

UM MODELO DE POSITIVISMO JURÍDICO: O PENSAMENTO DE HERBERT HART

Sheila Stolz

A MODEL OF LEGAL POSITIVISM:
THE CONTRIBUTION OF HERBERT HART

RESUMO

UM DOS GRANDES MÉRITOS DE HART FOI TENTAR COMPREENDER E EXPLICAR O DIREITO ENQUANTO SISTEMA NORMATIVO QUE EXIBE ALGUMAS CARACTERÍSTICAS PROEMINENTES, ENTRE ELAS: A RELAÇÃO QUE ESTABELECE COM A LINGUAGEM, A COAÇÃO, O PODER E A MORAL. AINDA QUE DEFENSOR DO POSITIVISMO JURÍDICO, HART NÃO NEGA QUE OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS SÃO COMPLEXOS E QUE POSITIVARAM PRINCÍPIOS E VALORES MORAIS QUE TÊM TRANSCENDÊNCIA NO QUE É O DIREITO VÁLIDO, UMA VEZ QUE ACRESCENTAM DIMENSÕES ÉTICAS NOVAS E MAIS INTRINCADAS AOS PROCESSOS JURÍDICOS DE TOMADA DE DECISÕES. APRESENTAR DE FORMA PANORÂMICA A TEORIA HARTIANA TENDO COMO BASE O ATUAL ESTÁGIO EM QUE SE ENCONTRA O DIREITO NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS CONSTITUCIONAIS, BEM COMO INCENTIVAR AOS EVENTUAIS LEITORES DESTA ARTIGO A CONHECER E APROFUNDAR SUAS PESQUISAS NESTE AUTOR, SÃO OS PRINCIPAIS OBJETIVOS DESTA TRABALHO.

PALAVRAS-CHAVE

POSITIVISMO JURÍDICO, TEORIA DO DIREITO, DIREITO E MORAL, POSITIVISMO SUAVE, HERBERT HART.

ABSTRACT

ONE OF HART'S KEY CONTRIBUTIONS WAS TO TRY TO UNDERSTAND AND EXPLAIN LAW AS A NORMATIVE SYSTEM THAT HAS SOME WELL-KNOWN CHARACTERISTICS, AMONG OTHERS: ITS RELATIONS WITH LANGUAGE, COERCION, POWER AND MORAL. DESPITE BEING A SUPPORTER OF LEGAL POSITIVISM, HART DOES NOT DENY THAT CONTEMPORARY LEGAL SYSTEMS ARE COMPLEX AND ENFORCED PRINCIPLES AND MORAL VALUES THAT ARE RELEVANT IN VALID LAW AS THEY ADD NEW ETHICAL DIMENSIONS RELATED TO THE LEGAL PROCESS AND DECISION TAKING. TO PRESENT A REVIEW OF HART'S THEORY TAKING INTO ACCOUNT THE STATE OF PLAY IN CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC NATIONS, AS WELL AS, TO GIVE AN INCENTIVE TO KNOW AND STUDY IN DEPTH THIS AUTHOR ARE THE MAIN OBJECTIVES OF THIS PAPER.

KEYWORDS

LEGAL POSITIVISM, LEGAL THEORY, LAW AND MORAL, SOFT POSITIVISM, HERBERT HART.

1. INTRODUÇÃO*

Norbert Hoerster¹ disse em um artigo intitulado A teoria jusfilosófica do conceito de Direito que dada à natureza essencial e intrincada da estrutura do ordenamento jurídico, bem como da noção de norma jurídica, é fundamental ao jurista que queira encontrar respostas profundas, originais e adequadas a estes temas estudar as obras de Kelsen, Ross e Hart. A sugestão de Hoerster é verdadeiramente apropriada, mas sob a perspectiva deste presente artigo – que tratará sobre uma particular

concepção positivista do Direito – também importa o fato de que todos eles compartilhem, em maior ou menor grau, as três teses básicas do positivismo jurídico metodológico,² a saber: (a) que o Direito é uma questão de fatos sociais; (b) que o Direito e a moral são dois sistemas normativos distintos; (c) que o Direito tem natureza semântica.

As páginas que seguem estarão dedicadas a analisar as principais contribuições teóricas de Herbert L. A. Hart. Explica-se esta escolha com base nas seguintes justificativas. Primeiro, porque tanto Kelsen como Ross³ deixaram evidente em suas teorias que o Direito tem a peculiaridade de ser, ao mesmo tempo, um sistema normativo e um fato social, tal como pensa Hart. Sem embargo, um dos problemas que ambos os autores se enfrentaram, e ao qual não conseguiram dar uma resposta adequada, reside na elaboração de uma teoria da validade capaz de abranger esta natureza dual do Direito. A este vazio teórico soma-se a obra jurídica de Hart, que é uma significativa conciliação das teses de Kelsen e Ross, como se denotará no transcurso deste artigo.

Para entender o pensamento de Hart é crucial ter em mente que o professor de Oxford era um liberal. Escreveu contra a pena de morte, contra a perseguição das pessoas pela sua preferência sexual, a favor do direito ao aborto, entre outros. Além de liberal, Hart era um convicto defensor da democracia e, assim como Kelsen, sua concepção de Direito está vinculada à defesa do Estado democrático e, sobretudo, dos valores de tolerância e liberdade.⁴ À diferença de Kelsen, que constrói uma teoria normativista do Direito sobre a base da filosofia kantiana procurando apreender os aspectos formais do Direito e os conceitos comuns a qualquer sistema jurídico, Hart se propõe a elaborar uma teoria do Direito que ele define como “sociologia descritiva”. Se bem que, na apreciação de Cotterrell, a sociologia hartiana é um tanto especial, pois o que Hart procura descrever é o modo como os juristas e as pessoas comuns usam a linguagem do Direito e eis mais uma justificativa para estudá-lo dado a originalidade de suas teses neste particular. Para fundamentar sua teoria, Hart emprega os instrumentos elaborados pela filosofia analítica⁵ que ele entende como um método que permite não só sopesar o significado das expressões, mas também entender melhor o funcionamento das instituições sociais e, em particular, o Direito.

Ademais, a teoria hartiana oferece uma importante construção conceitual acerca das normas e da estrutura do ordenamento jurídico, bem como das noções de existência, validade e eficácia, temas que serão tratados nas duas primeiras seções do próximo epígrafe. Hart presta uma particular atenção à *aceitação* que manifestam aqueles sujeitos que ajustam suas condutas às normas e também aos que proclamam e aplicam o Direito existente em uma determinada comunidade. E, a fim de que se concretize esta tarefa, ele considera que é necessário diferenciar no Direito – como em certa medida o fez Ross – um aspecto interno e outro externo, distinção que

permite examinar o fenômeno jurídico sob dois pontos de vista: o interno e o externo. Temas que serão sucintamente investigados na terceira seção do seguinte subtítulo. A última seção deste artigo abordará, deste a perspectiva hartiana, a relação entre o Direito e a moral.

Uma outra justificativa – considerada suplementar – para estudar o pensamento de Hart apóia-se no fato de que seu modelo de positivismo, ainda que criticado, será elogiado até mesmo por autores não-positivistas que o consideram: “verdadeiramente brilhante, lúcido e bem estruturado” em palavras de Ronald Dworkin⁶ ou, como afirma Lon Fuller, porque sua obra é “uma contribuição à literatura da filosofia do Direito como não se via desde muito tempo. [...] Este livro [referindo-se a *O conceito de direito*] está bem escrito e cheio de brilhantes ‘aperçus’” (Fuller, 1964, p. 133). A famosa contenda entre Dworkin e Hart não será abordada neste artigo, mas é importante destacar que ela foi capaz de: (a) expor algumas debilidades do positivismo jurídico; (b) revelar a grande capacidade intelectual de Hart para contrarrestar as críticas de Dworkin e de outros renomados juristas; (c) ultrapassar as fronteiras do pensamento jurídico anglo-saxão influenciando o Direito e a teoria jurídico-filosófica de outros países proporcionando, desta forma, novas ferramentas para compreender as mudanças na interpretação e na prática do Direito.

A última justificativa para abordar o legado deste *iurifilósofo*, não obstante a forma concisa e panorâmica da exposição, diz respeito ao fato de que este artigo visa incentivar os seus eventuais leitores a incrementarem seus estudos em um teórico de uma inegável complexidade conceitual e ainda pouco conhecido e debatido nacionalmente.

2. HART E A DEFESA DO POSITIVISMO JURÍDICO METODOLÓGICO

2.1 A ESTRUTURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na obra *O conceito de direito* Hart se enfrenta com o questionamento mais inquietante de toda e qualquer teoria jurídica, qual seja a pergunta *que é o Direito?* Segundo sua opinião, para encarar este questionamento é necessário saber: (1.º) em que se diferencia o Direito das ordens respaldadas por ameaças; (2.º) em que se distingue a obrigação jurídica da obrigação moral; (3.º) que são as normas jurídicas e, em que medida, o Direito é uma questão de normas. Em outras palavras, alguns dos problemas fundamentais da teoria jurídica encontram-se no âmbito das relações entre: o Direito e a coerção, o direito e a moral e o Direito e as normas.

Ao buscar dar uma resposta a estas questões, Hart desenvolve uma teoria do Direito com duas características fundamentais: (a) é geral, no sentido que busca explicar qualquer sistema jurídico vigente nas complexas sociedades contemporâneas. E, como bem adverte Cotterrell, “não resulta estranho que Hart se resista a

qualquer tentativa [...] de definir ‘o Direito’ ou ‘um Direito’ e procure, em troca, um conceito de Direito que o conceba como um conjunto de práticas sociais” (Cotterrell, 1989, p. 92); e (b) é descritiva, posto que pretende elucidar a estrutura do Direito e o seu funcionamento sem considerar, deste modo, a justificação moral das práticas jurídicas analisadas.

Com base nestes alicerces, Hart crítica a teoria positivista elaborada por John Austin (cujas raízes se remontam a Jeremy Bentham) que delimitou os pilares do positivismo inglês na separação categórica entre o Direito que *é* e o Direito que *deve ser* e na insistência de que os fundamentos de um sistema jurídico não devem ser buscados em nenhuma teoria moral ou justificativa. Dentro desta tradição positivista, Austin formula sua teoria imperativa do Direito afirmando que este é um conjunto de ordens respaldadas por ameaças ditadas pelo soberano no exercício de seu poder soberano e legislativo ilimitado.

Hart comparte parcialmente as duas afirmações centrais do positivismo clássico, mas refuta a conclusão de Austin conforme a qual o critério de identificação das regras jurídicas se encontra no hábito dos cidadãos de obedecer a um soberano, uma vez que o Direito, em uma sociedade organizada, não pode ser identificado satisfatoriamente respondendo as perguntas: (1) quem é o soberano?; e (2) quais são as suas ordens? Este critério é adequado para identificar mandatos como as ordens dadas por um assaltante a sua vítima, mas inadequado para explicar a percepção que os cidadãos têm de uma vida social institucionalizada, como a dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A juízo de Hart, um dos erros de Austin foi não construir a noção de *regra* sem a qual é impossível explicar a estrutura e o funcionamento do Direito – que deve ser entendido como um conjunto de regras que formam parte de um sistema jurídico. Provavelmente, a idéia de que as normas jurídicas formam parte de um conjunto mais amplo, chamado sistema⁷ ou ordenamento jurídico, é bastante aceita entre os juristas. Kelsen, nas páginas iniciais de sua obra *Teoria geral do direito e do Estado*, também afirma que o Direito é um ordenamento, “um conjunto de normas [...] que tem o tipo de unidade a que nos referimos quando falamos de um sistema. [...] Unicamente sobre a base de uma clara compreensão das relações que constituem um ordenamento jurídico, pode-se entender plenamente a natureza do Direito” (Kelsen, 1979, p. 3). Corroborando a assertiva kelseniana e com o intuito de alcançar o seu próprio objetivo, Hart inicia suas investigações por caracterizar os tipos de normas que compõem o ordenamento jurídico.

Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras⁸ que ele denomina de *regras primárias* e por três tipos de *regras secundárias*: *regras de reconhecimento*, *regras de alteração/modificação* e *regras de adjudicação*. As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e

negativo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o *remédio* para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas.

As regras secundárias de *alteração* outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem – por meio da introdução, exclusão e modificação de normas – a realidade social em que operam. Por sua vez, as *regras de adjudicação* dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais – identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais.

Com a intenção de manter a distinção de Hart entre regras primárias e secundárias, Hacker⁹ e MacCormick¹⁰ propuseram algumas reformulações a esta distinção, mas, dado os contornos deste artigo, cabe destacar que ditas reclassificações reforçam não somente a essencialidade da tipologia das normas apresentada por Hart, mas também o fato de tal tipologia ser, na opinião do próprio autor, ambígua e imprecisa, o que a converte, irremediavelmente, em banco de muitas críticas. Uma destas críticas¹¹ aponta para a rigidez de tal distinção e ao fato de que, em determinadas situações, pode ser difícil delimitar quando uma norma é uma regra eminentemente primária ou secundária. Outra repreensão relevante é a de que esta tipologia não incorpora em sua estrutura as normas permissivas. Mas certamente a crítica mais importante advém do já mencionado debate entre Dworkin e Hart, em que o primeiro acusa o autor em tela de preocupar-se excessivamente com as normas, ignorando os princípios.

A fim de complementar a estrutura fundacional da sua teoria, Hart cria a noção de *rule of recognition* que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de regras primárias, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça certos critérios de validade estabelecidos na *regra de reconhecimento*. Dita regra, ademais, é uma *norma última* que subministra um critério jurídico de validade *supremo*. Neste sentido, todas as normas identificadas com referência a este critério são reconhecidas como normas válidas do ordenamento jurídico. Não obstante, é mister enfatizar que uma norma subordinada pode ser válida ainda que não seja geralmente obedecida,¹² mas uma regra de reconhecimento não pode ser válida e rotineiramente desobedecida, pois ela somente existe como uma prática social eficaz e complexa. Então, uma regra de reconhecimento existirá como questão de fato se, e somente se, é eficaz. Para a verificação do grau de eficácia da regra de reconhecimento se exige, ademais do cumprimento, a *aceitação* da mesma por seus destinatários, ou seja, que eles a considerem como pauta correta de conduta.

Em alguns ordenamentos jurídicos a regra de reconhecimento última pode enviar a mais de uma fonte suprema, por exemplo, no caso inglês, aos costumes, às tradições e aos precedentes,¹³ porém isto não obsta que, mesmo neste caso, exista apenas uma regra de reconhecimento última.¹⁴ Já nos ordenamentos jurídicos que possuem uma Constituição serão as suas cláusulas os critérios supremos de validade de normas e, conseqüentemente, será ela a fonte última de validade jurídica.

A regra de reconhecimento não só estipula a forma que todas as normas jurídicas devem assumir para serem consideradas normas válidas do sistema jurídico, mas também atribui competência e/ou autoridade a certos sujeitos para que ditem e apliquem as normas jurídicas fixando – com base nos direitos fundamentais dos cidadãos e na estrutura política do Estado – os limites de atuação dos Poderes Públicos. Decisivamente, é a presença da regra de reconhecimento que articula a idéia de sistema jurídico, ou seja, é ela que distingue o Direito de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social e as regras de jogo – dado que estes sistemas não dispõem, em seu interior, de uma regra última que identifique toda e cada uma das normas existentes estabelecendo a sua pertinência e validade.

Afirmar que a existência da regra de reconhecimento¹⁵ última está vinculada a uma prática complexa significa afiançar que dita regra é reconhecida/aceita pela maioria dos cidadãos. Esta asseveração induz a muitas perguntas, entre elas: (1.º) Além dos cidadãos como categoria genérica, existe algum outro sujeito que necessariamente deve aceitar a regra de reconhecimento?; (2.º) Podem existir *zonas de penumbra* nos critérios últimos de validade jurídica contidos na regra de reconhecimento?; (3.º) A aceitação da regra de reconhecimento exige, necessariamente, uma justificação moral? Estas perguntas são importantes para compreender o pensamento de Hart e –em razão de sua complexidade – não serão respondidas em um bloco único, mas sim explanadas no transcurso das próximas seções.

2.2 OS CONCEITOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA JURÍDICA

A despeito de ser habitual na teoria positivista sustentar que a eficácia das normas é condição necessária para a existência dos ordenamentos jurídicos, esta asseveração carece de clareza conceitual porquanto afirma de forma simultânea a existência e a ineficácia de um mesmo sistema de normas e, daí, a necessidade de conhecer o papel que desempenha o conceito de eficácia na teoria jurídica de Hart.

Articular uma concepção do Direito como sistema é um requerimento teórico que possibilita estabelecer critérios para identificar e definir quais são as normas jurídicas que compõem um determinado conjunto normativo ao que normalmente se denomina “ordenamento jurídico”. Na construção hartiana, uma norma somente pertencerá a um ordenamento jurídico se a regra de reconhecimento identificá-la como tal, outorgando-lhe validade. Este é o denominado *critério de filiação*¹⁶ que pode ser enunciado da seguinte forma: uma norma pertence a um

ordenamento jurídico S, se, e apenas se, satisfaz algum dos critérios formulados na regra de reconhecimento de S.

Para Hart, uma norma existe de fato, quando a conduta por ela estabelecida é geralmente obedecida, mas também

resulta óbvio que não existe uma conexão necessária entre a validade de uma regra particular e a sua eficácia, salvo que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre seus critérios, como algumas o fazem, a previsão (da chamada regra de desuso) de que nenhuma regra pode valer como regra do sistema se faz muito que deixou de ser eficaz (Hart, 1963, p. 129).

Não obstante tal constatação, Hart adverte que se deve distinguir entre a ineficácia de uma norma que pode ou não afetar a sua validade e uma inobservância geral das normas do ordenamento jurídico. Logo, os enunciados de eficácia de Hart podem ser expressados da seguinte forma: enquanto o enunciado “Existe a norma N” não implica o enunciado “A norma N é eficaz”, o enunciado “Existe o ordenamento jurídico OJ” implica o enunciado “O ordenamento jurídico OJ é eficaz”. Portanto, da regra de reconhecimento não se predica validade, e sim existência – entendida aqui no sentido de existência fática. E para que dita regra exista é: (a) suficiente que ela seja habitualmente obedecida pelos cidadãos; e (b) necessariamente aplicada pelas *Law-enforcing agencies*¹⁷ do ordenamento jurídico. A obediência dos sujeitos – sejam destinatários ou operadores jurídicos – é, em última instância, a única dimensão da qual se predica a existência de um sistema jurídico. Neste sentido, estará descartada a possibilidade de incluir como outra condição para a validade de toda e qualquer norma jurídica a correção moral do seu conteúdo.¹⁸

A fim de que os destinatários e os operadores jurídicos possam obedecer às normas jurídicas, com independência de que em um segundo momento mostrem-se em desacordo ou não com o seu conteúdo e queiram atuar de forma distinta a prevista na norma, é imprescindível – ainda que Hart não tenha insistido neste aspecto – que estas sejam formuladas de modo que “possam” ser obedecidas, isto é, que cumpram com determinados requisitos, por exemplo, a clareza e a publicidade, pois somente desta forma poderão servir como pautas de conduta e, conseqüentemente, serão capazes de produzir certeza jurídica. Definitivamente, traçar as características específicas da regra de reconhecimento ajuda não somente a distingui-la das demais normas, mas também a ter uma imagem mais adequada do ordenamento jurídico como sistema normativo.

2.3 A DISTINÇÃO ENTRE PONTO DE VISTA INTERNO E PONTO DE VISTA EXTERNO PERANTE AS REGRAS JURÍDICAS E OS RESPECTIVOS ENUNCIADOS INTERNOS E EXTERNOS

Como referido na introdução, a grande virtualidade da teoria hartiana, à diferença das concepções preditivas¹⁹ e normativas,²⁰ consiste em compatibilizar a

normatividade com o caráter empírico (apontado pelos realistas)²¹ do dever jurídico. Centrada em um normativismo moderado, dita teoria do dever jurídico²² pretende ser, ademais de uma crítica expressa aos pressupostos fáticos das teses preditivas e realistas, um modelo capaz de separar a obrigação jurídica do dever moral.

Para alcançar seus objetivos, parte Hart de um conceito normativo do dever, pois *só e exclusivamente* a existência de uma norma jurídica distingue a situação em que um sujeito *tem uma obrigação* da situação na qual *está obrigado*. Desta forma, pretende o jurista justificar a sanção que impõe a obrigação e, para tanto, leva em consideração o fato de que vivemos em sociedades complexas onde existem, quando menos, dois tipos de atitudes distintas perante o Direito: aquela em que o sujeito (destinatário do modelo de comportamento que é a norma) *se vê obrigado* e aquela situação perante a qual o sujeito obra de um modo determinado porque *tem uma obrigação*. Como consequência, propõe o autor a distinção entre os pontos de vista externo e interno.²³ Distinção que pode ser aplicada a qualquer tipo de regra social e é muito importante para conhecer não apenas o Direito, mas a estrutura normativa de qualquer sociedade. Tratando-se do Direito, o ponto de vista externo possibilita a sua compreensão como fenômeno social e o ponto de vista interno, a sua explicação como sistema normativo.

Como o ponto de vista interno é explicado por Hart de forma descritiva, ele se atém às atitudes externas que manifestam os *aceitantes* do Direito e que se caracterizam por apresentar três momentos: o momento de adequação, o momento lingüístico e o momento crítico, os quais, necessariamente, devem exteriorizar-se para adquirir relevância jurídica, caso contrário, terão simplesmente relevância moral. A adequação do comportamento de um indivíduo a uma norma é explicada mediante o conceito de *aceitação*. Verifica-se a aceitação não somente na forma de atuar de conformidade às normas (que mesmo sendo seguidas podem ser abertamente criticadas pelo aceitante),²⁴ mas também observando-se o tipo de linguagem que utiliza e que geralmente é expressa da seguinte forma: eu (tu) devo (deves), eu (tu) tenho (tens), etc. Sintetizando: o ponto de vista interno define a conduta daqueles que aceitam as normas jurídicas e, em particular, define a conduta dos juízes, promotores, funcionários e profissionais jurídicos inseridos em um determinado contexto jurídico. Adota este ponto de vista quem assume o caráter obrigatório das normas, ou seja, as aceita como critério e guia da conduta própria e dos demais e cuja infração justifica, segundo o aceitante, a respectiva imposição de sanções. Logo, aqueles que ocupam o ponto de vista interno, pronunciam enunciados internos – os únicos enunciados aptos a justificar a coerção jurídica.

Entretanto, adverte-se que, se bem a noção de aceitação transcende a simples conformidade ou acatamento das normas por razões prudenciais, ela não implica a

aprovação moral de tudo o quanto as normas e o sistema jurídico dispõem. Em outras palavras, *aceitar* uma norma significa que ela (norma) não deve ser respeitada como Direito em virtude de algum(s) fato(s) social(is) relativo(s) à sua origem, e sim que ela deve ser identificada como Direito sobre dita base. Assim sendo, sob esta perspectiva²⁵ deixa-se de lado uma questão ulterior, uma questão moral independente, sobre que respeito lhe é devido a uma norma por uma ou outra razão, se é que se lhe deve algum.

O ponto de vista externo é aquele próprio do observador que se limita a explicar o Direito em termos psicológicos e/ou sociológicos, portanto cabe ao mesmo constatar a existência de um comportamento uniforme e regular praticado por razões prudenciais por parte daqueles que não aceitam, eles mesmos, as normas como guias e/ou critérios de valoração da conduta pessoal ou alheia e que só as seguem por medo de sofrer algum tipo de sanção ou punição. Aqueles que ocupam o ponto de vista externo pronunciam, por conseguinte, enunciados externos.

Enquanto aqueles que ocupam o ponto de vista externo não podem dar razões justificadoras de suas condutas²⁶ (de modo que *estar obrigado* significa: ter que fazer X se se quer evitar a sanção Y), os que *aceitam as normas como obrigatórias* podem justificar seu comportamento, posto que as aceitam conscientemente utilizando-as como pontos de referência para formular exigências, valorar as condutas respectivas e explicar não só as pressões para o seu cumprimento, mas também as reações adversas nos casos de seu descumprimento. Ao caracterizar cada ponto de vista se está admitindo, conseqüentemente, que existem formas diferenciadas de contemplar o Direito, mas isto não significa que os diversos enfoques realizados pelos participantes e observadores façam referência a Direitos distintos porquanto o que se afirma em um enunciado interno tem, necessariamente, seu reflexo em um enunciado externo.

A constatação de que existem dois pontos de vista de aproximação ao Direito é fundamental para o método descritivo empírico de Hart. Primeiro, no que diz respeito à noção de ordenamento jurídico concebido como um conjunto de normas, pois a admissão de um discurso descritivo externo possibilita que as normas sejam contempladas como causas de comportamento e, em conseqüência, em termos de eficácia (aceitação e seguimento das normas). Não obstante, para descrever o Direito em termos de eficácia, é necessário considerar o ponto de vista interno já que somente ele é capaz de delimitar quais comportamentos se amoldam ao seguimento das normas jurídicas, normas que têm o seu fundamento nas práticas sociais. Assim que dito ponto de vista é definido a partir de certos fatos empíricos que podem ser efetivamente verificados por um observador de uma perspectiva descritiva externa. Segundo, porque também a regra de reconhecimento pode ser compreendida com base nos enunciados emitidos conforme aos pontos de vista de participantes e observadores.

Cabe mencionar que os argumentos apresentados nesta seção são bastante criticados. Certificam alguns teóricos que a noção de aceitação não pode justificar nenhuma conduta; já outros afirmam que esta visão de obrigação induz a uma forma de justificação moral e política.²⁷ As reprovações apontadas são capazes de revelar, nada mais nada menos, os avanços do pensamento hartiano perante as teorias que fundamentam a obrigação jurídica na subjetividade da consciência individual, uma vez que o seu modelo requer a existência de um consenso intersubjetivo capaz de ordenar e regular as relações por meio das normas. Ademais, dizer que o Direito *obriga* significa, segundo Hart, asseverar que ele constitui uma referência objetiva e socialmente válida para atribuir-se e reclamar-se direitos e obrigações reciprocamente. A aceitação da norma jurídica²⁸ abalizada em uma prática social complexa que requer não só a adoção de comportamentos conformes às normas como pautas para as condutas recíprocas, mas também a aceitação da regra de reconhecimento,²⁹ são contribuições valiosas à teoria do Direito oferecidas pelo professor de Oxford, pois tratam, em definitivo, de diferenciar o Direito dos demais sistemas de normas sociais mediante seu caráter marcadamente sistemático e institucional.³⁰

O material supra-apresentado forma a base teórica, o alicerce, das três teses fundamentais do positivismo jurídico hartiano e, em especial, da relação que o Direito estabelece com a moral, temas que serão abordados a seguir.

2.4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Com razão Ihering denominou as relações entre o Direito e a moral como o *Cabo das tempestades* da ciência jurídica. Não há dúvida de que esta é uma das temáticas mais complexas e centrais da filosofia moral e jurídica, pois os problemas práticos que se esboçam com base nesta relação não são anacrônicos nem estão superados definitivamente. É só fazer algumas perguntas sobre um tema controvertido como: (1) a eutanásia é uma questão moral, jurídica ou de mera consciência? e (2) pode o Estado, por meio do Direito, intervir no direito individual de cada ser humano de querer viver ou morrer?, para logo saber que qualquer tentativa de respostas derivaria em uma discussão interminável e em profundos desacordos jurídicos e sociais.

Hart enfrentou esta espinhosa temática e esta última seção pretende explicar – resumidamente – a postura por ele adotada. Neste particular, sua teoria é enriquecedora e aceitável, ainda que em alguns pontos, como quando aborda – com certa dose de objetividade – o *conteúdo mínimo do Direito natural* (tema que não será tratado neste artigo), resulte ser precária. Para compreender seu ponto de vista nada melhor que partir do núcleo de seu modelo positivista e das três teses básicas que defende, a saber:

- a) *A tese das fontes sociais do Direito;*
- b) *A tese da separação conceitual do Direito e da moralidade;*
- c) *A tese da discricionariedade judicial.*

Sucintamente, podem-se explicar ditas teses da seguinte maneira: (a) a primeira tese mantém que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas (em outras palavras, pelo conjunto de ações dos membros de uma dada sociedade) que estipulam quais são as fontes últimas (os testes últimos de validade) de identificação das normas jurídicas que configuram o Direito. Temas que foram tratados nas seções anteriores; (b) a segunda tese argúi que as conexões entre o Direito e a moral são contingentes, ou seja, não são necessárias nem lógica, nem conceitualmente; (c) a terceira tese, esta fundada na concepção hartiana acerca da *textura aberta* da linguagem e, em particular, da linguagem jurídica que, em algumas ocasiões, estabelece normas jurídicas que contêm termos genéricos, vagos, controvertidos. Esta asserção leva a outra importante afirmação: a de que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto e que, portanto, quando um juiz se depara com uma norma que contenha termos potencialmente imprecisos, atuará discricionariamente.

Para poder compreender o alcance da tese da *separação conceitual do Direito e da moralidade* é necessário entender o pensamento de Hart acerca da tese da *discricionariedade judicial*, explicação a que se procederá a seguir.

De acordo com Hart, a indeterminação é uma característica de todo intento de guiar a conduta humana mediante normas gerais formuladas lingüisticamente e a ela não escapa o Direito. Conseqüentemente, a teoria do Direito não pode ser contemplada como se estivesse imersa entre duas concepções igualmente inaceitáveis do Direito: entre o *realismo* e o *ceticismo* perante as normas, tal como a teoria jurídica estadunidense assediada por dois extremos

“o Pesadelo³¹ e o Nobre Sonho,³² ou seja, o ponto de vista de que os juízes sempre criam e nunca encontram o Direito que impõem às partes no processo e, o ponto de vista oposto, segundo o qual os juízes nunca criam Direito. Como outros pesadelos e outros sonhos, os dois são, em minha opinião, ilusões, ainda que tenham muitas coisas a ensinar aos juristas em suas horas de Vigia. A verdade, talvez trivial, é que às vezes os juízes fazem uma coisa e outras vezes outra. Que fazem, quando, e como fazem, não é obviamente uma questão indiferente, mas sim de grande importância (Hart, 1983, p. 144).

Para Hart, sua teoria é uma teoria das *horas de vigia*, em que a interpretação do Direito não apresenta excessivos problemas, pois está fundamentada na obviedade da linguagem jurídica encontrada nas normas, convenções e práticas que constituem a linguagem natural ou comum de uma sociedade. Mas também é correto afirmar que, em alguns momentos, surgirão dúvidas na aplicação do Direito em razão da *textura aberta* das expressões que utiliza e, nestes casos, é inevitável que em algumas decisões — a fim de dar uma resposta concreta a um caso determinado

– os juízes atuem com discricionariedade (que não equivale a uma eleição arbitrária). Não obstante este momento de *abertura* do Direito, a certeza jurídica se vê pouco afetada, pois a discricionariedade judicial é limitada e intersticial. A princípio, pode-se concordar com esta observação de Hart, mas caberia a seguinte pergunta: a certeza do Direito seguiria inalterada se a regra de reconhecimento incorporasse como critérios últimos de validade jurídica, ademais do critério de filiação, princípios morais substantivos e de justiça – tal como o fazem as Constituições contemporâneas – cujo cumprimento é indispensável para aquelas normas que pretendam ser jurídicas?

Em uma obra anterior,³³ *O conceito de direito*, Hart destaca que alguns ordenamentos jurídicos incorporam – como critérios últimos de validade jurídica – princípios e valores morais. Nestes casos, afirma o jurista que, a fim de que a regra de reconhecimento cumpra o seu papel de ser um remédio para a incerteza, ela deve tolerar apenas certo grau limitado de indeterminação, pois serão os juízes e tribunais quem definirão, em última instância, o alcance e o significado de ditos termos. Esta última afirmação custou a Hart a acusação de ser um jurista antidemocrático.³⁴ Objetando esta inculpação, assevera Hart que nenhum jurista pode negar que nas democracias contemporâneas as faculdades normativas não são exercidas exclusivamente pelo Poder Legislativo. Ademais, afirma que é menos custoso para a coesão social e a democracia permitir a resolução de um caso particular com base na discricionariedade judicial – e na leitura que os juízes e tribunais façam de um determinado princípio/valor – que não outorgar nenhuma solução concreta ao mesmo.

Das arguições de Hart se deduz que o que ele não aceita é a “legalização da moral”,³⁵ ou seja, a possibilidade de imposição de determinados valores por meio do Direito, dado que existem limites de intervenção do mesmo³⁶ nas ações privadas dos cidadãos. Ilustra este entendimento o famoso debate³⁷ havido entre Hart e Lord Patrick Devlin com base na publicação do informe da Comissão Wolfenden (1957) que propôs ao Parlamento reformas sobre as leis penais vigentes no Reino Unido até aquele momento e que criminalizavam a homossexualidade e a prostituição.

O trabalho realizado pela Comissão Wolfenden concluiu que a sociedade não pode utilizar o Direito como meio para transformar em delito ou crime, o que, na esfera da moral, é considerado pecado, pois a sexualidade é uma questão privada que não diz respeito ao Direito. Segundo Lord Devlin, que se opôs veementemente ao relatório da Comissão Wolfenden, não é tão fácil separar o delito do pecado como pressupôs a Comissão, já que as convicções morais compartilhadas pelos membros de uma sociedade são características históricas desta e, como tal, conformam a sua identidade. Alterar estas tradições morais significa partir a identidade social e desintegrar a sociedade como um todo. Portanto, conclui Lord

Devlin, a preservação da moralidade positiva³⁸ é instrumentalmente valiosa como meio para defender a sociedade em si mesma.

Diante dos argumentos de Lord Devlin, Hart questiona a idéia de “sociedades como entes” que podem ser definidos com base em um conjunto restrito de tradições, convicções e pautas morais e, como tais, passivas de “nascer” e “perecer” com ditas características. Conforme Hart, as sociedades contemporâneas são caracterizadas pelas constantes mudanças sociais e pela pluralidade de tradições, convicções e pautas morais vigentes simultaneamente. Resulta difícil, conseqüentemente, falar em um consenso moral em torno a uma moral concreta. Além do mais, ressalta Hart, que pode ter vigência em uma determinada sociedade uma moral positiva aberrante e, justamente por esta característica, dita moral não pode ser considerada valiosa ou razoável de ser assimilada pelo Direito. Definitivamente, conclui o jurista que a introdução de conteúdos morais no Direito deve ser sempre tomada com muita cautela.

Seja por meio da introdução de conteúdos morais no Direito, seja pela admissão de que os juízes em suas decisões podem recorrer a princípios e valores morais, estas “aberturas” do Direito a moralidade terão conseqüências não somente para a reflexão legal, mas também para a tese hartiana da *Separação conceitual entre o direito e a moral*. Temas que induzem Hart a repensar alguns de seus pressupostos teóricos (incluindo, por exemplo, na sua estrutura de regras os chamados princípios jurídicos) e a defender sua adesão a um *soft positivism*³⁹ – modelo teórico que contradiz a tese positivista forte segundo a qual existe uma regra de reconhecimento isenta de conteúdos valorativos e que possibilita uma separação categórica entre o Direito e a moral.

Além do mais, certas características do funcionamento adequado do Direito, tais como a generalidade, a clareza, a inteligibilidade, a perdurabilidade e a publicidade das normas jurídicas, bem como o princípio geral de irretroatividade das mesmas e a congruência em sua aplicação (que deve ser imparcial), implicam, em si mesmos, a realização de um mínimo de justiça – ainda que seja justiça formal –, por parte do Direito.⁴⁰ Portanto, para Hart, é inegável que existem conexões entre o Direito e a moral, mas esta vinculação deve situar-se no âmbito da justificação e da legitimidade do Direito. E é justamente neste ponto que reside a

grande virtualidade da tese da separação que não estriba, apenas ou principalmente, na duvidosa possibilidade de construir uma Ciência do Direito meramente descritiva e livre de valorações, mas na possibilidade de manter um ponto de vista moral frente ao Direito positivo livre de determinações fáticas. O que me parece mais transcendente é, precisamente, que nos permite resolver [...] o perigo de que o Direito vigente possa suplantiar a moral como critério final de conduta e escapar assim, a crítica (Hart, 1962, p. 10).

3. CONCLUSÃO

O Direito, como sistema normativo, exibe algumas características proeminentes e, entre elas, a relação que estabelece com a linguagem, a coação, o poder, a moral e, mais em concreto, a sua capacidade de subministrar razões para a ação. Enfim, é a normatividade do Direito o que o faz uma instituição diferente das demais instituições sociais e foi precisamente com o intuito de compreendê-lo e explicá-lo que Hart dedicou, com êxito, toda a sua obra jurídica.

Apresentar de forma concisa a teoria hartiana tendo como base o atual estágio em que se encontra o Direito nos Estados Democráticos Constitucionais facilita perceber que a distinção, proposta por Hart, entre os pontos de vista interno (participante) e externo (observador) resulta uma distinção central para o conhecimento do Direito e do significado da noção de “validade” que normalmente empregam os enunciados sobre o Direito. Mas estas não são as únicas contribuições de tal distinção, pois ela possui um alcance muito maior, qual seja auxiliar a delimitar qual é o ponto de vista que o filósofo do Direito adota (ou deveria adotar) quando faz ciência e teoria geral do Direito.

Um dos grandes méritos de Hart foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do positivismo jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões. Além do mais, Hart não desconhece que, em razão do caráter democrático de ditos sistemas jurídicos, eles são merecedores de obediência, ao menos *prima facie*.⁴¹

Para o positivismo jurídico a separação conceitual entre o Direito e a moral é essencial. Em outras palavras, a existência e o conteúdo do Direito estão determinados por fatores que fazem com que o Direito esteja sujeito à apreciação moral, mas isto, por si mesmo, não garante o seu valor moral. A relação entre o Direito e os valores e princípios morais não é necessária, mas sim contingente e, neste sentido, o Direito é moralmente neutral. Mas, sobretudo, é preciso entender que a separação entre o Direito e a moral apregoada pelo positivismo hartiano tem raízes em um ato moral, em um ato político, qual seja preservar a autonomia e a liberdade individuais da interferência estatal exorbitada (paternalismo jurídico) e de terceiros (seja do domínio das majorias ou da tirania das minorias).⁴² Como já havia destacado Von Wright, “a moralidade transcende a legalidade no sentido de que censura as leis e as decisões dos tribunais de justiça. Por esta razão, nunca pode ser incorporada no tipo de ordem coativo que constituem as leis do Estado”. Enfim, é a moral que deve separar o Direito da moral e são estas motivações e as suas conseqüências, que parecem possuir relevância no debate atual acerca do Direito.

NOTAS

* 1) Este artigo foi escrito com base na linha de pesquisa desenvolvida pela autora intitulada *Las concepciones del derecho*: el debate contemporáneo, e é fruto da pesquisa realizada durante sua estada na Universidade de Essex, Inglaterra/UK.

2) as citações mencionadas no decorrer deste artigo que originalmente foram escritas em inglês ou espanhol foram traduzidas pela autora e são de sua inteira responsabilidade.

1 HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 125.

2 Veja-se mais sobre ditas teses em: (a) KESEN, H. *Teoría pura del derecho*. 5. ed. México: UNAM, 1986; (b) ROSS, Alf. *Sobre el derecho e la justicia*. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

3 A proposta de Alf Ross é desmistificar o Direito e as categorias com que este é tradicionalmente pensado. A *Escola do Realismo Escandinavo*, a que pertence Ross, parte de uma concepção empirista e antimetafísica do conhecimento. Consequentemente, o Direito será entendido como uma fusão de dois elementos: (1.º) a realidade social que se manifesta por meio da aplicação, pelos juízes, do Direito positivado, e (2.º) as normas que funcionam como um esquema para entender as ações dos juízes. Veja-se mais em: *Sobre el derecho y la justicia*, cit, 1997.

4 Apesar de defender os mesmos valores que Hart, Kelsen apóia, à diferença do primeiro, toda a sua teoria no relativismo ético. A elaboração de uma de suas principais obras *A teoria pura do direito* vem a ser uma forma de se opor aos diversos tipos de totalitarismos do século XX, como o fascismo e o stalinismo.

5 No prólogo de *O conceito de direito*, Hart cita J. L. Austin, filósofo da linguagem e autor de *How to do things with words* (Como fazer coisas com palavras). Austin adota a concepção da filosofia da linguagem do chamado *segundo Wittgenstein* (o primeiro Wittgenstein focalizou o seu interesse na linguagem científica ou formalizada). Austin concentra suas análises na linguagem ordinária, pois, segundo este autor, ao emitir palavras não só dizemos coisas, mas também fazemos coisas (elogiamos, insultamos, censuramos). Para Austin, seria mais correto dizer que ao emitir palavras estamos realizando ações. Esta afirmação de Austin conecta a teoria da linguagem com a teoria da ação. E é esta filosofia da linguagem ordinária a que dá suporte a concepção jurídica de Hart. Mas, ademais de Austin, Hart também segue Bentham, quem já advertia para a necessidade de entender as palavras consideradas no contexto das diferentes frases em que são utilizadas. Portanto, em lugar de definir conceitos, Hart propõe que se empregue o chamado método de elucidação/explicação (*method of elucidation*). Conforme Hart, este método ajuda a aclarar um conceito com base no contexto da frase, em que este conceito está sendo utilizado. Veja-se: AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

6 DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999. p. 34, 51 e 65.

7 Neste parágrafo as noções de sistema e ordenamento jurídico foram tratadas como similares, sem embargo, existem excelentes trabalhos que estabelecem a distinção entre ambas. Entre eles destacam-se os de: (1) ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 393; 2) MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 145 e ss. Este último autor constrói tal distinção da seguinte forma: “Os sistemas jurídicos são sistemas normativos momentâneos e cada vez que uma norma é promulgada ou derogada por uma autoridade competente se obtém um sistema diferente. Os ordenamentos jurídicos são uma seqüência de sistemas jurídicos. A identificação de um ordenamento jurídico *OJ* requer conceitualmente identificar o primeiro sistema da seqüência (adiante, o sistema originário *SJ0*) e outros sistemas *SJ1*, *SJ2*, *SJ3*, ..., *SJn* que pertencem a *OJ* se, e apenas se, satisfazem certos critérios de filiação (*membrecía*), por exemplo, a legalidade das ações normativas”. MORESO, J. J. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*, cit., p. 146.

A expressão “sistema jurídico” é habitualmente utilizada por Hart. Não obstante, quando houver necessidade de clareza teórica, os termos “sistema jurídico” serão substituídos por “ordenamento jurídico”, a fim de adequarem-se ao exposto anteriormente.

8 Hart sempre se refere à expressão “regras jurídicas”. Outros autores anglo-saxões, entre eles, Raz e MacCormick, também utilizam o vocábulo regras. No transcurso deste trabalho, a fidelidade à expressão adotada por Hart será mantida no que for estritamente necessário. Caso contrário, os termos serão substituídos por “norma” (norma jurídica), entendida aqui como uma prescrição emitida por uma ou várias autoridades normativas, dirigida a um ou

vários sujeitos normativos, que ordena, permite ou proíbe determinadas ações ou estados de coisas. De acordo com esta definição, as normas jurídicas não são nem verdadeiras nem falsas, mas sim válidas ou inválidas e, também, eficazes ou ineficazes. Veja-se mais sobre este tema em: VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción*. Madrid: Tecnos, 1970; e as demais obras citada na nota 7.

9 Veja-se: HACKER, P. M. S. *Hart's philosophy of law*. iln ———; RAZ, J. (Ed.). *Law, morality and society*. Essays in honour of H. L. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977. p. 1-25, em particular, p. 20-25.

10 Veja-se: MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Londres: Edward Arnold, 1981. p. 106 e ss.

11 Todas estas críticas são importantes, mas, em virtude da estrutura deste artigo, elas não serão abordadas minuciosamente.

12 Por exemplo: uma norma que afirma que não se pode fumar em locais fechados pode ser pouco obedecida pelos fumantes, mas isto não significa que necessariamente deixe de ser uma norma válida do ordenamento jurídico.

13 Em tal ordenamento, a juízo de Hart, existe uma regra de reconhecimento complexa que contém mais de um critério último de validade e uma classificação dos mesmos “em ordem de subordinação e primazia relativas”. Veja-se mais em: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: University Press, 1983. p. 360.

14 Raz e Hacker distam desta afirmação de Hart pois, para eles, não existe razão para supor que em todos os sistemas jurídicos exista apenas uma regra de reconhecimento. Veja-se de Raz: 1) “*a autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. México: UNAM, 1982. p. 126-127; 2) *Practical reason and norms*. Londres: Hutchinson & Co., 1975. Veja-se de Hacker. *Hart's philosophy of law*, cit., p. 24-25.

15 Segundo alguns teóricos a exposição que faz Hart sobre a natureza da regra de reconhecimento é imprecisa e pouco clara, o que permite enfoques distintos sobre o tema, mas, como a estrutura deste artigo é limitada, indica-se a leitura complementar de: 1) RAZ, J. *La autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral, p. 123; e 2) MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. 2. ed. Oxford: University Press, 1994. cap. III IX. Não obstante a opinião distinta de cada autor, todos seguem Hart quando este ratifica que todos os ordenamentos jurídicos são formados por um conjunto de regras identificadas por meio de critérios comuns e vigentes de reconhecimento.

16 Na falta de melhor tradução para o termo *membresía* utilizado pelos especialistas de língua espanhola, optou-se pelo termo “filiação”.

17 Com a expressão *Law-enforcing agencies* – agências de aplicação – Hart está se referindo aos juízes e tribunais. Atienza e Ruiz Manero, seguindo Hart, insistem que é decisiva a aceitação por parte dos juízes e tribunais da regra de reconhecimento, mas não deixam de fazer menção a outros sujeitos distintos da judicatura (órgãos administrativos, legisladores, juristas, teóricos e particulares) que também contribuem para que a regra de reconhecimento seja cooperativamente aceita. Veja-se dos autores *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 151-152.

18 Isto significa que as normas serão válidas de acordo com o disposto na regra de reconhecimento, ainda que – desde o ponto de vista de seu conteúdo – possam ser qualificadas de injustas, atributo do qual não pode padecer, em opinião de Hart, a totalidade de um sistema jurídico.

19 Teoria defendida, entre outros, por Bentham e Austin. Tal modelo teórico define o dever jurídico sob uma concepção prognóstica que adverte sobre as consequências – entre elas os possíveis castigos – de descumprir o que prevê a norma jurídica. Em síntese, o interesse desta teoria centra-se na sanção.

20 Teoria defendida, entre outros, por Kelsen. Tal concepção teórica adota a perspectiva do que está *antes* e leva em consideração a fonte da qual emana o dever jurídico, ou seja, só existe dever se, e somente se, existe uma norma que sanciona a realização de um ato contrário ao que ela prevê. O interesse desta teoria se centra na observância generalizada das normas.

21 À diferença do que mantém os realistas, Hart não crê que a autovinculação psicológica justifica, por si mesma, a existência de uma obrigação jurídica e, portanto, afirma que o verdadeiramente importante para o Direito

não é prever empiricamente se a sanção se imporá ou não efetivamente, mas se é correta ou está justificada a probabilidade de que ela (sanção) seja aplicada.

22 A expressão que melhor se amolda ao âmbito do Direito é *obrigação jurídica*, já que o termo *dever* é usado especialmente no âmbito da moral.

23 Outro aporte teórico de Hart consiste justamente em apresentar o Direito (à diferença das outras teorias que somente formulam enunciados normativos ou empíricos sob o ponto de vista externo) a partir da visão daqueles que ocupam o ponto de vista interno.

24 Como as normas jurídicas são concebidas como uma espécie de regras sociais, é natural, para o pensamento hartiano, que as práticas sociais intervenham na criação, manutenção e eliminação das normas. Ademais, estas são circunstâncias perfeitamente aceitáveis para aqueles sistemas jurídicos democráticos, em que é usual que os Poderes Públicos editem, revoguem ou apliquem leis (termo usado em sentido genérico) suscetíveis de serem aceitas ou rejeitadas pela opinião pública.

25 Veja-se mais em: HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 256-261.

26 Já que somente podem alegar fatos, condições psicológicas e/ou razões prudenciais.

27 Cujo reconhecimento encaixa perfeitamente com a concepção do conteúdo mínimo do Direito natural deontológico que comporta um explícito reconhecimento dos valores morais de uma sociedade e a consequente aceitação das normas por aqueles que se situam no ponto de vista interno.

28 Que já não é uma hipotética norma fundamental, nem muito menos uma questão de sentimentos ou de prenúncios do que poderá acontecer no futuro.

29 Regra que estabelece os critérios para reconhecer como válidas as restantes normas jurídicas, cuja aceitação exige reconhecer como obrigatórias as normas que resultem válidas, de modo que os enunciados de obrigação se fundamentam imediatamente em alguma norma válida e, mediamente, na regra de reconhecimento que descansa em uma prática social complexa que inclui, necessariamente, sua aceitação.

30 O Direito é institucional, no sentido de que suas normas – regras primárias e secundárias – são criadas e aplicadas por instâncias sociais dotadas de autoridade; e é sistemático porque, ademais do fato de que tais normas jurídicas estabeleçam relações mútuas, elas somente adquirem validade jurídica se são identificadas pela regra de reconhecimento que apenas existe se é aceita pelos cidadãos e, particularmente, pelas agências de aplicação do Direito. Ademais, por meio da noção de *aceitação*, se distingue não só os pontos de vista de aproximação ao Direito, mas também se determina o papel que cada um dos sujeitos desempenha e os respectivos tipos de enunciados que emite.

31 Quando fala em *Pesadelo*, Hart faz referência ao chamado *realismo americano* (estadunidense) e, mais atualmente, à Escola *Critical Legal Studies*. O movimento contrário ao formalismo jurídico iniciou no início dos anos 20, encabeçado pelo juiz Oliver W. Holmes que insistia nos elementos empíricos e pragmáticos do Direito, mas, apesar da força emotiva destas premissas, o realismo americano não chega a constituir uma escola jurídica em razão da heterogeneidade dos interesses e tendências de seus integrantes. De qualquer forma, pode-se dizer que existem duas tendências básicas de realismo: uma moderada e que tem como máximo expoente Karl Llewellyn e uma radical defendida por Jerome Frank – que alegava que as decisões judiciais têm como base os impulsos emocionais dos juízes que são efetivamente influenciados por fatores políticos, econômicos, culturais, sociais e, em particular, por sua idiosincrasia.

Resumidamente, a Escola *Critical Legal Studies* assevera que a *Rule of Law* é um mito liberal que deve ser abandonado, pois é impossível traçar uma distinção categórica entre o Direito e a política. Segundo seus defensores, ao observar o desempenho das funções judiciais, verificar-se-á que os juízes não atuam com neutralidade, seja porque são influenciados por juízos de valor, seja porque são influenciados por critérios políticos. Entre seus defensores encontram-se, por exemplo, Mark Kelman e Roberto Mangabeira Unger.

“Rule of Law”: expressão inglesa cunhada por Albert Venn Dicey e que pode ser traduzida literalmente como “Império da Lei”. Não obstante, em nossa tradição jurídica a expressão mais adequada seja: “Estado de Direito”.

Tendo em vista os contornos deste artigo, não cabe analisar aqui os limites da racionalidade no raciocínio jurídico. Sem embargo, é conveniente ressaltar que é muito provável e aceitável que em algumas decisões judiciais – em

particular as que tratam de casos difíceis – os juízes atuem sob influência de outros fatores que não os meramente legais. Fato que não obsta que necessariamente os juízes justifiquem suas sentenças com base em razões e preceitos legalmente estabelecidos.

32 Quando fala em *Nobre Sonho*, Hart se refere a Dworkin.

33 HART, H; L. A., Positivism and the separation of law and morals. *Essays in jurisprudence and philosophy*, cit., p. 49-87.

34 Acusação feita particularmente por Dworkin.

35 Em termos gerais, os defensores da legalização da moral, ou do também chamado “moralismo legal”, defendem que as normas jurídicas devem incorporar valores da moralidade positiva.

36 Como se está pensando no Direito vigente em uma sociedade democrática, ou seja, aquele estabelecido principalmente pelo Poder Legislativo, cabe indagar sobre os limites morais das decisões tomadas pela maioria.

37 As alegações de ambos estão recopiladas em DWORKIN, R. *The philosophy of law*. Oxford: University Press, 1977.

38 A expressão “moralidade positiva” faz referência ao conjunto de convicções, pautas de conduta e tradições morais que se vivenciam em uma determinada sociedade.

39 HART, H. L. A. “Postscript”, *a the concept of law*. 2. ed. Oxford: University Press, 1994. p. 250.

40 Estes requisitos de “justiça” do Direito são similares aos propostos por Fuller para a chamada “moral interna do Direito”. À diferença de Fuller, Hart não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito mencionando apenas alguns elementos que considera imprescindíveis, dando-lhes o nome de “princípios de legalidade”, que são: a generalidade e a perdurabilidade das normas jurídicas (elementos compatíveis com a moral interna do Direito de Fuller). Veja-se sobre os princípios de legalidade e a moral interna do Direito em: 1) HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 27; 2) FULLER, L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964. Sobre estas questões Hart e Fuller travaram um conhecido debate; veja-se mais em: 1) HART, H. Lon L. Fuller. *The morality of law. Essays in jurisprudence and philosophy*, cit., p. 170-183; 2) FULLER, Lon L. Positivism and fidelity of law – a replay to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.

41 Quando temos um dever *prima facie*, estamos perante um dever que pode ser vencido por outro na existência de conflito entre ambos, por exemplo, temos o dever de não matar, mas, em caso de legítima defesa, este dever é suplantado pelo dever de preservar a própria vida. Não obstante o fato de que um dever tenha sido sobrepujado em uma determinada situação concreta, ele não deixa de existir, pois seguiremos tendo este dever. Por outro lado, quando afirmamos que temos *prima facie* um dever, estamos assumindo que, a partir de uma aproximação genérica, parece que possuímos este dever. Contudo, uma análise cautelosa pode acabar mostrando que realmente este dever não existe. Sobre esta distinção veja-se, por exemplo, JONES, Peter. *Rights*. Londres: Macmillan, 1994. p. 195-198.

42 Os defensores do liberalismo normalmente acreditam que a regra da maioria não ajuda a proteger os indivíduos contra a violação dos seus direitos. Segundo alguns teóricos este medo é infundado, pois uma tirania das minorias também pode transgredir tais direitos. Veja-se, entre outros: SHAPIRO, Ian. *Elements of democratic justice. Political Theory*, v. 24, n. 4, p. 579-619, 1996.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

- AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- COTTERRELL, Roger. *The politics of jurisprudence*. A critical introduction to legal philosophy. Londres e Edimburgo: Butterworth, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *The philosophy of law*. Oxford: University Press, 1977.
- . *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. 4. ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- FRANK, J. *Law and the modern mind*. New York: Anchor Books, 1963.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity of law – a replay to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.
- . *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- HACKER, P. M. S. Hart's philosophy of law. In: ———; RAZ, J. (Ed.). *Law, morality and society*. Essays in honour of H. L. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- HART, H. L. A. *Derecho y moral*. Contribuciones a su análisis. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Depalma, 1962.
- . *El concepto de derecho*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- . *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. Tradução de L. Hierro, F. J. Laporta, J. R. De Páramo. *Sistema*, n. 36, p. 3-18, 1980.
- . *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: University Press, 1983.
- . "Postscript", a *the concept of law*. 2. ed. Oxford: University Press, 1994.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1992.
- KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. Tradução de E. García Maynez. México: UNAM, 1979.
- . *Teoría pura del derecho*. Tradução de R. J. Vernengo. 5. ed. México: UNAM, 1986.
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Londres: Edward Arnold, 1981.
- . *Legal reasoning and legal theory*. 2. ed. Oxford: University Press, 1994.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- NAVARRO, Pablo E. *Eficacia y normas jurídicas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- JONES, Peter. *Rights*. Londres: Macmillan, 1994.
- RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Londres: Hutchinson & Co. Ltd., 1975.
- . *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 1982.
- ROSS, A. *Sobre el derecho e la justicia*. Tradução de Genaro Carrió. 2. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.
- SHAPIRO, Ian. Elements of democratic justice. *Political Theory*, v. 24, n. 4, p. 579-619, 1996.
- VON WRIGHT, G. H. *Norma y acción*. Tradução de García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970.
- . Ser y deber ser. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. In: AARNIO, A; GARZÓN VALDÉS, E; UUSITALO, J. (Ed.).

Sheila Stolz

PROFESSORA DE DIREITO DA FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE (FURG)

DOCTORANDA EM DIREITO PELA UNIVERSITAT
POMPEU FABRA (UPF), BARCELONA, ESPANHA

MESTRE EM DIREITO

