

RESUMO DE INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO II
TEXTO: 4. CONCEITO DE DIREITO EM HERBET HART
POR CAROLINA ASSIS

4.1 A NORMA

- Segundo Hart, o conceito de regra tem centralidade para elucidação do conceito de direito, assim como sua irredutibilidade às noções de hábito e ordem coercitiva (conceitos factuais).
- Modelo austiniano → compilado de teses e argumentações do teórico Austin, resgatadas arbitrariamente por Kelsen que, afim de refutar esse modelo, pretende avançar a teoria jurídica. O modelo em questão consiste em levar às últimas consequências de que é possível elucidar o conceito de direito a partir de ordens coercitivas e hábitos de obediência; reduz todas as regras de um sistema jurídico a ordens baseadas em ameaças ou ordens coercitivas; as regras do sistema jurídico formariam uma unidade, pois todos aqueles que podem proferir ordens coercitivas estariam subordinados a um “soberano”; existiria um hábito de obediência ao soberano na população e isso seria a essência do fenômeno jurídico.
- Primeira crítica feita por Hart: é impossível reduzirmos todas as regras à ordens baseadas em ameaças ou comandos. As leis penais podem ser concebidas como ordens de ameaça, entretanto há regras, como as de validade de um negócio jurídico, que não impõe dever e sanções caso sejam violadas, apenas conferem poderes a particulares ou funcionários para que regulem relações.
- Segunda crítica: no modelo das ordens coercitivas um sujeito, que é o soberano, expressa o desejo de que outros façam ou se abstenham de algo. O que está de errado, em primeiro lugar, nessa teoria é que as regras do Estado Moderno não se dirigem a um destinatário, mas uma classe inteira. O segundo erro seria afirmar a exclusão do soberano do âmbito de aplicação da regra que ele mesmo criou, assim pode-se aferir a inconformidade desse modelo quando todos os que participam do processo legislativo estatal se submetem as regras que criam.
- Terceira crítica: se a teoria das ordens coercitivas guarda alguma analogia com a atividade legislativa, então, por esta tratar-se de uma produção consciente de regras, não pode ser aplicada ao costume, porque neste está ausente a intervenção de uma vontade consciente na sua elaboração.
- Segundo Hart, o conceito de “hábito” não explica dois problemas centrais:

♣ **A continuidade da autoridade legislativa**

Do fato que as ordens de um rei X eram habitualmente obedecidas não se segue que o seu filho será obedecido e muito menos que tenha o direito de ser obedecido. O sistema jurídico sana esse inconveniente com a instituição de uma regra que assegure a continuidade do poder legislativo, servindo de ponte entre um legislador e outro.

A continuidade do poder legislativo supõe uma prática social complexa que consiste na aceitação de uma regra, não sendo possível explicá-la por meio da ideia de “hábito”.

Nesse momento da sua obra Hart distingue a diferença entre hábito e regra social (a regra jurídica é espécie dessa). O hábito é mera convergência de comportamentos e seu desvio necessariamente não resulta em crítica. Ao contrário, na regra social, sua violação resulta necessariamente em críticas por parte dos membros, críticas que seriam justificadas e legitimadas pela existência da regra. A existência de uma regularidade de comportamento é algo comum tanto ao hábito, quanto a regra social. Mas só a regra possui uma outra dimensão, que é a do aspecto interno. Esse consiste em uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento previsto pela regra: esse comportamento padronizado e as críticas a seu desvio, assim como exigência de conformidade que se manifesta com a ameaça de desvio, são legitimados e justificados.

Além de regras que imponham determinado comportamento, o grupo terá regras que permitam identificar quais são as regras de comportamento que efetivamente o rege. A existência de tal regra, que não identifica uma regra de conduta, mas a autoridade legislativa que pode criar a regra, explica a continuidade desta autoridade. Ao enunciar as características de quem deve assumir a autoridade legislativa, permitirá identificar o legislador, em qualquer tempo, como a pessoa concreta que possui as características especificadas pela regra. Antes mesmo que ele as legisle, no momento em que as emana, já são consideradas lei.

♣ A persistência do direito

Uma lei criada no século XVIII tem o mesmo estatuto jurídico de uma lei atual, entretanto não podemos afirmar que existe um hábito de obediência dos súditos contemporâneos em relação a esse soberano do século XVIII. A razão dessa lei ser considerada jurídica reside no fato de que os funcionários e tribunais do sistema, para sua identificação, utilizam uma regra que pode ter uma referência atemporal no que se refere às características do legislador, isto é, pode atribuir poder legislativo à alguém cujos atos serão considerados “lei” independentemente de estar vivo ou morto.

4.2 O ORDENAMENTO JURÍDICO

- Hart propõe uma outra abordagem do fenômeno jurídico, uma vez que defende que as regras não compõem um todo homogêneo, pois do ponto de vista da função podem ser distinguidas em regras primárias e secundárias.
- Primárias: estipulam um dever; impõem um determinado comportamento a categorias de pessoas ou à totalidade dos cidadãos.
- Secundárias: estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, alteração e aplicação das regras primárias; surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas regras primárias.
- As deficiências do modelo das regras primárias, apontadas por Hart são:

Sua incerteza – não há como resolver as dúvidas acerca da existência de uma regra, pois as regras de obrigação não podem indicar o modo de identificação das regras que são consideradas regras do grupo.

Solução: necessidade de uma regra de reconhecimento que determine as características que uma regra deve apresentar para ser considerada uma regra do grupo.

Caráter estatístico – o único modo de alteração seria a evolução gradual por meio da mudança nos hábitos do grupo. Não há como introduzir novos padrões de comportamento, pois as regras de obrigação não indicam nem a autoridade nem o procedimento que permitiriam introduzir novas regras na vida do grupo.

Solução: adoção de regras de alteração, que facultam a uma autoridade legislativa, a introdução de novos padrões de comportamento.

Ineficácia da pressão social difusa pela qual são mantidas as regras da comunidade – como as regras de obrigação não indicam uma pessoa ou conjunto de pessoas que estejam investidas de poder para aplicar sanções, surgem dois graves inconvenientes: grupo perderá tempo fazendo uma série de esforços desorganizados no intuito de manter as regras; a escala de violência provocada pela autotutela.

Solução: aceitação e regras de julgamento que confiem a um órgão a função de determinar se uma regra foi violada e a sanção para os culpados.

- Nos sistemas jurídicos modernos o direito se estrutura como uma união de regras primárias e secundárias, sendo que essa união não é mero agregado informe de normas, pois a regra de

reconhecimento introduz a ideia de “sistema jurídico” e igualmente a ideia de validade jurídica, já que agora se tem um instrumento para identificar uma regra do sistema.

4.3 VALIDADE E REGRA DE RECONHECIMENTO

- O modelo austiniano estabelece que o fundamento de um sistema jurídico é a situação social na qual um “soberano”, que não obedece habitualmente ninguém, recebe a obediência da maioria de um grupo social. Hart já pensa o oposto: o fundamento residiria na situação social em que os membros de um grupo e as autoridades possuem critério comum de identificação das regras primárias de obrigação (exemplo de critério: atos legislativos).
- Em uma sociedade simples, como a do rei X, a regra veicula um único critério para identificar as regras primárias: a sua estatuição pelo rei X. Já nas sociedades modernas, a regra de reconhecimento faculta uma pluralidade de critérios, dispostos de forma hierárquica, culminando em um critério “supremo”. Exemplo prático: nos sistemas de constituição escrita, as disposições da constituição funcionam como critérios supremos da regra de reconhecimento.
- No cotidiano de um sistema jurídico, raramente a sua regra de reconhecimento manifesta-se no seu uso pelos tribunais e funcionários para identificar as regras do sistema, pois se reconhece a utilização da regra de reconhecimento por meio de um exame dos enunciados das pessoas que a proferem.
- Afirmação interna; que expressa uma regra – um enunciado típico de uma regra de reconhecimento é: “O direito dispõe que...”. Esse revela a aceitação da regra, é um fenômeno que segundo Hart se vincula ao ponto de vista interno. A afirmação da validade de uma regra é uma afirmação interna, que significa declarar que a regra passou por todos os testes facultados pelos critérios presentes na regra de reconhecimento e reconhece-la como regra do sistema.
- Afirmação externa; que expressa o fato da observância de uma regra – alguém que observa a regra, de fora, a sua utilização em certo contexto, expressa seu ponto de vista externo ao dizer: “No Brasil, reconhecem como direito...”.
- A regra de reconhecimento é a regra suprema de um sistema, já que é a última a ser invocada em um processo de validação: decreto do Executivo é válido se conforme → a lei, válida se conforme → constituição, que é válida se → a regra de reconhecimento dizer que a constituição é direito.
- Com a regra de reconhecimento, a fundamentação da validade alcança seu termo, pois ela contém critérios para determinar a validade de outras regras, mas não há uma regra que se apele para determinar sua validade. Não há sentido algum em questionarmos a “invalidade” ou “validade”, pois essas são qualificações a serem feitas sobre o interior do sistema, não seu fundamento. Hart toma como exemplo: por acaso há sentido em questionarmos se o metro-padrão, ou centímetro-padrão, possuem 1 metro ou 1 centímetro? Se a regra de conhecimento é um critério de validade, o termo “validade” não pode ser aplicado a ela, sob pena de auto referência.
- Do ponto de vista externo – a regra de reconhecimento é uma prática de identificação do direito pelos tribunais e outros funcionários do sistema, a qual é aceita pela maioria dos cidadãos. Aqui a questão da sua existência é um questão factual.
- Do ponto de vista interno – a regra de reconhecimento é um padrão aceito de identificação das regras de um sistema por parte de juízes e funcionários. Aqui ela é uma regra.
- Ao passo que a questão sobre a existência da regra de reconhecimento é factual, só podendo ser determinada por referência a fatos, a existência (validade) de uma regra de reconhecimento no interior do sistema é uma questão jurídica, sendo determinada por referências as regras.

- Hart se preocupa em diferenciar sua “regra de reconhecimento” da “norma fundamental” de Kelsen: para Kelsen a norma fundamental é pressuposta, enquanto para Hart a regra de reconhecimento não é pressuposta, mas envolve dois pressupostos:

Ponto de vista externo – Aceitação de tal regra por parte dos funcionários.

Inaugura um ponto de
vista hermenêutico

Ponto de vista interno – Aceitação por parte daquele que faz um juízo de validade da regra.

4.4 A EFICÁCIA

- Se a validade de uma regra é aferida pela sua conformidade com os critérios facultados pela regra de reconhecimento, não pode a eficácia jogar nenhum papel na sua determinação. O único modo da eficácia se tornar relevante para a validade de uma regra é a sua assunção (instituição; determinação) como critério de validade pela regra de reconhecimento. E essa assunção, segundo Hart, é contingente (pode ou não ocorrer).