrigação de primeira ordem de obediência ao direito. Mas, considerados em conjunto, os trechos dão a impressão de que o objetivo de Hart era capturar os elementos centrais da compreensão atual de justiça. Essa compreensão poderia até ter a implicação grotesca denunciada por Tasioulas.[47] Talvez as pessoas vejam

---

43 HART, *O Conceito de Direito*, p. 173.

44 HART, *O Conceito de Direito*, p. 174-175.

45 HART, *O Conceito de Direito*, p. 175.

46 HART, *O Conceito de Direito*, p. 175

47 O uso cuidadoso do termo "poderia" nessa frase serve para lembrar que Hart pode ter usado a metáfora do "germe da justiça" para expressar uma ideia mais fraca do que aquela de que a obediência ao direito é *pro tanto* legítima. Hart poderia estar dizendo que, de acordo com a

realmente a fidelidade ao direito como uma manifestação da justiça; mas a principal preocupação de Hart no Capítulo 8 de *O Conceito de Direito* não era inquirir se as pessoas *deveriam* enxergar a justiça desse modo.

É verdade que Hart poderia ter tomado o cuidado de apontar as associações e inferências errôneas que ocorrem no interior da compreensão atual da justiça. Ele poderia ter dito que a compreensão atual relaciona erroneamente a simples noção de fidelidade ao direito à imparcialidade e à justiça (como se uma autoridade não pudesse aplicar o direito por motivos discriminatórios secretos ou por outros motivos que pouco têm a ver com a imparcialidade[48]). Mas o fato de que Hart poderia ter feito tais ressalvas não basta para mostrar que ele não percebeu os erros ou que ele mesmo os cometeu. Pois naqueles escritos em que Hart adotou uma abordagem menos neutra, expressando claramente suas posições de primeira ordem sobre o que poderia fundamentar a obediência ao direito, as ideias gerais de justiça, *fairness* e igualdade recebem destaque; mas é sugestivo que ele omita a ideia específica da justiça na aplicação do direito.[49]

4. A JUSTIÇA E A TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS

Vale a pena recordar as três teses listadas no início do artigo:

(a) A justiça tem prioridade (em relação a outros valores morais) na avaliação do direito.

(b) O direito tem características necessárias que são também características necessárias da justiça (mas não de outros valores morais).

(c) A fidelidade ao direito é justa *pro tanto* (isto é, até certo ponto).

Eu venho argumentando que Hart rejeitou a tese (a) e aceitou certas versões de (b) e (c). Quanto a (c), a posição de Hart sobre a forma mínima de justiça inerente na aplicação do direito faz parte de uma descrição das suposições conceituais subjacentes ao discurso sobre a justiça na cultura jurídica contemporânea. Como diz Hart no Prefácio a *O Conceito de*

compreensão comum da justiça, a aplicação rigorosa do direito tem alguma importância moral sem chegar a ser *pro tanto* obrigatória. Lembre-se de como Matthew Kramer via a questão.

48 Sobre isso, veja LYONS, *Moral Aspects of Legal Theory*, p. 32–37.

49 Veja, por exemplo, HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 116–119.

Direito, sua principal intenção no livro é esclarecer o "quadro geral do pensamento jurídico",[50] o que é diferente de propor sua própria teoria ética de primeira ordem.

No restante desta seção, pretendo retomar a tese (b). Já vimos que, para Hart, regras gerais são características necessárias tanto do direito quanto da justiça. Vale lembrar algumas das implicações dessa posição. Nem toda regra jurídica serve para alocar benefícios e encargos (como faz toda regra de justiça), mas algumas regras jurídicas necessariamente o fazem. Isso significa que o direito realiza alocações por meio de regras gerais e, portanto, necessariamente lida com o mesmo assunto que a justiça. John Gardner não só criticou a versão hartiana da tese (b), mas também propôs uma versão alternativa de (b) que, segundo ele, Hart deveria ter notado. A versão alternativa relaciona o direito à justiça, não através do conceito de regra geral, mas através do conceito de julgamento (*ajudication*). Julgamentos são elementos necessários do funcionamento de sistemas jurídicos e necessariamente suscitam questões de justiça. Pelo menos é isso que Gardner tenta mostrar:

> Na maior parte do tempo, os benefícios e encargos das regras jurídicas não precisam ser repartidos. Eu não tenho uma cota de contratos para firmar ou violar nesta semana, e regras jurídicas que me permitem fazer, mas me impedem de violar, contratos não têm uma dimensão de alocação embutida. São regras básicas de confiabilidade. Mas elas têm uma dimensão de alocação secundária, ou implicações alocativas secundárias, sempre que um caso de violação de contrato chega aos tribunais. Pois nesse momento o tribunal não pode deixar de enfrentar a questão sobre quem arcará com os custos da violação alegada [...]. Trata-se agora de uma situação em que não há vencedores sem perdedores, não há ganhos sem perdas, e questões sobre como alocar tais ganhos e perdas são inevitáveis. Algumas dessas questões podem ser questões de correção, sobre como recuperar para os litigantes algum *status quo ante* ou *status quo alter*; algumas podem ser questões distributivas, sobre como repartir custos ou como dosar as penalidades, havendo múltiplos infratores ou múltiplas contribuições à infração; algumas podem ser questões procedimentais, sobre como chegar a uma decisão sobre algumas ou sobre todas essas coisas [...]. Essas são todas questões de justiça.[51]

[50] HART, *O Conceito de Direito*, p. 1.
[51] GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, p. 256.

Como vimos, uma interpretação plausível da versão hartiana da tese (b) admite que nem toda regra jurídica faz alocações, mas insiste que o direito não pode dispensar algumas regras que o façam. Gardner deveria admitir o mesmo tipo de ressalva em relação à sua tese. É verdade que o direito não pode dispensar a feitura de julgamentos. E é verdade que a prática de julgar envolverá inevitavelmente questões sobre alocação (e, portanto, questões de justiça). Mas isso não é o mesmo que dizer que absolutamente todos os julgamentos envolvem deliberação sobre como alocar benefícios e encargos. Por exemplo, alguns sistemas jurídicos praticam o dito controle "abstrato" de constitucionalidade. Independentemente de qualquer disputa concreta, uma autoridade previamente designada pode questionar a constitucionalidade de uma lei perante os tribunais.[52] Se o tribunal julgar a lei inválida, estará ele declarando vencedores e vencidos? Talvez a autoridade que propôs a ação seja a vencedora. Mas o que é que ela ganha exatamente? Ela pode estar agindo de acordo com deveres institucionais, sem buscar interesses específicos a não ser algum vago interesse coletivo na constitucionalidade das leis. E quem seria o perdedor? O órgão legislativo que criou a lei? Mais uma vez, é difícil dizer o que ele perderia. É estranho dizer que ele está perdendo uma oportunidade de realizar uma mudança legal. Talvez os únicos (embora indiretos) perdedores seriam aqueles cidadãos cujos interesses poderiam ter sido atendidos pela lei em questão. Essa última ideia enfrenta a objeção de que leis sujeitas a controle de constitucionalidade não são apenas aquelas que trazem benefícios identificáveis a sujeitos de direito. Um tribunal pode julgar inconstitucional uma lei que regula aspectos técnicos da burocracia estatal. A situação jurídica de algum burocrata pode ser de algum modo afetada pela decisão do tribunal (às vezes de um modo que o próprio burocrata enxergará com completa indiferença); mas que razão haveria para pensar que o tribunal vai abordar ou deve abordar o teste de constitucionalidade como uma questão sobre a correta alocação de benefícios e encargos entre os burocratas?

A ideia de que julgamentos necessariamente envolvem questões sobre justa alocação parece pressupor uma definição estreita de julgamento, uma definição de acordo com a qual julgamentos sempre dizem respeito a litigantes com queixas reais. Mas julgamentos podem ser muito mais

[52] Isso é não um caso de julgamento? Voltaremos a esse assunto em breve.

impessoais. Tribunais às vezes debatem a aplicação de normas relacionadas ao funcionamento do próprio sistema jurídico. Nesses casos, decisões são tomadas com base em argumentos técnicos que não têm relação clara com a alocação de benefícios e encargos (por exemplo, o Congresso aprovou a lei de acordo com o procedimento estabelecido na Constituição?). Alguém poderia dizer que toda decisão judicial, seja qual for sua relação com os reais interesses das pessoas, deve ser tomada com consciência de eventuais implicações indiretas para questões de alocação. Mas esse argumento parece retomar uma ideia contida na tese (a), isto é, a ideia de que a justiça é mais importante para julgadores do que outras considerações morais.

Eu acredito que a posição de Gardner está essencialmente correta, pois há uma conexão necessária entre o direito e a justiça que pode ser percebida através do conceito de julgamento. Esta seção procurou mostrar que há uma semelhança estrutural entre a versão hartiana da tese (b) e a versão alternativa de Gardner. Regras gerais fazem com que o direito possa ser avaliado como justo ou injusto *sempre que* as regras fizerem alocações. Da mesma forma, julgamentos fazem com que o direito possa ser avaliado como justo ou injusto *sempre que* os julgamentos envolverem alguma diferenciação entre vencedores (isto é, recebedores de benefícios identificáveis) e perdedores (isto é, o oposto dos vencedores). Com essa analogia em mente, nossa conclusão será a de que Gardner não encontrou uma ligação mais estreita entre a justiça e o direito do que aquela que já havia sido encontrada por Hart.

5. CONCLUSÃO

Este artigo procurou esclarecer as ideias de Hart sobre a relação entre a justiça e o direito. Hart não afirmou a primazia da justiça para fins de avaliação do direito; tampouco fez a afirmação de primeira ordem de que há uma obrigação moral derrotável de obediência ao direito (embora talvez ele visse esta afirmação como parte da compreensão comum do conceito de justiça); mas ele realmente afirmou que a justiça é a mais jurídica das virtudes morais. De todas as ideias de Hart sobre esse tema, a última se destaca como aquela que mais merece discussão. A ideia de que a justiça é uma virtude moral baseada em regras é uma ideia promissora que sobrevive a algumas objeções proeminentes. Por outro lado, a ideia de que a justiça é peculiar, pois outras virtudes morais não se baseiam em regras, é uma tese que pede argumentos adicionais. Ao fazer

essa afirmação, Hart sugeriu um projeto de pesquisa que ainda não foi realizado sistematicamente. Visto que o próprio Hart não analisou todas as virtudes morais para mostrar que não são baseadas em regras, é possível interpretar a afirmação de que a justiça é a mais jurídica das virtudes como uma afirmação epistêmica que indica que a justiça é a virtude cuja relação com o direito é *mais evidente* para nós. A pergunta sobre se há outras virtudes morais que têm também caráter regrado (e, nesse sentido, caráter jurídico) ficou para os sucessores de Hart.

Consideremos essa possibilidade brevemente. O que aconteceria se descobríssemos que outra virtude moral é tão regrada quanto a justiça? Isso mostraria a falsidade da afirmação de que a justiça é a mais jurídica das virtudes? Talvez não, pois uma hipótese interessante é aquela de que o que torna a justiça distintamente jurídica não é apenas sua relação com regras, mas um conjunto mais amplo de características. A justiça é uma virtude regrada que diz respeito à alocação de benefícios e encargos. Ela tem uma dimensão distributiva, que a torna relevante para a avaliação da legislação, e tem também uma dimensão corretiva ou compensatória, que a torna relevante para a avaliação da jurisdição. Pode ser que uma explicação adequada do caráter distintamente jurídico da justiça exija o reconhecimento de todas essas características (e talvez outras que ainda precisam ser percebidas). Nesse caso, a contribuição de Hart residirá no fato de que ele nos ajudou a entender uma peça do incompleto quebra-cabeça da justiça.

RECOMENDAÇÕES DE LEITURA:[53]

- D'ALMEIDA, Luis Duarte; DOLCETTI, Andrea; EDWARDS, James (coords.). *Reading HLA Hart's "The Concept of Law"*. Hart Publishing, 2013.
- GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford University Press, 2012 (especialmente os Capítulos 9 e 10).
- HART, H. L. A. *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Elsevier, 2010.
- MACCORMICK, Neil. *H.L.A. HART*. Elsevier, 2009.

[53] Nota do tradutor: estas recomendações não constam no artigo original.

Capítulo 11

HART E A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

João Vitor Penna[1]

1. INTRODUÇÃO

Uma das teses características e fundamentais do Positivismo Jurídico é a chamada Tese da Separabilidade, isto é, a tese de que o Positivismo nega a existência de uma conexão necessária entre o direito e a moral, pelo menos em um nível conceitual[2]. Tal tese é objeto de forte consenso entre os positivistas em um determinado nível básico, mas também alvo de grande dissenso: é sobre a forma de conceber esta tese que o positivismo descritivo contemporâneo está cindido entre positivistas inclusivos (que aceitam que a conexão entre direito e moral é contingente, mas conceitualmente possível) e positivistas exclusivos (que sustentam que a relação entre direito e moral é conceitualmente impossível)[3].

H. L. A. Hart se engaja em fornecer uma resposta a este problema no Capítulo IX de *O Conceito de Direito*. Na verdade, este tema é objeto de quase todo o livro, sendo uma das "questões persistentes" enunciadas

---

1 Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Advogado.

2 GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas, **Legal Positivism**, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>. acesso em: 2 abr. 2023.

3 Para uma explicação de como as críticas de Ronald Dworkin acerca da concepção da regra de reconhecimento de Hart geraram uma cisão no positivismo descritivo centrada na possibilidade de incorporação de critérios morais nesta regra, ver SHAPIRO, Scott J., The "Hart–Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed, *in*: RIPSTEIN, Arthur (Org.), **Ronald Dworkin**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 22–55.

desde o começo da obra[4]. O capítulo, porém, consolida os argumentos de Hart e busca compatibilizar o seu positivismo com outras formas possíveis de relação entre direito e moral que ele não nega.

Neste texto, apresentarei os principais conceitos e teses defendidas por Hart no Capítulo IX, com o objetivo de auxiliar a leitura do livro e esclarecer os principais problemas relacionados à tese da separação entre direito e moral na obra. Todos os pontos que serão discutidos neste texto foram alvo de longa controvérsia[5] e tentarei esboçar alguns pontos críticos relevantes. Porém, meu interesse, no momento, será voltado para a interpretação e ao esclarecimento dos argumentos de Hart. Assim, provavelmente deixarei diversas críticas relevantes de fora do debate, esperando que minhas indicações de leitura ao final supram, mesmo que parcialmente, as lacunas deixadas.

O capítulo IX foi dividido por Hart em três partes. Na primeira, ele fornece uma caracterização geral das Teorias do Direito Natural até então defendidas. Na segunda parte, Hart elabora a famosa tese do "conteúdo mínimo de direito natural", em que sustenta a existência de um conjunto de exigências derivadas da natureza humana que todo o sistema jurídico precisa contemplar minimamente para ser bem-sucedido. Na terceira parte, Hart analisa outras formas de relação entre direito e moral que não afetam a questão da validade jurídica e finaliza analisando o problema das leis injustas, a partir do qual ele formula um argumento em favor dos méritos de uma concepção positivista que defende a separação entre direito e moral. Dedicarei minha atenção neste breve texto para os argumentos formulados nas duas últimas partes do capítulo.

Assim, este texto está organizado da seguinte forma. No tópico 2, buscarei formular e sumarizar a tese efetivamente defendida por Hart no livro sobre a separação entre direito e moral. Nos tópicos 3 e 4, discutirei a tese do conteúdo mínimo de direito natural e qual é o seu sentido dentro da teoria hartiana, avaliando como é possível manter a tese da separabilidade mesmo diante desta concessão feita pelo autor. No tópico

---

4 HART, H. L. A., **O Conceito de Direito**, 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 11.

5 O Capítulo IX é extremamente rico em outras discussões que ganharam força e relevância no debate contemporâneo da Filosofia do Direito, como a questão das leis injustas, a obrigação moral de obedecer ao direito, a relação entre direito e coerção etc., problemas estes que não conseguirei aprofundar com a atenção necessária neste trabalho.

5, apresentarei uma análise sobre outras formas de relação entre direito e moral para Hart e o porquê de elas não invalidarem a tese da separabilidade. Por fim, no tópico 6, discuto o argumento metodológico de Hart acerca dos méritos de uma concepção positivista de direito que sustente a tese da separabilidade.

2. O SENTIDO DA TESE DA SEPARABILIDADE PARA HART

Desde o seu artigo "*Positivism and the Separation of Law and Morals*"[6], publicado em 1958[7], Hart defendeu a tese da separabilidade como traço fundamental do positivismo jurídico, que Hart recupera dos utilitaristas Bentham e Austin. No texto, Hart sustenta que a tese foi injustamente atacada não apenas por ser intelectualmente enganosa, mas também por ter consequências práticas deletérias ou por simplesmente diminuir a resistência à tirania e ao absolutismo. Há muitas injustiças nessas críticas[8] e Hart buscará demonstrar o oposto: a tese da separabilidade reforça o poder do teórico de produzir uma crítica contundente do direito positivo.

A tese da separabilidade pode ser concebida, em linhas gerais, como a tese de direito e moral são conceitualmente distintos – mas esta afirmação pode ter muitos sentidos. Nenhum positivista jurídico sério negaria que direito e moral estão relacionados de alguma forma. Por exemplo, é evidente que existe entre direito e moral uma relação de conteúdo, uma vez que é bastante comum que regras jurídicas e morais possuam as mesmas prescrições. Voltarei a estas relações mais à frente.

A tese sustentada por Hart no artigo de 1958 e consolidada em "O Conceito de Direito" é a de que a separação entre direito e moral está

---

6 HART, H. L. A., Positivism and the Separation of Law and Morals, **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958.

7 O artigo é a publicação em texto de uma Conferência dada por Hart na *Harvard Law School* em 1957, universidade onde lecionava Lon L. Fuller, com quem Hart se engajou em um importante debate sobre a relação entre o direito e a moral e acabou por formatar uma parte da discussão que será trabalhada neste tópico.

8 Hart defende os utilitaristas desta crítica: "Bentham e Austin não eram analistas secos, perdidos em distinções verbais enquanto cidades ardiam em chamas mas sim a vanguarda de um movimento que trabalhou, com apaixonada intensidade e com muito sucesso, para criar uma sociedade e leis melhores". HART, H.L.A., **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 56.

no nível da validade jurídica[9]. Os critérios que permitem dizer que uma regra jurídica é válida em uma determinada comunidade são distintos dos critérios que permitem dizer qual é a moralidade naquela mesma comunidade.

Hart afirma no capítulo IX que "não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito"[10]. Assim, a separação é colocada por Hart em um nível conceitual: não há uma relação necessária entre direito e moral porque é conceitualmente possível conceber ao menos uma hipótese em que a definição do que é o direito é independente do seu mérito moral; a conexão entre ambos, se houver, é meramente contingente.

Tais critérios de validade são explicados por Hart através da regra de reconhecimento, que é a regra secundária que determina os critérios para considerar que uma regra é jurídica e não outro tipo de regra social, ou seja, é a regra que define os critérios últimos para a validade jurídica. Esta regra é composta por uma série de práticas convergentes dos funcionários que aceitam esta regra social e a tomam como parâmetro de crítica. É a regra de reconhecimento que estabelece o fundamento do sistema jurídico, diferenciando-o dos outros sistemas de regras sociais, como a própria moral.

A moralidade, por sua vez, possui uma "validade" difusa – que talvez nem se possa chamar de "validade" –, isto é para considerar que uma regra é "moral" não se recorre à um conjunto centralizado de critérios, mas depende da sua existência enquanto prática. Para que a regra moral seja deste tipo precisa se adequar às condições de existência de uma regra social conforme descrito por Hart, ou seja, precisa que a regra possua os dois componentes básicos descritos nos primeiros capítulos de "O Conceito de Direito" : a convergência de conduta dentro da comunidade (aquilo que as regras se assemelham aos meros hábitos) e uma convergência de atitude dos membros desta comunidade (aquilo que Hart chama de "atitude crítico-reflexiva", a qual é descrita como atitude de, além de incentivar o cumprimento da regra, também criticar os desvios à regra e tomar a própria regra como fundamento para esta crítica).

Porém, afirmar que podem existir sistemas jurídicos sem critérios morais de validade não nos diz nada sobre se podem existir sistemas

9 HART, **O Conceito de Direito**, p. 201.

10 *Ibid.*, p. 202.

jurídicos *com* critérios morais de validade. Seria possível, então, considerar que critérios morais possam fazer parte dos critérios introduzidos na regra de reconhecimento?

Hart se filiará aos positivistas inclusivos (ou positivistas moderados – *soft positivists*) para defender que os critérios de validade da regra de reconhecimento podem – e em diversos casos o fazem – incorporar critérios morais (como princípios morais), ou seja, instituindo que naquele específico sistema jurídico somente terá validade jurídica aquilo que se conforma com um determinado parâmetro moral relevante. Este é o conteúdo da chamada Tese da Incorporação, defendida pelo positivismo inclusivo[11].

Esta filiação se tornou expressa no Pós-Escrito de "O Conceito de Direito"[12], mas já estava presente em uma famosa passagem do capítulo IX:

> Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; noutros sistemas, como em Inglaterra, em que não há restrições formais à competência do poder legislativo supremo, a sua legislação pode, contudo, de forma não menos escrupulosa, ser conforme à justiça ou à moral.[13]

Mesmo defendendo a possibilidade de incorporação de critérios morais na regra de reconhecimento, esta tese não deixa de ser positivista, defendendo um formato específico da tese da separabilidade. Assim, o positivismo inclusivo hartiano sustenta que a relação entre direito e moral é, no nível da validade jurídica, meramente contingente, mas conceitualmente possível – e, em muitos casos, verificável na prática de determinados sistemas.

3. UMA CONCESSÃO AO DIREITO NATURAL

A teoria que se contrapõe à tese da separabilidade do positivismo é a teoria do Direito Natural, que sustenta uma conexão necessária entre direito e moral, inclusive no nível da validade jurídica. Hart caracteriza esta teoria da seguinte forma:

---

[11] Neste sentido, ver HIMMA, Kenneth Einar, Inclusive Legal Positivism, *in*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (Orgs.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**, New York: Oxford University Press, 2002, p. 135–136.

[12] HART, **O Conceito de Direito**, p. 312.

[13] *Ibid*., p. 220.

> A pretensão de que entre direito e moral há uma conexão necessária tem muitas variantes importantes, nem todas conspícuas pela sua clareza. Há muitas interpretações possíveis dos termos--chave "necessário" e "moral" e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente, tanto pelos defensores como pelos críticos. A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. "Lex iniusta non est lex".[14]

Na visão de Hart esta teoria depende de uma série de pressupostos teológicos, epistemológicos e metafísicos acerca da natureza humana que não são mais viáveis no mundo moderno[15]. Porém, existe uma forma deflacionada da teoria – que encontra eco em pensadores como Hobbes e Hume – que assume uma concepção teleológica da natureza a qual pode indicar um caminho produtivo: eles veem a finalidade de sobrevivência humana como um núcleo para o Direito Natural[16]. Neste ponto, Hart precisa lidar com o fato de que existem recorrências importantes entre as ordens jurídicas. Uma das formas mais comuns de se defender o Direito Natural é sustentar que podemos identificar regras que se repetem entre todos os sistemas jurídicos conhecidos. Esta forma deflacionada de teoria do Direito Natural poderia defender, portanto, que estas recorrências se dão porque os seres humanos possuem uma finalidade comum que é a sua própria sobrevivência.

Hart, então, faz uma concessão relevante. Ele assume que a sobrevivência possui, de fato, um status especial com relação à conduta humana, não só porque ela é importante, mas porque ela se reflete em todas as estruturas de nosso pensamento e linguagem[17]. Os seres humanos estão preocupados com arranjos que garantam a sua existência e não a de um clube de suicidas. Este ponto conduz Hart a identificar uma série de truísmos acerca da natureza humana – isto é, verdades que são evidentes

[14] *Ibid.*, p. 170.
[15] *Ibid.*, p. 202.
[16] *Ibid.*, p. 207–208.
[17] *Ibid.*, p. 208.

em si mesmas –, que implicam na formulação de uma série de regras que ele chamará de "conteúdo mínimo de direito natural". A tese é que estas características humanas (truísmos sobre a natureza humana) induzem o Direito a funcionar de uma determinada forma, sob pena de ele não conseguir prosperar em sociedades reais. Assim, é uma tese acerca do que o Direito deve possuir para ser viável e se perpetuar, ou seja, para ser minimamente eficaz.

Neste ponto, já podemos antecipar que a tese não viola a tese da separabilidade hartiana porque o "conteúdo mínimo de direito natural" é colocado no nível da eficácia do sistema jurídico e não da sua validade. Um sistema jurídico que é não respeita um dos conteúdos mínimos é conceitualmente possível, mas possui baixa probabilidade de prosperar no tempo sem ajustes. Porém, não deixa de ser uma grande concessão ao Direito Natural[18], que merece um especial detalhamento.

4. O CONTEÚDO MÍNIMO DE DIREITO NATURAL

Como exposto, Hart assume que determinados truísmos acerca da natureza humana impõem que o Direito seja formatado de uma determinada maneira para que consiga ser eficaz e prosperar. Nesta seção, analisarei o "conteúdo mínimo de direito natural" em suas principais nuances. Abordarei, primeiramente, as regras que compõem este "conteúdo mínimo" para, em seguida, analisar como a sua exigência se justifica, traçando algumas distinções relevantes.

Hart descreve[19] a tese na forma de uma série de características humanas, entendidas enquanto truísmo derivados de sua natureza, que implicam na formatação de um grupo de regras jurídicas mínimas. Vejamos a seguir estas características e as regras que eles implicam.

(*i*) *Vulnerabilidade humana*. Os seres humanos são fisicamente vulneráveis a determinados danos e nenhuma comunidade jurídica prosperaria

[18] Sobre isso, afirma Gerald Postema: "Hart's argument is, on the surface, simple and straightforward, but just below the surface it is subtle, nuanced, and profound, and it plants the seeds of constraint on what looks like a significant concession to one important branch of the natural-law tradition" POSTEMA, Gerald J., **A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**, Dordrecht: Springer Netherlands, 2011, p. 329.

[19] HART, **O Conceito de Direito**, p. 210–216.

sem proteções específicas contra estes danos sérios causados pelos demais. Assim, qualquer sistema jurídico que queira ser eficaz precisa formular um conjunto de regras que proíbem o assassinato e a violência, conferindo proteções aos indivíduos normais contra a sua própria vulnerabilidade inerente.

(*ii*) *Igualdade aproximada*. Os seres humanos são vulneráveis, mas é certo que nem todos são no mesmo nível. Existem seres que são mais fortes do que outros (seja na força física, agilidade ou na capacidade intelectual). Porém, nem o mais poderoso dos seres humanos consegue utilizar sua diferença para dominar os demais por um tempo muito longo, tornando-o completamente imune às ofensivas dos outros – por exemplo, é evidente que em alguma hora este ser terá que dormir. Assim, torna-se necessário um sistema de abstenções mútuas e compromissos com os outros indivíduos que está na base das obrigações jurídicas e das morais.

(*iii*) *Altruísmo limitado.* Hart sustenta que os homens, em geral, não são nem completamente maus, nem completamente bons. Em comunidade, os sujeitos até desejam cooperar e ajudar uns aos outros, mas este altruísmo é limitado. Assim, reforça-se o sentido de que são necessários uma série de regras relativas a abstenções mútuas e compromissos com os outros que permitam restringir que o egoísmo humano se traduza em danos aos outros membros da comunidade.

(*iv*) *Recursos limitados.* O ser humano não sobrevive por si e precisa extrair da natureza os elementos necessários para sua subsistência. Em suma, o homem precisa, no mínimo, se alimentar para sobreviver. Isto induz a que sejam formuladas regras que ao menos uma forma mínima e rudimentar de propriedade individual e estabeleçam parâmetros para a sua proteção – para que possam se alimentar, os seres humanos precisam se apropriar de coisas no mundo para si e não para os outros. Além disso, as condições de vida em sociedade também implicam que estas obrigações possam, em algum sentido, ser modificadas, criando regras que criem formas de transferência, troca ou venda destas propriedades – isto porque as pessoas são conseguem sozinhas produzir e se apropriar de tudo que precisam e, por isso, um sistema de cooperação e divisão do trabalho é necessário para que os indivíduos consigam sobreviver.

(*v*) *Compreensão e força de vontade limitada.* Os seres humanos seguem regras por motivos muito distintos, que não podem ser centralizados em

uma só explicação geral: eles podem justificar o cumprimento das condutas impostas por adesão ao seu conteúdo (p. ex., acreditam que esta é a conduta correta), por respeito à comunidade ou até por simples coincidência de que aquele curso de ação é exatamente o mesmo da regra. Por outro lado, também são diversos os motivos pelos quais os seres humanos podem querer não seguir as regras, em razão de benefícios pessoais ou simplesmente por interesse na desobediência. Diante desta diversidade de motivos que operam sobre os indivíduos na hora de escolher seu curso de ação, o Direito também deve – se deseja ser bem-sucedido – prever estímulos à conduta prescrita pela regra. Estes estímulos são geralmente colocados na forma de um mal aplicado àqueles que não se comportaram conforme as prescrições, ou seja, através da aplicação da coerção. Hart afirma:

> Contudo, excepto em sociedades muito pequenas e fortemente coesas, a submissão a um sistema de restrições seria loucura, se não houvesse nenhuma organização para a coerção daqueles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem às suas obrigações. As "sanções" são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma garantia de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação voluntária num sistema coercivo.[20]

Neste truísmo encontramos um ponto importante na construção de Hart, pois é aqui que ele posiciona a coerção. A relação entre direito e coerção é um dos temas centrais da Teoria do Direito e do positivismo de Hart – é uma das três questões persistentes enumeradas no Capítulo I do livro –, embora sua posição esteja formulada de forma difusa ao longo de toda a obra. Uma das teses principais sustentadas ao longo da obra é a de que o conceito de direito e a normatividade jurídica – isto é, o sentido de que o direito é obrigatório – não depende da coerção, ao contrário do que sustentaram as teorias imperativistas. Hart formula um argumento, portanto, que explica a obrigatoriedade do direito sem recorrer à ideia de coerção, ou seja, uma tese acerca da normatividade jurídica que é independente dos incentivos para o cumprimento destas regras[21]. Porém,

[20] *Ibid.*, p. 214.

[21] Para uma análise da relação sobre a teoria das regras sociais de Hart, a noção de pressão social e coerção, ver PENNA, João Vitor; RODRIGUES, Filipe Augusto Oliveira, Regras, Obrigações

como estamos vendo, Hart não ignora o fato de que se considerarmos as sociedades reais, em todas as que conhecemos algum uso da coerção foi realizado; isto se explica, para Hart, exatamente em função da necessidade de eficácia do sistema: estas sociedades não seriam bem-sucedidas se não formulassem estímulos aos sujeitos que, por algum motivo, não querem seguir as condutas prescritas.

Exposto o que compõe o "conteúdo mínimo", podemos passar para a análise das razões pelas quais ele é exigido. Considero mais simples a percepção dos seus pressupostos quando já temos em mente o que eles são e quais são as questões que desejam responder.

Leslie Green divide os argumentos fornecidos por Hart para sustentar o "conteúdo mínimo de direito natural" em dois[22]: (1) a tese da viabilidade (*viability thesis*) e (2) a tese da conformidade voluntária (*voluntary compliance*). Estes não são argumentos necessariamente distintos, mas podemos tratá-los separadamente.

A tese da viabilidade já foi minimamente exposta. Ela aponta que existem certos tipos de regras que qualquer organização social precisa conter se ela deseja ser viável. No sentido hartiano, ser viável quer dizer garantir aquilo que pode ser tomado como um objetivo humano comum que é a sobrevivência, sendo esta ideia um ponto de partida razoável para a tese.

Leslie Green organiza os passos do argumento da seguinte forma – tomando como "N" o conjunto de tipos de regras impostos pelo "conteúdo mínimo de direito natural":

> 1. (Podemos pressupor que) cada um valoriza sua própria sobrevivência.
>
> 2. Em suposições plausíveis sobre o mundo e sobre os seres humanos, há um conjunto de regras N que conduzem à sobrevivência dos indivíduos.
>
> 3. Toda organização social viável proporciona a sobrevivência do indivíduo.
>
> 4. Portanto, toda moralidade social existente deve instanciar N.

---

e Normatividade em H. L. A. Hart, *in*: PENNA, João Vitor; RODRIGUES, Filipe Augusto Oliveira; SANTOS, Clarice (Orgs.), **Liga Acadêmica Jurídica do Pará – LAJUPA: 5 anos de um novo ensino jurídico**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 41–60.

22 GREEN, Leslie, The Morality in Law, *in*: D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.), **Reading HLA Hart's the Concept of Law**, Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2013, p. 337–348.

> 5. E todo sistema jurídico existente deve instanciar N.
>
> 6. E, assim, todo sistema jurídico existente deve conter um pouco do que a moralidade contém.[23]

A tese da conformidade voluntária traduz outra forma de ver a mesma questão, agora sobre o ponto de vista dos sujeitos que são chamados a obedecer às regras jurídicas. A tese sustenta que os indivíduos, tais como são, não teriam razões para obedecer voluntariamente ao direito se não fossem conferidas as proteções e determinações previstas no "conteúdo mínimo"[24], já que elas traduzem aquele conjunto de objetivo comuns que podemos pressupor que os sujeitos buscam. Sem um mínimo de cooperação voluntária na aceitação e obediência às regras, um sistema jurídico não seria viável, pois não é possível impor coerção sobre todos os sujeitos.

Novamente, Green apresenta os passos do argumento, relacionando-o com a tese anterior:

> 7. Um sistema jurídico não poderia existir sem um mínimo de conformidade voluntária de seus sujeitos.
>
> 8. Os sujeitos somente obedecerão voluntariamente se acreditarem que é de seu interesse fazer isso.
>
> 9. Somente se um sistema legal contiver N, os sujeitos acreditariam que o cumprimento voluntário é de seu interesse.
>
> 10. Portanto, todo sistema jurídico (existente) deve conter N.[25]

As duas teses levam ao alegado conteúdo mínimo que o direito precisa incorporar para ser viável, mas não implicam em uma tese acerca da natureza do direito em si. Elas dependem de uma tese acerca da natureza humana como a conhecemos, o que permite que elas variem conforme modificamos nossa percepção do ser humano. Por sua vez, nada dizem sobre o que é o direito em um nível conceitual.

Por fim, a tese do "conteúdo mínimo de direito natural" merece mais um esclarecimento. Estas regras compõem um conteúdo realmente mínimo, apenas no nível necessário para satisfazer condições de viabilidade

---

23 *Ibid*., p. 340–341, tradução livre.

24 HART, **O Conceito de Direito**, p. 209.

25 *Ibid*., p. 343, tradução livre.

daquele sistema jurídico. Elas são compatíveis com um conjunto de proteções extremamente deficiente moralmente e a história do direito possui diversos exemplos em que as exigências do "conteúdo mínimo" geraram regras cuja proteção foi direcionada apenas à alguns grupos da sociedade[26]. Além disso, haveria evidentes variações entre as formas em que as proteções do "conteúdo mínimo" seriam contempladas, uma vez que não há um compromisso desta tese com um certo tipo específico de proteção da vida ou da propriedade dos indivíduos, desde que haja algum tipo. Neste sentido, o "conteúdo mínimo de direito natural" não possui um compromisso forte com uma moralidade substantiva.

É neste sentido que Matthew Kramer conclui:

> Dado que as normas jurídicas que proíbem faltas muito graves em qualquer jurisdição particular podem diferir dos princípios corretos da moralidade exatamente nesse ponto, o "conteúdo mínimo de direito natural" não constitui nenhuma conexão necessária entre a substância do direito e a substância da moralidade. As meditações de Hart sobre a situação da humanidade não indicam tais conexões, apesar das aparências iniciais em contrário.[27]

Tudo isto apenas reforça a importante distinção entre a tese do "conteúdo mínimo de direito natural" e o que uma Teoria do Direito Natural deseja defender, reforçando o caráter positivista da tese hartiana.

5. OUTRAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL

Há muitas coisas não cobertas pela ideia de um "conteúdo mínimo de direito natural" que podem nos deixar perplexos. Invocar a necessidade de proteções e benefícios garantidos por um sistema de abstenções recíprocas – a necessária imposição de obrigações, tais como "não matar", "não lesionar", "respeitar a propriedade individual" etc. –, não diz nada sobre garantir necessariamente isto para todos[28]. Como a história nos mostrou, existem sociedades viáveis e que se perpetuaram no tempo

---

26 HART, **O Conceito de Direito**, p. 217.

27 KRAMER, Matthew H., **H.L.A. Hart: the nature of law**, Medford, EUA: Polity, 2018, p. 168, tradução livre..

28 HART, **O Conceito de Direito**, p. 217.

– talvez até as nossas, inclusive – que se estabeleceram garantindo estas proteções apenas para alguns privilegiados.

Hart aponta que existe um custo a ser pago com a formação do Direito e instituição das regras secundárias relacionado à possibilidade de as formas de opressão que são feitas pelas próprias regras jurídicas agora encontrarem apoio e reforço:

> A reflexão sobre este aspecto das coisas revela uma verdade tranquilizante (*sobering truth*): a passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obrigação são o único meio de controlo social, para o mundo jurídico com o seu poder legislativo, tribunais, funcionários e sanções, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com um certo custo. Os ganhos são os da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a opressão dum número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar, de um modo que o regime mais simples das regras primárias não podia.[29]

Creio que estas passagens são muito importantes por dois motivos. Em primeiro lugar, ela afirma um fato sociológico sobre o direito que, embora seja muito simples, não é banal e cuja denúncia pode ser objeto de uma intensa crítica moral. Na visão de Hart, esta constatação reforça e prestigia a tese da separabilidade, pois permite uma crítica moral bem-informada do direito positivo – conforme ainda será abordado.

Em segundo lugar, Hart quer mostrar que, diante deste risco inerente de reforço de determinadas formas e opressão e desigualdade, é natural que se considerem outras formas de relação entre o direito e a moral e que, com isso, sejam postuladas conexões necessárias entre ambos. Hart examinará seis formas desta relação que, embora existentes, não afetam a tese da separabilidade como postulada, ou seja, dentro do nível da validade jurídica. Resumirei esses apontamentos a seguir.

(*i*) *O poder e a autoridade*. Trata-se da tese de que o sistema jurídico deve se basear em uma obrigação moral de obedecer ou no valor moral do próprio sistema jurídico, sob pena de ele não ser obedecido. Tal afirmação não implica em uma conexão necessária entre direito e moral porque não é verdade que as pessoas aderem à um sistema jurídico somente porque ele é moralmente aceitável. Todo o exercício da autoridade e o seu

[29] *Ibid.*, p. 218.

uso do poder coercitivo necessita de aceitação pela comunidade. Porém, esta aceitação não precisa ter uma razão moral e muitas vezes se dá por motivos muito distintos, como, por exemplo, cálculos sobre interesses individuais a longo prazo ou simplesmente uma atitude não crítica[30].

(*ii*) *A influência da moral sobre o direito*. O direito de todos os Estados modernos apresenta pontos de conexão com a moralidade, seja espelhando determinadas regras morais ou concretizando ideais morais mais gerais[31]. Este tipo de conexão no nível do conteúdo do direito é inegável e nenhum positivista sério rejeitou esta relação. Porém, tal conexão é meramente contingente e totalmente variável, não havendo qualquer imposição que o direito internalize todo o conteúdo moral de uma comunidade.

(*iii*) *A interpretação*. Se é verdade que as leis exigem interpretação e que elas, em razão da sua construção linguística, possuem textura aberta, deixando um vasto campo para uma atividade criadora por parte do julgador, então é possível assumir que esta atividade é guiada por regras morais, pois normalmente exigimos dos julgadores que produzam interpretações razoáveis, não criem injustiças e não ofendam princípios morais estabelecidos[32]. Um positivista também é chamado a reconhecer esta conexão entre direito e moral no nível da interpretação das regras, embora ela seja também contingente, já que o julgador pode ser levado a guiar sua atividade com base em outros princípios relevantes.

(*iv*) *A crítica do direito*. É a afirmação de que um sistema jurídico deve se conformar com as exigências da justiça e da moral para ser *bom*. Mas haveria muito desacordo sobre quais seriam os padrões morais adequados, bem como os pontos de conformidade exigidos. De todo o modo, tal afirmação não é uma tautologia: é um fato de diversos sistemas jurídicos, com sua estrutura característica de regras primárias e secundárias, subsistiram durante um longo período mesmo desprezando princípios de justiça. Portanto, esta relação não afeta a tese conceitual da separabilidade.

(*v*) *Princípios de legalidade e justiça*. Existe outra forma de considerar a relação entre direito e moral enquanto necessária na medida que sempre seria realizado um mínimo de justiça toda a vez que o comportamento humano é controlado por regras sociais publicamente anunciadas e apli-

30 *Ibid.*, p. 219.
31 *Ibid.*, p. 220.
32 *Ibid.*, p. 220–221.

cadas judicialmente. Neste ponto, Hart faz uma menção implícita à tese de Lon Fuller sobre a "moralidade interna do direito": a tese de que o direito tem como propósito governar a conduta humana através de regras, que precisam cumprir um conjunto de oito exigências formais – as regras jurídicas precisam ser (1) gerais, (2) públicas, (3) não retroativas, (4) claras, (5) não contraditórias, (6) viáveis de serem cumpridas, (7) estáveis e (8) aplicadas tais como previstas[33] – que possuem natureza moral[34]. Sobre a teoria, a crítica de Hart em "O Conceito de Direito" é bastante simples: esta tese acerca da moralidade comporta muitas iniquidades dentro do sistema jurídico, ou seja, permite que exista um direito contrário à moral, o que reforça a tese de que eles estão separados no nível conceitual.

(*vi*) *Validade jurídica e resistência ao direito*. Trata-se da tese de que existem regras que satisfazem todos os critérios de validade e que são extremamente iníquas para serem consideradas direito válido. Tal afirmação ficou bastante popularizada entre juristas após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista as atrocidades do regime nazista, e inaugurou um movimento de recuperação das Teorias do Direito Natural que se pautaram em negar a validade jurídica para leis injustas, seguindo o famoso ditado de Santo Agostinho de que "uma lei injusta não é lei".

Este é, de fato, um desafio importante para Hart, o qual ele enfrenta formulando um argumento diferente. Hart considera que existem também méritos práticos em separar o direito da moral que acabam por se tornar um argumento sólido em favor do Positivismo Jurídico.

6. O ARGUMENTO EM FAVOR DO POSITIVISMO JURÍDICO

Todas estas relações elencadas por Hart são importantes, mas não são conceitualmente necessárias a ponto de confundir direito com a moral. Porém, o desafio da existência das leis injustas faz Hart colocar o ponto

33 FULLER, Lon L., **A Moralidade do Direito**, São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 48–53.2022.

34 Hart questiona se o que Fuller está nomeando como "moralidade interna" pode ser considerado como moralidade ou se não seria possível entendê-los como princípios de eficiência aplicáveis ao sistema jurídico. Hart, então, parece colocar a ideia de um "conteúdo mínimo de direito natural" exatamente no lugar dessa "moralidade interna", no campo da eficácia do sistema e não no conceito de direito.

em outro nível. Não se trata de avaliar a correição do uso linguístico do termo "direito", mas de escolher a melhor forma de empregar tal conceito, ou seja, de avaliar os méritos de um conceito em razão de sua utilidade[35].

Hart sustenta que é possível considerar linguisticamente dois conceitos de direito enquanto modos de classificar as regras jurídicas[36]: (1) um conceito mais amplo, que agrupa e considera como regras jurídicas todas aquelas que satisfazem os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, independente da qualidade de seu conteúdo; e (2) um conceito mais restrito, que exclui regras moralmente ofensivas da consideração enquanto direito, mesmo que elas satisfaçam os testes formais do sistema.

Hart defende que o "conceito mais amplo" – que implica na defesa da tese da separabilidade[37] – é mais adequado em razão de um argumento que chamarei – seguindo Wilfrid J. Waluchow[38] – de argumento da clareza intelectual (*argument from intellectual clarity*).

Para Hart, devemos adotar um conceito de direito que inclui leis injustas dentro do campo do direito válido porque esta distinção nos fornece maior clareza acerca de importantes discussões que fazemos no curso de nossas práticas sociais. Ele afirma:

> Um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas.[39]

---

35 HART, **O Conceito de Direito**, p. 225.

36 *Ibid.*, p. 225–226.

37 Ainda no início do capítulo, Hart associou o Positivismo Jurídico, em contraste com a Teoria do Direito Natural, como uma teoria que caracteristicamente defende a tese da separabilidade entre direito e moral. Por isso, um argumento em favor do Positivismo é essencialmente um argumento em favor da tese da separabilidade. Esta associação pode ser entendida como imprecisa ou pelo menos merecendo algum esclarecimento tendo em vista as variações do Positivismo contemporâneo. Porém, seguindo a linha deste trabalho, seguirei esta leitura de Hart no início do Capítulo IX: "aqui tomaremos o Positivismo Jurídico com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito" *Ibid.*, p. 202.

38 WALUCHOW, Wilfrid J., **Inclusive Legal Positivism**, New York: Oxford University Press, 1994, p. 98.

39 HART, **O Conceito de Direito**, p. 227–228.

Não ganhamos nada em misturar os conceitos. Para o sujeito que age com base no direito, identificar claramente o que é o direito válido e o que é o justo permite a análise dos elementos que tornam as leis injustas e a forma como se pode resistir a elas. Permite observar como aquelas leis se tornaram leis e identificar os pontos em que o agente pode resistir à sua imposição, mudando a legislação ou simplesmente depondo o governo posto e instituindo uma nova ordem.

Para o teórico do direito, a distinção é ainda mais importante. Ela permite colocar as questões no seu devido lugar e evitar uma hipersimplificação de questões muito importantes e complexas que estão em jogo nas práticas sociais. Permite ver que existem diferentes formas de como se pode criticar o direito e alegar a imoralidade das leis que um conceito restrito não permite. Como afirma Hart, o "estudo do uso [do direito] envolve o estudo do seu abuso"[40].

Neste ponto, o argumento de Hart é metodológico e metateórico, pois apresenta razões pelas quais devemos sustentar uma teoria específica em função de seus méritos. Assim, a tese é um argumento em favor de uma boa Teoria do Direito, e não uma tese sobre verdade ou sobre as condições de possibilidade de uma teoria jurídica adequada. A clareza intelectual, ou seja, a quantidade de esclarecimento que a tese produz para o teórico na apreensão das práticas sociais, é o critério fundamental em favor do Positivismo Jurídico enquanto uma boa teoria.

Waluchow apresenta um contraponto ao argumento hartiano. O argumento da clareza intelectual não seria uma razão suficiente para defender o Positivismo Jurídico – e a tese da separabilidade – contra a Teoria do Direito Natural pois esta poderia alegar que é o Positivismo que obscurece a discussão[41], dando caráter de direito para o que não é geralmente considerado como tal, como as próprias leis demasiadamente injustas. O Positivismo de Hart indicaria que a avaliação sobre a justiça e a correição das leis estaria fora do escopo de uma Teoria do Direito, que se preocuparia apenas com a identificação do cumprimento dos requisitos formais de validade definidos por um sistema de regras primárias e secundárias. Um teórico do Direito Natural, por sua vez, poderia sustentar que as leis injustas não precisariam ser excluídas do escopo da teoria jurídica, podendo ser consideradas como "espécimes

40 *Ibid.*, p. 226.

41 WALUCHOW, **Inclusive Legal Positivism**, p. 99.

patológicas de direito"[42]. O Positivismo Jurídico, portanto, não produz a clareza alegada porque, em diversos casos, acaba também obscurecendo questões morais relevantes sobre o direito, como o fato de se estar exercendo uma autoridade e exigindo o cumprimento de condutas baseadas em leis injustas.

David Dyzenhaus possui um argumento parecido ao sustentar que a tese da separabilidade não ilumina a complexidade moral da situação da aplicação das leis injustas[43]. Quando um juiz é chamado a aplicar uma lei injusta, Hart considera que ele deve dizer que "isto é direito, mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido"[44], traçando uma clara distinção entre o que é o direito válido – que é uma questão da Teoria do Direito – e o qual é o dever do juiz com relação à aplicação das leis – que é uma questão de teoria moral e política. Tal distinção, forçada pela tese da separabilidade, empobrece a discussão da Filosofia do Direito[45], pois não haveria clareza alguma a celebrar em uma teoria que deixe de lado a complexidade das questões em jogo no momento da aplicação das leis.

Neste sentido, afirma Dyzenhaus:

> Um teórico do Direito Natural pode responder às afirmações de Hart sobre deliberação moral apontando que seu conceito de direito falha em trazer à luz a complexidade moral causada pela existência de uma lei muito injusta, porque o conceito não pode explicar por que um juiz se depara, nessa situação, com um conflito de deveres. Esse conflito, por sua vez, indica porque o conceito de direito de Hart não ajuda a investigação teórica. Em vez disso, precisamos de uma teoria jurídica que possa explicar o conflito como um conflito entre deveres do mesmo tipo - que o juiz é puxado em uma direção pelo dever moral de aplicar a direito e em outra pelo dever moral de não o fazer.[46]

Pode-se, portanto, avaliar se a tese da separabilidade é uma boa forma de produzir clareza na análise do direito ou se a própria noção clareza intelectual é um bom critério para determinar a escolha de uma teoria jurídica adequada. De qualquer forma, deve-se perceber que a defesa enfática de Hart da tese da separabilidade possui tanto uma função teórica – de nos

---

42 *Ibid.*, p. 101.

43 DYZENHAUS, David, **The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart**, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 53.

44 HART, **O Conceito de Direito**, p. 224.

45 DYZENHAUS, **The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart**, p. 56.

46 *Ibid.*, p. 54, tradução livre.

fornecer uma visão clara e inteligível do Direito – quanto uma função prática – de fornecer instrumentos para uma atuação crítica perante o Direito. Hart não era um analista cego e politicamente irresponsável. A diferenciação conceitual entre os domínios do Direito e da Moral nos serve exatamente para identificar quando estamos diante de um direito válido, mas extremamente iníquo, que mereça crítica, mudança e resistência. É, na verdade, uma forma de reforçar a crítica moral do direito e não de diminuí-la.

RECOMENDAÇÕES DE LEITURA:

1. HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, p. 593–629, 1958. O artigo foi publicado em português em HART, H.L.A. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
2. FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, v. 71, n. 4, pp. 630-672, 1958. Recomendo, ainda, a leitura da obra principal de Fuller, recentemente traduzida para português: FULLER, Lon L. **A Moralidade do Direito**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.
3. D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.), **Reading HLA Hart's the Concept of Law**, Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2013.
4. GREEN, Leslie, Positivism and the Inseparability of Law and Morals**, New York University Law Review**, v. 83, p. 1035--1058, 2008.
5. KRAMER, Matthew H., **H.L.A. Hart: the nature of law**, Medford, EUA: Polity, 2018.

Capítulo 12

HART E O DIREITO INTERNACIONAL: COMENTÁRIOS SOBRE O CAPÍTULO X DE "THE CONCEPT OF LAW"

Thomas Bustamante[1]

INTRODUÇÃO

O objetivo do capítulo X de *The Concept of Law* é dissipar dúvidas sobre a possibilidade de explicar caráter *jurídico* do direito internacional. A concepção hartiana que enxerga o sistema jurídico como uma "união de regras primárias e secundárias" foi apresentada nos capítulos cinco, seis e sete da obra como um "meio-termo entre dois extremos", segundo os quais o sistema jurídico poderia ser compreendido ou simplesmente como uma "ordem sustentada por ameaças", ou então de acordo com a "ideia complexa de moralidade".[2]

Não obstante, a noção de que um sistema jurídico é uma união entre regras primárias de comportamento e regras secundárias para identificação, modificação e aplicação de regras primárias lança um desafio para o direito internacional, pois a ausência de "uma legislatura internacional, cortes com jurisdição compulsória e sanções centralmente organizadas" pode levar alguns duvidar do caráter jurídico do direito internacional.[3]

Para responder a esse desafio, Hart sustenta que o seu objetivo em *The Concept of Law* é oferecer uma "elucidação do *conceito* de direito, ao invés de uma definição de 'direito' que se pudesse ... esperar [ser capaz de]

---

1 Professor associado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ/PQ-Nível 1-D).

2 HART, H.L.A.**The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 213.

3 Ibid, p. 214.

prover uma regra ou [um conjunto de] regras para o uso dessas expressões".[4] Ao contrapor as noções de "conceito" e de "definição", que se não fosse essa observação poderiam parecer equivalentes, Hart visa evitar a acusação de essencialismo e fornecer uma descrição de como o conceito de direito é *de fato* compreendido nas práticas discursivas em que ele é empregado, preferindo uma teoria semântica baseada em regras relativamente flexíveis (capazes de acomodar exceções e casos fronteiriços) a uma semântica baseada em regras fixas e imutáveis.

Embora o direito internacional talvez não seja um "caso central" de direito, Hart considera vantajoso categorizá-lo dessa maneira para evitar a acusação de que seu conceito de direito não dá conta de explicar certos usos típicos que fazemos da expressão.

Hart atrai para si, portanto, a tarefa de dissipar as dúvidas sobre o status jurídico do direito internacional, as quais decorrem (segundo o autor) do fato de a ausência de instituições como legislação e cortes com jurisdição compulsória tornar o direito internacional análogo a uma "*forma simples* de estrutura social, consistente apenas de regras de obrigação".[5] Hart caracteriza o direito internacional, em outras palavras, como mais próximo de um "sistema primitivo",[6] em que as interações entre os participantes são regidas apenas por regras primárias, do que dos sistemas complexos que encontramos quando voltamos a nossa atenção para o direito nacional.

Para Hart, há duas maneiras de responder à objeção de que o direito internacional não pode ser classificado como "direito": uma primeira resposta, que Hart classifica como "superficial", fixa a extensão do conceito de direito de acordo com uma "convenção *ad hoc*", semelhante à convenção que aplicamos quando fixamos um nome próprio, e estabelece que o direito internacional se enquadra nesta definição; outra resposta, mais complexa, analisa o conceito de direito a partir dos "princípios ou razões" que, apesar de implícitos, empregamos para fixar a extensão de um conceito.[7]

---

4 Ibid, p. 213.

5 Ibid, p. 214.

6 WALDRON, Jeremy. International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence?, in D'ALMEIDA, Luís Duarte; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (Orgs.), **Reading H.L.A. Hart's 'The Concept of Law'**, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 378-404.

7 HART, 1994, p. 215.

De acordo com Hart, somente a segunda resposta às dúvidas sobre o caráter jurídico do direito internacional pode ser satisfatória, pois a primeira é adequada para descrever apenas nomes próprios, e não termos gerais. As dúvidas sobre o caráter do direito internacional devem ser eliminadas, portanto, à luz dos princípios que empregamos para fixar a extensão do conceito de direito.

Hart enfrenta esse desafio ao considerar duas classes de dúvidas, tratadas nas seções 2 e 3 do capítulo X: inicialmente, as dúvidas derivadas da ausência de sanções organizadas e, em segundo lugar, as dúvidas sobre a capacidade de os Estados estarem, eles próprios, sujeitos a obrigações jurídicas. Depois de afastar essas dúvidas, Hart compara ainda o direito internacional com a moralidade, na seção 4, e apresenta uma crítica a Kelsen, na seção final.

Seguirei, nas próximas linhas, o mesmo percurso de Hart, apresentando também, ao final deste capítulo, um breve comentário a algumas objeções que foram apresentadas à visão de Hart sobre o direito internacional. Concluo, finalmente, com um apêndice em que discuto os debates posteriores entre Kelsen e Hart sobre o direito internacional.

1. O DIREITO INTERNACIONAL E A AUSÊNCIA DE SANÇÕES CENTRALMENTE ORGANIZADAS

A primeira questão persistente que Hart pretende responder no capítulo é a seguinte: como é possível a existência de normas internacionais vinculantes?

Ao responder a essa indagação, Hart reitera as críticas que ele havia aduzido contra Austin, no capítulo 2, e sustenta que "argumentar que o direito internacional não é vinculante por causa da sua falta de sanções organizadas é aceitar tacitamente" a teoria segundo a qual uma obrigação jurídica "é essencialmente uma questão de ordens mantidas por meio de ameaças".[8] Se nos livrarmos da ideia de que a tarefa da ciência do direito é meramente realizar uma "análise preditiva" do comportamento de sujeitos jurídicos e oficiais, podemos rejeitar essa concepção, pois ela é incapaz de enxergar a diferença entre, de um lado, "ter uma obrigação" ou

[8] Ibid, p. 217.

"estar vinculado" por uma norma e, de outro lado, estar em uma posição passível de "sofrer a sanção ou punição ameaçada em caso de desobediência".[9]

Segundo Hart, a presença de um sistema de sanções centralmente organizadas não é uma propriedade essencial do direito, e neste aspecto o direito internacional é um contraexemplo interessante. A ausência de um aparato centralmente organizado para aplicação de sanções no direito internacional não compromete o status jurídico da ordem internacional porque a ordem internacional possui características próprias que tornam menos necessária, em comparação com a ordem jurídica doméstica, a existência dessas sanções. Uma diferença fundamental entre o direito internacional e o direito interno é que este último se refere a uma "sociedade de indivíduos, aproximadamente iguais em termos de força física e vulnerabilidade", de modo que sanções físicas como penas de privação da liberdade "são tanto necessárias quanto possíveis".[10] A "necessidade" a que se refere Hart, aqui, não é uma necessidade lógica, mas prática, pois decorre da exigência de que "aqueles que voluntariamente se submetam às restrições do direito não sejam meras vítimas de malfeitores que iriam, na ausência de tais sanções, usufruir das vantagens do respeito ao direito pelos outros, sem eles próprios o respeitarem".[11]

O caso do direito internacional é diferente porque a sociedade internacional é uma sociedade de estados, onde há certos incentivos naturais que fazem com que a agressão entre estados seja bem mais custosa para o agressor. A pressão social para cumprimento das normas de direito internacional, tendo em vista o tipo de relações existentes entre os estados, é mais fácil de se obter porque a agressão entre estados tem um caráter mais ostensivo, que impõe ao agressor um custo político e moral mais elevado. "O uso da violência entre os estados deve ser público", argumenta Hart, "e apesar de não haver uma força policial internacional, haverá pouca certeza de que a questão permanecerá uma disputa entre o agressor e a vítima, como poderia ser no caso de assassinato e roubo, na ausência de polícia. Iniciar uma guerra, mesmo para

[9] Ibid.
[10] Ibid, p. 218.
[11] Ibid, p. 218-219.

a potência mais forte, é arriscar um resultado que raramente se pode prever de modo razoável".[12]

Em vista dos elevados custos reputacionais, políticos, econômicos e sociais para os estados que violem as normas de direito internacional, Hart acredita que a eficácia dessas normas é menos dependente de sanções, em comparação com a das normas de ordens jurídicas nacionais.

2. OBRIGAÇÕES JURÍDICAS E SOBERANIA ESTATAL

A segunda dúvida que Hart pretende dissipar em relação ao caráter jurídico do direito internacional decorre da dificuldade sentida por muitos teóricos para explicar o fato de um estado soberano poder estar "vinculado" ou "ter uma obrigação" perante o direito internacional.[13]

A força dessa objeção depende do conceito de soberania com que se opere, e Hart acredita que uma vez abandonado o modelo de Austin (segundo o qual o direito é um conjunto de signos que expressam a vontade de um soberano de que um subordinado político atue de determinada maneira, sob pena de sofrer uma sanção), é possível dissipar as dúvidas sobre a natureza jurídica do direito internacional.

No contexto dos debates tradicionalmente travados no âmbito da teoria do direito, a noção de soberania é usualmente empregada para designar "uma pessoa acima do direito, cuja palavra é [tratada como] direito para os seus subordinados ou súditos". No entanto, para responder à objeção que estamos a examinar é necessário estender a nossa análise para um contexto mais amplo, que se refere "não a uma legislatura ou algum outro elemento ou pessoa *no interior* do estado, mas ao estado em si".[14] A ideia de soberania *estatal*, para Hart, agrega complexidade a este debate porque a expressão "estado" não é equivalente a "alguma pessoa ou coisa 'naturalmente' fora do direito", mas se refere a "dois fatos: primeiro, que uma população habitando um território vive sob a forma de governo organizado provida por um sistema jurídico" e, segundo, "que o governo goza de um grau vagamente definido de independência".[15]

[12] Ibid, p. 219.
[13] Ibid, p. 220.
[14] Ibid, p. 221.
[15] Ibid.

Compreender a noção de soberania estatal passa por compreender a extensão dessa independência, que, de acordo com Hart, pode variar em pelo menos quatro níveis: 1) um modelo de "legislatura mundial" semelhante à do parlamento britânico, que possui "poderes juridicamente ilimitados para regular os assuntos internos e externos" de todos os estados; 2) um modelo de "legislatura federal", com competência jurídica sobre determinados assuntos; 3) um regime "em que a única forma de controle jurídico consiste em regras geralmente aceitas como aplicáveis a todos"; e 4) um regime em que a única forma de obrigação reconhecida é contratual ou autoimposta, de modo que a independência de um estado é juridicamente limitada apenas pelos seus próprios atos".[16]

O primeiro passo para responder à objeção de que a soberania estatal seria um obstáculo à sujeição dos estados ao direito internacional é, portanto, reconhecer que há diferentes formas e graus possíveis de "dependência ou independência" desses estados. "A palavra 'soberano' significa não mais do que 'independente'; e, como esta última, é uma força negativa: um estado soberano é um [estado] que *não* se sujeita a certos tipos de controle, e a sua soberania é a área de conduta em que ele é autônomo".[17]

Hart argumenta que somente quando tomamos em conta essa dimensão gradual do conceito de soberania é que podemos perceber a fragilidade da objeção. A suspeita em relação à possibilidade de sujeição dos estados ao direito internacional decorre de uma interpretação excessivamente rigorosa do conceito de soberania estatal. "Sob a influência" dessa interpretação rigorosa, "somos levados a crer que tem que haver em cada sistema jurídico um legislador soberano que não está sujeito a nenhuma limitação, da mesma maneira que somos levados a crer que o direito internacional deve ser de tal modo porque os estados são soberanos e insusceptíveis de qualquer limitação que não tenha sido criada por eles mesmos".[18] A crença em uma soberania ilimitada é, no entanto, baseada em um "uso acrítico da ideia de soberania", pois tanto no caso do direito interno como no do direito internacional ela "prejulga uma questão que nós só podemos responder quando examinamos as regras efetivamente existentes". Para Hart, a maneira correta de se formular a questão sobre

[16] Ibid, p. 222.
[17] Ibid, p. 223.
[18] Ibid.

o alcance da soberania no direito municipal é "qual é a extensão da autoridade legislativa suprema reconhecida em tal sistema?", enquanto no direito internacional a questão é "qual é a área máxima de autonomia que as regras [do direito internacional] atribuem aos estados?"[19]

A objeção de que a soberania estatal impede a submissão dos estados ao direito internacional inverte, portanto, a ordem correta das perguntas, porque "não há maneira de saber que tipo de soberania os estados têm, até sabermos quais são as formas de direito internacional e se elas não são meramente formas vazias".[20] Quando tornamos explícitas as premissas implícitas na objeção, percebemos que ela decorre de uma adesão injustificada às teorias "voluntaristas" ou da "autolimitação", que "tentam reconciliar a soberania (absoluta) dos estados com a existência de regras vinculantes de direito internacional, ao tratar todas as obrigações internacionais como autoimpostas, ao modo das obrigações que surgem de uma promessa".[21] Essas teorias, explica Hart, "são na realidade a contraparte no direito internacional da teoria do contrato social na ciência política".[22]

Elas fracassam, de acordo com Hart, por três razões.

Primeiramente, elas não explicam por que os estados somente poderiam estar vinculados por normas autoimpostas. O princípio de autolimitação é assumido ao invés de demonstrado, e tal postulação é desacompanhada de um esforço de sua confirmação na realidade empírica da prática do direito internacional. Em segundo lugar, elas não fornecem uma explicação fundante, como seus defensores supõem. Para que manifestações como "promessas, acordos ou tratados" venham a dar origem a obrigações, já devem existir certas "regras ... estabelecendo que um estado é vinculado a fazer o que ele se compromete por meios apropriados", mas os defensores da teoria nem sequer tentam demonstrar essa pressuposição.[23] Finalmente, elas ignoram a necessidade de distinguir a hipótese, assumida *a priori*, de que o estado só se obriga pelo que ele próprio estabelece, da prática de fato em vigor. De acordo com Hart, argumentos analíticos e acontextuais não funcionam porque "somente uma análise desapaixonada da prática real dos estados pode demonstrar se essa

[19] Ibid, p. 223-224.
[20] Ibid, p. 224.
[21] Ibid.
[22] Ibid.
[23] Ibid, p. 225.

visão é correta ou não". Um bom argumento deve, portanto, realizar um escrutínio detalhado que "não pode ser feito sem considerar as exceções a essa doutrina [da soberania estatal]".[24]

Ao se debruçar sobre a prática do direito internacional, Hart aponta um conjunto de situações impossíveis de serem explicadas por essas teorias, como o caso das obrigações assumidas por novos estados (que encontram um arcabouço normativo preexistente e não têm oportunidade de expressar seu consentimento às normas de direito internacional vigentes ao tempo de sua criação) e o caso dos estados que adquirem certos territórios (como um mar territorial) e passam a sofrer a incidência de normas a que não tiveram a oportunidade de consentir.[25] Do mesmo modo, quando nos deparamos com casos mais controvertidos, como o dos "efeitos sobre não pactuantes de tratados gerais ou multilaterais", resta claro que a conclusão geral de que "todas as obrigações internacionais são autoimpostas" foi inspirada "por muitos dogmas abstratos e muito pouco respeito pelos fatos".[26]

3. O DIREITO INTERNACIONAL E A MORALIDADE

No capítulo V de *The Concept of Law*, Hart havia considerado a "forma simples de estrutura social" que ele caracterizou como "sistemas primitivos" compostos apenas por "regras primárias de obrigação". De acordo com sua análise, esse tipo de ordem social estaria sujeito a três defeitos graves que os sistemas jurídicos complexos dão conta de remediar: 1) o *caráter estático*, pois suas regras somente seriam alteráveis "pelo lento processo de crescimento e desuso"; 2) a *incerteza*, pois a identificação dessas regras seria inconclusiva, por não ter à disposição um critério de validade jurídica; e 3) a *ineficácia*, pois "o estabelecimento do fato de sua violação em casos particulares, bem como a aplicação de pressão social aos ofensores, seria "caótico, demorado e frágil".[27] A solução para esses problemas estaria, como arguido no capítulo V,[28] em regras secundárias

[24] Ibid, p. 225-226.
[25] Ibid, p. 226.
[26] Ibid.
[27] Ibid, p. 227.
[28] Ibid, p. 91-99.

prevendo procedimentos de modificação, identificação e aplicação das regras primárias.

De acordo com Hart, "na forma o direito internacional se assemelha a esse tipo de regras primárias, embora o conteúdo de suas regras ... seja bastante diferente daquelas de uma sociedade primitiva, e muitos dos seus conceitos, métodos e técnicas sejam os mesmos do direito doméstico moderno".[29] Seria um equívoco, porém, pensar, como Austin, que o direito internacional se confundiria com uma "moralidade positiva", impropriamente denominada "direito".[30]

Uma primeira razão para diferenciar o direito internacional da moralidade é que as avaliações que os sujeitos de direito internacional fazem uns dos outros é diferente quando eles realizam uma apreciação moral ou uma avaliação jurídica fundada no direito internacional. Avaliações com base nas regras de direito internacional apelam a um tipo distinto de pressão social, em comparação com a moralidade. Enquanto críticas fundadas na moralidade realizam um "apelo à consciência, realizado na expectativa de que uma vez que a pessoa direcionada seja relembrada do princípio moral em questão ela possa ser levada, por culpa ou vergonha, a respeitá-la ou reparar", pretensões fundadas no direito internacional "não são expressas nesses termos", pois se fundam em argumentos de natureza técnica como precedentes, tratados e opiniões jurídicas.[31]

Em segundo lugar – e provavelmente mais importante – "as regras de direito internacional, assim como as de direito municipal, são com frequência moralmente indiferentes" e têm funções diferentes da moralidade. Diferentemente das regras morais, uma das "funções típicas do direito", ausente na moralidade, é a de maximizar a certeza, previsibilidade e acessibilidade de certas reivindicações. "É por esse tipo de razão", nos diz Hart, que "do mesmo modo que esperamos que um sistema jurídico nacional, mas não a moralidade, nos diga quantas testemunhas um testamento válido deve ter, também esperamos que o direito internacional, mas não a moralidade, nos diga coisas como o número de dias que uma

[29] Ibid, p. 227.

[30] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined.** Cambridge, Cambridge University Press, reimpressão, 1995, p. 20.

[31] HART, 1994, p. 228.

embarcação beligerante pode passar em um porto neutro para reabastecimento e reparos" ou "a extensão de águas territoriais".[32]

Em terceiro lugar, há uma diferença quanto à possibilidade de modificação intencional de regras. Apesar de certas normas jurídicas serem capazes de desencadear um processo de mudança no conteúdo de certas obrigações morais, "a noção de uma legislatura criando ou repelindo normas morais é, como vimos no Capítulo VII, absurda". Para Hart, "uma legislatura não pode introduzir uma nova regra e atribuí-la o status de moral por mero *fiat*, do mesmo modo que ela não pode, pelos mesmos meios, dar a uma regra o status de uma tradição".[33] Segundo Hart, o contraste com o direito internacional é, neste ponto, claro, pois "não há nada na natureza ou função do direito internacional que é similarmente inconsistente com a ideia de que regras podem ser submetidas a uma modificação legislativa; a ausência de uma legislatura [no direito internacional] é apenas uma ausência que muitos pensam ser um defeito que algum dia será reparado".[34]

Finalmente, Hart acredita que, assim como no direito interno, há uma plêiade de razões pelas quais a pressão social para obediência do direito internacional possa ser mantida. Embora seja predominante a convicção de que os estados têm razões morais para aceitar e obedecer às normas de direito internacional, este nem sempre é o caso. "Apesar de *poder* haver tal senso de uma obrigação moral [de respeito ao direito internacional como um todo], é difícil ver por que ou em que sentido ela *deve* existir como uma condição para a existência do direito internacional".[35] Assim como no caso do direito interno, as razões para a aceitação do direito internacional podem ser de diferentes categorias, como razões morais, razões relativas à necessidade de coordenação, razões prudenciais, ou de outras modalidades que se possa imaginar.

4. ANALOGIAS DE FORMA E CONTEÚDO ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO INTERNACIONAL

Depois dissipar suas dúvidas sobre a possibilidade de classificar o direito internacional como "direito", Hart adverte, na última seção do seu

[32] Ibid, p. 229-230.
[33] Ibid, p. 230.
[34] Ibid.
[35] Ibid, p. 231.

capítulo, contra o risco oposto de desconsiderar as diferenças de forma entre o direito interno e o direito internacional. De acordo com Hart, "a estrutura formal do direito internacional, que carece de um legislador, cortes com jurisdição compulsória e sanções oficialmente organizadas, parece muito diferente do direito municipal". No entanto, alguns teóricos, "na ânsia de defender contra o cético a legitimidade de denominar o direito internacional 'direito', sucumbiram à tentação de minimizar ... as diferenças formais [entre os dois sistemas], e exagerar as analogias que podem ser encontradas entre o direito internacional e a legislação ou outras características formais desejáveis do direito doméstico".[36]

Um argumento nesse sentido, que Hart classifica como flagrantemente implausível, é o de que uma guerra por meio da qual a parte vencida ceda parte do seu território ao vencedor, ou assuma algum tipo de obrigação, ou ainda tenha uma redução na sua independência, "é em essência um ato legislativo". De acordo com Hart, "poucos ficariam impressionados com esta analogia", pois uma diferença marcante entre o direito interno e o internacional "é que o primeiro usualmente não reconhece, como faz o último, validade a acordos extraídos por meio da violência".[37]

Há, porém, outras analogias mais robustas entre os dois sistemas jurídicos, como (i) a que rechaça o diagnóstico de Hart sobre o caráter primitivo do direito internacional com base no fato de que há cortes permanentes de direito internacional cujas decisões quase sempre são devidamente cumpridas pelas partes, ou (ii) o argumento de Kelsen[38] de que o direito internacional conteria "sanções descentralizadas" (como, por exemplo, o recurso à guerra ou a retaliações) que seriam análogas ao uso da força no direito municipal.[39] Embora reconheça que há alguma semelhança entre essas situações, Hart rejeita esse tipo de analogia, pois ela ignora o fato "igualmente óbvio" e importante de que apenas no direito nacional há cortes com "jurisdição compulsória para investigar os direitos e violações da 'autotutela', e punir o uso inadequado dessa prerrogativa".[40]

---

36 Ibid, p. 232.

37 Ibid.

38 KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1945, p. 328-341.

39 HART, 1994, p. 232-233.

40 Ibid, p. 233.

Hart, no entanto, dá uma atenção reduzida a esta comparação. A analogia entre o direito internacional e o direito doméstico que ocupa a maior parte de sua atenção é um outro argumento de Kelsen, de que o direito internacional, assim como o direito interno, deve possuir uma "norma fundamental" ou algo como a "regra de reconhecimento", na terminologia de Hart, para permitir a identificação da validade do direito internacional.[41]

Caso a necessidade de uma norma fundamental para o direito internacional seja reconhecida, permanece controvertida, mesmo entre os defensores da necessidade de uma norma "básica" ou "fundamental", qual deve ser esse conteúdo.[42] Mas Hart não precisa enfrentar essa questão, pois a sua crítica a Kelsen opera em um nível mais fundamental, que questiona a própria premissa de que o direito internacional deve conter uma norma hipotética fundamental.

Enquanto Kelsen caracterizava a "ordem jurídica" como um "sistema" cuja unidade decorre de uma única norma fundamental – que constitui o "fundamento da" (ou "razão para a") validade de todas as normas inferiores –[43], Hart rejeita a ideia de que o caráter sistemático seja uma necessidade lógica ou uma propriedade essencial de toda ordem normativa que se qualifique como jurídica. "Aqui a primeira e talvez a última questão a se perguntar é: por que devemos adotar a pressuposição *a priori* [da norma fundamental] e assim prejulgar o verdadeiro caráter das regras de direito internacional"?[44]

Em resposta a essa pergunta, Hart aponta para exemplos de outros conjuntos de normas, como as regras de etiqueta, e sustenta que "é claramente imaginável (e talvez de fato seja esse o caso)" que uma sociedade possa viver segundo regras que impõem obrigações vinculantes para os seus membros mesmo quando essas regras "forem vistas simplesmente como um conjunto de regras separadas, ao invés de unificadas por – ou derivando sua validade de – qualquer norma mais fundamental".[45]

---

41 Ibid.

42 Uma solução que foi por um certo tempo adotada, mas posteriormente rechaçada por autores como o próprio Kelsen, é dizer que o princípio *pacta sunt servanda* funcionaria como a norma fundamental do direito internacional. As razões pelas quais essa solução foi abandonada são, para Hart, evidentes, na medida em que essa formulação da norma fundamental do direito internacional é incompatível com o fato de que "nem todas as obrigações sob o direito internacional surgem do 'pacta', por mais amplamente que esse termo seja construído" (HART 1994, p. 234).

43 KELSEN, 1945, p. 110.

44 HART 1994, p. 234.

45 Ibid.

Este é, para Hart, o caso do direito internacional, pois as regras primárias que o compõem "não formam um sistema, mas um mero conjunto"; e é justamente por causa dessa característica que o direito internacional se aproxima das ordens sociais verificadas em sociedades primitivas onde não há – ainda – regras secundárias de identificação, modificação e aplicação das regras primárias.[46] Noutras palavras:

> "É ... um erro supor que uma regra básica ou regra de reconhecimento seja uma condição geralmente necessária de existência de regras de obrigação ou regras 'vinculantes'. Isso não é uma necessidade, mas um luxo, encontrado em sistemas sociais avançados cujos membros não meramente venham a aceitar regras separadas no varejo, mas estejam comprometidos a aceitar de antemão classes gerais de regras, marcadas por critérios gerais de validade. Nas formas mais simples de sociedades devemos aguardar e verificar se uma regra é aceita como uma regra ou não; em um sistema com uma regra básica de reconhecimento nós podemos dizer antes de uma regra ser criada, que ela *será* válida se ela se conformar às exigências da regra de reconhecimento".[47]

Hart conclui o seu capítulo sobre o direito internacional, portanto, com uma crítica a Kelsen, e defende que se a teoria do direito se emancipar da premissa de que o direito internacional "*deve* conter uma regra básica", será possível entender o status do direito internacional com mais clareza, pois a questão de identificar as regras do direito internacional passa a ser uma questão de fato. "Não há nenhuma regra fundamental fornecendo critérios gerais de validade para as regras de direito internacional, e ... as regras que estão de fato em operação constituem não um sistema, mas um simples conjunto de regras, entre as quais estão as regras que explicam a força vinculante dos tratados internacionais".[48]

5. COMENTÁRIOS E REFLEXÕES CRÍTICAS

5.1 Regras secundárias de adjudicação e modificação

Uma das críticas mais robustas aos argumentos de Hart sobre o direito internacional é a de Waldron, que ao comentar o capítulo X de

[46] Ibid.
[47] Ibid, p. 235.
[48] Ibid, p. 236.

The Concept of Law, o classifica como "uma frustrante combinação de insights e tolices".[49] Os insights interessantes, para Waldron, são a sua discussão sobre a soberania e o argumento que Hart aduz para explicar como a ausência de sanções centralmente organizadas não constitui empecilho para a eficácia do direito internacional. Não obstante, o enfoque de Waldron é predominantemente crítico, seja em relação à asserção de Hart de que o direito internacional não contém regras secundárias, seja em relação à própria necessidade de uma regra de reconhecimento.

De acordo com Waldron, Hart não demonstra que o direito internacional esteja caracterizado pela inexistência de regras de adjudicação e de regras de modificação. As *regras de adjudicação* são um tipo de regras secundárias que Hart define, no capítulo V, de modo bastante abstrato, sem aduzir em nenhum momento à necessidade de uma jurisdição compulsória. "Não é parte da compreensão abstrata desse tipo de regra secundária", explica Waldron, "que a instituição em questão deva ter jurisdição compulsória".[50] Regras de adjudicação são postuladas por Hart para resolver o problema da *ineficácia* do governo, mas não é necessário especificar em uma teoria geral do direito qualquer tipo particular de regras de adjudicação ou desenho institucional, pois "um número diferente de tipos de instituições e papéis pode se acomodar nessa classe abstrata".[51]

E o mesmo se pode dizer sobre as *regras de modificação*. "Há muitas outras formas de se criar direito além da legislação", como o próprio Hart reconhece em certos contextos. A título de exemplo, Hart admite que nas ordens jurídicas nacionais há regras secundárias sobre a criação de regras por meio de promessas e contratos, e não há qualquer razão para não aceitar a existência de mecanismos semelhantes no âmbito do direito internacional.[52] Hart não está autorizado a inferir, portanto, que a ordem jurídica internacional carece de regras secundárias de modificação pelo simples fato de não haver um parlamento ou assembleia legislativa.[53]

De outro lado, pondera Waldron, é falso assumir que não haja legislação no âmbito do direito internacional, pois essa ordem jurídica está repleta de normas de direito positivo sobre a celebração de tratados, como

[49] WALDRON, 2013, p. 378.
[50] Ibid, p. 386.
[51] Ibid.
[52] Ibid, p. 388.
[53] Ibid, p. 389.

as contidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. "Todos 85 artigos dessa convenção são regras secundárias: eles não podem ser entendidos de qualquer outra maneira".[54] Finalmente, sustenta Waldron, é também um equívoco supor que a única maneira de modificação do direito internacional seja por meio da lenta evolução dos costumes. O direito internacional "*evoluiu* para regras secundárias que buscam formas de modificar a comunidade internacional em uma frente bastante ampla". A mudança é realizada de modo diferente do direito doméstico, pois é "plenária ao invés de representativa e funciona segundo o princípio da associação voluntária ao invés de decisões majoritárias".[55] Mas nada disso obsta à classificação das regras que regulam essas atividades como regras de modificação, no sentido de Hart.

5.2. Regras e práticas de reconhecimento

A crítica mais contundente se refere, porém, ao argumento de Hart de que o direito internacional se aproximaria de um sistema primitivo por não conter uma regra de reconhecimento como a do direito nacional. Como explica Samantha Besson, é apressado concluir pela impossibilidade de construção de uma regra de reconhecimento para o direito internacional que estabeleça, como Hart propõe para o direito interno, os critérios fundamentais de validade jurídica. No âmbito do direito internacional, o problema da "incerteza", tal como formulado por Hart, parece tão superado quanto no direito municipal. Nesse sentido, Besson argumenta que participantes da prática do direito internacional aceitam e empregam, como uma convenção fundante, uma regra de reconhecimento segundo a qual tratados, costumes e outros materiais previstos no art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça funcionam como as principais fontes do direito internacional.[56]

O artigo 38 dispõe, nesse sentido, que contam fomo fontes de razões para decisões jurídicas no direito internacional: "as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente

---

[54] Ibid.

[55] Ibid, p. 390.

[56] BESSON, Samantha. Theorizing the Sources of International Law. In: BESSON, Samantha e TASIOULAS, John (orgs.), **Philosophy of International Law**. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 163-185, esp p. 163.

reconhecidas pelos Estados litigantes; o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas"; e, com algumas ressalvas, "as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito". Tendo em vista a ampla aceitação das autoridades e oficiais que atuam nos estados e na prática das relações internacionais, que reconhecem e aplicam essas regras mesmo no caso das poucas nações que não subscreveram formalmente a Convenção, não é difícil construir uma regra de reconhecimento para o direito internacional.

De outro lado, há quem sustente que a própria busca por uma regra de reconhecimento é desnecessária em uma teoria como a de Hart, que pretende descrever o direito como uma prática social. Nesse sentido, Waldron lança dúvidas sobre a tarefa que a noção de regra de reconhecimento pode realizar na teoria de Hart, pois esta parece agregar pouco às demais classes de regras secundárias que o autor propõe.[57] Ao postular uma regra de reconhecimento para atribuir "unidade" ao sistema jurídico, à semelhança do que ocorre com a norma fundamental de Kelsen, Hart parece se desviar da ideia de que o direito é uma *prática complexa* de reconhecimento (pelos oficiais) de normas, a qual apela a critérios compartilhados que podem assumir formas heterogêneas e complexas em uma sociedade moderna. Para Waldron, qualquer que seja a função que a regra de reconhecimento venha desempenhar, "é pouco claro o quão importante é para Hart que um sistema jurídico tenha uma regra de reconhecimento que seja rígida, clara e definida sob a forma de regras, em oposição a uma vaga, definida sob a forma de standards e irregular nas suas extremidades".[58]

Melhor do que falar em uma "regra de reconhecimento" seria, portanto, falar em *práticas* de reconhecimento (ou simplesmente em "reconhecimento"), pois a *função de reconhecimento do direito*, enquanto "prática compartilhada entre participantes e juízes no âmbito internacional que identifica fontes do direito para esse domínio", é realizada recorrendo-se "em parte a regras relacionadas a tratados" e "em parte por regras que

[57] WALDRON, Jeremy. Who Needs the Rule of Recognition. In: ADLER, Matthew e HIMMA, Kenneth E. (orgs), **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford, Oxford University Press, p. 327-349, 2009.

[58] WALDRON, 2013, p. 392.

emergem da prática judicial em instituições como a Corte Internacional de Justiça".[59] Se tratarmos a função de reconhecimento como "prática", então é evidentemente possível reconhecer nas interações entre os estados uma prática de atribuir eficácia jurídica aos tratados e outras fontes do direito internacional. A busca por uma norma básica para unificar os critérios empregados pelos oficiais seria uma ideia estranha à teoria do direito de Hart.

Do mesmo modo, quando se refere aos "costumes", Hart parece ter dois pesos e duas medidas, pois faz exigências para reconhecer o costume internacional muito mais demandantes do que aquelas aplicadas para o direito interno. Tanto num caso como noutro, explica Waldron, a ideia de que algumas regras de reconhecimento para o costume são "implícitas" ou "não enunciadas" (*unstated*) é algo que deveria estar evidente, pois mesmo no âmbito do direito interno as regras que atribuem validade jurídica a costumes e, em muitos sistemas jurídicos, precedentes judiciais, se manifestam dessa maneira.[60]

Finalmente, ainda sobre a questão da ausência de regra de reconhecimento no direito internacional, Waldron atribui a Hart uma excessiva preocupação com a noção de "sistema", que faz com que as diferenças entre a sua regra de reconhecimento e a norma fundamental de Kelsen sejam desconsideradas no momento de descrever o direito internacional. Ao sustentar que o direito internacional seria um sistema primitivo em que "não há uma regra básica fornecendo critérios gerais de validade para as regras do direito internacional", de modo que as regras do direito internacional constituem "não um sistema, mas um mero conjunto",[61] Hart estaria sobredimensionando a importância da ideia de sistema para a aferição da validade de regras em sua própria teoria. "A sistematicidade é sem dúvida importante", argumenta Waldron, "mas deve-se reconhecer que quase todos os sistemas jurídicos carecem dela em alguma extensão".[62] Ademais, como afirma Waldron ao citar Raz,[63] é um equívoco supor que a identidade do direito possa depender da existência de uma única regra de reconhecimento:

---

59 Ibid, p. 392-393.
60 Ibid, p. 394.
61 HART, 1994, p. 236.
62 WALDRON, 2013, p. 394.
63 RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms,** 2. ed, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 147.

> Como Joseph Raz coloca, 'não há razão ... para assumir que um sistema jurídico pode conter somente uma regra de reconhecimento'; e 'não há razão para acreditar que normas válidas pertencentes a um sistema não possam entrar em conflito'. Na visão de Raz, a unidade de um sistema jurídico não depende de uma regra de reconhecimento unificadora, mas desse sistema conter 'somente regras que certos órgãos primários estejam vinculados a aplicar'.[64]

Waldron sustenta que Hart parece esquecer, portanto, em sua análise do direito internacional, que nunca foi parte de sua agenda filosófica "que a regra de reconhecimento deva realizar a mesma função que a norma fundamental teria que cumprir na filosofia do direito de Kelsen".[65] O diagnóstico de Hart sobre o direito internacional estaria em conflito, portanto, com os comprometimentos mais fundamentais que Hart assume em sua empreitada teórica, que pretendia realizar uma "sociologia descritiva" do fenômeno jurídico, como Hart prometera no prefácio à primeira edição de *The Concept of Law.*

6. APÊNDICE: NOTA SOBRE A CRÍTICA DE HART A KELSEN E O SEU IMPACTO SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL

Uma compreensão adequada da extensão e da força da crítica de Waldron a Hart, analisada na seção 5.2 deste capítulo, depende de um aprofundamento no debate entre Hart e Kelsen sobre os fundamentos do direito e as relações entre direito interno e direito internacional.

Após a publicação de *The Concept of Law*, Hart teve oportunidade de discutir as ideias de Kelsen sobre o caráter do direito internacional em um par de artigos de grande importância para a filosofia do direito contemporânea,[66] nos quais critica a posição monista de Kelsen sobre o direito internacional e desenvolve com mais profundidade a sua própria concepção. O argumento que Hart apresenta nestes artigos é extenso e

---

64 WALDRON, 2013, P. 395. As referências a Raz no interior da citação são de RAZ 1999, p. 147.

65 WALDRON, 2013, p. 395.

66 HART, H.L.A., Kelsen Visited. In: HART, H.L.A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 286-308, 1983a; HART, H.L.A., "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law". In HART, H.L.A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford, Oxford University Press, 309-342, 1983b.

complexo, não sendo possível resumi-los aqui, embora algumas passagens destes trabalhos sejam citadas.

Uma outra referência importante são as notas sobre o capítulo VI de *The Concept of Law*, que Hart apresenta ao final do livro para elucidar as diferenças entre a sua noção de regra de reconhecimento e a noção kelseniana de norma fundamental.[67] Essas notas serão, nas linhas abaixo, o nosso ponto de acesso às divergências entre esses dois grandes autores da filosofia do direito do século XX sobre o caráter do direito internacional.

Hart acredita que a sua noção de regra de reconhecimento desempenha uma função semelhante à da norma fundamental hipotética de Kelsen, de fornecer o "fundamento de um sistema jurídico",[68] mas explica que elas diferem em quatro pontos importantes.

Caráter empírico e factual. "A questão se a regra de reconhecimento existe e qual é o seu conteúdo, ou seja, quais os critérios de validade em algum sistema jurídico" é, para Hart, "uma empírica, embora complexa, questão de fato".[69] Hart aceita que em vários sistemas jurídicos é possível que a regra de reconhecimento esteja "tacitamente pressuposta", ao invés de "explicitamente enunciada", mas afirma que mesmo nesses casos a natureza factual da regra de reconhecimento está preservada. "Se desafiado, aquilo que está ... pressuposto mas não enunciado pode ser estabelecido apelando-se aos fatos, ou seja, à prática real dos tribunais e oficiais do sistema quando identificam o direito que eles devem aplicar".[70] As asserções de Kelsen segundo a qual a norma fundamental seria "uma hipótese jurídica", uma "regra última postulada", uma "regra existente na consciência jurídica" ou uma "pressuposição" obscurecem o ponto fundamental de que "a questão de quais são os critérios de validade jurídica em qualquer sistema jurídico é uma questão de fato".[71]

Validade da regra de reconhecimento. Uma outra diferença importante, segundo Hart, é que Kelsen sustenta que a validade da regra de reconhecimento é "pressuposta", na medida em que se ela não fosse válida ela não poderia, no raciocínio de Kelsen, fundamentar a última norma de direito positivo em uma cadeia de relações de fundamentação, enquanto

67 HART, 1994, p. 292-293.
68 Ibid, p. 292.
69 Ibid.
70 Ibid, p. 293.
71 Ibid.

na teoria de Hart "nenhuma questão relacionada à validade ou invalidade da regra de reconhecimento geralmente aceita ... pode surgir".[72]

Conteúdo variável da regra de reconhecimento. Hart acredita que é um erro supor que a norma fundamental tenha "sempre o mesmo conteúdo". Com efeito, analisando-a sob a ótica do direito nacional, Kelsen sustenta que o seu conteúdo deve ser interpretado como estabelecendo que a primeira constituição numa série histórica sem rupturas na ordem jurídica deve ser obedecida. Para Hart, essa explicação leva a mal-entendidos. "Se uma constituição especificando várias fontes do direito é uma realidade viva no sentido de que os tribunais e oficiais do sistema de fato identificam o direito de acordo com os critérios que ela fornece, então a constituição é aceita e de fato existe". A norma fundamental de Kelsen não passaria de uma "duplicação desnecessária" ao sugerir uma "nova regra" segundo a qual a constituição deve ser cumprida. O exemplo do Reino Unido, afirma Hart, é particularmente revelador, pois neste sistema não há uma constituição escrita e a regra de que "a constituição deve ser obedecida" não agrega nada à regra de que há certos critérios de identificação do direito empregados pelos oficiais do direito inglês. É uma "mistificação", sustenta Hart, dizer que é necessária uma fundamentação transcendental para que a regra de reconhecimento de fato empregada deva ser obedecida.[73]

Validade simultânea do direito e da moral. Um ponto particularmente interessante para nossa análise é a crítica de Hart a Kelsen sobre a possibilidade de validade simultânea de normas jurídicas e morais. Como explica Hart, "a visão de Kelsen é de que é logicamente impossível contemplar uma regra jurídica particular como válida e ao mesmo tempo aceitar, como moralmente vinculante, uma regra moral proibindo o comportamento exigido pela regra jurídica".[74] Uma das razões para preferir a regra de reconhecimento à norma fundamental de Kelsen, para Hart, é que a sua perspectiva nos livra desta consequência. A concepção de Hart é preferível porque "ela evita qualquer comprometimento com a visão de Kelsen sobre os conflitos entre o direito e a moral".[75]

---

72 Ibid.
73 Ibid.
74 Ibid.
75 Ibid, p. 292.

Essa última reflexão é especialmente interessante para nós porque a razão pela qual Kelsen acredita que não se pode contemplar como simultaneamente válidas as normas morais e as normas jurídicas é a mesma que o leva a sustentar a inadmissibilidade do pluralismo jurídico, é dizer, da doutrina segundo a qual o direito internacional e os direitos nacionais são ordens jurídicas distintas, com critérios independentes e autônomos de validade, podendo eventualmente prescrever normas contrárias e entrar em conflito em situações particulares.

Não apenas o último, mas todos os quatro pontos aduzidos por Hart acima, embora tenham sido originalmente elaborados tendo em conta a norma fundamental das ordens jurídicas nacionais, possuem implicações sobre a concepção desses autores sobre o direito internacional. Analisarei os três primeiros pontos na próxima subseção, por estarem relacionados de forma indissociável, e o último na subseção final.

6.1 Validade e reconhecimento no direito internacional

Os três primeiros pontos (caráter factual, inaplicabilidade da categoria da validade e conteúdo variável da regra de reconhecimento) decorrem de um comprometimento mais fundamental assumido por Kelsen, mas não por Hart, com a distinção entre "ser" e "dever-ser" e com a correlata *negação* do que Stanley Paulson denominou de "tese redutiva", ou seja, da pretensão de que "o direito é explicado ultimamente em termos factuais".[76]

É por causa da sua negação da tese redutiva que Kelsen sustenta que o princípio da causalidade não opera no âmbito do direito e que as relações entre antecedentes e consequências, no âmbito das normas, são explicáveis em termos normativos, segundo o princípio da imputação. A normatividade do direito não pode ser estabelecida por um fato, mas apenas por uma norma que determine que a ocorrência de certos fatos, como por exemplo, um evento político como a promulgação de uma lei por um órgão com poderes jurídicos para legislar, produza certos efeitos jurídicos. É a referência a uma norma prévia que fixa, para Kelsen, o conteúdo de sentido de qualquer norma de direito positivo e estabelece a sua obrigatoriedade.

[76] PAULSON, Stanley. Introduction. In: KELSEN, Hans, **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Oxford, Oxford University Press, p. xvii-xlii, 1992, p. xxv.

Kelsen distingue, por conseguinte, entre o "sentido subjetivo e o sentido objetivo de um ato" jurídico. O sentido subjetivo "pode, mas não necessita, coincidir com o sentido objetivo atribuído ao ato no sistema de todos os atos jurídicos, é dizer, o sistema jurídico. O ato do famoso capitão de Köpenick pretendeu ser – no seu sentido subjetivo – uma diretiva administrativa. Objetivamente, no entanto, ele não foi uma ordem administrativa, mas um delito".[77] Como o exemplo citado por Kelsen ilustra, o homem de vestimentas militares e portando equipamento militar que invadiu a cidade de Köpenick, para ocupar os prédios governamentais, prender autoridades e tomar o poder, pode subjetivamente ter pensado estar criando uma norma jurídica, mas o significado jurídico do seu ato foi especificado de acordo com normas que fixam o seu sentido objetivo, independentemente de quais sejam as suas crenças pessoais ou os seus desígnios.

O sentido "especificamente jurídico" de qualquer evento jurídico, como a promulgação de uma lei, a aplicação de uma pena etc., "é fixado por uma norma cujo conteúdo se refere ao evento e confere significado jurídico a ele", tornando-o capaz de ser interpretado como uma norma.[78]

Um dos argumentos em defesa do monismo no direito internacional tem, com efeito, exatamente essa estrutura. Para Kelsen, as normas de direito internacional regulam o comportamento dos indivíduos indiretamente, "mediadas" pelo sistema jurídico nacional,[79] porque o direito internacional tipicamente *delega* poderes normativos ao estado, que age como um *órgão* encarregado de interpretar e aplicar as suas normas gerais. Em vista dessas conexões, Kelsen acredita que um pluralismo jurídico como o de Hart, que concebe o direito nacional e o direito internacional como ordens autônomas e independentes, está equivocado não apenas porque ele contradiz com o conteúdo do direito positivo, mas também porque ele nega validade ao direito internacional: "o direito internacional estabelece uma relação entre suas normas e as normas de diferentes ordens jurídicas nacionais. A teoria pluralista está em contradição com o direito positivo, uma vez admitido que o direito internacional é considerado uma ordem jurídica válida".[80]

---

77 KELSEN, Hans. **Introduction to the Problems of Legal Theory**, trad. B.L Paulson e S.L. Paulson. Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 9.

78 Ibid, p. 10.

79 Ibid, p. 110.

80 KELSEN, 1945, p. 363.

Hart contra-argumenta, no entanto, que o monismo de Kelsen ignora as circunstâncias sociais que estabelecem o caráter normativo de uma determinada regra jurídica. Se eu recebo de meu chefe uma instrução para "escrever um ensaio sobre a doutrina de Kelsen sobre a unidade do direito", diz Hart, o fato de eu escrever um ensaio sobre esse tópico não é suficiente para estabelecer que eu o escrevi "em obediência a essa ordem", porque para essa conclusão seguir é necessário mostrar não somente "a correspondência entre o conteúdo da ordem e a descrição da minha conduta", mas também "as circunstâncias que circundam a emissão e a recepção da ordem", incluindo-se o fato de que eu a *reconheço* como válida e "a *cumpro*".[81]

Considere, por exemplo, o princípio da efetividade, que Kelsen descreve como uma norma de direito internacional geral que regula a criação, transformação e sucessão de estados. De acordo com Kelsen, é o princípio da efetividade que "determina tanto a razão para a validade como a esfera de validade territorial, pessoal e temporal das ordens jurídicas nacionais", regulando a "coexistência das ordens jurídicas nacionais no espaço e as suas sucessões no tempo".[82] Nesta imagem, todas as ordens jurídicas nacionais seriam ordens jurídicas parciais de um único sistema, juntamente com o direito internacional.

Em resposta a esse argumento, Hart sustenta que o mero fato de o direito internacional *pretender* estabelecer a validade do direito positivo não é suficiente para estabelecer a conclusão de que ele de fato o faz. A título de exemplo, mesmo se um ato do parlamento britânico explicitamente pretendesse validar o direito da Rússia, seria tolo pensar que as normas do sistema jurídico russo "derivam a sua validade" do direito britânico.[83] Mas a análise de Kelsen estaria comprometida com essa conclusão porque ela se baseia no pressuposto equivocado de que nós devemos olhar para o conteúdo das normas válidas – e para a pretensão que as normas superiores têm de fundamentar as normas ulteriores em uma cadeia de validação – a fim de compreender as relações entre essas normas. O foco no conteúdo, argumenta Hart, obscurece a distinção entre dizer que o direito inglês *trata* o direito russo "como formando parte

[81] HART 1983b, p. 312-313.

[82] KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**, trad. Max Knight. Berkeley, University of California Press, 1967, p. 336.

[83] Ibid, p. 319-321.

de um único sistema, juntamente consigo" e dizer que o direito russo *é válido em razão* do direito inglês. De acordo com Hart, Kelsen foca exclusivamente "no que normas jurídicas (*laws*) com pretensão de validar outras *dizem* sobre essas outras normas, e presta muito pouca atenção em questões que dizem respeito não ao conteúdo do direito, mas ao seu modo de reconhecimento".[84]

De acordo com Hart, "ao considerar se duas leis pertencem ao mesmo sistema ou diferentes sistemas nós não podemos usar como critério de pertencimento ao mesmo sistema o fato de um deles derivar a sua validade do outro". Isso porque, continua Hart, "até a questão do pertencimento ser resolvida por meio de um teste independente de reconhecimento não podemos descobrir se uma delas deriva a sua validade da outra. Nós só podemos saber que uma *pretende* validar a outra. *O critério de pertencimento de normas jurídicas em um único sistema é portanto independente e de fato pressuposto quando nós aplicamos a noção de que um direito deriva a sua validade de outro*".[85]

---

[84] Ibid, p. 320.321.

[85] Ibid, p. 338, itálicos adicionados. Pode-se encontrar na literatura algumas respostas a esta argumentação. De acordo com autores kelsenianos, como Lars Vinx, o problema desta objeção de Hart a Kelsen é que existe um *non-sequitur* entre a premissa de Hart (de que pretensão de validar é insuficiente para demonstrar que uma norma em um dado sistema constitui a razão de validade de outro sistema) e a sua conclusão (de que elas "não podem formar parte de um único sistema"). VINX, Lars, The Kelsen-Hart Debate: Hart's Critique of Kelsen's Legal Monism Reconsidered. In. D.A.J. Telman (org), **Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence**. Dordrecht: Springer, p. 59-83, esp. p. 64. Mesmo se a premissa de Hart estiver correta, é possível defender uma descrição monista do direito, seja para aqueles que acreditam no monismo jurídico nacionalista (onde o direito nacional é o fundamento de validade do direito internacional), seja para os que adotam o monismo jurídico internacionalista (a visão que assume que toda ordem jurídica nacional é apenas uma ordem parcial do direito internacional). De acordo com Vinx, a correção da concepção pluralista de Hart (que acredita que o direito internacional e o direito nacional são ordens jurídicas distintas, porque cada uma delas possui critérios de reconhecimento diferentes e regulam relações diferentes) somente poderia valer para certas circunstâncias históricas particulares, que são contingentes. Apesar de uma descrição monista poder falhar se um historiador do direito pretender descrever sistemas jurídicos da antiguidade, como os sistemas jurídicos que havia no Império Romano ou no Império Chinês, que exerciam seus domínios sob diferentes territórios, permanece possível que "na situação histórica corrente", em que a um grau maior de "conexão jurídica global", uma descrição monista (como a de Kelsen) realize um trabalho melhor (ibid, p. 69). Hart teria falhado em contemplar essa possibilidade porque os seus argumentos contra Kelsen são tautológicos (ibid, p. 71). Ele pressupõe um pluralismo jurídico na sua descrição da relação entre o direito russo e o direito britânico porque o seu argumento replica o que ele havia dito na sua própria teoria do direito nacional. É apenas o fato social

Creio que é nesse sentido que Waldron argumenta que Hart parece abandonar os comprometimentos centrais do seu projeto filosófico no capítulo X de *The Concept of Law*, ao postular que o direito internacional seria um "direito primitivo" pelo fato de não conter uma regra de reconhecimento que "unifique" e organize de modo sistemático os critérios de validade do direito internacional. A exigência de sistematicidade na organização dos critérios de validade jurídica para uma determinada ordem jurídica é uma preocupação kelseniana, mas não é necessariamente uma preocupação genuína de uma teoria como a de Hart, cujo pluralismo convive tanto com a possibilidade de múltiplas ordens normativas como com a existência de diferentes critérios e práticas de reconhecimento.

6.2. O argumento de Kelsen sobre a unidade do direito como postulado epistemológico

O argumento mais central em defesa do monismo jurídico está baseado em um princípio epistemológico que Kelsen emprega em todas as suas empreitadas intelectuais. Para Kelsen, "a unidade do direito nacional e do direito internacional é um postulado epistemológico. Um jurista que aceite ambos os conjuntos de normas válidas deve tentar compreendê-las como partes de um sistema harmonioso".[86]

Em uma nota de rodapé, Hart afirma que discutiu esse princípio com o filósofo John Mackie, o qual sugeriu a Hart que "a tese de Kelsen de que somente pode haver um único sistema de leis válidas se assemelha à tese de Kant de que só pode haver um único espaço".[87] Depois de citar um trecho da *Crítica da Razão Pura* que sustenta que "nós podemos representar para nós mesmos somente um único espaço; e se falarmos de diversos espaços, nós significamos apenas partes de um e único espaço",[88] Hart adiciona que ele "tem a impressão de que subjacente à teoria do direito de Kelsen está uma *pressuposição* de que há um único 'espaço normativo',

do *reconhecimento* dos estados, manifestado por seus *oficiais*, que é apresentado como uma resposta à questão da normatividade do direito.

86 KELSEN, 1945, p. 373.

87 HART 1983b, p. 322, nota 32

88 KANT, Immanuel, **Critique of Pure Reason**, trans P. Guyer e A.W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, A- 25.

que deve ser descritível por meio de um conjunto *consistente* de 'regras jurídicas em um sentido descritivo'".[89]

De acordo com Hart, Kelsen apresenta apenas dois argumentos para defender esse princípio epistemológico: primeiramente, um argumento de que a teoria do direito ou "ciência" do direito interpreta "tanto o direito nacional quanto o direito internacional como se encaixando sob a única descrição 'direito válido' (*valid laws*) e, portanto, representando o 'seu objeto' como uma unidade"; em segundo lugar, o argumento de que não há possibilidade lógica entre conflitos de leis válidas.[90]

Hart leva a sério, no entanto, apenas o segundo argumento, pois assume que o primeiro é tão implausível que não precisa ser respondido. Não obstante, eu acredito que é justamente no primeiro argumento que Kelsen fornece uma defesa mais plausível do princípio da unidade e da ausência de conflitos entre o direito interno e o direito internacional. Hart apresenta o primeiro argumento ao citar a seguinte passagem de Kelsen:

> A construção pluralista é implausível se tanto as normas do direito internacional como as da ordem jurídica nacional forem consideradas como normas jurídicas simultaneamente válidas. Essa visão já implica o postulado epistemológico: compreender todas as normas como um único sistema. (...) A teoria do direito subsume as normas que regulam as relações entre estados, denominadas direito internacional, e as normas das ordens jurídicas nacionais como uma e única categoria de direito. Ao assim fazer, ela tenta apresentar o seu objeto como uma unidade.[91]

Ao comentar essa passagem, Hart responde ironicamente, em apenas três linhas: "Seguramente poderíamos também tentar deduzir da existência de uma história da guerra ou da ciência da estratégia que todas as guerras ou todos os exércitos são um só".[92]

Por que Hart acredita que esse argumento de Kelsen deve ser descartado tão facilmente? Talvez a melhor maneira de responder a essa pergunta seja olhando para o argumento que Hart aduz contra a tese

---

[89] HART 1983b, p. 322, nota 32. Quando Hart aduz a "regras em sentido descritivo", ele se refere à expressão alemã *Rechtssatz*, que foi traduzida ao português como "proposição jurídica" (KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

[90] HART 1983b, p. 322

[91] KELSEN 1967, p. 328; apud HART 1983b, p. 322.

[92] HART 1983b, p. 322.

kelseniana de que é impossível, para o mesmo agente, tomar como simultaneamente válidas normas jurídicas e normas morais que ordenam condutas incompatíveis.

Consideremos o postulado kelseniano da unidade com um pouco mais de vagar. Se voltarmos nossa atenção para o primeiro parágrafo da *Teoria Geral do Direito e do Estado,* observamos que esse princípio aparece como ponto de partida para a teoria do direito de Kelsen, já que ele define o direito como uma "ordem de comportamento humano", e uma *ordem* como um "sistema de regras que tem o tipo de unidade que nós entendemos por meio [da noção de] sistema". É "impossível capturar a natureza do direito se nós limitarmos a nossa atenção a uma única regra isolada", argumenta Kelsen, porque "somente sobre a base de uma compreensão clara dessas *relações* que constituem a ordem jurídica é que a natureza do direito pode ser completamente compreendida".[93]

Kelsen pressupõe a norma fundamental porque ele acredita que somente com esse construto racional é possível dar conta da unidade que diferencia um *sistema* de um *mero conjunto* de normas. O direito não pode ser entendido como um mero conjunto, para Kelsen, porque dessa maneira ele deixa de ser uma ordem de conduta humana inteligível, dotada de racionalidade e capaz de guiar a ação.[94]

Para entender o significado objetivo do direito é necessário, para Kelsen, um ato de *cognição* que é um processo intelectual ativo. Como observa Lauterpacht, Kelsen "aceita completamente e transplanta para o domínio do direito a base do método de Kant, nomeadamente, a visão de que o conhecimento não é meramente uma imagem passiva do mundo objetivo, mas cria, ao invés, o seu próprio objeto de acordo com suas leis inerentes a partir do material que é dado pelos sentidos".[95] Ao contemplarmos o direito devemos, portanto, construi-lo de modo a torná-lo inteligível. E, diante da impossibilidade de reduzir o direito a fatos,

---

93 KELSEN 1945, p. 1.

94 É digno de nota o fato de Hart, como comentei acima, ter definido o direito internacional, em *The Concept of Law*, como um "mero conjunto" de normas. Parece evidente que Hart deseja, com essa construção, marcar as diferenças entre a sua concepção de direito e a construção kelseniana.

95 LAUTERPACHT, Hersch, "Kelsen's Pure Science of Law". In **International Law: Collected Papers, Vol. 2**. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, p. 405.

é necessário construir todas as normas jurídicas válidas como *um único* sistema ou uma única ordem.

Para Kelsen, "uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, uma ordem, se a validade das normas puder ser rastreada a uma única norma como a fonte última de validade".[96] A unidade do direito não é meramente um *dado* colocado para a nossa percepção, pois ela tem que ser construída da mesma maneira que construímos o significado de uma norma ao interpretar um evento legislativo e as suas relações com outras normas que constituem o sistema jurídico.

É nesta afirmação que encontramos, por exemplo, a diferença entre a teoria de Kelsen e a teoria de Austin, que vê o direito como comando. A teoria de Austin difere da de Kelsen em dois aspectos importantes. Inicialmente, ela recorre a um elemento psíquico para identificar o conteúdo do direito válido. O conteúdo do direito, em Austin, corresponde ao conteúdo da vontade do soberano que expressa o comando. Em segundo lugar, a teoria de Austin é uma teoria estática que "trata o direito como um sistema de regras completas e prontas para a aplicação, sem tomar em conta o seu processo de criação".[97]

A teoria pura do direito, embora também trate normas como prescrições ou comandos que orientam a conduta humana, difere nestes aspectos. O conteúdo do direito é o sentido objetivo que um evento legislativo tem para o sistema jurídico. É o sistema de normas, não a vontade subjetiva do seu autor, que fixa o sentido objetivo de uma norma jurídica. Noutros termos, a teoria pura do direito trata o direito como um "comando despsicologizado", pois o que determina o seu conteúdo é o dever-ser que emerge do sistema jurídico, considerado como um conjunto de normas hierarquicamente escalonadas. "Uma norma é uma regra enunciando que um indivíduo *deve* se comportar de certa maneira, mas não assertando que tal comportamento é a vontade real de alguém".[98]

Do mesmo modo, no que atine ao segundo aspecto, a teoria pura do direito "reconhece que um estudo da estática jurídica deve ser suplementado por um estudo de sua dinâmica, o processo de sua criação".[99]

---

96 KELSEN 1992, p. 55.

97 KELSEN, Hans, **What is Justice?** Berkeley: University of California Press, 1957, p. 272.

98 Ibid, p. 273.

99 Ibid, p. 277-278.

Uma teoria dinâmica do direito é necessária precisamente porque nós precisamos entender como o direito é desenvolvido em seus atos de criação e aplicação. Kelsen acredita que a *estrutura hierárquica* do direito possui dois aspectos fundamentais. De um lado, as normas mais elevadas na estrutura *autorizam* a criação das normas inferiores (e é por isso que se diz que as primeiras são o *fundamento* da validade das últimas). De outro lado, a estrutura hierárquica é também uma estrutura interpretativa. "A interpretação é a atividade intelectual que acompanha o processo de criação do direito na medida em que ele se move de um nível maior da estrutura hierárquica para um nível inferior governado pelo nível superior". [100]

É difícil sobrestimar a importância dessa estrutura hierárquica para a teoria pura do direito, porque o que estabelece a *unidade* do direito é a *relação* entre uma norma de nível superior e as normas de nível inferior nesta mesma estrutura. "A unidade da ordem jurídica é alcançada por essa conexão", e a norma básica "é responsável pela unidade da ordem jurídica". [101]

Essas considerações são importantes para explicar a diferença entre Kelsen e Hart. Não é surpresa que a teoria de Kelsen rejeite qualquer tipo de teoria jurídica empírico-positivista, que fornece uma perspectiva redutiva do direito e explica a sua normatividade "em termos ultimamente factuais".[102]

A relação entre normas na estrutura hierárquica de Kelsen estabelece não somente uma "delegação" pura de autoridade normativa, pois ela também estabelece certos limites para o conteúdo das normas inferiores e certos princípios interpretativos. O sistema jurídico constituído por meio da ordenação comum de todas as leis a uma mesma estrutura "deve ser um todo dotado de sentido, um padrão compreensivo, um objeto possível de cognição", e a norma fundamental "torna isso possível".[103] O princípio da não contradição funciona, portanto, como um standard para a cognição jurídica. "A cognição jurídica começa, na interpretação do seu objeto, com a pressuposição autoevidente de que ... contradições são resolvíveis".[104]

---

[100] KELSEN 1992, p. 77.
[101] KELSEN 1957, p. 280.
[102] PAULSON 1992, p. xxv.
[103] KELSEN 1945, p. 402.
[104] Ibid.

É justamente dessa exigência de consistência e unidade que Kelsen infere a necessidade de uma única ordem jurídica. A questão de como a unidade do direito é alcançada somente pode ser interpretada "em conexão com a relação em que o direito nacional se encontra com o direito internacional".[105] Sem embargo, esse não é um ponto especial sobre as conexões entre dois sistemas normativos particulares, mas é um argumento mais geral sobre a inteligibilidade de quaisquer normas. A ideia de "colisão de deveres" é inadmissível, em Kelsen, porque o que nós usualmente percebemos como um caso de conflito de normas é melhor descrito como um "fato psicológico" ou uma *crença* que um indivíduo tem sobre os deveres que se aplicam a ele.[106]

Quando consideramos a ordem jurídica em sua estrutura hierárquica, diria um kelseniano, nós percebemos que a norma fundamental é diferente de todas as outras normas jurídicas porque a sua validade "é assumida em virtude do seu conteúdo".[107] O seu conteúdo não meramente autoriza normas como o princípio da efetividade, no direito internacional, ou a exigência (relacionada à noção de estado de direito) de fidelidade à constituição, no direito nacional, mas contém também "princípios de interpretação" como o princípio da não-contradição, o princípio *lex posterior derogat priori*, o princípio da hierarquia das normas etc., que são princípios que "não tem qualquer outro propósito senão o de fornecer uma interpretação dotada de sentido ao material constituído pelo direito positivo".[108] A noção de sistema, em Kelsen, exige que quando uma colisão de normas emerja o analista encontre uma "saída interpretativa" para o problema dos conflitos aparentes entre diferentes leis.[109] É necessário pressupor a unidade do direito, noutras palavras, porque esse pressuposto é um elemento necessário do processo de *cognição* do direito, que é um processo intelectual ativo. O direito só pode ser contemplado como uma ordem de conduta humana capaz de gerar obrigações se for possível conhecê-lo como uma ordem sistemicamente coerente e inteligível.

---

105 KELSEN 1957, p. 280.
106 KELSEN 1945, p. 375
107 KELSEN 1945, p. 401.
108 Ibid, p. 406
109 DYZENHAUS, David. **The Long Arc of Legality: Hobbes, Kelsen, Hart**. Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 262.

O mesmo problema emerge quando se considera um conflito entre o direito e a moralidade, que exige que o intérprete resolva o conflito ao adotar, novamente, a perspectiva de um *único sistema*, sem afirmar que dois sistemas podem ser simultaneamente válidos: "do ponto de vista do direito como sistema, a moralidade não existe enquanto tal; ou, em outras palavras, a moralidade não conta para nada como sistema de normas válidas se o direito positivo for considerado como tal sistema".[110] Quando Kelsen afirma que "ninguém pode servir a dois senhores",[111] para descrever a impossibilidade de conflitos entre direito e moral, ele não está tratando "atos legislativos" e as "normas" como o mesmo objeto. O objeto da ciência do direito é a norma que resulta do processo interpretativo de cognição jurídica, não os textos jurídicos (como leis, tratados, precedentes, regulamentos etc.) que se dão à interpretação. As normas que compõem o *sistema* não são fatos brutos cujo sentido é imediatamente acessível por meio da nossa percepção sensorial.

Kelsen pressupõe, por conseguinte, um conjunto de princípios interpretativos, implícitos na norma fundamental, que fornecem uma maneira de *tornar o sistema consistente* por meio de um ato inteligente de cognição.

É precisamente neste ponto que o desacordo entre Hart e Kelsen reside. Kelsen acredita que nós precisamos de princípios racionais para interpretar qualquer sistema, e ele se socorre em Kant para dizer de onde esses princípios derivam e quais são esses princípios. A norma fundamental é pressuposta para responder a ambas as questões, já que ela realiza a tarefa teórica de fornecer o fundamento do sistema jurídico e a função prática de dar aos intérpretes princípios de interpretação, pressupostos no seu conteúdo, que instruem esses intérpretes sobre como conhecer o direito. No entanto, a ideia kelseniana de impossibilidade de conflitos de normas é, para Hart, um conjunto de visões "altamente idiossincráticas" sobre as "relações entre conjuntos de normas e concernentes à própria ideia de validade". [112]

Hart decompõe o argumento de Kelsen sobre a impossibilidade de consideração simultânea de dois sistemas em duas teses, uma tese "destrutiva", segundo a qual "contrariamente às crenças comuns, *não pode*

[110] KELSEN 1945, p. 374.
[111] KELSEN 1967, p. 329.
[112] HART 1983a, p. 302.

haver um relacionamento entre direito e moralidade em que uma regra jurídica conflite com ... uma regra moral válida"; e uma tese construtiva da ideia de uma "colisão de regras", destinada a reconciliá-la com a doutrina destrutiva.[113]

A tese construtiva visa a eliminar esses conflitos normativos, tratando as colisões de normas como meramente aparentes. No entanto, Hart considera contraintuitiva a ideia de que sempre é possível fazê-lo, pois "as pessoas de fato pensam e falam dessas situações (usualmente as denominando como 'colisões de deveres') como uma importante característica da vida".[114] Ademais, Hart considera também que a visão de Kelsen sobre a inexistência de colisão de deveres dificulta uma operação importante de qualquer analista crítico sobre o direito, que é o exercício da "crítica moral do direito",[115] ou seja, o emprego das regras morais como forma de avaliar (positiva ou negativamente) um sistema jurídico e advogar a sua mudança ou aperfeiçoamento. "Nós falamos de colisões, ou mais usualmente de um conflito, de deveres quando uma pessoa reconhece que ela está obrigada por uma regra jurídica válida do seu país a fazer algo, por exemplo, matar um outro ser humano, e também reconhece que ela não está exigida a fazê-lo por uma regra moral ou princípio que ela aceita".[116]

A tese destrutiva, por outro lado, pretende negar a possibilidade de conflitos entre normas jurídicas e morais. Hart enxerga duas razões principais para Kelsen dizer que tal conflito seria impossível. A primeira é sintetizada, de acordo com Hart,[117] nas seguintes palavras de Kelsen: "O jurista ignora a moralidade enquanto sistema de normas válidas do mesmo modo que o moralista ignora o direito positivo enquanto um tal sistema. Nem de um e nem de outro ponto de vista podem existir dois deveres simultaneamente que contradigam um ao outro".[118] De acordo com Hart, há um certo sentido em que a asserção de Kelsen é "bastante verdadeira, mas irrelevante para a nossa questão, que é se normas válidas podem conflitar".[119] Se por um "jurista" Hart entende "um estudioso do direito

[113] Ibid, p. 303
[114] Ibid.
[115] Ibid.
[116] Ibid.
[117] 1983a, p. 305.
[118] KELSEN 1945, p. 374
[119] HART 1983a, p. 306.

tentando descrever ou 'representar' um sistema jurídico particular, é bem verdade que ele deve desconsiderar as normas não-jurídicas independentemente de se elas conflitam com as jurídicas ou não".[120] E o mesmo vale, naturalmente, para o estudioso das normas morais. "É portanto verdadeiro", reconhece Hart, "que nem o *moralista* e nem o *jurista* deve formular enunciados sobre conflitos entre direito e moral".[121] No entanto, Hart considera equivocada a hipótese de Kelsen de que "não há um terceiro ponto de vista" a partir do qual nós podemos compreender os dois sistemas simultaneamente".[122] "Essa é uma afirmação geral que eu não vejo razão para aceitar", diz Hart.[123] "Nenhum ser humano é *somente* um jurista ou *somente* um moralista", prossegue o autor, e "pelo menos alguns pensam sobre normas jurídicas e morais e, ao considerar o seu significado enquanto normas, conclui que elas conflitam".[124] É perfeitamente possível que nos encontremos, aduz Hart em resposta a Kelsen, sob a autoridade simultânea de múltiplos sistemas normativos. O mesmo argumento vale, com maior força, para as normas de direito nacional e de direito internacional, que, na visão de Hart, são melhor compreendidas como pertencentes a sistemas jurídicos diferentes. No interior de cada um dos sistemas, o teste para identificar como válidas as normas jurídicas segue sendo o reconhecimento dos oficiais. E cada sistema jurídico se caracteriza por ser uma prática de reconhecimento diferente, com critérios próprios. É por isso que para Hart sempre haverá a possibilidade de conflitos entre normas de sistemas normativos diferentes, aos quais nós, por relacionarmos uns com os outros por meio de diferentes sistemas, estamos sujeitos.

7. SUGESTÕES DE LEITURA

- BESSON, Samantha, Theorizing the Sources of International Law. In: BESSON, Samantha e TASIOULAS, John (orgs.), **Philosophy**

[120] Ibid.

[121] Ibid.

[122] KELSEN 1945, p. 374. Em Kelsen, como vimos, esse terceiro ponto de vista não existe porque é necessário recorrer apenas a normas jurídicas para interpretar outras normas jurídicas, pois são essas que autorizam a criação de normas, fixam os critérios de correção das interpretações e orientam o processo de cognição do direito.

[123] HART 1983a, p. 306.

[124] Ibid.

of International Law. Oxford: Oxford University Press, p. 163-185, 2010.

- BUSTAMANTE, Thomas, Monism in International Law. In: Sellers, M.; Kirste, S. (Orgs.) **Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy**. Dordrecht, Springer, 2023. https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_1116-1.
- HART, H.L.A., Kelsen Visited. In: HART, H.L.A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford, Oxford University Press, 286-308, 1983a.
- HART, H.L.A., Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. In HART, H.L.A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford, Oxford University Press, 309-342, 1983b.
- HART, H.L.A., **The Concept of Law**, 2. ed. Oxford, Oxford University Press, 1994.
- VINX, Lars, The Kelsen-Hart Debate: Hart's Critique of Kelsen's Legal Monism Reconsidered. In. D.A.J. Telman (org), **Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence**. Dordrecht, Springer, 59-83.
- WALDRON, Jeremy, International Law: a relatively small and unimportant' part of jurisprudence?. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte et alli (orgs.), **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford, Hart Publishing, p. 378-404, 2013.