



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Jaber Lopes Mendonça Monteiro

**Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de
John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos**

Rio de Janeiro

2012

Jaber Lopes Mendonça Monteiro

**Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de John Austin,
H. L. A. Hart e seus críticos**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo de Araújo

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/CCS/A

H325 Monteiro, Jaber Lopes Mendonça.
Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico:
uma análise de John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos/ Jaber
Lopes Mendonça Monteiro. – 2012.
84 f.

Orientador: Marcelo de Araújo.
Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio
de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus), 1907-1992. 2.
Austin, John, 1790-1859. 3. Positivismo jurídico – Teses. I.
Araújo, Marcelo de. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

CDU 165.731

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta
dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Jaber Lopes Mendonça Monteiro

**Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico: uma análise de John Austin,
H. L. A. Hart e seus críticos**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Aprovada em 13 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo de Araújo (Orientador)

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

Prof. Dr. Luiz Bernardo Leite Araújo

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UERJ

Prof. Dr. Fernando Rodrigues

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

À minha amada esposa, Amanda.

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, Prof. Dr. Marcelo de Araújo, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho, e à CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior).

RESUMO

MONTEIRO, Jaber Lopes Mendonça. **Direito e interpretação na tradição do positivismo jurídico**: uma análise de John Austin, H. L. A. Hart e seus críticos. 84 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

O objetivo desta dissertação de mestrado é examinar as teses centrais do positivismo jurídico de John Austin e de H. L. A. Hart. Analiso inicialmente as críticas que Hart faz à teoria do direito como comando, proposta inicialmente por Austin na primeira metade do século XIX. Em seguida, ocupo-me das críticas de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico, bem como das tentativas recentes de se retomar a teoria do direito como comando. Por fim, procuro mostrar de que forma a discussão em torno das críticas ao positivismo legal foi recebido no contexto do debate teórico-jurídico no Brasil.

Palavras-Chave: Positivismo jurídico. John Austin. H. L. A. Hart. R. Dworkin. Direito.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to examine John Austin's and H. L. A. Hart's defense of legal positivism. I firstly analyze Hart's criticism of Austin's theory of law as command. Then I examine Ronald Dworkin's criticism of legal positivism, as well as recent attempts to resume and defend the theory of law as command. In the final part of this dissertation I examine the how the debate on legal positivism was received in the context of Brazilian tradition of legal theory.

Keywords: Legal positivism. John Austin. H. L. A. Hart. R. Dworkin. Law.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	O PROJETO INICIAL DO POSITIVISMO JURÍDICO	12
1.1	John Austin e o projeto de separação do direito e da moral	12
1.2	Direito como “comando”	14
1.3	O “hábito de obediência”	16
2	A CRÍTICA DE HART A JOHN AUSTIN	20
2.1	Direito como comando?	20
2.2	O conceito de “regra”	31
3	DIREITO E REGRAS SEGUNDO HART	39
3.1	Direito como união de “regras primárias” e “regras secundárias”	39
3.2	Relação entre o direito e a moral segundo Hart	45
4	HART ESTAVA MESMO CERTO?	58
4.1	Alguns problemas na crítica de Hart a Austin	58
4.2	A discussão do “Post-Scriptum” de <i>The Concept of Law</i>	62
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico foi considerado por muito tempo a teoria do direito que melhor representaria a vontade do legislador (*mens legislatoris*), proporcionando aos intérpretes e ao direito, de modo geral, a segurança jurídica que pode ser traduzida em outras palavras como previsibilidade, racionalidade e estabilidade. Apesar de diversas críticas de que foi objeto, o positivismo teve muitos representantes tanto no século XIX como no século XX. Contudo, a partir do final na Segunda Grande Guerra e a derrocada dos regimes totalitários nazi-fascistas, houve uma grande proliferação de trabalhos críticos do positivismo jurídico.

Os principais problemas identificados no positivismo jurídico são: (i) sua suposta inconsistência metodológica; e (ii) sua aparente indiferença às consequências sociais de sua hermenêutica. Alguns críticos do positivismo, como, por exemplo, a Escola Sociológica do Direito, buscavam, por meio de uma interpretação política e social, fomentar a criação de um direito social, alternativo, popular, apontando como critério do operador do direito apenas as consequências da decisão e a ponderação de interesses sociais contrapostos. Entretanto, essa proposta do direito social falhou de início por não prover um mínimo de segurança jurídica aos operadores do direito, transformando as decisões judiciais em campo de ativismo e subjetivismo¹.

De forma paralela a essas tentativas de mudança no direito social foram importadas e adaptadas algumas perspectivas moralistas do direito, entre as quais se destaca a de um importante crítico de H. L. A. Hart, a saber: Ronald Dworkin. Essas perspectivas tomaram grande força, daí derivando toda uma literatura filosófica que passou a dominar os círculos acadêmicos e os tribunais. No Brasil, essa escola recebeu o nome de pós-positivismo² ou neoconstitucionalismo, tendo como pedra de toque o reconhecimento da relevância de princípios e elementos valorativos não positivados na busca da solução mais acertada para os casos controvertidos do direito³.

Por fim, esse movimento de crítica moral do direito acabou por se perder em suas propostas, culminando em ativismo, decisionismo e discricionariedade exacerbada em detrimento da segurança jurídica. Nesse espectro, ressurgiu espaço para críticas que retomam

¹ Para maiores detalhes cf. CARVALHO (1993).

² É interessante que há toda uma literatura nos EUA e no Reino Unido que se intitula pós-positivista, mas que nada tem a ver com o “pós-positivismo” adotado no Brasil. Um bom exemplo dessa confusão classificatória é a obra de Neil MacCormick, autor que se auto-intitula “pós-positivista”, mas defende um ponto de vista bem diferente dos pós-positivistas brasileiros, que melhor se identificam pelo rótulo de neoconstitucionalistas. Cumpre, de início, noticiar que muitas das críticas brasileiras foram desenvolvidas sobre premissas equivocadas ou falsas interpretações das principais teses positivistas.

³ ÁVILA (2007).

a tradição positivista, acatando-a como posição coerente e interessante. De forma concorrente a esse fenômeno, houve espaço para celeumas dentro do próprio positivismo jurídico, o que ocasionou o surgimento de importantes diferenças, como, por exemplo, entre os chamados “inclusivistas” e os “exclusivistas”, o que será alvo de abordagem mais adiante.

De fato, há uma grande confusão nesse tema que se situa numa área nebulosa entre a filosofia e o direito. O que é mais produtivo: priorizar uma análise formal do direito com foco na validade do ordenamento jurídico, da norma, da estrutura dos comandos normativos e da compreensão do papel do direito na regulação social, ou concentrar esforços na análise dogmática do direito e de suas práticas? Os trabalhos de Austin, Hart, e de alguns de seus críticos, incluindo Dworkin, são tentativas de iluminar alguns pontos obscuros nesses debates.

Hart foi uma das figuras mais importantes do pensamento jusfilosófico do século XX. Sua obra marca um momento de reforma da agenda de questões teóricas e filosóficas que perpassam a teoria do direito. Hart, com efeito, é uma espécie de introdutor da chamada “virada linguística” na filosofia do direito. Já por ocasião de sua aula inaugural de Teoria Geral do Direito (*Jurisprudence*) na Universidade de Oxford, em 1953, Hart impressionou a comunidade acadêmica com a originalidade e o rigor de sua abordagem. Hart transitava entre o direito e a filosofia e talvez por isso sua obra tenha causado tanta polêmica, pois tratou de trazer a filosofia para elucidar problemas até então mal resolvidos acerca da natureza dos conceitos legais. Para Hart, a teoria geral do direito era um ramo da filosofia que envolvia necessariamente a aplicação de ideias e métodos filosóficos no que concerne à crítica do direito e à análise conceitual do direito. Nas palavras do próprio Hart:

[...] busquei demonstrar a relevância desse tipo de filosofia da linguagem para a filosofia e teoria do direito. Pois parecia a mim então (e ainda parece) que dar atenção às formas variadas e complexas em que as palavras funcionam em conjunção com as regras jurídicas de diferentes tipos ajuda a desfazer confusões. Confusões como aquela que ajudou a gerar teorias inconclusivas e conflitantes sobre a natureza dos entes corporativos e da personalidade corporativa, que por muito tempo atormentaram a teoria do direito, ou a que levaram juristas sérios a sustentarem que declarações de direitos jurídicos se referiam a entidades fictícias ou imaginárias “sem qualquer relação com a realidade” ou que, alternativamente, eram predições de ação jurídica. É verdade que substantivos jurídicos como “direito”, “dever” ou o nome de uma companhia limitada parecem não ter nenhuma contrapartida, no mundo real, para aquilo que designam ou significam, e isto tem sido uma persistente fonte de dificuldades⁴.

Sobre a proposta de Hart de incluir a análise da linguagem jurídica nas decisões judiciais e nos tratados sobre o direito, cumpre informar que, como não poderia deixar de ser, Hart foi criticado por ter supostamente reduzido a teoria geral do direito a uma mera análise do discurso dos operadores do direito. Entretanto, ele respondeu a essas críticas reforçando

⁴ HART (2010, p. 3-4).

ainda mais seus argumentos no sentido de que o ponto inicial do estudo jurídico deveria ser uma análise sistemática do tecido linguístico desse âmbito da atividade humana.

Embora Hart se empenhe em conferir à sua obra um cunho universalista, adaptando-a para que tivesse aplicabilidade em outras tradições jurídicas, seus textos podem ser entendidos dentro da tradição da *common law* do século XX. É possível traçar uma clara linha que separa o direito da política em diversas passagens de sua obra. Hart segue à risca a tradição britânica parlamentarista que perdurou até o final do século XX. Assim, como era de se esperar, as questões de direitos fundamentais e de justiça eram de competência da esfera política⁵.

Na tradição da *common law* do final do século XX tudo aquilo que fosse decidido por meio de um processo parlamentar adequado era tido como lei e passava a integrar o direito. É claro que esse contexto excluía qualquer juízo por parte dos operadores do direito, já que não lhes era conferido o poder de ir contra as decisões do Estado. O papel dos operadores do direito (juízes e advogados) era tão-somente o de aplicar a lei, conforme ditada pelas diretrizes políticas, não lhes cabendo apreciar questões de teoria política.

Por outro lado, na Europa Continental e nos Estados Unidos, os juristas têm constituições e leis que são pressupostos de todos os efeitos legais. É exatamente nessa tradição que Hans Kelsen escreveu a obra *Teoria Pura do Direito*, onde formulou sua teoria da “norma fundamental” (*Grundnorm*)⁶. Nos EUA, a Constituição declara uma gama tão ampla de direitos constitucionais que os juristas atuantes necessitam recorrer a teorias de justiça para poder implementar as garantias constitucionais, ou seja, as garantias são tão amplas que acabam tendo que ser discutidas pelos tribunais e por eles decididas.

Ocorre que transformações posteriores às críticas de Hart acarretaram mudanças nas estruturas políticas do Reino Unido. Talvez, o fator mais forte tenha sido a entrada do Reino Unido na União Européia no ano de 1992. Toda essa conjuntura de fatores colocou em xeque a tese de Hart. O até então Reino Unido, tornou-se “Estado Federado” com o restabelecimento do Parlamento Escocês. Os tribunais ingleses passaram a aplicar as convenções da União Européia, mesmo que isso muitas vezes ocorra sob a forma de uma lei, primeiramente, aprovada pelo Parlamento. Houve um grande desenvolvimento do direito público, o que passou a demandar um maior controle das ações executivas⁷. Por ocasião do falecimento de Hart em 1992, essas alterações estavam ainda pouco claras e levou uma década para que os juristas se dessem conta dessas profundas transformações.

⁵ MACCORMICK (2010, p. 9).

⁶ KELSEN (1998, p. 217).

⁷ MACCORMICK (2010, p. 19-25).

Veremos a teoria de Austin que define o direito como “comandos do soberano”, amparados pela possibilidade de uma sanção, bem como alguns conceitos-chave correlacionados, como “hábito de obediência” e “soberano”. Após isso, veremos as críticas que foram feitas à teoria de Austin, com foco especial em Hart.

Analisaremos também a tese de Hart de que a existência de leis, e do direito de modo geral, depende da aceitação por parte da comunidade de uma regra fundamental, por ele chamada de “regra de reconhecimento” (*rule of recognition*), que define os critérios de validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular, impondo deveres sobre aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente o poder de julgar, sendo, portanto, essencial para a existência de qualquer sistema jurídico.

Será objeto de análise a proposta de Hart de que o direito é formado pela união entre dois tipos elementares de regras, chamadas “regras primárias” e “regras secundárias”, bem como dos três subtipos de regras que derivam das regras secundárias (“regras de julgamento”, as “regras de alteração” e a “regra de reconhecimento”).

Outro ponto será a questão levantada por Hart acerca da dificuldade causada pelos termos jurídicos que exigiam um método especial de elucidação, ou seja, a chamada “textura aberta” das normas (*Porosität* ou *open texture*). Para Hart, a contribuição da moral crítica é fundamental para a elucidação dos princípios que visam à utilização justa do direito numa sociedade bem organizada.

Ao final, abordaremos a questão da reformulação da tese de Hart, principalmente após as críticas de Dworkin. No *Post Scriptum* de *Concept of Law*, Hart revisita vários pontos de sua teoria, dando-lhes uma nova perspectiva, bem diferente de sua concepção inicial, o que foi objeto de muitas críticas, dentre as quais a de que Hart parecia não compreender de modo inteiramente adequado sua própria teoria. Contudo, em seu *Post Scriptum*, Hart defende a viabilidade e a vantagem de sua proposta de uma teoria geral do direito imparcial, descritiva e positivista, por ser o direito essencialmente um fenômeno social. Veremos, ainda, quais são os objetivos da teoria analítica do direito de Hart e suas repercussões no debate da filosofia do direito contemporânea.

1 O PROJETO INICIAL DO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 John Austin e o projeto de separação do direito e da moral

O projeto de Austin é claro, ele pretende delimitar seu objeto de estudo, a “lei positiva”, esclarecendo os sentidos impróprios do termo “lei”, como ocorre com as chamadas “leis da natureza”⁸. O objeto da jurisprudência é a “lei positiva”, ou seja, a lei posta por uma autoridade política para aqueles que estão a ela submetidos⁹. Para Austin, as “leis naturais” devem ser examinadas no âmbito da ética. No conjunto das “leis naturais”, Austin inclui a “lei de Deus” ou “lei divina” (*divine law*)¹⁰. Austin questiona a classificação até então dominante atribuída a William Blackstone. Nas palavras de Austin:

Sir William Blackstone, por exemplo, diz em seus ‘Comentários’, que as leis divinas são superiores, em obrigação, a todas as outras leis; que não se poderia aceitar que qualquer lei humana a elas se opusesse; que as leis humanas carecem de validade se a elas são contrárias; e que todas as leis válidas derivam sua força do original divino.

Bem, ele pode querer dizer que todas as leis humanas deveriam se conformar à lei divina. Se é este o sentido pretendido, concordo sem hesitação (...). Talvez, entretanto, ele queira dizer que os legisladores humanos estão, eles mesmos, obrigados pelas leis divinas a elaborar as leis que impõem segundo aquele padrão último, porque, se não o fizerem Deus os punirá. Com isto, também concordo inteiramente (...).

Mas o sentido dessa passagem de Blackstone, se é que tem um sentido, parece na verdade ser este: nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é obrigatória ou vinculante; em outras palavras, nenhuma lei humana que conflite com a lei divina é uma lei (...) ¹¹.

Austin se preocupa também em analisar o conceito de *direito* em termos de conceitos mais simples, a saber: os conceitos de comando, sanções, desejos e mal. É interessante notar que, diferentemente de outros autores na tradição do positivismo jurídico¹², Austin não nega que existam “leis naturais” ou “leis divinas”. O objetivo de Austin é delimitar sob que condições uma regra ou ordem pode ser chamada “lei jurídica”.

Para Austin há três categorias para os diferentes conjuntos de regras presentes nas sociedades humanas. São elas: (1) leis de Deus, postas por Deus aos homens, (2) lei positiva, posta por homens (investidos de autoridade política) para homens e (3) moralidade positiva, que, na verdade, são regras de conduta facilmente confundidas com leis.

⁸ AUSTIN (1995, p. 20).

⁹ AUSTIN (1995, p. 18).

¹⁰ AUSTIN (1995, p. 19).

¹¹ AUSTIN (1995, p. 157-158).

¹² Para maiores esclarecimentos no que se refere a tradição do positivismo jurídico, recomenda-se a leitura de DYZENHAUS (2004, p. 39-67).

Austin distingue ainda as leis de Deus das leis da “moralidade positiva”. A moralidade positiva consiste de um conjunto de ideias e princípios morais de uma determinada sociedade em uma dada época. A moralidade positiva pode entrar em conflito com os princípios mais básicos de moralidade, eles próprios não-positivos. Dessa forma, seria possível criticar moralmente a moralidade positiva¹³. Para Austin, as “leis” da “moralidade positiva” são assim chamadas impropriamente, pois lhes falta uma instância com poderes para impor uma penalidade pela sua violação. No entanto, a designação de “leis” da “moralidade positiva”, segundo Austin, é fundamental para distinguir a moralidade tal como ela é, da moralidade tal como ela deveria ser. Exemplos de leis da “moralidade positiva” seriam as “leis consuetudinárias” (*customary laws*), a “lei da honra” (*the law of honour*), a “lei ditada pela moda” (*the law set by fashion*), o “direito internacional” (*international law*), etc¹⁴.

Quanto às denominadas “leis” que regulam o comportamento dos animais, o crescimento das plantas, etc., esses seriam usos equívocos do termo “lei”. Ou seja, trata-se de âmbitos nos quais o termo “lei” é impropriamente utilizado, como ocorre, por exemplo, com a moralidade positiva que somente por analogia estabelece deveres e sanções. Também existem leis explicativas, que se limitam a explicar a “lei positiva”, constituindo atos de interpretação autêntica da atividade legislativa. Registra-se, ainda, a existência de leis revogatórias, que se limitam a revogar outras leis, liberando as pessoas dos deveres antes impostos, e, ainda, as chamadas leis imperfeitas que expressam um desejo mais não exteriorizam nenhuma punição em caso de desobediência¹⁵.

Austin defende uma teoria moral utilitarista. Ele faz uma distinção entre leis reveladas e leis não reveladas. As leis não reveladas poderiam ser descobertas racionalmente através da aplicação do princípio da utilidade¹⁶. E é justamente aqui que surge uma das principais críticas à teoria de Austin, pois sua definição do conceito de “lei” (*law*) é abrangente demais, incluindo regras que não podem ser objeto de estudo da jurisprudência, conforme salienta Hart¹⁷.

O que caracteriza o positivismo jurídico, tal como ele foi defendido por seus principais representantes, como Austin, Hart, e Hans Kelsen é a defesa sistemática da tese segundo a qual o conceito de direito não envolve o conceito de justiça. Para Austin, uma coisa é nos

¹³ Esse pensamento é de grande importância. Talvez, Hart tenha se inspirado nessa passagem para formular o papel da “Moral Crítica” em sua Teoria do Direito.

¹⁴ AUSTIN (1995, p. 20).

¹⁵ AUSTIN (1995, p. 31).

¹⁶ ARAÚJO (2009, p. 161-184).

¹⁷ HART (2005, p. 261).

perguntarmos o que *é* o direito, outra coisa é nos perguntarmos como o direito *deve ser*. A primeira pergunta deve ser examinada no âmbito da “jurisprudência”, ou “ciência do direito”; a segunda deve ser examinada no âmbito da ética. Para os representantes do positivismo jurídico, portanto, um âmbito não deve ser confundido com o outro. Isso significa dizer que mesmo se desejássemos um direito justo e se políticas públicas fossem empreendidas no sentido de efetivar um ideal de justiça no âmbito das instituições democráticas, quando se trata do fato de esclarecer o que é direito, segundo o positivismo jurídico, ideias e concepções de justiça devem ser deixadas de lado, pois do ponto de vista da metodologia do esclarecimento, elas não são relevantes nesse caso ainda que sejam importantes em outros âmbitos.

Austin define o direito positivo como sendo o direito “posto”, diretamente ou circunstancialmente, por um corpo individual e soberano, para os membros de uma sociedade política independente, ou seja, pessoas em estado de sujeição ao autor da norma¹⁸. O que difere o direito de outras atividades humanas é, para Austin, sua coercitividade ou obrigatoriedade, ou seja, o direito consiste basicamente de “comandos” do soberano amparados pela possibilidade de uma sanção, caso o comando não seja obedecido. É isso que torna as matérias reguladas pelo direito obrigatórias e não facultativas. Esse ponto será melhor analisado na próxima seção.

1.2 Direito como comando

Inicialmente, é necessário esclarecer que a característica mais marcante do direito é que a sua existência pressupõe que certas espécies de conduta humana não são facultativas, mas obrigatórias. O direito não se faz exercer por recomendações ou conselhos, mas por meio de ordens ou comandos. Com esse ponto de partida, Austin propõe uma teoria do direito como comando amparado por sanções. Realmente, o elemento-chave dos comandos é a ameaça da sanção a ser imposta àqueles que não obedecem, o que diferencia a lei de pedidos, conselhos, recomendações, solicitações, convites, etc. Daí, tem-se que, para Austin, toda lei, no sentido próprio do termo, é um comando¹⁹.

Importantes elementos da teoria de Austin são os conceitos de “hábito de obediência” e de “soberano” como uma pessoa (ou grupo de pessoas) cujas ordens costumam

¹⁸ AUSTIN (1995, p. 282).

¹⁹ AUSTIN (1995, p. 21).

habitualmente ser obedecidas, mas que não tem, ele próprio, o hábito de obedecer a ninguém. Registre-se que a mera obediência eventual não gera o “hábito de obediência” e esse reconhecimento tem que se dar pela maioria dos membros da sociedade sob pena de não se ter um governo reconhecido. Austin sustenta que o objeto próprio da “jurisprudência” é a “lei positiva”, ou seja, “*uma regra estabelecida para a conduta de um ser inteligente por um ser inteligente tendo poder sobre ele*”²⁰. Um comando consiste na expressão de um desejo, mas se distingue de um simples desejo por envolver uma punição àquele que desobedece, ou seja, a parte a quem o comando se dirige está sujeita a sofrer um mal (*evil*), caso o desejo de quem emite o comando não seja cumprido. Aqui, Austin se opõe à tese de Locke e Bentham, segundo a qual leis podem ser constituídas tanto pela ameaça de uma sanção quanto pelo benefício de uma recompensa. Para esses autores, portanto, não são apenas os estímulos negativos sob a forma de sanções que constituem as leis, mas também estímulos positivos compreendidos em termos de recompensas ou benefícios²¹. Para Austin, no entanto, não importa o quão atrativa seja uma recompensa, ela, por si só, não gera a obrigação de realizarmos uma dada ação. Apenas a possibilidade da sanção, segundo Austin, tem o poder de criar uma obrigação, no sentido jurídico do termo²².

Em seguida, Austin faz uma distinção entre dois tipos de comandos, a saber: gerais e particulares. Os comandos que prescrevem determinadas ações (ou omissão dessas ações) são chamados gerais, ao passo que os comandos que visam a realização de um ato específico e se dirigem a classes ou grupos de pessoas são chamados particulares²³. Comandos gerais dizem respeito a comandos que exigem a realização (ou não realização) de uma “classe de ações”, ao passo que comandos particulares exigem a realização (ou não realização) de ações, tomadas isoladamente. As noções compreendidas por um comando são as seguintes: (1) um desejo concebido por um ser racional, que outro ser deverá realizar, (2) um dano concebido anteriormente e que será aplicado, caso o dever não seja obedecido e (3) a expressão ou ultimação de um desejo por palavras ou signos, proferido por alguém (soberano) para alguém que sabe que lhe ocorrerá um mal em caso de desobediência (súdito). Para Austin, apenas comandos do primeiro tipo podem ser compreendidos como leis. Assim, “comandos ocasionais” ou particulares, a rigor, não são leis, no sentido estrito do termo, porque dizem respeito à proibição de um “tipo ou sorte” (*kind or sort*) de ato.

²⁰ AUSTIN (1995, p. 18).

²¹ AUSTIN (1995, p. 23).

²² AUSTIN (1995, p. 23).

²³ AUSTIN (1995, p. 19).

Austin introduz a seguir uma discussão sobre “decisões judiciais” (*judicial commands*). A referência às “decisões judiciais”, como exemplo de regras que visam à realização de um ato específico ou “ocasional”, é importante. Com isso Austin está criticando a teoria até então dominante na *common law* da Inglaterra, que tem em Blackstone um de seus principais teóricos e segundo a qual comandos particulares são aqueles que se dirigem a uma única pessoa, enquanto que comandos gerais são aqueles que se dirigem a um grupo ou comunidade²⁴. Austin se empenha em demonstrar que a distinção de Blackstone é equivocada por dois motivos: (1) nem sempre um comando que se dirige a um grupo de indivíduos pode ser considerado uma lei ou regra; e (2) um comando que se dirige a uma única pessoa pode ser considerado uma lei. Nas palavras de Austin:

A law is a command which obliges a person or persons. But, as contradistinguished or opposed to an occasional or particular command, a law is a command which obliges a person or persons, and obliges generally to acts or forbearances of a class²⁵.

É importante se ressaltar que o chamado “hábito de obediência” é imprescindível para que uma dada regra seja reconhecida como lei ou direito válido em um país. É claro que para isso é mister abordar outros conceitos centrais como o de soberano e súdito, submissão, etc. Isso, por sua vez, será objeto da próxima seção.

1.3 O “hábito de obediência”

Austin foi frequentemente criticado por ter reduzido o conceito de direito ao simples esquema de ordens baseadas em ameaças. Levando ao extremo a tese proposta por Austin, até mesmo a ordem de um assaltante poderia ser entendida como geradora de uma obrigação. No entanto, isso não é o mesmo que entender a ordem de um assaltante como uma “lei”, pois a ordem de um assaltante é um comando ocasional. Austin reconhece uma natureza hierárquica na lei e por isso para ele o conceito de soberano é central, porque os sujeitos só obedecem ao soberano por temor, ante a ameaça da imposição de sanções. Contudo, após adquirirem o hábito de obediência, o medo da punição deixaria de ser a principal motivação²⁶.

Para Austin, as leis positivas se relacionam na forma de uma analogia aos seguintes objetos: (1) Leis de Deus; (2) regras de moralidade positiva que são leis. Toda lei no sentido

²⁴ AUSTIN (1995, p. 12-15).

²⁵ AUSTIN (1995, p. 29).

²⁶ AUSTIN (1995, p. 21).

estrito é estabelecida por um soberano para os membros de uma sociedade política independente. A característica que define a noção de soberania é o fato de que o corpo de uma sociedade ter como hábito se submeter ou obedecer a um superior determinado e comum e esse indivíduo ou corpo superior não ter como hábito se submeter a um determinado humano superior. Nas palavras de Austin:

If a determinate human superior, not in a habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from the bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society, and the society (including the superior) is a society political and independent²⁷.

Quanto à relação entre a soberania e submissão, temos que os membros da sociedade estão subordinados ou são dependentes daquele determinado superior. Uma sociedade política independente ou uma nação independente e soberana é uma sociedade formada por soberano e subordinados, ao contrário de uma sociedade que é apenas formada por subordinados e por isso é um membro de outra sociedade política. A esse respeito, conferir a seguinte passagem de Austin:

By an independent political society, or an independent and sovereign nation, we mean a political society consisting of a sovereign and subjects, as opposed to a political society which is merely subordinate: that is to say, which is merely a limb or member of another political society, and which therefore consists entirely of persons in a state of subjection²⁸.

Para que uma determinada sociedade possa formar uma sociedade política e independente é preciso que, de um lado, a sociedade tenha o hábito de obediência a um determinado superior comum e, por outro lado, esse indivíduo ou corpo de indivíduos determinados não tenha o hábito de obediência a determinado corpo ou indivíduo. É a união dessas duas características que faz com que o superior seja soberano e a sociedade seja política e independente. Assim, se o corpo da sociedade não obedece de forma habitual ou permanente ele não forma uma sociedade politicamente independente. Como afirma Austin:

The given society may form a society political and independent, although that certain superior be habitually affected by laws which opinion sets or imposes. The given society may form a society political and independent, although that certain superior render occasional submission to commands of determinate parties. But the society is not independent, although it may be political, in case that certain superior habitually obey the commands of a certain person or body²⁹.

²⁷ AUSTIN (1995, p. 166).

²⁸ AUSTIN (1995, p. 167).

²⁹ AUSTIN (1995, p. 170).

É claro que as definições de Austin sobre os conceitos de “sociedades politicamente independentes” e de “soberania” apresentam problemas, mas isso se deve ao fato de que tais conceitos não podem ser traduzidos precisamente em expressões. Há várias perguntas que não são respondidas por Austin em sua conceituação, como, por exemplo, quantos membros devem ser habitualmente obedientes a um único soberano para que possamos considerar que o corpo da sociedade obedece regularmente às ordens do soberano? A partir de quanto tempo podemos considerar que a obediência se tornou habitual? Como saber se o superior comum não está sofrendo pressões de várias espécies, notadamente externas? Para que uma sociedade independente possa formar uma sociedade política ela não pode ter menos que um determinado número de componentes que apesar de não poder ser fixado com precisão, deve ser um número reconhecidamente considerável. Por exemplo, uma família que vive isolada, apesar de formar uma sociedade independente, não forma uma sociedade política. Os membros todos são obedientes ao chefe da família, mas não estão presentes em um número considerável para serem considerados como uma sociedade política. Assim, tem-se que o menor número possível que pode ser reconhecido como considerável não pode ser determinado precisamente. Entretanto, se a sociedade não for independente, ou seja, for subordinada, não existe a necessidade do número mínimo³⁰. Os conceitos de “soberania” e “sociedade política independente”, foram definidos por autores como, por exemplo, Bentham, Hobbes, Grotius e Von Martens of Gottingen, todos citados por Austin³¹.

A grosso modo, a definição de soberania de Austin é inadequada para as sociedades independentes e, por consequência, para as sociedades políticas em geral. Isso porque para excluir as famílias, Austin alega que as sociedades devem ser capazes de durar indefinidamente, o que não ocorre com as famílias. Contudo, Bentham não diz que o soberano não pode ter como hábito obedecer a um determinado indivíduo ou corpo. Já para Hobbes, uma sociedade só é uma sociedade política independente se ela puder manter a sua independência utilizando sua própria força. O problema é que se considerarmos esta a característica determinante, o nome “sociedade política independente” não seria aplicável à maior parte das sociedades que já existiram na história da humanidade. O que é fundamental para uma sociedade ser considerada como independente é que o soberano não tenha como hábito obedecer determinado indivíduo ou corpo. Para Grotius o poder soberano é completamente independente de outro poder humano e ele só pode ser anulado pelo seu

³⁰ AUSTIN (1995, p. 177).

³¹ AUSTIN (1995, p. 180-183).

próprio poder. No entanto, todo poder soberano ocasionalmente obedece outro poder soberano, obedece à chamada lei internacional, obedece aos sentimentos dos seus súditos e o faz sem perder a sua independência, desde que não tenha como hábito obedecer aos comandos de determinado grupo. Para Von Martens of Gottingen “*a sovereign government is a government which ought not to receive commands from any external or foreign government*”³². Existem várias objeções a essa definição, inobstante o fato de que essa definição serve também para governos subordinados. Em resposta às críticas podemos defender que não é conveniente a nenhum governo independente ser absolutamente livre de outros governos. Além disso, essa definição não menciona, assim como a de Grotius, a característica positiva da soberania. Essas são as falhas encontradas na definição de soberania feita por Austin.

Uma das principais críticas de Hart a Austin é construída em função de uma suposta absoluta inadequação da noção de hábito de obediência, que se relaciona com regularidades externas do comportamento humano, em contraposição à composição inovadora, formulada por Hart, de atitude interna essencial para o entendimento adequado do que seja uma regra. O próximo capítulo tratará de aspectos da crítica ao “hábito de obediência”, juntamente com o “conceito de lei” de Hart.

³²

AUSTIN (1995, p. 183).

2 A CRÍTICA DE HART A JOHN AUSTIN

2.1 Direito como comando?

Uma ideia compartilhada por Austin e Hart é o reconhecimento de que a característica mais importante do direito, em todos os tempos e lugares, é que sua existência implica dizer que certos tipos de conduta humana não são facultativos, mas obrigatórios. O exemplo mais rudimentar de conduta não-facultativa ocorre quando alguém é forçado a fazer o que outrem lhe diz por força de algum tipo de ameaça. A tese de Hart é que a existência de leis, e do direito de modo geral, depende da aceitação, por parte da comunidade, de uma regra fundamental, por ele chamada de “regra de reconhecimento” (*rule of recognition*)³³. A “regra de reconhecimento”, no entanto, não é normativa: ela não informa às pessoas quais são as coisas que elas devem fazer ou deixar de fazer³⁴.

Outra ideia que Hart compartilha com Austin é a tese de que a relação entre o direito e a moralidade é contingente. Pode até haver, de fato, uma coincidência entre as prescrições do direito e as prescrições da moralidade, mas isso não exclui a possibilidade de, em alguns contextos específicos, verificarmos que o direito esteja em conflito com certas ideias morais e vice e versa. Como Hart afirma:

A sociedade humana é uma sociedade de pessoas, e pessoas não vêm a si mesmas ou umas às outras apenas como corpos se movendo de maneira que são às vezes prejudiciais e que precisam ser evitadas ou modificadas. Em vez disso, as pessoas interpretam os movimentos umas das outras como manifestações de intenção e de escolhas, e esses fatores subjetivos são, muitas vezes, mais importantes para as suas relações sociais do que os movimentos pelos quais eles ou os seus efeitos se manifestam (...). Se, como os nossos moralistas jurídicos defendem, é importante para o direito refletir o julgamento comum da moral, é certamente ainda mais importante que reflita, de maneira geral, em seus julgamentos sobre a conduta humana, as distinções que não apenas fundamentam a moral, mas permeiam a totalidade de nossa vida social. O direito fracassaria nesse empreendimento se tratasse os homens meramente como coisas alteráveis, previsíveis, curáveis ou manipuláveis³⁵.

A perspectiva de Austin está fundada no ponto de vista externo, ou seja, Austin concebia como deveres aqueles atos a que se está obrigado sob ameaça de alguma sanção por desobediência, de tal forma que ter um dever corresponde a estar exposto à probabilidade de

³³ HART (2005, p. 126).

³⁴ A esse respeito vale a pena conferir DICKSON (2007, p. 373-402) no qual a Autora questiona se a regra de reconhecimento é realmente é uma regra convencional. Schauer redigiu interessante artigo em resposta a essa autora. A respeito vale a pena conferir SCHAUER (2005), p. 493-501.

³⁵ HART (1968, p. 198).

um castigo³⁶. É digno de nota que até mesmo Kelsen evite qualquer referência a “atitudes internas” por serem estranhas à sua teoria pura do direito³⁷. O conceito de dever, segundo Kelsen, é uma derivação lógica de sua teoria de que todas as leis são normas que autorizam a imposição de um castigo. Contudo, muito embora obrigações e deveres pressuponham regras apoiadas por sanções, a ideia de que tais regras primeiro autorizam a imposição de sanções por autoridades judiciárias e apenas depois exigem que as pessoas façam algo falseia a realidade social da questão.

A suposição de que o direito seja fundamentalmente constituído por comandos e sanções é o principal alvo da crítica de Hart a Austin. Com efeito, poderíamos nos perguntar, por exemplo, se certas proposições jurídicas, como, por exemplo, aquela que determina o número de assinaturas necessárias para que um testamento seja legalmente válido, podem ser consideradas válidas unicamente em virtude de comandos amparados por sanções. Para Hart, uma teoria que pressupõe que a “chave” para compreensão do direito seja encontrada em simples ordens baseadas em ameaças, ou seja, comandos, é insuficiente para responder a pergunta sobre o que é o direito³⁸.

A crítica de Hart à teoria de Austin consiste, inicialmente, em mostrar como o direito e a obrigação jurídica se distinguem de simples ordens baseadas em ameaças. Para isso, Hart sugere o exemplo de uma determinada comunidade hipotética, onde as pessoas podem reconhecer como direito, por exemplo, os comandos dos mais velhos, independentemente do fato de os mais velhos estarem em uma posição de punir as pessoas, caso elas não ajam em conformidade com suas prescrições. As prescrições dos mais velhos, nessa comunidade, teriam um sentido normativo, mas a regra que informa aos membros da comunidade que as prescrições dos mais velhos são proposições do direito não tem, ela própria, um sentido normativo. Essa regra apenas faz com que os indivíduos possam “reconhecer” o que conta como lei, e como prescrições do direito, de modo geral, em um determinado contexto³⁹.

Para Hart, a busca pela uniformidade na caracterização das regras pode ser um erro, porque uma característica distintiva do direito reside justamente na união de diferentes tipos de regras⁴⁰. Contudo, esse ponto será objeto de análise mais profunda no capítulo 3.

³⁶ AUSTIN (1995, p. 15-24).

³⁷ KELSEN (1998, p. 114-125).

³⁸ HART (2005, p. 21).

³⁹ HART (2005, p. 101).

⁴⁰ HART (2005, p. 57).

Por outro lado, ainda segundo Hart, a punição trata de experiências desagradáveis, infligidas devido à violação de regras jurídicas, impostas em decorrência de alguma infração, administradas intencionalmente por seres humanos como expressão da desaprovação pela infração e aplicadas por autoridades investidas em um determinado sistema jurídico⁴¹. É interessante registrar que a tese de Hart sobre a justificação da punição não se distancia muito da tese de Austin, ambos partem da suposição de que a punição é em si um mal que envolve o sofrimento humano, tanto o do criminoso quanto daqueles que passam a temer a punição, vendo sua liberdade de ação restringida pelo medo de serem punidos.

Se a possibilidade de punição representa uma limitação de liberdade do indivíduo, somente pode ser justificada como prática social na medida em que se puder demonstrar que produz um bem maior do que o mal que causa por si, o que envolve a necessária equiparação entre o bem maior e o mal em questão, ou seja, as perdas causadas pela punição devem ser compensadas pela diminuição de sofrimento da comunidade que é obtida por meio da dissuasão à prática das transgressões pelo temor das punições. Nesse sentido, o direito funciona mais como um guia, o que é corroborado pela inclusão de algumas formas de negligência punível ao lado da lista das infrações penais. Como Hart afirma:

Esses pensadores [Bentham e Mill] consideravam que o uso do Direito Penal é um mal que requer justificativa, e isso não é justificado pelo mero fato de que a conduta que é alvo de punição pelo Direito Penal é um crime contra o código moral aceito pela comunidade. Para a justificativa da punição deve ser demonstrado que a conduta punida é diretamente prejudicial aos indivíduos ou à liberdade deles, ou põe em risco o interesse coletivo que os membros da sociedade têm na manutenção de sua organização ou defesa⁴².

Mas não me parece haver nada vergonhoso em conceber que o Direito funcione dessa maneira, e é possível argumentar que ele funciona dessa maneira e não da maneira racionalista com muito mais frequência do que geralmente se admite⁴³.

É sabido que as regras morais também impõem obrigações e restringem, de certa forma, a liberdade dos indivíduos de modo similar aos casos de ordens baseadas em ameaças⁴⁴. Os exemplos mais evidentes de coincidência entre as proibições do direito e da moral são os do homicídio e do uso gratuito da violência.

Hart examina o exemplo de um assaltante que ordena que a vítima que lhe entregue a bolsa com o objetivo de mostrar a implausibilidade da teoria de Austin, segundo o qual a

⁴¹ HART (1968, p. 5).

⁴² HART (1965, p. 31-32).

⁴³ HART (1968, p. 32).

⁴⁴ HART (2005, p. 10-11).

essência do direito sejam ordens baseadas em ameaças⁴⁵. Em alguns casos pode até haver tal coincidência, como no caso do direito penal que descreve um crime e prescreve uma punição, mas reduzir a questão do que é o direito a uma simples ordem baseada em ameaça é, segundo Hart, uma distorção e uma fonte de confusão. Como Hart afirma:

Já fizemos a análise preliminar do que está implicado na asserção de que existem regras destes dois tipos num dado grupo social, e neste capítulo não só levaremos esta análise um pouco além, mas sustentaremos como pretensão geral que reside na combinação destes dois tipos de regra aquilo que Austin incorretamente pretendeu ter descoberto na noção de ordens coercivas, nomeadamente “a chave para a ciência do direito”. Não defenderemos na verdade que onde quer que a palavra “direito” seja utilizada com propriedade tenha de encontrar-se esta combinação de regras primárias e secundárias; porque é claro que os diversos conjuntos de casos em que a palavra “direito” é usada não estão ligados por uma tão simples uniformidade, mas por relações menos diretas – frequentemente de analogia de forma ou conteúdo relativamente a um caso central. O que tentaremos mostrar, neste e nos capítulos subsequentes, é que a maior parte dos aspectos do direito que se têm revelado causadores de maior perplexidade e têm provocado ou impedido a procura de uma definição, pode ser melhor clarificada, se se compreenderem estes dois tipos de regra e a interação recíproca⁴⁶.

Entretanto, segundo Hart, a palavra “imperativo” (*imperative*) parece mais apropriada para ilustrar o caso do assaltante armado que diz, por exemplo, ao empregado do banco “*Entregue-me o dinheiro ou disparo*”⁴⁷. Aqui, ao contrário do que ocorre em outras situações, há uma ordem do assaltante e não um mero pedido ou recomendação, ou seja, o assaltante ameaça fazer algo que um homem normal considera prejudicial e desagradável, dissuadindo o empregado de conservar o dinheiro consigo. Assim, quando o assaltante consegue seu intento, diz-se que o empregado foi coagido. Ou seja, linguisticamente, pode-se dizer que o assaltante “mandou” ou “ordenou” ao empregado que entregasse o dinheiro, e esse obedeceu, embora seja juridicamente enganador afirmarmos que o assaltante tenha dado uma ordem ao empregado, já que nessa frase haveria algum direito ou autoridade para dar ordens, como é o caso das ordens militares⁴⁸.

O ponto de partida de Hart para mostrar, contra Austin, que um comando não implica necessariamente a ameaça de um mal, na eventualidade de desobediência, é o exemplo de Jesus Cristo que “*comandava*” seus discípulos. Para Hart, “comandar” significa exercer autoridade, com algum tipo de legitimidade, sobre os homens e não simplesmente o poder de lhes infligir um mal. Embora um comando possa estar ligado a ameaças de um mal, um “comando” é primariamente um apelo, não ao medo, mas ao respeito pela autoridade⁴⁹. Nesse

⁴⁵ AUSTIN (1995, p. 21).

⁴⁶ HART (2005, p. 91).

⁴⁷ HART (2005, p. 24-25).

⁴⁸ HART (2005, p. 25).

⁴⁹ HART (2005, p. 24-25).

ponto, convém salientar que o exemplo formulado por Hart parece estar mais ligado à semelhança entre as palavras em inglês “comando” (*command*) e “mandamento” (*commandment*) no sentido bíblico do termo. Em inglês, portanto, a palavra “comando” desperta imediatamente uma associação com a palavra “mandamento”, o que parece sugerir, para Hart, que um “comando”, no sentido próprio do termo, não se explica unicamente em termos de exercício do poder, mas também por conta de algum tipo de autoridade legítima.

Portanto, a tese do direito como ordens coercitivas encontra contrapartida na objeção de que há várias leis em todos os sistemas jurídicos que não se enquadram nessa descrição. Hart enumera três aspectos principais: (1) mesmo uma lei criminal pode impor deveres a seus próprios criadores; (2) há leis que não podem ser consideradas ordens na medida em que não obrigam pessoas a fazer coisas, mas conferem-lhes poderes; e (3) embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras do direito são originadas pelo costume, não devendo seu estatuto jurídico a qualquer ato consciente de criação do direito.

Um dos argumentos de Hart contra a tese da previsibilidade do castigo, proposta por Austin, é que a previsibilidade não é o único aspecto importante das regras jurídicas, o que pode ser comprovado quando estudamos as consequências da desobediência ao direito. Com efeito, o desvio das ordens jurídicas é definido e organizado de forma oficial, enquanto que no caso não-jurídico, embora seja provável uma reação hostil, tal reação não é organizada nem definida oficialmente. Embora a previsibilidade do castigo seja um aspecto importante das regras jurídicas, não é o único, diferentemente do que Austin sustenta. Ainda no que toca à questão da previsibilidade das sanções, se examinarmos de perto a conduta do juiz ou do funcionário que pune os desvios das regras jurídicas, ou dos particulares que reprovam ou criticam os desvios das regras não-jurídicas, veremos que a descrição em termos de “previsibilidade” (*predictive account*) das regras deixa ainda algumas questões em aberto. O juiz, ao punir, toma a regra como “guia” e a violação como “justificação” para punir o violador. O juiz não considera a regra como afirmação de que ele próprio, bem como outros, previsivelmente punirão os desvios. O mesmo pode ser dito em relação às censuras informais proferidas em razão da violação de regras da moral. Ou seja, a previsibilidade da regra é irrelevante objetivamente, enquanto que a existência do estatuto como guia e justificação é essencial. Hart sustenta que não existe um elemento que guie o juiz e justifique uma razão para punir, ou seja, isso não passa de uma ilusão, embora útil, pois tudo o que há além dos fatos do comportamento do grupo e da reação previsível ao desvio, são os sentimentos

humanos de compulsão para que as pessoas se comportem em harmonia com a regra e para agir contra os que não se comportarem assim⁵⁰.

Dizer que as “regras de obrigação” estão geralmente apoiadas em pressão social não significa que ter uma obrigação consista em interiorizar sentimentos de compulsão ou de pressão. Daí não haver contradição em dizer que uma pessoa desonesta tinha, por exemplo, a obrigação de pagar uma dívida, mas não sentia qualquer pressão interna para fazê-lo⁵¹. Por seu turno, um problema na própria teoria de Hart é que ela atrela os conceitos de obrigação ou dever e expressões correlatas à moral positiva em decorrência da inexistência de pressão social eficaz que torne os comportamentos obrigatórios. As ponderações de Neil MacCormick⁵² podem ajudar a resolver muitas das questões deixadas sem resposta na proposta original do próprio Hart. Termos como “obrigação”, “dever”, “delito” e “transgressão”, muito embora possam ser relacionados, não são idênticos. De fato, Hart não deveria ter se esforçado para agrupar todas essas categorias e conceitos sob um título tão confuso como “regras de obrigação”, que confunde as regras que se autodeterminam com as regras que se tem a obrigação de obedecer por alguma razão. Essa confusão foi bem percebida por críticos de Hart, como por exemplo, Rodger Beehler⁵³ e Roscoe Hill⁵⁴. A solução está justamente em explicar a diferença entre os conceitos.

O termo “obrigação” remonta ao latim *obligatio*, que os romanos definiam como um vínculo jurídico (*vinculum iuris*) entre pessoas. Assim, diz respeito à relação entre pessoas que têm algum vínculo normativo. Pressupõe, portanto, que as pessoas se relacionem entre si e que por conta desse relacionamento, ajam de uma certa maneira em relação uns com os outros. Por exemplo: obrigações dos pais, obrigações contratuais, etc. Nas palavras de Hart:

Assumir uma promessa é dizer algo que cria uma obrigação para o promitente; para que as palavras tenham este tipo de efeito, devem existir regras que assegurem que, se as palavras forem usadas pelas pessoas apropriadas nas ocasiões apropriadas (isto é, por pessoas sãs que compreendem a sua posição e se acham livres de várias espécies de pressão), os que as usam ficarão obrigados a fazer as coisas que as palavras designam. Assim, quando prometemos, fazemos uso de procedimentos específicos para mudar a nossa própria situação moral, impondo-nos obrigações e conferindo direitos a outros; na linguagem dos juristas, exercemos um poder, conferido por regras para o fazer. É claro que seria possível, ainda que sem utilidade, distinguir duas pessoas dentro do promitente: uma que atua na qualidade de criador de obrigações e a outra na qualidade de pessoa obrigada; e conceber uma como ordenando à outra que faça algo⁵⁵.

⁵⁰ HART (2005, p. 16).

⁵¹ HART (2005, p. 98).

⁵² MACCORMICK (2010, p. 85).

⁵³ BEEHLER (1978, p. 120).

⁵⁴ HILL (1970, p. 47).

⁵⁵ HART (2005, p. 51-52).

A palavra “dever” aparece frequentemente associada a uma obrigação, numa espécie de fórmula de que se deve fazer algo porque esse algo é um dever de alguém nessa ou naquela posição, o que pressupõe que haja uma norma implícita, moral, jurídica ou outra, como, por exemplo, os regulamentos de uma dada profissão, que requer que as pessoas que ocupam aquela profissão a fazer determinadas coisas. Registra-se outra aplicação que diz respeito à dívida, ou seja, alguém dever algo a outra pessoa, o que corresponde a uma espécie de direito correlato análogo a “obrigação”.

A expressão “delito”, segundo Antony M. Honoré, tal qual é utilizada nas formulações legislativas do direito penal, raramente determina “obrigações” ou “deveres”. “delito” é um termo genérico que envolve “crimes”, “crimes de menor potencial ofensivo”, “contravenções”, etc. Há apenas um dever no direito penal que é o de não cometer nenhum delito, ou seja, o dever mais básico de todo cidadão. O descumprimento de uma obrigação contratual não é um delito da mesma forma que um delito não é necessariamente uma violação de qualquer obrigação. Isso não obstante o fato de que, para um advogado, a prática de um crime pode equivaler à violação de um dever e sujeitar o infrator a compensar a pessoa prejudicada. Contudo, “crime”, “dever” e “obrigação”, apesar de expressarem perspectivas jurídicas diferentes, têm um ponto comum, que é não cumprir uma obrigação, faltar com um dever ou cometer um delito é agir errado⁵⁶.

No livro *Direito, Liberdade, Moralidade* (1963), Hart está preocupado em endossar as considerações tecidas pelo Relatório de Transgressões Homossexuais e Prostituição, presidido por Lord Wolfenden, já que tal projeto defendia que a função do direito penal é apenas impedir a perturbação e indecência pública e proteger as pessoas de comportamentos prejudiciais ou ofensivos, ou seja, há uma esfera de moralidade e imoralidade privada que não é da conta do direito⁵⁷. Tal proposta foi objeto de crítica por parte do juiz Lord Devlin, que defendia a tese oposta de que uma parte do direito inglês deveria visar à defesa de *standards* morais existentes na sociedade, e a sociedade teria o direito de impor seu código moral por meio do direito penal⁵⁸. Para Hart, o julgamento criminal, a condenação e a sentença são o modo convencional de expressar a condenação social à transgressão, ou seja, Hart vê com reservas a proclamação clássica dos direitos dos indivíduos e das minorias contra a tirania moral da maioria em virtude da aplicação do princípio do paternalismo, que informa que as

⁵⁶ HONORÉ (1977, p. 99-118).

⁵⁷ HART (1987, p. 30).

⁵⁸ HART (1987, p. 73).

peessoas têm o direito de serem impedidas de optar pelo que mesmo sendo desejável a curto prazo seja danoso para sua integridade física ou autonomia mental a longo prazo. Contudo, como afirma Hart não há provas de que a tolerância jurídica da imoralidade privada ou mesmo do pluralismo moral dissolvam o laço social⁵⁹. Nesse sentido, ainda, é digna de nota a seguinte afirmação de Hart:

(...) o espírito ou atitude mental que caracteriza a prática de uma moral social é algo de grande valor e, sem dúvida, bastante vital, que as pessoas devem promover e preservar em qualquer sociedade⁶⁰.

Para Hart é de suma importância que haja liberdade de debate, e, conseqüentemente algum pluralismo de atitudes entre os diversos grupos que coexistem num determinado sistema jurídico. A virtude moral envolve autorrestricção voluntária daquilo que se considera como transgressão moral e não apenas restrição forçada a um modo aparentemente apropriado de comportamento. Como Hart afirma:

Quando várias pessoas realizam qualquer empreendimento conjunto de acordo com regras e, dessa forma, restringem a sua liberdade, aquelas que se submeteram a essas restrições têm o direito de exigir uma submissão semelhante daqueles que se beneficiaram de sua submissão. As regras podem estabelecer que as autoridades devam ter o poder de impor a obediência e criar mais regras (...) mas a obrigação de obedecer às regras em tais circunstâncias é devida aos membros da sociedade que atuam conjuntamente, e eles têm o direito moral correlato à obediência⁶¹.

Afinal, a autodisciplina é fundamental para o atendimento das exigências morais e mesmo à conduta moralmente responsável, ou seja, conferir aos indivíduos adultos liberdade para desenvolver a personalidade moral é um requisito de justiça. Assim, a coerção jurídica só deveria ser utilizada para reprimir condutas sociais abusivas que ante a falta de regulamentação legal teriam o potencial de prejudicar outros indivíduos. Passado esse ponto a coerção se torna cruel e injusta. Como Hart afirma:

Além disso, a liberdade (ausência de coerção) pode não ter valor para aquelas vítimas da competição irrestrita que são pobres demais para fazer uso dela; assim, será pedante observá-lhes que, embora estejam passando fome, são livres. Essa é a verdade exagerada pelos marxistas cuja identificação da pobreza com a falta de liberdade confunde dois males diferentes⁶².

⁵⁹ HART (1987, p. 85).

⁶⁰ HART (1987, p. 71).

⁶¹ HART (1995, p. 6).

⁶² HART (1995, p. 183).

Confirmando sua posição de “pluralismo moral” e de que existem morais plurais mutuamente tolerantes nas sociedades modernas, Hart tece as seguintes advertências de muita relevância:

Se concebermos que a sucessora da ‘moral comum’ não é a permissividade, mas o pluralismo moral em alguma área da conduta anteriormente coberta por uma moral sexual que se deteriorou pelo desprezo a suas restrições, a tese a ser testada será presumivelmente a de que, onde o pluralismo moral se desenvolve dessa forma, discussões sobre as diferenças geradas por morais divergentes acabam por fim destruindo as formas mínimas de restrição necessárias à coesão social. A contratase afirmaria que morais plurais, nas sociedades modernas e grandes, podem perfeitamente ser mutuamente tolerantes. A muitos, de fato, pareceria que a contratase é a mais convincente das duas, e que em vastas áreas da vida moderna existem, algumas vezes escondidas sob o véu de uma obediência aparente a uma moral comum mais velha, morais divergentes que convivem em paz.

Não fiz nada além de desenhar o esboço do tipo de provas exigidas para fundamentar a tese da desintegração. Até que os psicólogos e os sociólogos forneçam essas provas, os que apóiam a imposição da moral deveriam apoiar francamente seu argumento na tese conservadora e não na tese da desintegração⁶³.

Hart reconhece que um dos maiores problemas do direito é a anomalia da linguagem jurídica, ou seja, a incapacidade dos juristas de oferecer definições claras em resposta aos fatos do mundo real. Nesse ponto, Hart atribui a Bentham a advertência de que os termos jurídicos exigiam um método especial de elucidação, formulando a tese de que não devemos tomar as palavras isoladas, mas considerar as frases nas quais as palavras estão sendo empregadas, como, por exemplo, não devemos tomar o termo “direito”, mas a frase “você tem um direito”, não a palavra “Estado”, mas a frase “ele é um funcionário do Estado”⁶⁴. Esse método é chamado paráfrase, que significa apresentar frase por frase e não palavra por palavra. Embora esse método seja aplicável a muitos casos, acaba distorcendo termos jurídicos como “direito” ou “dever”, cuja função característica não ocorre em declarações sobre fatos, mas em conclusões de cunho jurídico.

Quanto à questão da interpretação corrente do direito, Hart adverte que os tribunais julgam passando a impressão de que suas decisões são consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro e embora em casos simples isso possa estar correto, em grande parte dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão supostamente contidas admitem apenas um resultado, havendo sempre uma escolha nos casos mais importantes, ou seja, o juiz tem que escolher entre sentidos alternativos das palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa⁶⁵. A isso Hart dá o nome “textura aberta” da norma, constituindo a

⁶³ HART (2010, p. 296).

⁶⁴ HART (2010, p. 28-29).

⁶⁵ HART (2005, p. 15-17).

base da doutrina de Hart de que as regras jurídicas não fundamentam totalmente a decisão de todo problema jurídico, ou seja, a qualidade das regras que resulta do fato de que as regras são estruturadas e enunciadas em linguagem natural por meio da utilização de palavras e frases gerais e de uso corrente⁶⁶. Como é sabido, para tais termos, existe um “núcleo de certeza” (exemplos de aplicação clara que se encaixam perfeitamente) e uma “penumbra de dúvida” (exemplos de aplicação não clara, afetados por ambiguidades, os casos-limite). Como Hart afirma:

Pois a perplexidade se origina do fato de que, embora o uso comum dessas palavras [direitos, leis ou pessoas jurídicas] seja conhecido, ele não é entendido; e ele não é entendido porque, comparado com palavras mais comuns, esses termos jurídicos são, de vários modos, anômalos. Algumas vezes, como acontece com a própria palavra ‘direito’, uma anomalia é que a gama de casos aos quais ela se aplica tem uma diversidade que frustra a tentativa inicial de extrair algum princípio por trás da aplicação, e, apesar disso, temos a convicção de que, mesmo nesse caso, existe algum princípio - e não uma convenção arbitrária - subjacente às diferenças superficiais; de forma que, embora fosse obviamente absurdo pedir que se elucidasse o princípio de acordo com o qual diferentes homens são chamados de Tom, não parece absurdo perguntar porque, na esfera do direito interno, a profusão de diferentes tipos de normas são chamadas direito, nem por que o direito interno e o direito internacional, apesar das diferenças flagrantes, recebem essa denominação⁶⁷.

Com efeito, a “textura aberta” decorre do fato de que a justiça é um segmento da moral que se preocupa com os modos como são tratadas as classes de indivíduos e não com a conduta individual. Mas os princípios de justiça não se exaurem na idéia de moral. A palavra “moral”, bem como todas as outras que lhe estão associadas, ou termos aproximadamente sinônimos como ética, têm uma considerável área de imprecisão ou de “textura aberta”. Como Hart afirma relativamente ao conceito de “textura aberta”:

Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma ‘textura aberta’, e isto pode afetar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do direito, tanto como numa lei concreta⁶⁸.

É interessante mencionar que Austin, apesar de sua contribuição para a criação de uma sociedade e leis melhores não insistiu na separação entre ser ou dever ser, ou seja, em estabelecer uma distinção clara entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser.

⁶⁶ HART (2005, p. 140-141).

⁶⁷ HART (2010, p. 24-25).

⁶⁸ HART (2005, p. 134).

Nesse sentido, Hart defende uma posição bem diferente da posição de Austin, que como mostra a passagem adiante, insiste nesse tipo de separação:

A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se ele é ou não é uma questão; se ele conforma ou não a um suposto padrão é outra diferente. Uma lei, que realmente existe, é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que ela divirja do texto em que nos baseamos para nortear nossa aprovação ou desaprovação. Essa verdade, quando anunciada formalmente como uma proposição abstrata, é tão simples e evidente que parece ocioso insistir sobre ela. Mas, simples e evidente como é, quando enunciada em expressões abstratas, a enumeração das ocasiões em que foi esquecida daria um livro⁶⁹.

Hart sustenta que a falta de clareza na distinção entre o que o direito é e o que o direito deveria ser, na proposta de Austin, é tão grande que melhor teria sido se o autor tivesse se omitido de fazê-la. O erro cometido por Austin, que pode ser extraído de seus exemplos, é que ele teria confundido o direito como ele é com o direito como a moral exigiria que ele fosse. Para Hart, a insistência nessa distinção previne dois “perigos”: “*o perigo de que o direito e sua autoridade dissolvam-se nas concepções humanas daquilo que o direito deveria ser, e o perigo de que o direito existente possa suplantar a moral como critério último de conduta e que, assim, possa escapar de críticas*”⁷⁰.

Para Hart, a teoria da lei como comando, tal como proposta por Austin, não é adequada para explicar a existência de direitos individuais, porque comandos são ou não são obedecidos, mas não conferem direitos por eles mesmos⁷¹. Assim, quando se está na zona de penumbra faz-se necessária a utilização de argumentos para que as decisões proferidas nessas questões nebulosas sejam passíveis de aceitação racional. Por seu turno, a racionalidade deve repousar em algo além de uma relação lógica com premissas, ou seja, o argumento deve ser racional, mas nem sempre é dedutivo. Essa discussão é de extrema relevância quando se vê que muitas das idéias de Austin foram recepcionadas durante o decorrer de todo o século XIX⁷². Por isso, além das questões correntes sobre interpretação do direito, a própria concepção do que seja uma regra: se um comando ou um imperativo é alvo de controvérsia entre os juspositivistas, o que será devidamente analisado na próxima seção.

⁶⁹ AUSTIN (1995, p. 157).

⁷⁰ HART (2010, p. 59).

⁷¹ HART (1958, p. 605).

⁷² Nesse sentido, para maiores esclarecimentos vale a pena conferir RUMBLE (2005, p. 102).

2.2 O conceito de “regra”

Hart rejeitou a concepção de Austin segundo a qual as regras jurídicas seriam tipos de comandos ou imperativos. Ele rejeitou também a ideia segundo a qual as regras poderiam ser representadas como simples generalizações do comportamento humano, constatáveis por meio de regularidades observáveis externamente. Dessa forma, ele renunciou à suposição de que a mera descrição dos hábitos sociais pudesse ser adequadamente explicada em termos de regras sociais. Para Hart, Austin negligencia um importante problema dos governos constitucionais modernos, que é o fato de o soberano que cria a lei estar também, ele próprio, obrigado ao seu cumprimento. Nesse sentido, a figura do monarca absoluto, proposta por Austin, impondo suas leis a cidadãos subordinados, parece, de fato, uma elucidação inadequada acerca da natureza do direito.

Hart posiciona-se contrariamente a duas teses correlacionadas ao liberalismo clássico, que são: (1) a ideia de que as regras sociais são proposições proféticas ou uma espécie de bola de cristal, utilizada para prever como as pessoas agem sob certas circunstâncias; e (2) a ideia de que as regras sociais são expressões das emoções ou sentimentos humanos⁷³. Para Hart, o aspecto interno das regras está vinculado a uma atitude crítica reflexiva que compreende um elemento de cognição e um elemento volitivo. O elemento cognitivo se traduz na noção de um padrão de comportamento (*standard*), que é um ato generalizado circunstancial, ou seja, sempre que as circunstâncias existirem, se obedece ou desobedece ao padrão, por sua vez, quando não existirem as circunstâncias, o padrão (*standard*) será irrelevante. Já o elemento volitivo compreende um desejo ou uma preferência de que ocorra uma ação ou abstenção, quando verificadas determinadas circunstâncias, não necessitando ser incondicional. Desejos e preferências dependem de ideias compartilhadas na forma de uma rede de crenças e expectativas mútuas. É essa diferença que permite distinguir o elemento emocional do elemento volitivo nas atitudes humanas. Entretanto, devemos ter atenção nessa conclusão, porque, como explica MacCormick, as pessoas têm atitudes afetivas ou emocionais em relação ao que consideram como fins ou valores fundamentais, justamente por isso não se deve cometer o erro de supor qualquer disjunção total entre o volitivo e o emocional, mesmo ao concordar com Hart que o “sentir-se compelido” em particular não é o “aspecto interno” de qualquer regra⁷⁴.

⁷³ HART (2005, p. 308).

⁷⁴ MACCORMICK (2010, p. 54).

Não se devem confundir os *standards* comportamentais com os valores pressupostos aos quais as pessoas podem se referir diretamente em seus julgamentos de conduta, muitas vezes explicitamente, que são aceitos totalmente por um grupo de pessoas para avaliação crítica da conduta de um agente social. Esses valores sujeitam-se a algum tipo de graduação implícita, pois sem isso o critério da importância restaria esvaziado. Um comportamento anti-social, mesmo que não se tipifique como crime no direito penal, está sujeito ao julgamento de conduta do grupo, pois a decência e o decoro no comportamento social e a consideração para com os demais são valores a serem promovidos e observados. Disso se segue que agir sem decência, sem decoro, ou sem consideração pelos demais são transgressões morais. MacCormick cita um interessante exemplo de um bêbado que entra num ônibus, criando um distúrbio, xingando e despejando suas lamentações pessoais diante de completos estranhos⁷⁵. É evidente que o bêbado está agindo mal, pois o comportamento dele ofende os demais passageiros, apesar de não haver uma regra clara que proíba alguém de entrar bêbado ou mesmo de falar alto em um ônibus. Assim, se não há um *standard*, há ao menos um valor compartilhado pela maioria dos usuários de ônibus de que tal conduta é moralmente condenável. Apesar da relativa imprecisão, a maioria dos usuários de ônibus têm expectativas sobre a intensidade e o tom de voz aceitáveis em um veículo de transporte público, de tal forma que todos aqueles que queiram conversar com o passageiro ao lado possam fazê-lo sem que os demais tenham suas próprias conversas abafadas ou sejam distraídos de suas leituras. O grau de seriedade que conferimos a esses valores é medido pela moral do grupo e também pelos apelos à consciência que exercem forma de pressão moral. O critério adotado por Hart no que se refere à “seriedade da pressão social” em relação às “regras de obrigação” é muito vago, já que está limitado a manifestações verbais de desaprovação, a apelos ao respeito dos indivíduos por uma regra violada ou ainda a sentimentos de vergonha, remorso ou culpa⁷⁶.

Um problema que se põe em relação às regras morais é a forma de alteração das mesmas, pois, segundo Hart, as regras morais permanecem imunes às alterações legislativas ou quase legislativas. Se Hart estivesse completamente certo quanto à imunidade da moral em relação às alterações legislativas ou quase legislativas então seria forçoso reconhecer que não há regras morais, o que não é verdade⁷⁷. Como é sabido, regras podem surgir, modificar-se, ganhar formulações canônicas, etc. Entretanto, na verdade, esse requisito de imunidade à alteração não está ligado às regras, mas aos valores, esses sim derivados de uma vontade

⁷⁵ MACCORMICK (2010, p. 74).

⁷⁶ HART (2005, p. 95-98).

⁷⁷ HART (2005, p. 182-191).

arbitrária ou de uma escolha existencial permanecem imunes em relação a alterações legislativas. Com efeito, o envolvimento das regras morais com os valores que as pessoas prezam em uma dada sociedade serve de prova real para comprovar a existência das próprias regras morais.

É evidente que a vida das pessoas em sociedade depende de coordenação. As pessoas se relacionam em casa, na escola, no clube, no trabalho, etc. e isso requer mais do que entendimentos simples e amplos ou convenções vagas. Isso requer também um certo grau de comprometimento dos indivíduos ou coordenação social. De fato, existem outras formas por meio das quais as pessoas podem alcançar algo mais concreto do que uma convenção. Uma prática ou uso pode surgir devido à repetição regular de um padrão. Por exemplo, os maridos saem do trabalho às dezoito horas e chegam em casa com fome. Por sua vez, as esposas, mesmo as que não trabalham fora, também sentem fome. Com isso convenciam que o jantar será servido às dezenove horas. A origem da prática é atender coordenadamente uma necessidade comum. Apesar de não haver uma regra escrita e muitas vezes sequer falada, todos na casa a entendem e esperam que as coisas aconteçam exatamente dessa forma. Assim, quem não seguir a regra estará sujeito a comentários críticos do tipo “você está atrasado hoje”. Veja-se que a regra tem uma certa precisão e até mesmo uma certa arbitrariedade. Uma regra pode ser fixada por acordo explícito das partes. Por exemplo, a família concorda que o jantar será servido às dezenove horas. Acordos desse tipo podem ser alterados por acordos posteriores ou mesmo tacitamente em função da conveniência das partes. O horário pode ser alterado em feriados e fins de semana. Uma regra pode ser interposta por uma autoridade. Por exemplo, ante a indolência dos demais habitantes da casa, o chefe da casa determina a que horas deve ser servido o jantar. Não é necessário que todos aceitem que esse é um exercício de autoridade pré-estabelecida para que o arranjo seja aceito como regra na prática.

A falta de comparecimento a uma refeição que alguém teve o trabalho de preparar para o horário determinado demonstra no mínimo falta de consideração, que não é escusável, a menos que atribuída a algum contratempo imprevisível. Igualmente, deixar de cumprir uma tarefa no trabalho sem avisar demonstra no mínimo falta de consideração para com os colegas e pode comprometer o funcionamento de um projeto comum. Daí se entende que os valores em jogo só podem ser promovidos pela aderência a algumas regras ou convenções. As regras estão a serviço de nossas conveniências específicas e necessidades e podemos dizer que sem as regras não teríamos muitas de nossas conveniências específicas e necessidades satisfeitas.

As convenções sociais, frequentemente, estão conectadas à moral, porque o valor da consideração aos outros se encontra presente. A consideração para com os outros envolve ao menos que a pessoa se abstenha de causar transtornos ou obstrua a satisfação das necessidades alheias. Sobre esse ponto é ilustrativa a crítica de Hart de que a mera existência de uma moral social não exclui a necessidade da tutela jurídica:

Uma objeção mais séria ao argumento empírico conduzido em termos das necessidades humanas de proteção contra a violência à pessoa e à propriedade e para a cooperação é o argumento de que, apesar dessas necessidades humanas fundamentais, as regras coercitivas de um sistema jurídico não precisam delas cuidar. Pode-se dizer que a moral aceita de todas as sociedades proporciona um sistema de restrição que fornece adequadamente essas necessidades, e que a vasta maioria dos homens se abstêm do assassinato, do roubo e da desonestidade não por medo de sanções legais, mas por outros motivos, geralmente morais. Nessas circunstâncias, pode não constituir defeito de um sistema jurídico o fato de ele restringir-se a outras questões em relação às quais a moral aceita silencia. Parece claro, entretanto, que a moral social, deixada à própria sorte, não cuida adequadamente das necessidades fundamentais da vida social, salvo nas formas mais simples de sociedade. Pode muito bem acontecer que a maioria dos homens, quando acreditam estar protegidos de malfeitores pelas punições, ameaças de punições e restrições físicas da lei, irão por conta própria submeter-se às restrições necessárias para uma convivência proveitosa. Mas daí não decorre que, sem as proteções legais, a submissão voluntária a essas restrições seria razoável ou provável. De qualquer forma, as regras e os princípios da moral social deixam em aberto a decisão de demasiadas questões referentes ao alcance preciso e à forma de suas restrições. Regras jurídicas são necessárias para fornecer o detalhamento exigido para distinguir homicídio qualificado e lesão corporal de homicídio justificado e dano, para definir que formas de propriedade devem ser protegidas e para especificar que formas de contrato devem ser implementadas. Assim, a falta desses elementos em um sistema jurídico não pode ser justificada com base no argumento de que a existência de uma moral social os torna desnecessários⁷⁸.

Em sociedades que alcançaram um alto grau de desenvolvimento em termos de direito positivo, parte das prescrições legais mais básicas podem ser tidas como formulações canônicas de requisitos morais. É exemplo de regra moral o devido processo legal e o ouvir ambas as partes antes de julgar. Não há dúvidas de que podemos chamar tais arranjos de regras, porque se tratam de formulações claras daquilo que poderiam ser ideias vagas sobre a maneira correta de fazer as coisas, remetendo o valor da justiça e também pelo fato de serem expressões técnicas de direito que foram acolhidas pela consciência popular.

A análise do direito e dos conceitos jurídicos, para Hart, consiste basicamente numa abordagem bastante imparcial e neutra dos valores jurídicos. Hart crê que as regras se contrastam em termos de aspecto interno e externo, o que significa dizer que quando um grupo social tem certas regras de conduta, pode ocorrer de um observador estar preocupado com elas, quer ele as aceite e use como guia de conduta (“ponto de vista interno”), quer ele próprio não as aceite (“ponto de vista externo”). Hart inicia sua análise a partir de um “ponto de vista externo” e não como alguém engajado na descoberta de soluções práticas para os

⁷⁸ HART (2010, p. 126-127).

impasses jurídicos. Esse ponto de partida adotado por Hart foi questionado, pois muitos de seus críticos não acreditaram na possibilidade de alguém sair do mundo para encontrar um “ponto de Arquimedes”, projetando suas dúvidas sobre tudo e todos, crendo que adotar tal posição seja um equívoco⁷⁹. É importante mencionar que o “ponto de vista interno” é tido como a grande contribuição de Hart para a teoria do direito.

O aspecto interno da linguagem está associado ao “ponto de vista interno” e o aspecto externo da linguagem está associado ao “ponto de vista externo” de um observador em relação às regras⁸⁰. Assim, quando um grupo social tem certas regras de conduta, pode ocorrer de um observador estar preocupado com elas, quer do ponto de vista interno, quando as aceita e usa como guias de conduta, quer do ponto de vista externo, quando ele próprio não as aceita. No primeiro caso, o do “ponto de vista interno”, há uma aceitação espontânea, e forte da regra, enquanto no segundo caso (“ponto de vista externo”) há uma aceitação fraca da regra. No caso fraco, os indivíduos têm consciência de que outros aceitam espontaneamente a regra e consideram a regra aplicável a eles mesmos, isto é que têm bons motivos para obedecer à regra e evitar uma crítica justificada sobre eles mesmos e ainda para evitar que eles mesmos tenham uma vantagem indevida por terem uma obediência não entusiasmada em relação aos demais que consideram a regra aplicável. Esse último fator não nos parece ser muito convincente, pois isso pressupõe que os indivíduos nessa posição têm um elevado padrão moral, o que nem sempre corresponde à realidade.

Já o “ponto de vista externo” pressupõe o compartilhamento total do elemento cognitivo do “ponto de vista interno”, ou seja, o perfeito entendimento dos padrões comportamentais, bem como da apreciação do elemento volitivo não necessariamente vinculada à sua aceitação, ou seja, a vontade e a predileção pela conformidade ao padrão como *standard*. Assim, acerca de um observador externo, seria incorreto falarmos em regras e de noções dependentes como obrigação e dever. Ao invés disso, devemos falar em regularidades observáveis de conduta, predições, probabilidades e sinais. Para um observador desse tipo, os desvios de conduta são apenas um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil e nada mais. Sempre haverá uma tensão social entre um grupo de pessoas que aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras (vendo o seu próprio comportamento bem como o dos outros em termos de regras) e outro um grupo de pessoas que rejeitam as regras e atendem a elas apenas do “ponto de vista externo” como sinal de um

⁷⁹ DWORKIN (2004, p. 3).

⁸⁰ HART (2005, p. 99).

possível castigo. O interessante é a dubiedade nesse comportamento, pois os dois grupos de pessoas acabam “aceitando” as regras. Essa distinção, segundo Hart, não é feita por Austin⁸¹.

Há uma grande dificuldade correlacionada em como se deve compreender o “ponto de vista externo”. Trata-se de um aspecto insatisfatoriamente explorado na própria obra de Hart, que apesar de passar muito rapidamente da análise do “ponto de vista externo” para o “ponto de vista externo extremo”, chama atenção para essa última posição, que se configura no caso de uma pessoa que, na qualidade de observador do comportamento humano, se restringe a vê-lo puramente em termos de regularidades observáveis da conduta humana ou predileções ou probabilidades ou sinais⁸².

O “ponto de vista externo extremo” é alvo de forte crítica de Hart. O argumento que Hart se dispõe a desenvolver nos primeiros capítulos de *O Conceito de Direito* propõe comprovar que o modo pelo qual Austin teoriza o direito é inadequado, pois o ponto de partida de Austin é de que há um “hábito de obediência” de uma população a um indivíduo ou coletividade (soberano), que emite comandos gerais e tem poder para infligir algum mal por meio de punições aplicáveis aos recalcitrantes. Para Hart, falar em “hábito” é uma limitação da conduta humana, ou seja, restringe-se à conduta humana em termos de regularidades observáveis de conduta, o que corresponde a se limitar ao “ponto de vista externo extremo”, servindo de empecilho a uma representação adequada das regras jurídicas do modo como funcionam dentro da consciência das pessoas na sociedade. Esse método, para Hart, é inadequado.

É interessante que MacCormick, ao se referir à passagem específica da obra de Hart, que trata do chamado “ponto de vista externo não extremo”, proponha em contraposição a tal, a adoção do, por ele denominado, “ponto de vista hermenêutico”⁸³. Para tanto, fornece um curioso exemplo, uma pessoa que não é cristã praticante, mas que teve contato muito próximo com um determinado grupo protestante pode sem dúvida explicar as regras e os artigos da fé observados pelo grupo e poderia fazê-lo melhor se tivesse sido um membro comprometido da igreja. Entretanto, fornecer uma explicação descritiva totalmente adequada das regras e artigos da fé exige o entendimento e a apreciação desses tais como entendidos pelos membros comprometidos.

⁸¹ HART (2005, p. 100).

⁸² HART (2005, p. 100).

⁸³ MACCORMICK (2010, p. 58).

MacCormick sustenta também que as alegações feitas por Hart ficam enfraquecidas pela ambiguidade descoberta em relação ao discurso do “ponto de vista externo”. Ou seja, devemos distinguir entre três pontos de vista diferentes: (1) “ponto de vista interno”; (2) “ponto de vista externo não extremo” ou “hermenêutico”; e (3) “ponto de vista externo extremo”. MacCormick observa o seguinte:

Distinguimos um ponto de vista ‘interno’, um ‘hermenêutico’ ou ‘externo não extremo’ e um ‘externo extremo’. Se há três pontos de vista diferentes, não uma simples dicotomia interno/externo, o que acontece com a distinção interna/externa em relação aos enunciados?

A resposta é que simplesmente não é verdade que todos os enunciados de recomendação, obrigação, obrigação moral, certo, errado, comprometimento, responsabilidade, etc., impliquem uma suposição da parte do falante do ‘ponto de vista interno’ ou da aceitação compromissada das regras e de outros *standards*. Tais enunciados certamente pressupõem alguma regra ou *standard* ao que se faz referência. Mas não é necessário que seja um *standard* que o falante aceite ou com o qual concorde do ‘ponto de vista interno’ (...).

(...) A minha capacidade de afirmar, explicar e interpretar regras e outros *standards* e a sua aplicabilidade a casos dados (a minha capacidade de assumir um ‘ponto de vista hermenêutico’) depende da suposição de que uma ou algumas pessoas aceitam tais regras ou *standards*. Mas não preciso ser uma dessas pessoas, nem o meu ato de proferir tal enunciado por si só revela qualquer compromisso volitivo meu.

A visão de Hart dessa questão é diferente. Nas páginas 102-103 de *O Conceito de Direito*, ele caracteriza um enunciado interno como um enunciado que ‘manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usado por alguém que, aceitando a regra (...) a aplica’. O enunciado externo, por outro lado, é ‘a linguagem natural de um observador externo (...) que, sem aceitar a regra (...) declara o fato de que os outros a aceitam’. Mas o erro aqui está na suposição de que aqueles que estão no exterior de uma regra ou sistema de regras em particular estão limitados a declarar fatos que (...) ou fatos sobre a regra. Não é assim⁸⁴.

Nesse ponto, é necessário concluir que as observações de MacCormick acrescentam uma interpretação inteligente e sofisticada da teoria de Hart no que concerne às considerações sobre os aspectos interno e externo.

Uma outra crítica que Hart dirige a Austin é um infundado pessimismo, porque esse último parece pressupor um mundo povoado por “homens maus” e que apenas sob a ameaça de punições seriam coibidos de prejudicar uns aos outros. Ao invés de um mundo povoado por “homens maus”, Hart sugere um mundo povoado por pessoas sinceramente dispostas a cumprir a lei, mas indecisas ou “confusas” sobre quais são, de fato, as prescrições do direito. Assim, por ignorar a pessoa que está comprometida com o “ponto de vista interno” de respeito à lei, que considera a si mesma como participante de bom grado do sistema legal, Austin teria deixado de compreender a essência da obrigação legal⁸⁵.

⁸⁴ MACCORMICK (2010, p. 59-60).

⁸⁵ HART (2005, p. 235).

A proposta de Hart é que o direito é formado pela união entre dois tipos elementares de regras, por ele chamadas “regras primárias” e “regras secundárias”. Examinarei esse ponto no próximo capítulo.

3 DIREITO E REGRAS SEGUNDO HART

3.1 Direito como união de “regras primárias” e “regras secundárias”

Em *O Conceito de Direito*, Hart oferece uma análise dos conceitos do direito e do sistema jurídico por meio da discussão do modo pelo qual as regras de conduta humana são utilizadas como regras (*standards*) do comportamento social num duplo sentido: ao mesmo tempo em que as regras regem a conduta dos seres humanos, devem também sua origem e existência às práticas sociais humanas. Hart se empenha em combinar essas regras em esquemas sistemáticos a partir dos quais os conceitos do discurso jurídico se tornam compreensíveis e aplicáveis em contextos sociais adequados.

A preocupação central de Hart no tocante às regras sociais é demonstrar que elas podem ser explicadas por meio de uma abordagem hemenêutica. Essa proposta de Hart está profundamente conectada à proposta de Peter Winch⁸⁶. Aliás, é por meio da obra de Winch que Hart se integra à chamada filosofia da linguagem, na forma proposta pelo segundo Ludwig Wittgenstein, e, ainda, com a proposta de Max Weber sobre a necessidade de um entendimento interpretativo e de uma descrição comportamental externa das ações e instituições sociais.

Parte do embasamento da teoria de Hart deriva da conclusão de que os sistemas jurídicos só podem ser entendidos, analisados e descritos como conjuntos especializados de regras. Assim, quando se fala sobre a obrigação de que uma pessoa não haja de certo modo, ou quando alguém faz um discurso sobre o que é certo ou errado, na verdade está revelando sua pressuposição de que há algum *standard* de certo ou errado. Por sua vez, isso revela uma vinculação ao “ponto de vista interno” em relação a um *standard*. Talvez, seja por essa razão que o próprio Hart sugira denominar esses enunciados de “enunciados internos”. É indiscutível que as pessoas estão familiarizadas com esses enunciados, usando-os e ouvindo-os com frequência.

Contudo, como se sabe, existem muitos tipos diferentes de regras. Ao lado das regras jurídicas existem regras de moral, de etiqueta, de linguagem, de jogos, etc. Algumas regras são estabelecidas por meio da legislação, outras não. Algumas regras são imperativas, ou seja, exigem que as pessoas se comportem de determinada maneira, ao passo que outras regras prescrevem os procedimentos e condições para, por exemplo, a realização matrimônios,

⁸⁶ Em *Idea of a Social Science*: London: Routledge & Kegan Paul, 1958. (Trad. para o português por Anísio Teixeira: A ideia de uma Ciência Social e sua relação com a Filosofia. São Paulo: Editora Nacional, 1970).

contratos e testamentos sem estabelecer punições em caso de descumprimento dos procedimentos legais – a invalidade de um contrato ou a nulidade de um casamento não são punições. Como Hart afirma:

As regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos, ou casamentos válidos não obrigam as pessoas a atuar de determinada maneira, quer queiram, quer não. Tais leis não impõem deveres ou obrigações. Em vez disso, facultam aos indivíduos dispositivos para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercivo do direito. O poder assim conferido aos indivíduos de dar forma às suas relações jurídicas com outros através de contratos, testamentos, casamentos, etc., constitui uma das grandes contribuições do direito para a vida social⁸⁷.

Uma classificação exaustiva das diversas leis compreendidas num sistema jurídico moderno deve estar livre da ideia de que todas devem ser redutíveis a um tipo único simples. Distinguir entre leis que conferem poderes e leis que impõem deveres (e que guardam alguma semelhança com ordens baseadas em ameaças) é apenas um começo, porque os poderes utilizados para fazer as regras que conferem poderes são os mesmos utilizados para impor deveres aos particulares⁸⁸. Para comprovar a falta de identidade entre os dois tipos de regras (leis que conferem poderes e leis que impõem deveres), Hart sustenta que a nulidade não é uma sanção. Como ocorre, por exemplo, no caso de uma “promessa escrita” (*promise*) juridicamente nula por não estar contida em um “documento autêntico” (*under seal*). Assim, muitas vezes a nulidade não é um mal para aquele que não satisfaz uma condição exigida para a validade jurídica, mas apenas um reflexo da falta de atendimento de algum requisito legal⁸⁹.

A passagem anteriormente citada da obra de Hart é importante para a compreensão de sua rejeição à teoria de Austin do direito como comando. Embora as leis que definem os crimes sujeitos a penalidades ou que impõem obrigações e deveres possam ser compreendidas

⁸⁷ HART (2005, p. 35). Essa mesma passagem, na qual Hart identifica que a nulidade não pode ser confundida como um tipo de sanção, foi objeto da seguinte análise de MACCORMICK (2010, p. 118-119): “*O que o Direito Positivo, o Direito Comum, oferece às pessoas não é a capacidade de organizar seus próprios negócios. Elas têm isso de qualquer forma (e, se não tiverem, o Direito não pode dar isso a elas). O que os institutos do Direito Positivo oferecem não é essa capacidade, mas a possibilidade de impor o cumprimento dos acordos. E oferecem isso sob condições. As condições típicas desse oferecimento são as indicadas anteriormente. Em primeiro lugar, a quem a possibilidade de imposição é oferecida? Provavelmente, há restrições gerais de status, assim como requisitos específicos de capacidade em relação a dadas transações, e em transações, e em transações bilaterais ambas as partes devem qualificar-se (como o infeliz negociante que achou que havia feito um contrato para sua empresa, mas veio a saber que esta ainda não estava constituída, descobriu, às suas próprias custas, em Newborne v. Sensolid). Em segundo lugar, que atos devem ser executados na dependência de que outros requisitos processuais (Por escrito? Em fé pública? Na presença de testemunhas? Diante de um escrivão, tabelião ou outro funcionário? Com registro nos arquivos oficiais? Sujeito ao pagamento de alguma taxa, imposto ou selo?). Em terceiro lugar, existe alguma circunstância necessária, como a de que algum aviso tenha sido publicado previamente, ou, mais comumente, há simplesmente um requisito de que não haja circunstâncias que invalidem a operação, tais como coação, propósito velado ilícito, erro material, influência indevida?*”.

⁸⁸ HART (2005, p. 39-41).

⁸⁹ HART (2005, p. 41-42).

no modelo de “ordens” de um “soberano” que costuma ser obedecido por causa das “ameaças” de uma pena a ser aplicada em caso de desobediência, nem todas as leis impõem obrigações. De fato, algumas leis conferem poderes e constituem um tipo diferente de regra, já que concebidas na vida social como regras que impõem deveres. Ou seja, o argumento de Hart é que a teoria do direito como comando não consegue explicar adequadamente a existência das regras que conferem poderes.

Segundo Hart, certos tipos de restrição sobre a conduta dos indivíduos constituem elementos primários do direito de vital importância para a sociedade, pois certos tipos de restrição sobre violência gratuita, homicídio, fraude, etc., são importantes para os seres humanos “*se pretendem coexistir em estreita proximidade uns com os outros*”⁹⁰.

Se existem requisitos de validade para a celebração de um testamento, e se esses requisitos são desrespeitados, o que ocorre é a nulidade jurídica do testamento, mas essa nulidade não equivale a uma sanção àquele que desobedece às regras testamentárias. Somente as transações juridicamente válidas podem ser impostas por lei. De modo análogo, se a celebração de um casamento exige a presença de duas testemunhas, exceto nas ocasiões em que apenas uma ou nenhuma testemunha estiver presente, um casamento, do ponto de vista legal, não foi realizado. Disso não se segue, porém, que a “nulidade” do casamento, nesse caso, seja uma punição pela omissão da presença de testemunhas, ainda que a nulidade possa gerar algum incômodo para todas as partes envolvidas. Um casamento, portanto, pressupõe regras que dizem respeito ao nosso “reconhecimento” acerca do que conta como casamento válido perante a lei. Compreender essas regras como “comandos” amparados por “sanções” é, para Hart, compreender inadequadamente a função de regras como essas no âmbito do direito.

Um outro ponto para o qual Hart chama atenção em sua crítica a Austin é que a existência de uma regra não deve ser confundida com a existência de “comportamentos” convergentes. A mera convergência de comportamentos não é suficiente para que possamos falar de uma regra. Hart menciona como exemplo o seguinte: não há uma “regra” na Inglaterra que exija das pessoas irem ao cinema todas as semanas, mas há um “hábito” regular, entre muitas pessoas, de ir ao cinema todas as semanas. O que há, portanto, é apenas um comportamento convergente e não uma regra⁹¹. Por outro lado, há uma regra que estabelece que os homens devem descobrir a cabeça na igreja. O desvio daquilo que podemos chamar meros hábitos (ou comportamentos convergentes) de um grupo não é objeto de

⁹⁰ HART (2005, p. 101).

⁹¹ HART (2005, p. 12-14).

castigo, ou sequer mesmo de reprovação. No entanto, o desvio de uma regra – mesmo de uma regra não-jurídica – tem como consequência provável um castigo ou uma censura. Como vimos anteriormente, no caso das regras jurídicas, a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial.

Existem dois aspectos que diferenciam as regras sociais dos demais tipos de regras: (1) regras sociais referem-se a obrigações ou deveres, ou seja, tornam certas condutas obrigatórias ou vinculantes; e (2) regras sociais possuem uma qualidade sistemática que depende da inter-relação entre dois tipos de regras que são as chamadas “regras primárias” e “regras secundárias” segundo a denominação de Hart.

As regras legais criam obrigações, tal como os princípios, as máximas, os cânones, etc. e são exemplos de linguagem prescritiva. Uma característica essencial da linguagem prescritiva é proibir, comandar ou autorizar. Nesse ponto, a concepção de Hart representa um avanço e há uma vantagem na adoção do “ponto de vista interno”, porque por meio dele podemos entender a idéia de dever ou obrigação como similar a um proferimento de conteúdo deontológico. Dentro de algumas regras ou sistema de regras, a idéia de dever legal é análoga a uma obrigação de futebol, de etiqueta, de xadrez ou de família.

Hart questiona a tese de alguns autores, como Kelsen, que se referem à existência de regras que conferem poderes como “fragmentos de leis”. Essa tese, em sua forma mais extrema, nega até mesmo que as regras de direito criminal sejam leis genuínas⁹². Kelsen formula a idéia de que o direito é a norma primária que estipula a sanção, pois, segundo sua teoria, não haveria realmente uma lei que proíba o homicídio; o que há é tão-somente uma lei que encarrega os funcionários do governo de aplicar certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que cometem homicídio⁹³. Para Kelsen, o conteúdo de uma lei é o mero antecedente ou a cláusula condicionante de uma regra que não é dirigida aos cidadãos, mas a funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, caso as prescrições legais não tenham sido satisfeitas. Dessa forma, uma lei genuína seria uma ordem a um funcionário para aplicar uma sanção na forma “se algo do tipo x for praticado, então aplique-se a sanção do tipo y”.

Para Hart o modelo simples do direito concebido como ordens coercitivas do soberano não é capaz de explicar todos os aspectos salientes do sistema jurídico. Para demonstrar a incapacidade da teoria de Austin nem é necessário recorrermos ao direito internacional ou ao

⁹² HART (2005, p. 44).

⁹³ HART (2005, p. 44).

direito primitivo. Muitos aspectos familiares do direito interno num Estado moderno ficam distorcidos ou não-representados na teoria de Austin e Kelsen⁹⁴.

Um outro problema que a concepção do direito como comando envolve é o fato de que os elementos a partir dos quais essa teoria é constituída, ou seja, as idéias de ordem, obediência, hábito e ameaça, não incluem e não podem originar a idéia de regra, pois essa idéia é complexa. Hart, como já vimos, distingue dois tipos de regras: (1) regras básicas ou primárias que exigem certas ações ou abstenções por parte dos seres humanos; e (2) regras parasitárias ou secundárias que asseguram aos seres humanos criar novas regras do tipo primário, extinguindo ou modificando as regras antigas, determinando sua incidência ou fiscalizando sua aplicação⁹⁵. Regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações e deveres, além de proibirem as formas transgressivas, que são os crimes, as contravenções, os atos infracionais e os delitos. Ocorre que o regime das regras primárias tem dois problemas graves: (1) a ineficácia da pressão social difusa; e (2) a qualidade estática que conferem ao sistema. Assim, para sanar esses problemas, Hart introduz três subtipos em suas regras secundárias, que são: as “regras de julgamento”, as “regras de alteração” e a “regra de reconhecimento”.

As regras secundárias não são tidas como *standards* vinculantes de conduta obrigatória, mas são regras que se relacionam com as regras primárias de diversas formas, atribuindo poderes públicos ou privados. Por exemplo, há regras que conferem a certas pessoas a competência para proferir sentenças em casos que envolvam transgressões. É comum, em Estados modernos, que o poder de decidir juridicamente seja somado ao poder de ordenar alguma ação compensatória ou de impor alguma punição aos transgressores. Por sua vez, tais punições podem tomar a forma de uma ordem para que outras pessoas competentes tirem a liberdade ou mesmo a vida do transgressor⁹⁶. Assim, como se pode ver, essas regras que envolvem a competência dos agentes não impõem deveres, mas conferem poderes de julgamento e de execução da lei. Essas são chamadas por Hart de “regras de julgamento” (*rules of adjudication*)⁹⁷.

Hart explica a evolução das sociedades humanas a partir de “sociedades muito pequenas e fortemente coesas”⁹⁸. Tais sociedades poderiam se manter pela simples

⁹⁴ HART (2005, p. 89-90).

⁹⁵ HART (2005, p. 90-91).

⁹⁶ A esse respeito vale a pena conferir TAPPER (1973, Cap. 1).

⁹⁷ HART (2005, p. 104-106).

⁹⁸ HART (2005, p. 214).

observância comum de *standards* estáticos comuns. No entanto, o próprio processo de evolução social implica uma maior divisão do trabalho e quanto maior a divisão do trabalho menos coesa a sociedade e quanto menos coesa a sociedade, menos eficazes são as pressões sociais informais para garantir a obediência da maioria das pessoas na maior parte do tempo. Quando isso ocorre, maiores razões há para se institucionalizar a imposição de normas sociais por meio de servidores públicos devidamente autorizados⁹⁹.

As “regras de julgamento” existem justamente para corrigir o problema da ineficácia da pressão social difusa exercida pelo regime das regras primárias. O fato de o Estado atribuir a alguns indivíduos o poder de agir como juízes (poder jurisdicional) encontra contrapartida no dever que esses agentes (juízes) passam a ter de aplicar todas e apenas as regras que satisfaçam critérios específicos de validade. Então, esse corpo de regras passa a ter um conteúdo relativamente determinado ou determinável, o que atribui uma qualidade estática ao regime das regras primárias, que pode ser corrigido pela introdução do conceito de “regras de alteração” (*rules of change*), que conferem poderes a um indivíduo ou a uma legislatura para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, de uma classe ou ainda eliminar regras antigas¹⁰⁰.

Para Hart, todo “sistema jurídico” tem ao menos uma regra secundária, que é essencial para sua existência como sistema jurídico: a “regra de reconhecimento”. Nesse ponto, é relevante registrar que a própria existência de um “sistema jurídico” por oposição ao “direito primitivo” depende da existência de “regras secundárias”. Segundo Hart:

Isto sucede ainda mais patentemente quanto à regra última de reconhecimento, nos termos da qual é apreciada a validade das outras regras. Para que possa sequer existir, tem de ser considerada do ponto de vista interno como um *standard* comum de decisão judicial correta e não como algo a que cada juiz meramente obedece apenas por sua conta. Os tribunais do sistema individualmente considerados, embora possam ocasionalmente desviar-se destas regras, devem, em geral, preocupar-se criticamente com tais desvios, como sendo lapsos, por referência a padrões, que são essencialmente comuns ou públicos¹⁰¹.

No desenvolvimento de sua argumentação, Hart distingue ainda os conceitos de “regra” e de “obrigação”. Quando alguém afirma que tem ou está sujeito a uma obrigação, é implícita a existência de uma regra; no entanto, nem sempre que existe uma regra existe também uma obrigação correlata. Por exemplo, as regras de etiqueta e de gramática são regras, pois são ensinadas e fazem-se esforços para as manter, sendo utilizadas para criticar o

⁹⁹ MACCORMICK (2010, p. 134).

¹⁰⁰ HART (2005, p. 104-106).

¹⁰¹ HART (2005, p. 127).

nosso próprio comportamento e o dos outros, mas não geram obrigações. As regras são concebidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que dela desviam-se ou ameaçam desviar-se, mesmo que tais regras sejam consuetudinárias na origem.

O que não se deve perder de vista é que Hart¹⁰², ao formular sua tese do direito como união de regras primárias e secundárias, desejava contestar a visão formalista das regras jurídicas, segundo a qual todas as regras de um sistema jurídico seriam de um mesmo tipo, como se houvesse uma uniformidade inerente ao sistema jurídico. Isso porque, como já visto no início da seção, uma classificação exaustiva das diversas leis compreendidas num sistema jurídico moderno deve estar livre da falsa ideia de que todas devem ser redutíveis a um tipo único simples.

Hart dá sequência ao entendimento clássico do positivismo jurídico de que o relacionamento entre o direito e a moral é apenas uma questão de contingência, não sendo um pré-requisito do direito a questão da justiça ou injustiça da lei. Examinarei esse tópico na próxima seção.

3.2 Relação entre o direito e a moral segundo Hart

A obra de Hart está inserida num contexto cultural e histórico que era predominante na Inglaterra na década de 1960. Hart foi muito influenciado pela tradição britânica do utilitarismo liberal e do positivismo jurídico, mais especificamente pela obra de Austin e Mill. Hart defende não haver uma conexão necessária entre o direito e a moral. Para defender sua tese, Hart elaborou diversos trabalhos abrangendo questões morais, a fim de tentar responder os problemas sociais que eram causados por sua interpretação que separava o direito da moral. Confira-se a seguinte passagem:

Tanto na Inglaterra quanto nos EUA, a lei criminal continua a oferecer regras que só podem ser compreendidas como tentativas de preservação da moralidade. Daí a tentativa de suprimir práticas condenadas como imorais, por meio da moral positiva, embora tais práticas não envolvam algo que pode ser entendido como prejudicial a outras pessoas¹⁰³.

A teoria moral de Hart reafirma ideias liberais sobre o direito e as adapta a filosofia política social-democrata. Apesar de Hart ter se inspirado fortemente no liberalismo

¹⁰² Essa tese é desenvolvida ao longo do Cap. 7 de HART (2005).

¹⁰³ HART (1987, p. 51).

utilitarista de Austin e Mill, acabou se desviando da concepção de direito defendida por aqueles autores. Isso porque ao mesmo tempo em que Hart defendia que as leis têm fontes sociais, ele discordava quanto à natureza dessas fontes. Afinal, um sistema de regras sociais, advindo da união de regras primárias e regras secundárias, é diametralmente oposto àquilo que Austin e Mill consideravam como direito e como lei.

Como se sabe, o período que vai do final da Segunda Guerra Mundial até o fim da década de 1960 é marcado por um forte intervencionismo do Estado em áreas até então privadas, o que está somado a uma tentativa de universalização dos serviços de saúde e bem-estar social e da diminuição das desigualdades por meio do sistema público de educação. Havia uma espécie de compromisso público de manter o pleno emprego por meio de uma política econômica gerencial, chegando até o ponto de se assumir publicamente um discurso de que o Estado deveria tomar o comando de uma economia industrial. É claro que tais medidas entravam em oposição ao liberalismo clássico, que pregava que o crescimento econômico deveria ser deixado ao livre jogo das forças do mercado.

Em decorrência de um grande fluxo de súditos britânicos oriundos das antigas colônias e territórios imperiais para o Reino Unido, o Parlamento Inglês se viu obrigado a legislar sobre relações raciais, limitando a liberdade em negócios particulares e proibindo vários tipos de comportamentos discriminatórios. Paralelamente a isso, o Parlamento aprovou leis para impedir a chegada de mais imigrantes pardos e negros no país, dissimulando suas intenções sob a forma de pacotes econômicos não-discriminatórios¹⁰⁴.

Com o passar do tempo, as proteções contra a discriminação racial na habitação, no emprego e nos serviços foram estendidas para abranger a discriminação sexual, contemplando o pleito das feministas. Somente muito tempo depois esse discurso contra a discriminação sexual foi ampliado para proteger a orientação sexual, como pleiteavam os defensores da causa homossexual. Talvez, o local onde esse fenômeno tenha sido mais dramático seja os EUA, pois a partir de 1954 o movimento dos direitos civis obteve sensíveis alterações judiciais e legislativas nas leis e na atitude em relação às minorias étnicas (afro-americanos). É curioso que tais reformas tenham sido denominadas de “liberais” fora da Europa, porque na verdade envolviam restrições sobre a liberdade individual. Assim, teria sido melhor falar em reformas social-democratas¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Para maiores esclarecimentos desses fenômenos vale a pena conferir RUMBLE (1985, p. 60-143).

¹⁰⁵ MACCORMICK (2010, p. 20-22).

Hart esteve sempre envolvido com as discussões do liberalismo clássico e um autor que ele considerava especialmente relevante nessa tradição é Mill. Assim, Hart foi um grande incentivador do valor de permitir às pessoas fazer o que quisessem, contanto que isso não causasse prejuízos a outrem. Durante toda a década de 1960, essa nova moralidade espalhou-se rapidamente pelo mundo, criando uma verdadeira revolução moral, com a remoção de restrições sobre a liberdade individual de ação em áreas em que os indivíduos, isoladamente ou em grupos, deveriam poder fazer tudo aquilo que considerassem bom e não o que fosse definido como bom por outras pessoas.

Moral e direito compartilham muitos aspectos em comum. Um aspecto importante compartilhado entre a moral e o direito é o aspecto da obrigatoriedade e é justamente o caráter obrigatório da moral e do direito que os distingue de outras áreas do comportamento governadas pelas regras, como, por exemplo, a etiqueta, as boas maneiras, a gramática, etc. Isso quer dizer que o direito e a moral possuem a característica especial de criar obrigações, tornando a conduta do agente não opcional. Hart apresenta três características que conferem às regras obrigatoriedade. São elas: (1) seriedade da pressão social interna (apelo à consciência e aos sentimentos de vergonha, remorso ou culpa pelo que o agente fez ou está inclinado a fazer) ou externa (que vai da hostilidade em relação aos atos do agente até o ponto da aplicação de sanções ou punições físicas); (2) importância dos valores promovidos por sua observância; e (3) possibilidade de conflito entre a obrigação e o desejo¹⁰⁶.

Muito embora essas três características não expliquem completamente o que significa para alguém ter ou estar sujeito a uma obrigação, a aceitação por parte dos membros de um grupo cria uma pressão para que as pessoas se comportem em conformidade com a regra. Essa formulação constitui um excelente exemplo do que Hart chama de um “enunciado interno” e é justamente por isso que não devem ser confundidos com enunciados sobre sentimentos de compulsão psicológica experimentada pelos agentes, como sugerem os realistas escandinavos. Sobre o realismo escandinavo Hart escreve o seguinte:

A obra do fundador dessa tradição, Axel Hägerström, tinha por lema *Censeo metaphysicam esse delendam*, e constitui um esforço permanente de mostrar que noções geralmente aceitas como partes da estrutura do direito, como direitos, obrigações, transferências de direitos e validade, são, em parte, compostas de crenças supersticiosas, ‘mitos’, ‘ficções’, ‘mágica’ ou confusões grosseiras. Essa tradição, continuada na obra de seus discípulos Lundstedt, Olivercrona e Alf Ross, entrou em contato tanto com o ‘ceticismo das regras’ (*rule scepticism*) norte-americano, como com a filosofia linguística contemporânea¹⁰⁷.

¹⁰⁶ HART (2005, p. 95-96).

¹⁰⁷ As teses formuladas pelos primeiros realistas escandinavos OLIVERCRONA (1939) e ROSS (1959) foram alvo de contundentes críticas por parte de HART (2005, p. 98).

Na teoria do direito de Hart, contudo, não há qualquer elo de uma conexão necessária entre direito e moral. A relação entre a moral e o direito é apenas uma relação contingente, apesar de haver muitas teorias que defendem a tese da inseparabilidade do direito e da moral. A tradição tomista do direito natural, por exemplo, defende a tese de uma conexão necessária entre o âmbito da moralidade e o âmbito do direito. Ou seja, a teoria tomista, segundo Hart, envolveria duas teses fundamentais, a saber: (1) que há princípios de moral e justiça passíveis de descoberta pela razão humana sem auxílio da revelação; e (2) que as leis elaboradas por homens que contrariam esses princípios não são direito válido (*Lex injusta non est lex*)¹⁰⁸. Entretanto, bem antes de Hart, esse equívoco já havia sido devidamente apontado pelo próprio Austin:

As leis mais perniciosas, e, portanto, aquelas mais contrárias à vontade de Deus, têm sido e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais. Suponha que um ato inócua ou positivamente benéfico seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer esse ato, serei julgado e condenado, e se eu fizer objeções à sentença alegando que é contrária à lei de Deus (...) o tribunal irá me provar o caráter inconclusivo de meu argumento enforcando-me de acordo com a lei cuja validade impugnei. Uma exceção, defesa indireta de mérito ou contestação, fundada na lei de Deus nunca foi acolhida em um tribunal desde a criação do mundo até o presente momento¹⁰⁹.

Por outro lado, convém notar também que, sobre esse último aspecto, John Finnis demonstrou que é um equívoco atribuir, sem maiores qualificações, a Tomás de Aquino, ou a outros jusnaturalistas, a ideia de que leis injustas não seriam realmente leis. Na verdade, Tomás de Aquino se refere a leis tão más em sua essência que não poderiam ser consideradas como direito válido por afrontarem as leis de Deus e a própria razão, o que não faz com que deixem de ser leis humanas¹¹⁰.

O mero conflito entre o direito e as exigências da moral não é suficiente para privar uma regra do seu estatuto de direito. As teorias fundadas nessa falsa interpretação do tomismo, interpretam a conexão necessária como um reconhecimento amplamente difundido, mesmo que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer ao direito. Essa obrigação, contudo, pode ser superada concretamente por uma obrigação moral mais forte de não obedecer a leis concretas moralmente iníquas. Hart trata desse problema por meio de uma referência a Radbruch:

¹⁰⁸ HART (2005, p. 170-171).

¹⁰⁹ AUSTIN (1995, p. 158).

¹¹⁰ FINNIS (1980, p. 155).

Antes de sua conversão, Radbruch sustentava que a resistência à lei era um assunto de consciência pessoal, a ser pensado pelo indivíduo como um problema moral, e que a validade de uma lei não poderia ser contestada mostrando-se que suas determinações eram moralmente más, ou mesmo mostrando-se que o efeito da obediência à lei seria mais perverso do que o efeito de desobediência. Austin, pode-se lembrar, foi enfático em condenar como ‘puro nonsense’ aqueles que diziam que se as leis humanas conflitassem com os princípios fundamentais da moral, então elas deixariam de ser leis¹¹¹.

Convém ainda mencionar que o próprio Hart reconhece que muitas regras jurídicas básicas encerram frequentemente um conteúdo moral. Isso faz com que, nesses casos, haja uma sobreposição entre o direito e a moral. Talvez seja por isso que mesmo em lugares em que o direito e a moral se tornaram diferenciados pela evolução do sistema jurídico, possa se verificar alguma sobreposição entre o conteúdo da ordem jurídica com as exigências da moral, havendo uma influência recíproca entre elas. Contudo, isso não é o mesmo que dizer que haja uma conexão conceitual necessária entre direito e moral.

Alguns críticos de outras tradições filosóficas repudiaram a tese segundo a qual não há uma conexão necessária entre o direito e a moral. Essa discussão deu origem a um dos mais vigorosos debates jurídicos envolvendo o próprio Hart e alguns de seus opositores. Na tradição continental-européia Karl-Ludwig Kunz, por exemplo, chegou a escrever um livro onde critica Hart porque esse teria formulado uma teoria do “direito” sem direito¹¹². Por sua vez, na tradição norte-americana, Lon L. Fuller também atacou a teoria de Hart, pois considerava a “moral interior” um elemento intrínseco de tudo o que se pudesse chamar de direito. Para Fuller, um legislador consciente deveria evitar oito formas de fracasso, que ele mesmo denominou “as oito exigências da moralidade interna do direito”. Assim, as normas deveriam ser: gerais; dadas a conhecer ou ao menos devem estar disponíveis para as partes afetadas por sua promulgação; prospectivas, ou seja, não retroativas; claras e compreensíveis; livres de contradições; livres de exigir ações ou abstenções impossíveis de serem cumpridas; livres de alterações frequentes; e congruentes em relação ao direito e à ação oficial¹¹³.

Hart também foi muito criticado pelo fato de ter exacerbado a importância das regras no direito, em detrimento de outros *standards* jurídicos. Para suprir essa falha, MacCormick propõe o conceito de *categorical requirement* (requisito categórico de conduta), visando à relevância de uma fonte de normatividade das práticas sociais até então ignorada nos enunciados jurídicos e nas construções doutrinárias. Contudo, tal conceito se limita a sinalizar

¹¹¹ HART (2010, p. 79)

¹¹² Cf. KUNZ, Karl-Ludwig. *Die Analytische Rechtstheorie: Eine “Rechts” Theorie ohne Recht*. Berlin: Duncker & Humblot. 1977.

¹¹³ FULLER (1972).

uma possível influência estrutural da moral ao direito, o que não chega a representar um grande problema para a teoria de Hart¹¹⁴.

Hart também faz diversas referências a um “conteúdo mínimo” do “direito natural” que serviria de base para qualquer regulamentação jurídica. Todos os indivíduos são livres para entender o valor de termos regras e de obedecê-las até mesmo em ocasiões em que somos tentados a abrir uma exceção em nosso próprio favor. Se conseguimos nos refrear por meio da força de vontade guiada por uma compreensão mais elevada do interesse social e do nosso próprio interesse a longo prazo, fazemos isso de forma prudente para evitarmos ser apanhados em nossas próprias transgressões. Entretanto, tal proposição somente explica o motivo de nos contermos diante de uma tentação imediata, mas não explica porque as pessoas se contêm a todo o tempo. Como Hart afirma:

Por outro lado, nem a compreensão do interesse de longo prazo, nem a força de vontade ou a retidão desta, das quais depende a eficácia destes diferentes motivos de obediência, são partilhadas igualmente por todos os homens. Todos são tentados por vezes a preferir os seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição, muitos sucumbiriam à tentação. Indubitavelmente, as vantagens das abstenções recíprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo, serão normalmente maiores do que qualquer associação possível de malfeitores¹¹⁵.

Para Hart, há diferentes tipos de relação entre o direito e a moral. Com efeito, não se pode negar que o desenvolvimento do direito, quase sempre, foi de alguma forma influenciado pela moral convencional, ou por ideais morais de algum grupo predominante na sociedade, ou mesmo por alguma doutrina moral filosófica. A questão envolve a disputa entre o direito natural e o positivismo jurídico. Com efeito, um dos principais objetivos do projeto positivista foi atacar a credibilidade da doutrina dos direitos naturais, pois ela pretensamente conduzia à anarquia. Nas palavras de Hart, citando Bentham:

Assim, os sucessivos ataques de Bentham à doutrina dos direitos naturais tiveram um sucesso duradouro ao longo do século dezanove. Considerarei aqui, com um pouco mais de vagar, um detalhe desse ataque conforme aparece no ensaio sobre *Anarchical Fallacies*, que é a expressão mais elaborada de sua perspectiva. Essa obra, escrita em 1795, mas não publicada durante a vida de Bentham, é curiosa. É prolixa e pedante, mas é também escrita com grande veemência e paixão. Bentham condenava ‘os direitos da anarquia’ (como ele chamava os direitos naturais) como compatíveis apenas com ‘a ordem do caos’; seus defensores eram, em suas palavras, ‘subversores do governo’ e ‘assassinos da segurança’ que discutiam questões políticas sérias empregando uma terminologia tola, da qual, dizia Bentham ‘poderiam surgir milhares de punhais’. De fato, ele pensava que esta doutrina era tão apta a inflamar paixões irracionais que sua repressão pelo direito penal poderia ser justificada (...)

¹¹⁴ MACCORMICK (2010, Cap. 11).

¹¹⁵ HART (2005, p. 213-214).

Os homens falam de direitos naturais, dizia Bentham, quando querem que as coisas sejam do seu jeito sem precisarem argumentar¹¹⁶.

O positivismo jurídico sustenta que não é necessário as leis, para serem realmente leis, reproduzirem ou satisfazerem certas exigências da moral. Hart esclarece que é necessário considerar duas formas diferentes pelas quais o positivismo jurídico tem sido rejeitado. A primeira é aquela expressa claramente pelas teorias clássicas do direito natural, que afirmam que há certos princípios de conduta humana, passíveis de serem descobertos pela razão humana, com os quais o direito positivo deve se conformar para ser válido. A segunda é a que adota um ponto de vista diferente e menos racionalista da moral e oferece um relato diferente dos modos pelos quais a validade jurídica está ligada ao valor moral. Hart detém sua análise nessa primeira forma, deixando de lado a segunda¹¹⁷.

Para Hart, constitui um problema filosófico o fato de muitos críticos modernos acreditarem que a razão humana pode descobrir leis de conduta apropriada em decorrência de uma ambiguidade da palavra “direito”. Chegava-se mesmo a acreditar que quando essa ambiguidade fosse desvendada, o direito natural estaria acabado. Foi desse modo que Mill lidou com a teoria de Montesquieu, que no primeiro capítulo de o *Espírito das Leis* se pergunta sobre a razão pela qual os objetos do mundo natural, como estrelas e animais, obedecerem à “lei da sua natureza”, ao passo que o homem não faz o mesmo, caindo em pecado. Na concepção de Mill, isso revelava uma confusão entre “leis” que formulam o curso da natureza e que podem ser descobertas pela observação e pelo raciocínio e são designadas como “descritivas”, cabendo, pois, ao cientista descobri-las; e leis que exigem que os homens se comportem de determinada maneira, que não podem ser estabelecidas de igual forma, pois não se trata de afirmações ou descrições de fatos, mas de “prescrições” ou “exigências” de que os homens se comportem de um certo modo. A resposta à questão de Montesquieu é que as leis prescritivas podem ser violadas e, ainda assim, permanecerem como leis, porque isso significa apenas que os seres humanos nem sempre fazem aquilo que devem fazer. Contudo, não faria sentido dizer que as leis da natureza podem ou não ser “violadas”. Se os planetas se comportarem de modo contrário às “leis” científicas que descrevem seus movimentos, essas não são violadas, mas deixam de ser chamadas “leis” e devem ser reformuladas ou abandonadas¹¹⁸.

¹¹⁶ HART (2010, p. 208 e 211).

¹¹⁷ HART (2005, p. 229).

¹¹⁸ HART (2005, p. 203).

Os críticos que, como Bentham e Mill, atacaram o direito natural, atribuíram a confusão sobre os sentidos distintos do direito à crença de que as regularidades observadas na natureza eram prescritas ou decretadas por um Deus. Segundo essa ideia teológica, a única diferença entre a lei da gravidade e os Dez Mandamentos seria, como afirmou, por exemplo Blackstone, a diferença de que os homens, como coisas criadas, estavam dotados de razão e de vontade livre e assim, diferentemente das coisas, podiam descobrir as prescrições divinas e desobedecer-lhes. Contudo, o direito natural nem sempre está associado à crença num Governador ou Legislador Divino do Universo. A reafirmação contínua da doutrina do direito natural deveu-se em parte ao fato de que seu atrativo independe de uma autoridade divina ou mesmo de uma autoridade humana e apesar de sua terminologia metafísica, contém certas verdades importantes para a compreensão da moral e do direito¹¹⁹.

A doutrina do direito natural é parte de uma concepção segundo a qual cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como tendendo a um “telos” que é o seu bem específico. As leis do desenvolvimento de uma coisa devem mostrar não só como ela devia comportar-se regularmente ou evoluir, mas como ela efetivamente se comporta regularmente ou evolui. Como explica Hart, é necessário o crescimento normal das folhas para se obter a umidade necessária ao seu desenvolvimento e é “função” das folhas fornecê-la. Daí pensamos no crescimento e falamos dele como aquilo que deveria ocorrer naturalmente. Já no caso da ação ou dos movimentos de seres inanimados, tais modos de falar parecem pouco plausíveis. Supor que uma pedra, ao cair para o solo, está a realizar um fim que lhe é próprio, ou que está retornando é exprimir uma concepção teleológica de mundo irreconciliável com os pressupostos mais básicos da prática científica contemporânea¹²⁰.

Uma das dificuldades na compreensão de uma visão teleológica de mundo reside no fato de ela minimizar a diferença, cara ao pensamento moderno, entre os seres humanos com uma finalidade própria que conscientemente se esforçam por realizá-la e outros seres, vivos ou inanimados. Na visão teleológica do mundo, o homem é pensado como tendendo para um estado ou fim ótimo específico que está preparado para ele e o fato de que ele, diferentemente das outras coisas, pode para aí tender conscientemente, não é concebido como uma diferença radical entre o homem e o resto da natureza. Entretanto, nessa visão teleológica, esse estado ótimo não é o bem do homem ou o seu fim, porque ele o deseja; ao contrário, se ele o deseja é

¹¹⁹ HART (2005, p. 204).

¹²⁰ HART (2005, p. 205-206).

porque esse já é o seu fim natural. Por isso, embora seja verdade que alguns homens podem recusar-se a comer ou a descansar porque desejam morrer, a comida e o descanso são algo mais do que coisas que os homens fazem regularmente ou que simplesmente desejam.

Para Hart, os expoentes clássicos do direito natural, como, por exemplo, Tomás de Aquino, consideravam a busca pela sobrevivência apenas como o nível mais elementar de um modo de existência bem mais complexo que envolve uma espécie de auto-realização. Aristóteles incluía nesse modo de existência o cultivo do intelecto humano, enquanto Tomás de Aquino salientava a importância de buscar pelo conhecimento de Deus. Outros pensadores, por outro lado, tais como Hobbes e Hume, se dispuseram a ver no modesto objetivo da sobrevivência o elemento central que confere bom senso empírico à terminologia do direito natural. Não podemos subtrair o desejo geral de viver e deixar intactos conceitos como perigo e segurança, dano e benefício, necessidade e função, doença e cura, pois se trata de modos de descrever e apreciar as coisas, em referência à contribuição para a sobrevivência. Entretanto, pode-se aceitar a sobrevivência como uma finalidade que é necessária, num sentido mais relevante para a discussão do direito humano e da moral. Nela estamos empenhados, como algo pressuposto pelos termos da discussão; porque a nossa preocupação reside nos arranjos sociais para conseguir uma existência continuada e não nos fins de um “clube de suicidas”¹²¹.

A reflexão acerca de algumas generalizações óbvias no respeito à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem mostra que há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter para ser viável. Tais regras constituem de fato um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até ao ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controle social. Tais princípios de conduta reconhecidos universalmente têm como base verdades elementares a respeito dos seres humanos, do seu ambiente natural e de suas finalidades, que podem ser considerados o “conteúdo mínimo do direito natural”, em oposição às construções mais abrangentes e mais controvertidas que têm sido expressas sob aquele nome.

Parece não ter escapado da análise de Hart que onde há um sistema coercitivo não há garantias de que haverá uma única determinação igualitária ou justa, pois, como se sabe, nem todos precisam ter motivos para cooperar voluntariamente com o sistema, e, de fato, algumas pessoas podem ser vítimas do sistema (por exemplo, negros, mulheres e crianças). Quanto mais desigualdade houver mais coercitiva deve ser a ordem estabelecida para aqueles que tem motivos para cooperar voluntariamente. MacCormick chama atenção para o silêncio de Hart

¹²¹ HART (2005, p. 207).

em relação a dois campos de atividades humanas que costumam ser alvo de restrições por parte do direito, a saber: as limitações da atividade sexual e as relações de poder entre pais e filhos, inclusive com os deveres de assistência recíproca¹²². A crítica de MacCormick, entretanto, não é inteiramente adequada, pois Hart, efetivamente, tentou responder algumas dessas questões em outros textos como, por exemplo, *Direito, Liberdade e Moralidade*¹²³.

A obra *O Conceito de Direito* de Hart é compatível com as instituições tipicamente britânicas de liberdade e justiça de seu tempo. Isso, por óbvio, se reflete na maneira por meio da qual Hart tenta separar as questões de direito das questões político-morais. Para Hart, é de fundamental importância a contribuição da moral crítica para a elucidação dos princípios que visam à utilização justa do direito numa sociedade civilizada. A concepção de liberdade dominante naquele período no Reino Unido correspondia à doutrina da liberdade de John Stuart Mill. A propósito, é interessante a seguinte passagem em que Hart trata da teoria de Mill:

Portanto, quando Mill passou a discutir a liberdade do indivíduo, sustentou que ela só deveria sofrer interferência ou restrições (seja pelo direito, seja por pressão social) quando a conduta do indivíduo fosse danosa a terceiros, ao passo que um utilitarista maximizante rígido teria que admitir que a liberdade de um indivíduo poderia sempre ser limitada se isto aumentasse o bem-estar agregado da sociedade. A doutrina de Mill sobre a liberdade é, nesse ponto, um afastamento notável do princípio maximizante do utilitarismo, e seu efeito é o de garantir, para cada indivíduo, uma área de liberdade para todo o espectro de suas atividades que não sejam danosas a terceiros. Uma vez que oferece esta proteção à liberdade do indivíduo enquanto tal, ela garante a mesma área de liberdade a todos os indivíduos e, assim, certo grau de igualdade, ao passo que o utilitarismo puro não está, de forma alguma, comprometido com a igualdade de tratamento como um valor independente¹²⁴.

Cumprir registrar que somente no século XX essa doutrina foi posta em questão em virtude, principalmente, da crítica feita por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. A obra de Rawls exerceu profunda influência no debate contemporâneo. Rawls procura defender a tese segundo a qual o utilitarismo permitiria, em algumas circunstâncias, o sacrifício de um indivíduo em favor da maior felicidade de outros, mas isso representaria uma violação do princípio kantiano de que os seres humanos são fins em si mesmos¹²⁵. Para Rawls, qualquer pessoa racional, para viver uma vida minimamente tolerável em uma sociedade política com um governo minimamente organizado, negociando em pé de igualdade com outros indivíduos, concordaria em ser constrangida a obedecer às leis de qualquer governo se não tivesse sua

¹²² MACCORMICK (2010, Cap. 11).

¹²³ HART (1987, p. 30-35).

¹²⁴ HART (2010, p. 219).

¹²⁵ RAWLS (2002, p. 24-30).

liberdade e interesses básicos protegidos em relação a meros incrementos no bem-estar agregado¹²⁶. Em outras palavras, Rawls tentou substituir a utilidade da maximização do bem-estar agregado por uma teoria sobre direitos básicos. Contudo, a posição de Rawls foi objeto de muitas críticas, dentre as quais se destaca a do próprio Hart¹²⁷. Hart, aprimora, essa mesma crítica, quando, por exemplo, tenta demonstrar que não há nenhuma vantagem em substituir a tese utilitarista por uma tese fundada em direitos, contudo em resposta dirigida a Dworkin¹²⁸.

É interessante que apesar do projeto de separar o direito da moral, a teoria de Hart preza por um compromisso moral com a liberdade e responsabilidade de cada indivíduo e em especial do teórico analítico da tradição liberal de sempre se manter aberto à crítica moral do direito positivo, pois em toda a sociedade há sempre regras jurídicas vigentes e opiniões morais dominantes, que evidentemente podem se fundir e se sobrepor. É sempre admissível e válido que indivíduos não desejem abdicar de sua capacidade de julgamento em favor de um governo legítimo ou de um dado senso moral predominante. Sem dúvida, esses indivíduos consideram a lei vigente e a moral positiva de sua comunidade como relevantes na determinação do que é certo, o que não significa que sejam determinantes para a formulação de seu julgamento moral. Segundo MacCormick, essa pretensão de soberania da consciência individual difere da concepção de Hart do liberalismo clássico e deixa um ar de dúvida se, por

¹²⁶ RAWLS (2002, p. 200-208).

¹²⁷ HART (1973, p. 554).

¹²⁸ Nas palavras de HART (2010, p. 242-243): *“Dessa forma, no que diz respeito a esse argumento pelos direitos, com a progressiva liberalização da sociedade na qual desapareceram preconceitos contra, digamos, o comportamento homossexual, ou na qual a expressão heterodoxa de opiniões desapareceu, os direitos a essas liberdades desaparecerão (como o Estado em Karl Marx). Assim, quanto mais tolerante uma sociedade, tanto menor será o número de direitos vigentes; não só haverá menos oportunidades para afirmar direitos. Isso é certamente paradoxal mesmo se considerarmos que Dworkin apenas se ocupa de direitos contra o Estado. Mas esse paradoxo se compõe de outro. Uma vez que a teoria de Dworkin é especificamente uma resposta a um suposto defeito do argumento utilitarista, ela apenas estabelece direitos contra o resultado dos argumentos utilitários acerca do bem-estar geral ou do voto democrático da maioria, em que preferências externas provavelmente desequilibram a balança. Tal como se apresenta, essa teoria não pode fornecer apoio a direitos contra uma tirania ou governo autoritário que não baseie sua legislação coercitiva em considerações de bem-estar geral ou de voto majoritário. Assim, esse argumento particular a favor dos direitos não ajuda a estabelecer direitos individuais em nenhum dos dois extremos: nem numa democracia extremamente tolerante, nem numa tirania repressora (...) um exame cuidadoso dos detalhes da argumentação mostra que ela é deficiente até mesmo dentro de seu escopo limitado; e as maneiras em que ela é deficiente mostram uma falha geral importante. Na construção de sua teoria antiutilitarista baseada em direitos, Dworkin tentou deduzir demais da ideia de igual consideração e respeito pelas pessoas, exatamente como Nozick ao construir sua teoria tentou deduzir demais da ideia da separação entre as pessoas. Ambas evidentemente parecem oferecer algo confortavelmente firme e incontroverso como fundamento de uma teoria de direitos básicos. Mas essa aparência é enganadora: e isso fica evidente se insistirmos na pergunta de por que, como argumenta Dworkin, um procedimento decisório utilitarista ou voto democrático, que leva em consideração tanto as preferências pessoais quanto as externas, por essa razão, deixa de tratar as pessoas como iguais, de modo que quando, como ele diz, é ‘de antemão provável’ que preferências externas venham a desequilibrar a balança em detrimento da liberdade específica de alguns indivíduos, essa liberdade se reveste com o status de direito moral que não pode ser colocado em segundo plano por tais procedimentos. O argumento de Dworkin é que levar em consideração preferências externas corrompe o argumento utilitário ou o voto da maioria como processo de decisão, e isso naturalmente deve ser diferenciado de qualquer outra objeção moral independente que possa existir contra a decisão concreta resultante do processo. Um exemplo óbvio desse defeito do argumento utilitário ou do processo do voto da maioria seria naturalmente a contagem em dobro, por exemplo, contar um voto ou preferência de um indivíduo (um brâmane ou um branco) duas vezes e, pelo contrário, contar apenas uma vez o voto de outro (um intocável ou um negro). Este é, claro, exatamente o defeito excluído pela máxima ‘todos devem contar como um, ninguém como mais do que um’ que, na opinião de Mill, tornava o utilitarismo tão esplêndido”.*

exemplo, socialistas ou marxistas poderiam aderir a ela sem perder a coerência com suas teses fundamentais. Se isso for realmente possível, a análise da teoria geral do direito de Hart é ideologicamente neutra em relação às principais concepções ideológicas de seu tempo. Entretanto, se a resposta for negativa, por mais convincente que seja, trata-se apenas de uma teoria do direito passível de aceitação por um liberal¹²⁹.

O argumento da moralização do conceito de direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo, ou seja, tende a considerar que tudo o que é lei deva ser, pelo fato mesmo de ser um elemento do direito, também moral. Contudo, para Hart, a atitude adequada é reconhecer que a existência do direito depende de fatos sociais complexos e que todas as leis estão sempre sujeitas à crítica moral. Nesse ponto, Hart conclui que não há nenhuma base conceitual para supormos que o direito que “é” sempre coincida com o direito tal como ele “deveria ser”¹³⁰.

Para Hart, não há uma conexão conceitual necessária entre o direito e a moral. Para aqueles que acreditam haver tal conexão, ela diria respeito à noção de equidade. O princípio geral latente à aplicação da idéia de justiça equitativa é que os indivíduos têm direito a uma posição de relativa igualdade ou desigualdade em relação aos outros. Por isso, a justiça é tradicionalmente concebida na fórmula “tratar da mesma maneira os casos semelhantes” (*treat like cases alike*) e “diferentemente os casos diferentes”¹³¹.

Em qualquer conjunto de seres humanos alguns assemelham-se entre si em alguns aspectos e diferem entre si noutros. Os critérios de semelhanças e diferenças podem variar frequentemente com a perspectiva moral fundamental de uma dada pessoa ou sociedade. Onde isso ocorre, a avaliação da justiça ou da injustiça do direito pode se defrontar com pretensões contraditórias inspiradas por uma moral diferente. Frequentemente, o que é relevante para determinar a justiça ou a injustiça de uma lei são as capacidades das pessoas para funções específicas. As proteções e os benefícios decorrentes do sistema de abstenções recíprocas que subjazem ao direito e à moral podem em diferentes sociedades se estender a categorias muito diferentes de pessoas. Por outro lado, a negação dessas proteções elementares a qualquer ser humano disposto a aceitar as restrições correspondentes ofende os princípios da moral e da justiça. Por exemplo, as leis que não concedem o direito de voto ou retiram a capacidade para outorgar testamentos ou celebrar contratos às crianças e aos deficientes mentais são consideradas justas, porque tais pessoas carecem de um tipo de

¹²⁹ MACCORMICK (2010, p. 45).

¹³⁰ HART (2005, p. 331-332).

¹³¹ HART (2005, p. 172-173).

capacidade que se presume existir nas pessoas maiores e mentalmente sãs. Ou seja, existem discriminações que são feitas com fundamentos evidentemente relevantes, enquanto que outras discriminações em matérias como diferenças de sexo, cor, etc., não o são¹³².

As ideias de Hart acerca da estrutura do direito não deixaram de ser criticadas. Suas ideias, com efeito, deram azo a muitas publicações que tanto rejeitam quanto endossam sua teoria. No próximo Capítulo nos ocuparemos de algumas das críticas mais recentes dirigidas a Hart.

¹³²

HART (2005, p. 176-177).

4 HART ESTAVA MESMO CERTO?

4.1 Alguns problemas na crítica de Hart a Austin

A despeito da importância da crítica de Hart a Austin como um dos aspectos mais distintivos e originais na obra *O Conceito do Direito*, alguns autores contemporâneos, como, por exemplo, Colin Tapper não deixaram de reconhecer algumas “ambiguidades” na posição de Hart¹³³. Há um problema na própria maneira pela qual as regras que conferem poderes e as regras que conferem obrigações interagem, o que pode ser ilustrado pelo fato de que uma regra que permita às pessoas fazer contratos (regra que confere poder) se relaciona necessariamente com uma regra dela derivada de que todo aquele que tenha celebrado um contrato deva cumprir as obrigações assumidas (regra que impõe obrigações). Note-se que nesse caso a regra primária não determina a execução de qualquer ação específica, o que determina a execução da ação específica é o contrato, por isso mesmo o conteúdo da obrigação somente é determinável em relação ao conteúdo do ato jurídico em si (contrato). Outro problema decorre da possibilidade de que alguns deveres e obrigações não dependam em termos de conteúdo de referência a algum ato jurídico, mas sejam deveres ou obrigações referentes ao exercício de algum poder e à realização de algum ato jurídico em si, o que pode ser esclarecido com o exemplo de que as pessoas que têm o poder de agir como juízes têm também deveres de ofício em referência a maneira como devem exercer seus poderes. Também digna de nota e igualmente interessante é a questão da circularidade que envolve as categorias de regras descritas por Hart. Segundo MacCormick, a “regra de reconhecimento” define os critérios de validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular, impondo deveres sobre aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente o poder de julgar. Como MacCormick afirma:

A regra de reconhecimento quando existe, existe apenas como uma regra social compartilhada aceita como um *standard* comum obrigatório do comportamento por aqueles cujo poder oficial como um ‘poder jurídico’ depende fundamentalmente dessa mesma regra. É possível, mas não necessário, que os cidadãos em geral (poucos, alguns, muitos ou mesmo, em um caso limitado, todos) compartilhem da atitude de apoio à regra suprema de reconhecimento. Mas é suficiente que apenas os governantes e autoridades a aceitem, desde que possam, de alguma forma, obter a obediência e concordância em larga escala às outras regras que ela valida¹³⁴.

¹³³ TAPPER (1973, Cap. 1).

¹³⁴ MACCORMICK (2010, p. 38).

Quando as “regras de alteração” surgem, elas se refletem necessariamente na “regra de reconhecimento”. Assim, os mesmos juízes que estão investidos de poderes estatais para aplicar as leis estão obrigados pela “regra de reconhecimento” a respeitar certos critérios para poderem exercer sua jurisdição graças às regras criadas pelo Poder Legislativo. Por seu turno, essas regras criadas pelo Poder Legislativo são válidas por causa da “regra de alteração” que permite ao Poder Legislativo alterar as leis, o que faz com que haja um círculo vicioso no processo. Com efeito, surge um paradoxo na inter-relação das regras, pois cada uma delas pressupõe a existência de uma outra. Contudo, esse argumento foi descrito por Niklas Luhmann¹³⁵ como um aspecto necessário de todos os sistemas sociais desenvolvidos (autorreferentes) em que as instituições jurídicas (democráticas) se referem ao próprio direito para buscar validade e legitimidade¹³⁶. O direito, de certa forma, valida o próprio direito, tornando-se um sistema autocriador ou “autopoiético” dentro do sistema das relações sociais. É claro que a questão da validade do direito depende da existência de uma constituição em vigor, que por sua vez depende da coordenação dos órgãos do governo em conformidade com a tese da separação dos poderes. De modo análogo, Joseph Raz nega que em um sistema jurídico desenvolvido a circularidade de raciocínio das regras de Hart seja um problema que comprometa a aceitação da teoria em termos gerais¹³⁷. Pode-se dizer, portanto, que as críticas dirigidas a Austin por Hart decorrem de considerações que não levam em conta o projeto de Austin, que se refere a obrigações legais e não a obrigações “*simpliciter*”, ou seja, enquanto tais.

A contribuição de Austin em diferenciar obrigação legal de outros tipos de obrigação pode ser defendida, assim que admitimos que as sanções podem não ser componentes essenciais de todos os tipos de obrigações. Se o objetivo de Austin era diferenciar o direito de outros sistemas de regras, as sanções podem, inclusive, ser o ponto que permite diferenciar o dever legal de outros tipos de dever. Frederick Schauer, no artigo “*Was Austin Right After All?: On The Role Of Sanctions In A Theory Of Law*”, publicado em 2009, tenta resgatar a importância do papel da sanção na teoria do direito¹³⁸. Schauer critica Hart principalmente no que se refere à sua rejeição da teoria do direito como comando amparado por sanções. Apesar de Austin não examinar a distinção entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, isso não é uma razão para rejeitarmos inteiramente a teoria do direito como

¹³⁵ LUHMANN (2004, Cap. 1).

¹³⁶ LUHMANN (2004, p. 381-385).

¹³⁷ RAZ (1994, p. 289).

¹³⁸ SCHAUER (2009, p. 1).

comando. Por outro lado, embora Schauer reconheça as contribuições de Hart, como, por exemplo, na elucidação da construção do “ponto de vista interno”, Schauer chama atenção para o fato de que Hart teria subestimado a força da sanção ou da coerção para a teoria do direito. Com efeito, como vimos, Hart nega que um sistema de normas possa repousar somente em sanções. A interpretação que Hart faz do conceito de obrigação em Austin não leva em consideração que Austin reconhece a importância da obrigação legal. Ao tomarmos o conceito de obrigação legal simplesmente como proposição descritiva ou prescrição abstrata, deixamos justamente de compreender de que modo o direito difere de outros sistemas normativos.

Por sua vez, Schauer retoma o argumento de Austin de que as pessoas, como membros de uma dada comunidade, estão obrigadas a fazer ou a se abster de fazer alguma coisa somente porque o direito as proíbe, e não por estarem subordinados a algum tipo de imperativo moral¹³⁹. Esse é sem dúvida um dos pontos centrais do positivismo jurídico e o ponto central da tese de Austin. Podemos dizer que uma ordem não amparada por uma sanção é o mesmo que um pedido. Ou seja, é a sanção que confere à lei a força normativa que a reveste de autoridade, criando a idéia de obrigação legal. Em outras palavras, a maximização da importância das sanções ressalta o aspecto da normatividade legal.

Para Hart, a teoria de Austin se assemelharia a um esquema de direito penal, comprometido apenas com as regras que impõem penas e não com as regras que conferem poderes para as pessoas, por exemplo, contratarem entre si ou outorgarem testamentos. Para Hart, é justamente por criar poderes para os oficiais do governo e para os cidadãos comuns, que a lei não pode ser concebida tão-somente por meras proibições ou determinações, mas também por permitir condutas facultativas. Por outro lado, seria igualmente razoável, na contramão dos argumentos de Hart, entender que as condutas facultativas são uma mera exceção à regra, o que confirmaria a teoria de Austin. Outro problema da crítica de Hart a Austin é a ênfase na acusação de que Austin teria imaginado um mundo habitado por homens maus, ao invés de homens confusos. No entanto, essa tese de Hart perderia um pouco de sua plausibilidade se descobríssemos que, de fato, a maior parte dos cidadãos obedece à lei, não em razão de um comprometimento, mas por medo da sanção. Nas palavras de Hart:

Os homens não são demônios dominados por um desejo de se exterminarem uns aos outros e a demonstração de que, por força apenas da finalidade modesta da sobrevivência, as regras básicas do direito e da moral são coisas necessárias, não deve ser identificadas com o ponto de vista falso de que os homens são predominantemente egoístas e não têm uma preocupação

¹³⁹

SCHAUER (2009, p. 3-4).

desinteressada na sobrevivência ou no bem-estar dos seus semelhantes. Mas se os homens não são demônios, tampouco são anjos; e o fato de que estão a meio caminho entre estes dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível. Com anjos, nunca tentados a causar danos aos outros, as regras que exigem abstenções não seriam necessárias. Com demônios dispostos a destruir, independentemente dos custos para si próprios, seriam impossíveis. Sendo as coisas como são, o altruísmo humano é limitado no seu âmbito e intermitente, e as tendências para a agressão são suficientemente frequentes para serem fatais relativamente à vida social, se não forem controladas¹⁴⁰.

Para Schauer, com efeito, em Estados modernos, cada vez mais, as sanções têm sido utilizadas para que os indivíduos se comportem de um modo determinado. O exemplo do homem confuso depende da existência empírica da existência de um número significativo de homens confusos, o que distancia essa teoria da realidade.

Para Hart, os seres humanos, de modo geral, são movidos por algum grau de altruísmo. Eles agem, com efeito, sem expectativa constante de contrapartidas, e com um interesse genuíno na sobrevivência e bem-estar de outros indivíduos. Contudo, isso não é ilimitado, porque, em geral, os homens não se devotam completamente ao bem de toda a humanidade, pois se assim o fosse não haveria necessidade de regulamentação ou de restrições sociais. Com efeito, os homens preocupam-se mais com o bem-estar daqueles que lhes são próximos.

Schauer admite a importância do exemplo do homem confuso, não em termos numéricos, mas para explicar por que o direito pode criar obrigações distintas das sanções que pode impor. Isso porque, segundo Schauer, o direito não tem autoridade de fato e não pode legitimar autoridade, mas tão-somente impor obrigações¹⁴¹. Como sugere Schauer, a crítica de Hart subestima a dimensão coercitiva da lei tanto quanto a de Austin negligencia a dimensão não-coercitiva da lei¹⁴². Para Schauer, o argumento de Hart da linguagem do direito é pouco claro, pois não há uma diferença significativa entre “estar obrigado” e “ter a obrigação de”¹⁴³. No entanto, isso não é o mesmo que dizer que não há distinção entre estar coercitivamente obrigado e ter uma obrigação não-coercitiva. Apesar de Hart defender a existência de uma diferença fundamental entre “estar obrigado” e “ter a obrigação de”, essa distinção pode ser corporificada em nossa linguagem e nos conceitos que ela reflete.

¹⁴⁰ HART (2005, p. 212).

¹⁴¹ SCHAUER (2009, p. 16).

¹⁴² SCHAUER (2009, p. 15).

¹⁴³ SCHAUER (2009, p. 21).

Hart foi muito criticado por ter alterado e revisto algumas de suas posições iniciais no *Post Scriptum* de *O Conceito de Direito*, o que também gerou um vigoroso debate acerca da própria natureza do “positivismo jurídico”.

4.2 A discussão do “*Post-Scriptum*” de *The Concept of Law*

A filosofia de Hart tem três enfoques principais: (1) existência de fontes sociais do direito, o que tornam as regras jurídicas tipos especiais de regras sociais; (2) ausência de uma conexão necessária entre a moral e o direito positivo; e (3) a inevitável incompletude ou qualidade aberta do direito positivo, que justifica a discricionariedade judicial.

Em seu *Post Scriptum*, Hart sustenta a viabilidade e a vantagem de sua proposta de uma teoria geral do direito imparcial, descritiva e positivista, pois o direito se refere a ações humanas não só como processos naturais, mas como ações sociais de animais que pensam e falam, por isso mesmo o direito é essencialmente, mas não exclusivamente, um fenômeno linguístico, embora seja sempre conceitual¹⁴⁴. As leis, os atos e as decisões jurídicas são formuladas em palavras e muitas vezes têm que se sustentar por meio de argumentação pública. Assim, faz parte da essência de uma ordem jurídica uma complexa estrutura conceitual, um vocabulário vasto e particularmente especializado. O objetivo da teoria analítica do direito de Hart é um entendimento adequado do direito e das ideias jurídicas. Talvez isso explique seus excessos no estudo da importância dos termos e conceitos jurídicos. Hart teve que tomar essa posição em função do surgimento de certas leituras de sua obra que exageravam a importância da base de valores estabelecida pelo próprio Hart. Essas leituras defendiam que o argumento mais importante em favor da abordagem positivista de Hart era o apelo aos valores morais¹⁴⁵.

É curioso destacar que o próprio Hart se considera um positivista inclusivista ou moderado em contraposição aos chamados exclusivistas no que se refere à sua abordagem teórica acerca de qual seria o entendimento correto do positivismo. Nas palavras de Hart:

(...) por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como ‘positivismo inclusivista’ e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo ‘meramente factual’¹⁴⁶.”

¹⁴⁴ HART (2005, p. 309-312).

¹⁴⁵ MACCORMICK (2010, p. 16).

¹⁴⁶ HART (2005, p. 312).

De forma sucinta, Hart é classificado como positivista inclusivista, porque sua teoria não exclui totalmente a possibilidade de a moral fazer parte do direito. É possível, com efeito, que em alguns sistemas jurídicos a regra de reconhecimento envolva considerações sobre o que as pessoas considerem de modo geral justo ou injusto, mas disso não se segue que o direito enquanto tal envolva a moral, contrapondo-se aos chamados positivistas exclusivistas, que entendem que a definição do direito exclui qualquer consideração de ordem moral, defendida por Raz, e também confrontando-se a Dworkin.

Uma observação que precisa ser feita sobre o positivismo jurídico de Hart é que ele se refere à indeterminação relativa das regras sociais e consequentemente das regras jurídicas. Essa é uma posição diametralmente oposta ao chamado “ceticismo sobre regras” (*rule-scepticism*) adotado por pensadores norte-americanos do século XX da chamada teoria realista do direito, como, por exemplo, Karl Llewellyn e Jerome Frank, que em alguns momentos sugeriram que o direito não é nada além das decisões reais dos tribunais e das autoridades jurídicas ou de predições sobre elas. Sobre o “realismo” Hart afirma o seguinte:

Uma vez mais parece que a única virtude da teoria por nós rejeitada consiste em ser uma versão confusa de uma advertência realista. Neste caso trata-se da advertência de que, a menos que os funcionários do sistema e sobretudo os tribunais aceitem a regra de que certos actos legislativos, passados ou presentes, estão revestidos de autoridade, algo de essencial ao seu estatuto de direito faltará.

Mas um realismo de espécie tão comezinha não deverá ser confundido com a teoria por vezes conhecida sob o nome de Realismo Jurídico, cujos principais traços são discutidos em pormenor adiante, e que, em certas versões, sustenta que nenhuma lei é direito antes de ser aplicada efectivamente por um tribunal. Há uma diferença, crucial para a compreensão do direito, entre a concepção verdadeira que afirma que, para uma lei ser direito, os tribunais devem aceitar a regra de que certos actos legislativos criam direito, e a teoria equívoca de que nada é direito até ser aplicado num caso concreto por um tribunal. Algumas versões da Teoria do Realismo Jurídico vão, evidentemente, muito além da falsa explicação da persistência das leis que criticámos; chegam mesmo ao ponto de negarem o estatuto de direito a qualquer lei, feita por um soberano do passado ou do presente, antes da sua aplicação efectiva pelos tribunais. Contudo, uma explicação da permanência das leis que não adira à teoria realista integral e reconheça serem as leis do soberano presente, diferentemente das dos soberanos do passado, direito antes de aplicadas pelos tribunais, recolhe o pior das duas perspectivas e é, por certo, bastante absurda. Esta posição intermédia é insustentável, porque nada distingue o estatuto jurídico de uma lei do soberano actual de uma outra, não revogada, de um soberano anterior. Ou ambas (como os juristas comuns reconhecem) ou nenhuma delas, como pretende a teoria realista integral, são direito, antes de aplicadas pelos tribunais do presente a um caso concreto¹⁴⁷.

Para os realistas as regras consuetudinárias de um sistema jurídico são apenas meros costumes, e, portanto, não são regras jurídicas, até que elas sejam aplicadas pelos tribunais em casos particulares. Hart, no entanto, sustenta que não parece absurdo afirmar que os tribunais aplicam o costume da mesma forma que aplicam a lei¹⁴⁸. Muito embora as leis sejam regras,

¹⁴⁷ HART (2005, p. 74).

¹⁴⁸ HART (2005, p. 55).

faz parte da natureza das regras deixar um espaço considerável para a discricionariedade dos aplicadores do direito ao lidar com os casos específicos. Então, para Hart a posição dos realistas é insustentável, pois não haveria razão para existir direito, juízes e outras autoridades se não houvesse pelo menos algumas regras de julgamento secundárias razoavelmente claras.

A posição de Hart, reafirmada no *Post Scriptum*, é que o direito se compõe essencialmente por regras, sendo que parte considerável da atividade jurídica consiste na aplicação direta dessas regras. Entretanto, Hart concorda parcialmente com os realistas, ao reconhecer que as regras não resolvem todos os problemas do mundo jurídico, já que são moldadas pela linguagem, sendo muitas vezes vagas, ou seja, possuindo “textura aberta”. Como, Hart afirma:

Discutimos com certo desenvolvimento a textura aberta do direito, porque é importante ver este aspecto numa perspectiva correcta. A falta de justeza no modo de encarar tal realidade provocará sempre exageros que obscurecerão outros aspectos do direito. Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas actividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o seu produto final principal são uma das regras gerais. Trata-se de regras cuja aplicação os indivíduos podem eles próprios descobrir caso a caso, sem ulterior recurso a directiva oficial ou a um poder discricionário¹⁴⁹.

O fato de haver espaço para a discricionariedade judicial apenas confirma a regra de que normalmente o significado das regras está claro para alguns propósitos. Como o direito não é um sistema completo e fechado, surgem espaços para os juízes exercerem essa discricionariedade, considerando fatores não-jurídicos em suas sentenças, como opiniões morais, políticas, razões de conveniência, razões de Estado, etc., a fim de conferir sistematicidade ao ordenamento, por meio da aplicação adequada de regras e princípios jurídicos. Por isso mesmo, nunca se pode eliminar a discricionariedade por inteiro de um sistema legal, já que os legisladores não são mais capazes de prever o futuro que as pessoas comuns, afinal isso é impossível para seres humanos. Assim, nada mais razoável do que deixar alguma discricionariedade aos juízes e demais autoridades para agir de maneira justa e sensata face às necessidades dos indivíduos. Nas palavras de Hart:

A concepção equivocada do processo judicial que ignora os problemas da zona de penumbra e que considera o processo como consistindo preeminentemente de raciocínios dedutivos é frequentemente estigmatizada como erro do ‘formalismo’ ou do ‘literalismo’. Minha pergunta agora é como e em que medida a demonstração desse erro mostra que a distinção utilitarista é

¹⁴⁹

HART (2005, p. 149).

incorreta ou enganosa? Há aqui muitos pontos que foram confundidos, mas só posso destrinchar alguns. A acusação formalista tem sido dirigida tanto às teorias jurídicas ‘positivistas’ quanto aos tribunais, mas, é claro, a acusação deve ser bem diferente em cada caso. Dirigida ao teórico do direito, a acusação significa que ele cometeu um erro teórico a respeito do caráter da decisão jurídica; ele considerou que o raciocínio envolvido consistia na dedução de premissas sobre as quais as escolhas práticas ou decisões dos juízes não tinham qualquer impacto. Seria fácil mostrar que Austin era inocente desse erro; somente uma concepção completamente equivocada do que é uma teoria analítica do direito e do porquê ele a considerava importante pode levar ao entendimento de que ele, ou qualquer outro analítico, acreditava que o direito era um sistema lógico fechado nos quais os juízes deduziam de premissas suas decisões. Pelo contrário, ele estava absolutamente atento ao caráter da linguagem, à sua imprecisão e ao seu caráter aberto; ele acreditava que em situações da zona de penumbra, os juízes têm necessariamente que legislar, e, em um tom que lembra por vezes o do juiz Jerome Frank, ele criticou severamente os juízes da Common Law por legislarem de maneira tímida e débil e por confiarem cegamente em analogias reais ou imaginadas com casos pretéritos, em vez de adaptarem suas decisões às crescentes necessidades da sociedade como revelado pelo padrão moral da utilidade¹⁵⁰.

Em outra elucidativa passagem, Hart assim se expressou:

Não obstante essas diferenças, acredito que o erro intelectual fundamental sobre a natureza do direito e dos conceitos jurídicos, que mereceu o bombardeio de Jhering, foi exatamente o mesmo que motivava Holmes e seus seguidores em seus ataques; e busquei explicar qual é a raiz desse erro intelectual. Acredito que possa ser exposto, de maneira bastante simples, na formulação que se segue. O erro fundamental consiste na crença de que os conceitos jurídicos sejam fixos ou fechados no sentido de que é possível defini-los exhaustivamente em termos de um conjunto de condições necessárias e suficientes; de tal modo que para qualquer caso real ou imaginário é possível dizer, com certeza, se ele se insere ou não no escopo do conceito; o conceito ou se aplica ou não; ele é logicamente fechado (*begrenzt*). Isto significa que a aplicação de um conceito a um determinado caso é uma simples operação lógica concebida como uma espécie de revelação de algo que já estava lá, e, em uma formulação anglo-americana mais simples, leva à crença de que o sentido de todas as regras esteja fixado e predeterminado antes que surja qualquer questão concreta a respeito de sua aplicação¹⁵¹.

O termo “regra”, de modo geral, designa algum padrão ou *standard* de conduta. Regras podem ter sua origem em instituições ou procedimentos estabelecidos, não necessariamente estatais. Nesses casos, *standards* se distinguem não só dos princípios, quanto dos demais *standards simpliciter* ou normas em sentido geral. Assim, não é inteiramente correto afirmar que Hart não percebeu que os princípios são diferentes das regras, ou que não tenha se dado conta da existência de *standards* compartilhados, como os de decência, decoro e bom comportamento, que não são necessariamente regras.

O desacordo entre o conceito de direito na percepção de Hart e a tese crítica de Dworkin deu origem a um dos mais importantes debates jurídicos contemporâneos, conhecido como debate entre Hart e Dworkin¹⁵². Esse debate transcende seus atores inaugurais e se estende a toda uma geração de teóricos envolvidos com o debate metodológico por ele inaugurado e precede a divisão entre os chamados positivistas inclusivos e os positivistas

¹⁵⁰ HART (2010, p. 70-72)

¹⁵¹ HART (2010, p. 304).

¹⁵² Para maiores detalhes vale a pena conferir SHAPIRO (2007).

exclusivistas¹⁵³. Nosso enfoque principal são as falhas contidas no *Model of Rules I e II*, que se encontram encontram-se no livro *Taking Rights Seriously* (1977), após o que teceremos algumas céleres considerações a reformulação da teoria de Dworkin em *The Law's Empire* (1986).

Ao contrário de Hart, que vê no direito um sistema “aberto”, Dworkin, descreve o direito como um sistema “fechado”, que determina completamente a vida das pessoas a ele submetidas¹⁵⁴. A tese de Dworkin repousa no ceticismo sobre as regras sociais, ou seja, toma por base uma crença de que o direito não é apenas uma prática social que gera regras sociais. Isso significa dizer que a ordem jurídica encontra seu berço na base moral da comunidade política. Nesse sentido, as regras jurídicas seriam uma concretização parcial e incompleta dos princípios da moral da comunidade, que por sua vez são uma espécie de registro histórico das decisões no tempo. Como o direito de todos está fundado sobre essa base institucional, o que ocorre é uma concretização parcial por meio de regras explícitas. Nos casos de silêncio ou ambiguidade das regras, deve-se apenas recorrer diretamente aos princípios, que são a base e o fundamento de todos os direitos jurídicos. Esse é um argumento de extrema importância na crítica de Dworkin, usado para “comprovar” uma suposta falha da teoria de Hart, por ele não tecer maiores considerações sobre os princípios jurídicos paralela à sua discussão sobre as regras¹⁵⁵. Em sua réplica no *Post Scriptum*, Hart admite não ter dado mais importância aos princípios, embora negue obstinadamente que haja qualquer base para sustentar que os princípios sempre, ou mesmo frequentemente, apontem para uma única resposta correta de modo que o juiz exerça apenas uma discricionariedade fraca para encontrar essa resposta¹⁵⁶.

Em sua última fase, Hart compreende os princípios, tanto jurídicos quanto morais, como bases racionais de conduta de alcance geral. Entretanto, as regras em aparente conflito são essencialmente convencionais, podendo até ser de certo modo arbitrárias, sem que isso as desqualifique como regras.

Uma teoria simultaneamente descritiva e geral é algo radicalmente diferente da concepção de Dworkin de uma teoria jurídica ou de uma “teoria geral do direito”, concebida como uma teoria de avaliação e justificação. A tarefa central da teoria de Dworkin é ser totalmente interpretativa e parcialmente avaliadora, já que consiste na identificação de princípios que se ajustam melhor ao direito estabelecido, as práticas jurídicas de um sistema

¹⁵³ Para maiores detalhes conferir LEITER (2006, p. 153-181).

¹⁵⁴ DWORKIN (2007, Cap. 1. Nota de Rodapé nº 24).

¹⁵⁵ DWORKIN (2002, p. 39).

¹⁵⁶ HART (2005, p. 304-305).

jurídico e fornecem a melhor justificação moral. Tais princípios não são somente partes de um sistema jurídico, como partes implícitas do próprio direito. Assim, as práticas jurídicas estabelecidas ou paradigmas de direito que tal teoria interpretativa deve interpretar são tidos como pré-interpretativos, ou seja, estabelecidos por consenso geral dos juristas de sistemas jurídicos concretos. Essa concepção, evidentemente, gera conflitos, e é por essa razão que Dworkin, num primeiro momento, se preocupa em estabelecer os méritos comparativos de três diferentes posições sobre o modo como o direito justifica a coerção (“convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”)¹⁵⁷.

Schauer, de modo análogo a Dworkin, também se refere a três diferentes compreensões acerca do que seria propriamente o “positivismo jurídico”. A primeira e menos controvertida interpretação é o “positivismo conceitual” (também chamado “inclusivismo”, “positivismo legalmente inclusivo” ou “positivismo *soft*”). O positivismo inclusivo sustenta que a moralidade não é uma condição necessária para a legalidade em todos os sistemas legais possíveis, mas pode ser em alguns sistemas. Trata-se portanto de uma relação contingente. A segunda interpretação é o “positivismo normativo”. Nessa versão se defende que a separação entre direito e moralidade é um produto artificial da sociedade, sujeito à criação e recriação por meio das práticas sociais, ou seja, que deve ser escolhido pela própria sociedade. Por fim, a terceira interpretação é o “positivismo decisional” (também chamado “formalismo”), que se ocupa em descrever os contornos das instituições legais e dos procedimentos de decisão judicial. O positivismo decisional tem duas dimensões: a normativa e a descritiva. A normatividade serve para minimizar a discricionariedade dos juízes, políticos e outros agentes públicos. Por outro lado, a descritibilidade é o meio de caracterizar os atuais sistemas legais¹⁵⁸.

Schauer se propõe a demonstrar que o “positivismo conceitual” e o “positivismo normativo” são incompatíveis entre si. O “positivista conceitual” acredita na existência de um conceito pré-existente que pode ser descrito sem ter ou pressupor compromissos normativos e o “positivista normativo” acredita que a construção de um conceito de direito deve se basear em considerações normativas. No entanto, nada impede que uns acreditem que os conceitos podem ser criados por razões normativas sem que as próprias razões sejam normativas, ou que as pessoas possam ter razões normativas para identificar e enfatizar conceitos não-normativos.

¹⁵⁷ DWORKIN (2007, p. 118-120).

¹⁵⁸ SCHAUER (2010, p. 11, 14-15 e 17).

É essa a tese que Schauer pretende sustentar em favor de Bentham, a saber: que o positivismo normativo e o positivismo conceitual podem co-existir¹⁵⁹.

Para Dworkin, teorias úteis do direito são interpretações de um estágio concreto de uma prática historicamente em desenvolvimento. A objeção central de Dworkin para a aceitação de uma teoria jurídica geral e descritiva é a perspectiva interna sobre o direito, ou seja, o ponto de vista de um observador (ou participante) de dentro do sistema, pois levada a cabo essa perspectiva interna, nenhum relato adequado poderia ser fornecido por uma teoria descritiva cujo ponto de vista seja o de um observador externo. Hart aponta que é muito suspeito que Dworkin ponha de lado a existência de uma teoria jurídica geral e descritiva, considerando uma concepção desse tipo algo desorientado ou simplesmente inútil. Essa acusação de Dworkin não nos parece plausível, porque o próprio Hart empenha-se em esclarecer que os participantes manifestam o seu ponto de vista interno ao aceitarem o direito, enquanto esse lhes fornece orientações para a sua conduta e padrões de crítica. Assim, mesmo que um teorizador jurídico descritivo não compartilhe a aceitação do direito desse modo pode e deve descrever tal aceitação, até mesmo porque adotar o ponto de vista interno não significa aceitá-lo, partilhá-lo ou sustentá-lo ou mesmo renunciar à sua postura descritiva¹⁶⁰.

Em resposta à crítica de Hart, o próprio Dworkin reconheceu um erro importante em sua teoria que é o fato de que as questões parcialmente avaliadoras (ou interpretativas) não serem as únicas questões adequadas para uma teoria geral do direito, havendo assim lugar para uma teoria do direito geral e descritiva¹⁶¹. Isso é uma correção importante daquilo que parecia ser uma tese ambiciosa segundo a qual a única forma adequada de teoria jurídica seria a interpretativa e avaliadora.

Para Dworkin, os positivistas erram ao entender que os “os fundamentos do direito” são fixados por regras linguísticas, partilhadas pelos juízes e juristas, que regulam o uso e o significado da palavra “direito”, o que significa que a verdade das proposições de direito depende apenas de questões de mera factualidade histórica, incluindo fatos relativos a crenças individuais e atitudes sociais¹⁶². Para Dworkin, segundo esse ponto de vista, só poderia haver divergência sobre a existência ou inexistência de tais fatos históricos (divergência empírica); não poderia haver propriamente divergência acerca dos fundamentos do direito (divergência teórica). Dworkin tenta demonstrar que a “divergência teórica” relativa aos fundamentos do

¹⁵⁹ SCHAUER (2010, p. 22).

¹⁶⁰ HART (2005, p. 301-304).

¹⁶¹ HART (2005, p. 304-305).

¹⁶² DWORKIN (2007, p. 7-8).

direito é um aspecto importante e controvertido do direito anglo-saxão, não se relacionando somente a fatos históricos, mas a juízos morais e juízos de valor.

Dworkin se refere a Hart e Austin como “teorizadores semânticos”, pois esses autores apenas descreviam usos da palavra “direito”¹⁶³. No entanto, para Hart, nenhum de seus escritos pode ser utilizado para dar suporte a essa versão do seu positivismo jurídico¹⁶⁴. Após a crítica de Dworkin, Hart procurou esclarecer sua tese, desenvolvendo a idéia de que os sistemas jurídicos desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento que identifica as leis que os tribunais devem aplicar, mas isso não pressupõe a existência de uma regra de reconhecimento do mesmo tipo em todos os sistemas jurídicos. Esse último argumento de Dworkin, no entanto, parece confundir o significado de um conceito com os critérios para sua aplicação, o que já havia sido preliminarmente rechaçado pelo próprio Hart, pois se os critérios para identificação dos fundamentos do direito fossem fixados de forma controvertida, a palavra “direito” significaria coisas diferentes para diferentes pessoas¹⁶⁵.

Outra crítica de Dworkin ao positivismo jurídico é que a pretensão do positivismo jurídico de relatar descritivamente os aspectos do direito em geral, enquanto fenômeno social complexo, ao invés de propor uma teoria semântica, seria equivocada. Para Dworkin, um dos aspectos característicos do direito como fenômeno social é que os juristas debatem e explicam a verdade das proposições de direito, razão pela qual a própria posição positivista seria no fim uma teoria semântica. Hart adverte que essa tese parece confundir o significado de “direito” com o significado de “proposições de direito”, pois as “proposições de direito” não são afirmações daquilo que é o “direito”, mas do que o direito de certo sistema permite ou proíbem as pessoas fazerem¹⁶⁶.

O Convencionalismo de Dworkin nada mais é do que uma versão interpretativa do positivismo jurídico, ou seja, meramente factual. Ele não trata o positivismo jurídico como uma teoria semântica ou linguística, mas tenta reconstruir o positivismo jurídico como uma teoria interpretativa. O convencionalista apresenta os critérios de direito como consistentes

¹⁶³ DWORKIN (2007, p. 85-86).

¹⁶⁴ HART (2005, p. 307).

¹⁶⁵ HART (2005, p. 174, 307 e 308).

¹⁶⁶ Nas palavras do próprio HART (2005, p. 308): *“Este argumento parece-me que confunde o significado de “direito” com o significado de proposições de direito. Uma teoria semântica do direito é considerada por Dworkin como sendo uma teoria, segundo a qual o próprio significado da palavra «direito» faz o direito depender de certos critérios específicos. Mas as proposições de direito são tipicamente afirmações não daquilo que é “direito”, mas do que é o direito, isto é, o que o direito de certo sistema permite, ou exige, ou confere o poder às pessoas de fazerem algo. Assim, mesmo se o significado de tais proposições de direito fosse determinado por definições ou pelas suas condições-de-verdade, isto não levaria à conclusão de que o próprio significado da palavra “direito” faz o direito depender de certos critérios específicos”*.

em meros fatos à disposição de todos, de tal modo que todos são destinatários de uma advertência legal, antes do uso da coerção.

Hart efetivamente rejeitou essa tese de Dworkin por duas razões. Em primeiro lugar, porque a teoria de Hart não é meramente factual, admitindo, entre os critérios de direito, valores e não somente meros fatos. Em segundo lugar, porque no ponto de vista de Hart a finalidade do direito e da prática jurídica não é justificar a coerção¹⁶⁷.

Segundo Hart, o problema no argumento de Dworkin, em sua crítica ao positivismo jurídico, consistiria na suposição de que a verdade das proposições do direito constituiriam “os fundamentos do direito”¹⁶⁸. O próprio Hart admite que a crítica mais profunda de Dworkin em relação à sua teoria reside no fato de que há uma profunda incoerência entre o positivismo inclusivista, que permite que a identificação do direito dependa de questões controvertidas de conformidade com a moral ou com os juízos de valor e a imagem positivista geral do direito, que diz respeito a padrões públicos de confiança que podem ser identificadas com questões meramente factuais, independentes de argumentos morais controvertidos. É claro que a promoção da certeza é uma função importante da regra de reconhecimento, mas não é a única. Por outro lado, a exclusão de toda incerteza não é um aspecto da regra de reconhecimento, o que fica claro na afirmação de Hart de que há uma indiscutível “penumbra de incerteza” nas regras concretas. Mesmo que a redação das leis previsse antecipadamente todas as questões possíveis, isso não impediria, no entanto, que, em circunstâncias concretas, as leis pudessem entrar em conflito com outros objetivos do direito.

Dessa forma, para Hart, não são apenas nos casos difíceis que os juristas podem discordar acerca de qual é a resposta juridicamente correta, pois o direito é fundamentalmente incompleto e não fornece de antemão uma resposta inequívoca para todos os casos. Há, com efeito, um espaço no qual os tribunais inevitavelmente devem exercer a função restrita de “criação” do direito (poder discricionário). Contudo, Dworkin rejeita a tese de que o direito possa ser incompleto. Ainda que a verdade ou falsidade de uma proposição não possa ser demonstrada, os argumentos podem ser melhor avaliados no sentido de que uma seja verdadeira e que outra seja falsa.

Para Hart, constitui uma fragilidade da tese de Dworkin pretender que uma proposição de direito somente seja verdadeira se fornecer a melhor justificação moral¹⁶⁹. Daí resultaria que a verdade de qualquer proposição jurídica dependeria, em última instância, da verdade de

¹⁶⁷ HART (2005, p. 309-310).

¹⁶⁸ HART (2005, p. 306-307). Ainda no mesmo sentido, vale a pena conferir COYLE (2006, p. 257-288).

¹⁶⁹ HART (2005, p. 312-315).

um juízo moral relativo ao que melhor a justifica. Mas uma vez que nessa perspectiva os supostos “juízos morais” são essencialmente controversos, todas as proposições do direito seriam igualmente controversas. Em defesa de sua própria tese, Hart sustenta que a questão da posição objetiva dos juízos morais deve ser deixada em aberto pela teoria jurídica. Nesse sentido, qualquer teste para o direito existente constitui tão-somente diretivas para os tribunais criarem o direito em harmonia com a moral. Para Hart, sempre que o direito exige a aplicação de um padrão moral ele confere aos tribunais um poder discricionário e indica diretivas para serem usadas de acordo com o melhor juízo moral, criando direito novo, ou seja, não convertendo a moral em direito preexistente¹⁷⁰.

O próprio Hart admite que algumas das críticas de Dworkin em relação à concepção originária das regras sociais são válidas por: (1) ignorar a diferença entre um consenso de convenção, manifestado nas regras convencionais de um grupo e um consenso de convicção independente, manifestado nas práticas convergentes de um grupo; e (2) ser aplicável apenas às regras que são convencionais, o que restringe o alcance da teoria que não pode ser concebida como uma explanação derivada da moral individual ou social¹⁷¹.

Para Hart, as regras são práticas convergentes de um grupo, a conformidade em relação a elas constitui parte das razões que os seus membros individuais têm para a respectiva aceitação. Por outro lado, as práticas meramente convergentes, como a moral partilhada por um grupo, são constituídas pelo fato de os membros do grupo terem as mesmas razões, embora independentes, para se comportarem de certos modos específicos e com base nessas razões.

No que diz respeito ao desacordo do caso teórico, Hart rebate a crítica de Dworkin, alegando que apesar de não se poder negar a frequência e a importância dos desacordos, não se pode utilizar sua existência como argumento contra a aplicabilidade de sua teoria como um todo, muito menos contra a regra de reconhecimento. Hart acusa Dworkin de não compreender a função da regra de reconhecimento, pois a regra não determina completamente o resultado jurídico em casos concretos, ou seja, não se pode pretender que a regra resolva qualquer questão jurídica pelo simples apelo aos critérios ou testes fornecidos pela regra¹⁷².

Ainda nessa mesma linha de argumento, Dworkin tenta estabelecer uma distinção entre princípios não-conclusivos e regras jurídicas do tipo “tudo-ou-nada”. Os princípios diferem das regras, porque têm uma dimensão de peso e não de validade, o que significa que

¹⁷⁰ HART (2005, p. 316).

¹⁷¹ HART (2005, p. 317-318).

¹⁷² HART (2005, p. 320).

ou são ou não são aplicáveis, e por isso toda vez que um princípio se choca com outro de maior peso pode ser afastado enquanto que poderá também sobrepujar outro princípio de menor peso. Por outro, lado as regras são válidas ou inválidas, não possuindo essa dimensão de peso, ou seja, em caso de conflito apenas uma delas seria válida. Hart não vê motivos para aceitar essa distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin, muito menos o ponto de vista de que sempre que uma regra válida for aplicável a um determinado caso, tal regra deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. O próprio exemplo do caso *Riggs vs. Palmer*, também citado por Dworkin, é um caso em que um princípio prevalece em face de uma regra clara. No entanto, a simples existência da concorrência mostra que as regras não têm um caráter “tudo-ou-nada”, podendo entrar em conflito com princípios e até mesmo superá-los¹⁷³.

A proposta de Dworkin é que as regras e as práticas jurídicas constituem os pontos de partida para a tarefa interpretativa de identificação de princípios subjacentes ou juridicamente implícitos, o que os tornam “direito pré-interpretativo”, ou seja, a identificação de tais elementos envolve algo muito semelhante a uma “regra de reconhecimento” que identifica as fontes do direito de forma autorizada¹⁷⁴. Em outras palavras, o que para Hart é acordo geral existente entre juízes, para Dworkin são consensos ou paradigmas ou pré-compreensões que os membros da mesma comunidade interpretativa compartilham.

Hart retrata como fadado ao fracasso qualquer argumento geral no sentido de que a inclusão de princípios como parte do direito acarreta o abandono da doutrina de uma regra de reconhecimento¹⁷⁵. O próprio Dworkin, em revisão à sua posição original, posteriormente passou a admitir que o primeiro aditamento à Constituição dos EUA, que estabelece que o Congresso não restringirá a liberdade de palavra, deve ser interpretado precisamente desse modo. Não obstante suas diferenças em termos de nomenclaturas, as explicações acerca da identificação judicial das fontes do direito de Hart e Dworkin estão muito próximas¹⁷⁶. Talvez isso decorra do fato de que o estágio interpretativo do direito, em uma dada comunidade, esteja em constante processo de modificação.

Muitas vezes, a prática dos tribunais revela falhas nas leis, o que acaba sendo corrigido pelos próprios tribunais por meio de suas decisões. Após algum tempo, tais decisões são incorporadas ao corpo do direito. Em alguns casos, tais práticas acabam sendo incorporadas

¹⁷³ HART (2005, p. 323-324).

¹⁷⁴ DWORKIN (2007, p. 80-93).

¹⁷⁵ HART (2005, p. 327).

¹⁷⁶ HART (2005, p. 329-330).

em leis, em outros casos são criadas leis para refrear a atuação dos tribunais. Independentemente do que ocorra, não se pode negar o fato de que não há nenhum acordo, ou consenso ou paradigma envolvido nisso, o que há é um constante processo de modificação do direito. Isso pode ser comprovado pelo fato de que, ao analisarmos o repertório de decisões judiciais, vemos que muitas vezes os próprios juizes, durante muito tempo, discordam entre si, julgando casos análogos de forma muito diferente, até que os tribunais venham a intervir fixando uma das possíveis interpretações ou haja uma interferência do Poder Legislativo, criando uma lei para refrear a atuação judicial.

Hart sustenta que embora haja muitas conexões contingentes entre o direito e a moral, não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral¹⁷⁷. Nesse sentido, pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia moral. Essa idéia, apesar de ter sido bem aceita até o fim do século XIX pelo positivismo jurídico e ainda ser defendida por autores identificados com essa doutrina, é rejeitada por Dworkin, que defende haver indícios de fundamentos morais para afirmarmos a existência de direitos e deveres jurídicos¹⁷⁸.

Segundo Hart, a teoria de Dworkin, como foi concebida originalmente, era suscetível à seguinte crítica: quando o direito identificado por referência às suas fontes sociais é moralmente reprovável, os princípios que o justificam passam a ser os menos iníquos que puderem se ajustar ao direito¹⁷⁹. Ocorre que tais princípios não podem ter eficácia justificativa, não servindo de limites em relação àquilo que vale como direito. Dworkin pretendeu superar essa dificuldade pela introdução de uma diferença entre o direito interpretativo e o direito pré-interpretativo. Entretanto, com isso a teoria de Dworkin se tornou holística, entendendo o direito como um sistema sem lacunas, e passou a ter uma dupla função: identificar o que conta como direito e conferir justificação moral¹⁸⁰.

Em sua tentativa de conferir justificação moral ao direito, a tese de Dworkin é compatível com o positivismo jurídico moderado de Hart. Tal identificação está contida na aceitação de que os recursos para descrever essas situações em que ocorre iniquidade são altamente flexíveis, pois ninguém estaria obrigado, por exemplo, a aceitar que as mais

¹⁷⁷ HART (2005, p. 331-332).

¹⁷⁸ A esse respeito é interessante remeter às considerações de MARMOR (2006, p. 683-704).

¹⁷⁹ HART (2005, p. 333-334).

¹⁸⁰ IKAWA (2004, p. 113), por exemplo, justifica essa crítica ao concluir que Dworkin propõe a existência de um dever legal do juiz de analisar de modo mais holístico as fontes da lei, inclusive no que tange aos princípios não convencionais, tornando o direito capaz de alcançar os casos difíceis, ao mesmo tempo em que fornece ao direito critérios mais objetivos do que o simples recurso à discricionariedade.

truculentas leis nazistas não são direito. Nesse sentido, para Dworkin, as leis nazistas seriam direito somente num sentido pré-interpretativo. Por outro lado, o direito estabelecido em um sistema pode ser tão perverso que nenhuma interpretação justificada seja possível. Se isso ocorrer as duas funções de identificar o direito e conferir justificção moral se separam, deixando os princípios de direito apenas identificados sem referência à moral.

Ao se dar conta de uma possível incoerência, Dworkin modificou novamente sua teoria, sustentando que os direitos e deveres jurídicos com eficácia moral devem decorrer de uma teoria interpretativa geral do direito¹⁸¹. Dworkin reconhece, assim, que tais situações constituem regras especiais, independentemente de sua teoria geral. Contudo, essa modificação introduzida por Dworkin é de difícil entendimento, pois pode ser muito mais sensato aceitar que tais leis podem não diferir muito de leis de regimes moralmente aceitáveis, compartilhando muitos aspectos distintivos do direito. Assim sendo, é muito mais plausível o argumento positivista segundo o qual mesmo os sistemas mais perversos podem ser considerados como direito, pois de outro modo seria forçoso reconhecer que todas as leis de um sistema jurídico perverso deveriam perder sua eficácia por ocasião de uma eventual queda do regime. Como Hart afirma:

Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral¹⁸².

Talvez o conflito mais agudo entre a posição de Hart e de Dworkin seja a tese formulada por Hart de que em qualquer sistema jurídico haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito que se apresenta parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos, o juiz deve exercer seu poder discricionário, de certa forma criando novos elementos no direito, ao invés de aplicar o direito já pré-existente. Contudo, apenas se sempre pudéssemos encontrar em todos os casos difíceis um conjunto específico de princípios de ordem superior, conferindo pesos ou prioridades relativos a princípios de ordem inferior é que seria desnecessário se falar em criação judicial do direito (*judicial law-making*).

¹⁸¹ HART (2005, p. 226).

¹⁸² HART (2005, p. 226-227).

Para Dworkin, essa é uma concepção enganadora do direito e do raciocínio judicial, ou seja, o que é incompleto não é o direito, mas a imagem formada pelo positivista. Ainda, segundo a tese de Dworkin, existem princípios implícitos que determinam uma dimensão moral do direito e os tribunais não devem exercer um poder de criação, mas devem se voltar para eles, a fim de proferir a decisão para o caso concreto.

Tendo em conta algumas críticas à sua primeira versão, muitas delas provavelmente formuladas por Hart, Dworkin apresenta uma segunda versão de sua própria teoria. No livro *The Law's Empire* (1986), Dworkin refinou sua crítica ao pensamento positivista, representada pela obra que configura um aprimoramento de seu pensamento, em especial das teses expostas nos ensaios *Model of Rules I e II*, que se encontram no livro *Taking Rights Seriously* (1977). É importante ressaltar que em *The Law's Empire* Dworkin não mais combate o positivismo por meio do argumento de que aquele modelo não comportaria a existência de princípios jurídicos, uma vez que a regra de conhecimento, tal como formulada por Hart, impossibilitaria o reconhecimento daqueles padrões como jurídicos, pois seu teste para aferição de um padrão como jurídico ou não, seria apenas de origem (*pedigree*) e não de conteúdo.

Podemos facilmente objetar essa segunda concepção de Dworkin com o argumento de que Hart nunca limitou sua teoria apenas às regras e fez questão de salientar isso em sua teoria, por meio da regra de reconhecimento, que abrange também princípios e valores morais, que devem ser levados em conta pelo julgador nos casos difíceis¹⁸³. Ademais, como não há critério seguro para sempre encontrar os princípios que fundamentam moralmente o direito, não se pode eliminar a possibilidade de criação judicial.

Há muitos textos tanto na área da filosofia quanto na área do direito que se propõem a examinar as bases metodológicas positivistas e neoconstitucionalistas visando chegar a algum consenso ou mesmo tendo a pretensão de chegar a uma conclusão factual de quem foi o vencedor do debate Hart x Dworkin na jurisprudência brasileira. Um bom exemplo disso é o texto “A Concepção de Direito em Hart e Dworkin: Análise do Atual Estágio da Discussão entre os Autores e Impactos na Jurisprudência Nacional”, onde o autor, Breno Baía Magalhães, ostenta claramente a posição de que Hart não deveria se sagrar vencedor desse debate no Brasil em função da aplicação de sua teoria “levar a resultados indesejáveis e, na

¹⁸³

HART (2005, p. 336).

maioria das vezes, injustos¹⁸⁴. Entretanto, na parte final do seu texto, o referido autor conclui com curiosa passagem:

Por fim, ao analisar algumas decisões de nosso judiciário, pudemos observar que, na maioria dos casos, a formulação proposta por Hart é mais utilizada, ainda que inconscientemente, pelos juízes. Os valores morais que lançam mão para julgar um caso, não são aqueles advindos de uma construção histórico-política, nem de uma moral política objetiva, ou de uma análise das decisões políticas anteriores, seguidas de uma teoria a respeito de como o direito deve ser interpretado. Ainda que combatam, é impossível negar que os juízes julgam como querem, ou seja, de acordo com sua própria consciência ou daquilo que julgam a melhor forma, para eles, de analisar o fenômeno jurídico, aumentando, dessa forma, a margem de discricionariedade em suas decisões e pondo em xeque, contraditoriamente, um conceito caro ao positivismo: a segurança jurídica¹⁸⁵.

É óbvio que tal conclusão demonstra uma má compreensão da teoria de Hart ou no mínimo a já mencionada impregnação pré-conceituosa contra as ideias positivistas que foram inculcadas nas mentes dos acadêmicos nos últimos vinte anos em função da aceitação irrefletida de muitas das críticas dos neonconstitucionalistas ao positivismo jurídico que passaram a ser aceitas como verdadeiros dogmas.

A resposta que podemos sugerir é simples: as decisões dos juizes têm que ser argumentativas, mas a argumentação deve se desenvolver sobre as regras e/ou os princípios, mas nunca sobre a moral, que como já registrado não é contingente com o direito, ou seja, ao fundamentar suas decisões sobre juízos morais os juizes erram, pois há sempre espaço para a crítica moral na sociedade¹⁸⁶. Ademais, com isso tornam suas decisões facilmente derrubáveis pelos Tribunais, além de serem alvos da hostilidade da sociedade civil. Caso tivessem seguido as regras de Hart, tais decisões seriam perfeitas juridicamente falando e não dariam azo à crítica moral, que as tornaram questionáveis.

Nesse sentido, há quem entenda que na verdade foi Hart e não Dworkin o vencedor do duelo. Dessa forma, como podemos ver, no final das contas a teoria interpretativa do direito de Dworkin não é realmente capaz de rejeitar a tese de Hart de que seja possível uma criação judicial do direito¹⁸⁷.

¹⁸⁴ MAGALHÃES (2009, p. 82).

¹⁸⁵ MAGALHÃES (2009, p. 84-85).

¹⁸⁶ Vale a pena conferir, sob a luz da nossa argumentação, os exemplos casuísticos apresentados por MAGALHÃES (2009, p. 82-84).

¹⁸⁷ HART (2005, p. 335-336).

5 CONCLUSÃO

O projeto do positivismo jurídico, especialmente o de Austin, é o de delimitar seu objeto de estudo, a “lei positiva”. Austin delimita o que é uma “lei jurídica”, distinguindo-a da “moralidade positiva”, pois a esta última falta uma instância com poderes para impor uma penalidade pela sua violação. Depois disso, Austin esclarece que as demais espécies denominadas “leis” são somente “impropriamente” chamadas de lei. Austin também define o direito basicamente como “comandos” gerais do soberano, amparados pela possibilidade de uma sanção, caso não sejam obedecidos. Isso exclui, portanto, as recompensas e mesmo comandos particulares do âmbito do direito positivo. Austin elucida ainda alguns conceitos-chave, tais como: “hábito de obediência”, “soberano” e “sanção” para defender a teoria do direito como comando. O “hábito de obediência” que os indivíduos devem ao soberano está vinculado à existência dessa figura, o “soberano”, que emite comandos gerais e tem o poder de infligir algum mal por meio de punições aplicáveis aos recalcitrantes.

A teoria de Austin representou um grande avanço e influenciou bastante o debate jusfilosófico do século XX até ter vários de seus fundamentos questionados por Hart. Como já mencionado, para Hart, falar em “hábito” é uma limitação da conduta humana, pois explica a conduta humana unicamente em termos de regularidades observáveis. Esse procedimento obscurece nossa compreensão das regras jurídicas e do modo como elas são reconhecidas pelos indivíduos na sociedade. Para Hart, o principal problema que o conceito de “soberania” envolve é que o soberano frequentemente não apenas cria a lei, mas está também, ele próprio, obrigado ao seu cumprimento. Assim, para Hart, a figura do monarca absoluto, impondo suas leis aos seus súditos é uma elucidação inadequada da natureza do direito. Por seu turno, a premissa de que o direito seja fundamentalmente constituído por comandos e sanções é o principal alvo da crítica de Hart a Austin. A tese de Hart, contra Austin, é que a existência de leis, e do direito de modo geral, depende da aceitação, por parte da comunidade, de regras que por si só, como vimos, não impõem deveres. Na concepção de Hart, comandos são ou não são obedecidos, mas não conferem direitos por eles mesmos. Por isso, para que as decisões proferidas em contextos de incerteza sejam racionais, as mesmas devem ser fundamentadas com argumentos igualmente racionais. Para Hart, Austin comete um erro ao entender que um comando implica necessariamente a ameaça de um mal, ou seja, para Hart um comando é primariamente um apelo, não ao medo, mas ao respeito pela autoridade.

Entretanto, seria um erro entender que Hart rejeita inteiramente a teoria de Austin. Relembre-se que Hart compartilha com Austin a tese segundo a qual a relação entre o direito e a moralidade é meramente contingente, o que significa dizer que não há uma conexão necessária entre o direito e a moral. O próprio Hart, com efeito, reconhece que muitas regras jurídicas básicas encerram frequentemente um conteúdo moral e isso faz com que, nesses casos, haja uma sobreposição entre o direito e a moral. Contudo, isso não significa dizer que há uma conexão necessária entre o direito e a moral.

A proposta de Hart é descrever o direito como sendo formado pela união entre dois tipos elementares de regras: (i) regras básicas ou primárias, que exigem certas ações ou abstenções por parte dos seres humanos; e (ii) regras parasitárias ou secundárias, que asseguram aos seres humanos criar novas regras do tipo primário, extinguindo ou modificando as regras antigas, determinando sua incidência ou fiscalizando sua aplicação. Os problemas do regime das regras primárias são: (i) a ineficácia da pressão social difusa; e (ii) a qualidade estática que conferem ao sistema. Assim, para superar essa dificuldade, Hart introduz três subtipos em suas regras secundárias, que são: (i) as “regras de julgamento”; (ii) as “regras de alteração”; e (iii) a “regra de reconhecimento”. Já as regras secundárias não apresentam maiores problemas para sua aceitação como regras que se relacionam com as regras primárias de diversas formas, atribuindo poderes públicos ou privados.

Hart, como visto, se deu conta da dificuldade causada pelos termos jurídicos que exigiam um método especial de elucidação, formulando a tese de que não devemos tomar as palavras isoladas, mas considerar as frases nas quais as palavras estão sendo empregadas, a fim de evitar o problema causado pela textura aberta das normas à interpretação corrente do direito e mesmo aos tribunais no julgamento dos conflitos que lhes são submetidos. Os tribunais fazem um esforço inconsistente na tentativa de garantir a segurança jurídica, tentando passar a falsa impressão de que suas decisões são consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Segundo Hart, no entanto, isso só funciona nos casos “mais simples” (*easy cases*) e não nos “casos difíceis” (*hard cases*), onde costuma haver um certo espaço para interpretação criativa ou mesmo ativismo judicial.

Como visto, é claro que a teoria de Hart suscitou várias críticas, dentre as quais as mais marcantes foram feitas por Dworkin. Dworkin vê no direito um sistema “aberto” em oposição à concepção do direito como um sistema “fechado” de Hart. Para Dworkin, o direito determina completamente a vida das pessoas a ele submetidas. Isso porque a tese de Dworkin repousa no ceticismo sobre as regras sociais, ou seja, toma por base uma crença de que o direito não é apenas uma prática social que gera regras sociais, mas as regras jurídicas seriam

uma concretização parcial e incompleta dos princípios da moral da comunidade, que por sua vez são uma espécie de registro histórico das decisões no tempo. Ao contrário de Dworkin, que acredita na completude do direito, Hart defende que não são apenas nos casos difíceis que os juristas podem discordar acerca de qual é a resposta juridicamente correta, pois o direito é fundamentalmente incompleto e não fornece de antemão uma inequívoca resposta a todos os casos nos quais os tribunais devem exercer a função restrita de “criação” do direito (poder discricionário).

Hart foi muito criticado por ocasião da publicação do *Post Scriptum* em *Concept of Law*, o que o levou a rever vários pontos de sua teoria. No *Post Scriptum*, Hart, com efeito, sustenta veementemente a viabilidade e a vantagem de sua proposta de uma teoria geral do direito imparcial, descritiva e positivista, pois o direito se refere a ações humanas não só como processos naturais, mas como ações sociais de animais que pensam e falam, por isso mesmo o direito é essencialmente, mas não exclusivamente, um fenômeno linguístico, embora seja sempre conceitual. Assim, faz parte da essência de uma ordem jurídica uma complexa estrutura conceitual, um vocabulário vasto e particularmente especializado. O objetivo da teoria analítica do direito de Hart é proporcionar um entendimento adequado do direito e das ideias jurídicas.

Ainda, no *Post Scriptum*, Hart admite não ter dado importância aos princípios, em sua formulação inicial, passando a reconhecê-los como bases racionais de conduta que pretendem ter alcance geral. Entretanto, continua negando que haja qualquer base para sustentar que os princípios apontem para uma única resposta correta de modo que o juiz exerça apenas uma discricionariedade fraca para encontrar essa resposta. Com isso, Hart reestrutura sua tese e contra-ataca Dworkin, acusando-o de formular uma teoria pré-interpretativa do direito, o que foi reconhecido pelo próprio Dworkin ao admitir como um erro importante em sua teoria o fato de suas questões parcialmente avaliadoras (ou interpretativas) não serem as únicas questões adequadas para uma teoria geral do direito, havendo assim lugar para uma teoria do direito geral e descritiva, tal como a proposta por Hart.

Hart crê que as regras se contrastam em termos de aspecto interno e externo. A diferença entre ambos os aspectos é o engajamento do próprio indivíduo no processo, pois quando ele as aceita e usa como guia de conduta estamos diante do “ponto de vista interno”, já quando ele próprio não as aceita, estamos diante do “ponto de vista externo”. Para Hart, o relevante nesse contraste é o aspecto interno das regras, que está vinculado a uma atitude crítica reflexiva, isto é, que compreende um elemento de cognição ou reflexivo e um elemento volitivo ou crítico.

O debate Hart *versus* Dworkin é um dos mais importantes momentos para a Filosofia do século XX e marca uma divergência entre duas visões de mundo e do direito antagônicas, de um lado uma teoria que entende o direito como um sistema incompleto, o que permite a Hart formular uma teoria geral e descritiva do direito. Por outro lado, temos a concepção de Dworkin, que entende o direito como um sistema completo, o que o impede de formular uma teoria geral do direito, obrigando-o a formular uma teoria interpretativa e parcialmente avaliadora (direcionada ao direito anglo-americano) em sua incessante busca por identificar os princípios que melhor se ajustam ao direito para depois justificá-los.

Se a última e única realmente relevante objeção de Dworkin a uma teoria jurídica geral e descritiva do direito é no que concerne a aceitação da perspectiva interna sobre o direito, a tese de Dworkin passa a não ser mais plausível, pois mesmo que um teorizador não aceite o direito (entendido como sistema jurídico numa comunidade), ele pode e deve descrever tal aceitação em termos racionais. Ou seja, adotar o ponto de vista interno não significa o mesmo que aceitá-lo, partilhá-lo, sustentá-lo ou mesmo renunciar à sua postura descritiva.

A busca da certeza jurídica é algo desejável, mas a exclusão de toda a incerteza não é um aspecto necessário da regra de reconhecimento, o que confirma a existência de uma “penumbra de incerteza” nas regras concretas e já que o direito é fundamentalmente incompleto não é apenas nos casos difíceis que pode haver discordância acerca de qual é a resposta juridicamente correta, mas em todos os casos, o que significa que não há uma única resposta correta de antemão para todos os casos. Se a proposta de Dworkin estivesse correta toda proposição jurídica dependeria de um juízo moral, mas como demonstrado por Hart, os juízos morais são controversos, já que é perfeitamente admissível a existência de morais múltiplas concorrentes. Indo mais além esse mesmo argumento demonstra outra falha no argumento de Dworkin, a saber: a de que todas as controvérsias se restringem aos casos difíceis, dado que seria forçoso se reconhecer que todas as proposições jurídicas seriam igualmente controversas, tais quais os juízos morais.

Ao propor a existência de um direito pré-interpretativo, baseados na ideia de princípios, a teoria de Dworkin se tornou holística, ou seja, passou a entender o direito como um sistema sem lacunas em sua tentativa desesperada de justificar moralmente o direito. Assim, como não há critério seguro para encontrar os princípios implícitos que determinam a dimensão moral do direito, não há como eliminar de forma segura a possibilidade de criação judicial do direito. É por isso que a teoria proposta por Hart continua sendo uma alternativa viável até o presente momento.

De forma paralela aos problemas anteriormente mencionados temos uma vasta literatura nacional desenvolvida sob falsas premissas e interpretações equivocadas das principais teses positivistas, que são vistas com forte preconceito nos principais meios acadêmicos do direito no Brasil, o que é um problema relevante no estudo da jurisprudência e da doutrina que precisa superar esses mal entendidos para poder progredir no caminho certo acertando a base principiológica do neoconstitucionalismo as necessárias e relevantes críticas e contribuições que podem ser fornecidas pelo positivismo jurídico.

Afinal, passados mais de sessenta anos desde a publicação original de suas principais obras, as ideias de Hart continuam atuais e gerando intensa controvérsia, fazendo-nos questionar muitos aspectos das teorias que dominam os círculos acadêmicos da filosofia do direito contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Marcelo de. “Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin.” In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (Org.). *O utilitarismo em foco: um encontro com seus proponentes e críticos*. Florianópolis: UFSC. 2007, p. 39-72.
- ARAÚJO, Marcelo de. “Contratualismo e disposições morais: uma crítica à tese da inseparabilidade do direito e da moral e à tese sobre a existência de leis naturais”. *Veritas*, Porto Alegre, v. 54, p. 161-184, 2009.
- ARAÚJO, Marcelo de. “O positivismo legal inglês: John Austin”. In: BARRETO, Vicente de (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72-76.
- AUSTIN, John. *The Province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University, 1995 (Originalmente publicado em 1832).
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BEEHLER, Rodger. “The concept of law and obligation to obey”. *American Journal of Jurisprudence*, v. 23, p. 120-142, 1978.
- LEITER, Brian. “Beyond the Hart / Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence”. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford: Oxford University. 2007, p. 155-157.
- CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COYLE, Sean. “Positivism, idealism and the rule of law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, p. 257-288, 2006.
- DICKSON, Julie. “Is the rule of recognition really a conventional rule?” *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, p.373-402, 2007.
- DYZENHAUS, David. “The genealogy of the legal positivism”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, p. 39-67, 2004.
- DWORKIN, Ronald. “Law as interpretation”. *Critical Inquiry*, v.9, p.179-200, 1982.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- DWORKIN, Ronald. “Natural law revisited”. *University of Florida Law Review*, v.34, p. 165-188, 1982.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. (Trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes. 2007.

DWORKIN, Ronald. "Hart's postscript and the character of political philosophy". *Oxford Journal of Legal Studies*, v.24, p. 1-37, 2004.

FINNIS, John. M. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon, 1980.

FULLER, Lon L. *The Morality of law*. New Haven: Yale University, 1972.

HART, Herbert L. A. "Are there any natural rights?". *The Philosophical Review*, 1995, v.64, p. 175-191, 1995.

HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade e moralidade*. (Trad. Gérson Pereira dos Santos). Porto Alegre: Fabris. 1987.

HART, Herbert L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. (Trad. José Garcez Ghirardi). Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

HART, Herbert L. A. "Legal and moral obligation". In: MELDEN, A. I. (Org.) *Essays in Moral Philosophy*. Seattle: University of Washington, 1958. p. 82-107.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de direito*. (Trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HART, Herbert L. A. "Positivism and the separation of law and moral". *Harvard Law Review*, v.71, p. 593-629, feb.1958.

HART, Herbert L. A. "Punishment and responsibility" In: *Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press: Oxford, 1968. p 267-268.

HART, Herbert L. A. "Rawls on liberty and its priority". *University of Chicago Law Review*, v. 40, p. 534-555, spring, 1973.

HART, Herbert L. A. *The morality of the criminal law*. London: Oxford University, 1965.

HILL, Roscoe E. "Legal validity and legal obligation". *Yale Law Journal*, v. 80, p. 61-70, 1970.

HONORÉ, Antony M. *Real Laws*. "Law, morality and society" In: HACKER ; RAZ (Org.) *Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon, 1977. p. 99-118.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em 17/07/2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. (Trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LEITER, Brian. "Beyond the Hart / Dworkin Debate: the methodology problem in jurisprudenc" GOTTLIEB, S. (Org.) *Jurisprudence cases and materials: an introduction to the philosophy of law and its applications*. LexisNexis, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. (Trad. Klaus A. Ziegert). Oxford: Oxford University, 2004.

MAGALHÃES, Breno Baía. A Concepção de direito em Hart e Dworkin: Análise do atual estágio da discussão entre os autores e impactos na jurisprudência nacional. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2820.pdf. Acesso em 17/07/2011.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. (Trad. Cláudia Santana Martins). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARMOR, Andrei. “Legal positivism: still descriptive and morally neutral”. *Oxford Journal of Legal Studies Advance*, 2006. p. 683-704.

OLIVERCRONA, Karl. *Law as fact*. Copenhagen: Munksgaard, 1939.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain*. Oxford: Clarendon, 1994.

ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkley: University of California, 1959.

RUMBLE, Wilfrid E. *Doing Austin justice: the reception of John Austin’s philosophy of law in nineteenth century*, 2005. p. 102-131.

RUMBLE, Wilfrid E. *The Thought of John Austin: jurisprudence, colonial reform, and the british constitution*, 1985. p. 60-143.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed*. February 2, 2007. University of Michigan Public Law Working Paper nº. 77. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 17/07/2011.

SCHAUER, Frederick. “Positivism before Hart”. In: *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. 2010, p. 455-471.

SCHAUER, Frederick. “The social construction of the concept of law: a reply to Julie Dickson”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v.25, p. 493-501, 2005.

SCHAUER, Frederick. “Was Austin right after all?: on the role of sanctions in a theory of law”. In: *Emet Lecture at the Osgoode Hall Law School*. York: University, Toronto. 2009.

TAPPER, Colin. “Powers and secondary rules of change”. In: SIMPSON, A. W. Brian (Org.) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon, 1973.