

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UERJ  
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - IFCH  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA - PGFIL

LEGALIDADE E MORALIDADE NO PENSAMENTO DE H. L. A. HART

CESAR LOUIS CUNHA KIRALY

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Filosofia da UERJ como requisito  
parcial para obtenção do título de  
Mestre em Filosofia.

Orientador: Marcelo de Araújo

Rio de Janeiro

2007

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UERJ  
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - IFCH  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA - PGFIL

LEGALIDADE E MORALIDADE NO PENSAMENTO DE H. L. A. HART

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UERJ como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia, submetida à aprovação da Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Professor Orientador. Dr. Marcelo de Araújo

---

Professor Dr. Noel Struchiner

---

Professor Dr. Luiz Bernardo Leite Araújo

## Dedicatória

À memória do professor Gerd Bornheim. Quando de meu primeiro dia na graduação em Filosofia, esperava ansioso a minha primeira aula, no primeiro período na manhã, quando um senhor, aparentemente bastante apreensivo para nos falar um pouco sobre a filosofia, passou a discorrer, com voz grave, e entusiasmo juvenil, sobre um universo que me cativou profundamente. Devo minha opção pela filosofia a esse grande momento, momento único para mim e que até hoje rememoro. Certo de que possuo o ofício que foi o de Gerd Bornheim.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao incrível rigor intelectual do professor Marcelo Araújo, leitor incansável e comentador arguto. Sua leitura assídua de meus textos, ainda em rascunho, mas tratados como se fossem, sempre, as derradeiras versões, permitiram corrigir alguns vícios de imaginação e entusiasmo que possuía. Por certo que permaneço muito mais imaginativo e entusiasmado do que rigoroso, mas as conversas, correções e indicações do professor Marcelo Araújo permitiram que me tornasse um pesquisador muito melhor.

Agradeço ao professor Renato Lessa pela grande disposição ao pensamento, os autores que investigo nessas parcas linhas, no caso de Hart e Kelsen, são judeus viventes do triste século XX. O apelo à norma e à natureza humana, preocupação de ambos, tornaram-nos cétricos com relação à justiça, o professor Renato, como eu, cético contemporâneo, ensinou-me a indagar: qual justiça?

Agradeço a FAPERJ pela ajuda financeira.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO</b>	7
<b>1 O POSITIVISMO DE JOHN AUSTIN</b>	
1.1 A lei como comando	15
1.2 A lei e a soberania	37
<b>2 O CONCEITO DE LEGALIDADE EM HART</b>	
2.1 O caráter imperativo da lei	49
2.2. Imperatividade e soberania	62
2.3 A lei como união de regras primárias e secundárias	68
2.4 A distinção entre estar obrigado e ter uma obrigação	74
2.5 O direito sob dois pontos de vista: externo e interno	80
2.6 A regra de reconhecimento	91
<b>3 LEGALIDADE E MORALIDADE: O CONTEÚDO MÍNIMO</b>	
3.1 O conceito de lei e o conceito de moral	112
3.2 A liberdade como direito moral mínimo	117

3.3 Direito especiais	128
3.4 Direitos gerais	134
3.5 O conteúdo mínimo do direito natural	136
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>150</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>156</b>

## INTRODUÇÃO

Esta dissertação trata de *filosofia do direito* ou *jurisprudência*. O leitor acostumado com a prática jurisdicional brasileira tomará o termo como o controle da harmonia sobre as decisões judiciais e a administração do precedente. Contudo, empregamos o termo “jurisprudência” na acepção conhecida pelos juristas de língua inglesa, como a investigação filosófica sobre o fenômeno do direito. Trataremos da lei enquanto fenômeno independente, enquanto fenômeno sistemático e enquanto interação com instituições políticas. Esta dissertação trata filosoficamente da jurisprudência analítica ou do positivismo conceitual. Dessa forma, a expressão deve ser entendida como a atividade descritiva e investigativa sobre o fenômeno do direito enquanto um modo de estudo que deve ser empreendido com autonomia conceitual com relação ao terreno da moral<sup>1</sup>.

Por certo que o objeto da jurisprudência não é novo; a tradição filosófica é capaz de nos fornecer um número bastante grande de autores que se empenharam no debate sobre o que é o direito, sobre as bases para se submeter o direito à moral, ou de se fundar modos de tornar o direito autônomo da moral. Não possuímos nenhuma pretensão de resolver esse embate histórico ou de apresentar um quadro exaustivo sobre as teorias implicadas nessa discussão. Tentaremos, da melhor forma, mantermo-nos fiéis às advertências de Hart quando afirma que os livros de filosofia do direito não devem se resumir a relatar outros livros escritos por outros autores<sup>2</sup>. Claro que estaremos diante de um considerável desafio, investigar o pensamento de Hart sem permitir que nossa exposição esteja adstrita aos seus

---

<sup>1</sup> Frederick Schauer nota que devemos atribuir a H. L. A. Hart o fato de identificarmos a jurisprudência com a filosofia, pois antes de Hart a jurisprudência, nos países de língua inglesa, estava associada à investigação teórica, mas raramente filosófica. A proximidade de Hart com a filosofia da linguagem e suas investigações no campo das regras jurídicas trouxe a atividade da jurisprudência para o terreno eminentemente filosófico onde se encontra atualmente. Frederick Schauer. (Re)taking Hart. p. 857

<sup>2</sup> The Concept of Law. p. vii (Doravante apenas CL).

comentários, trazer uma exposição clara, ainda que problematizando possíveis conseqüências e buscar explicitar a compreensão do positivismo legal, tal como Hart o compreende, sem resgatar a histórica oposição entre adeptos do direito natural e os positivistas. Ainda que Hart não resgate a oposição entre o direito natural e o direito positivo, quando discute as teses concernentes ao conteúdo mínimo do direito natural, podemos lembrar que não é simples se dissociar a imagem do positivista legal da imagem de um oponente do direito natural. O que significa dizer que a complementaridade de algumas teses do direito natural, no cenário teórico do positivismo legal, de nenhuma forma é evidente. Devemos, nessa medida, resgatar alguns elementos da tradição do direito natural sem retomar a oposição irreconciliável.

Os nomes de Sófocles, com a tragédia *Antígona*, de Tomás de Aquino e de Hugo Grotius marcam certa tradição do pensamento jurídico, evidenciando uma espécie de evolução do direito natural rumo a sua secularização. Se em Sófocles encontramos o embate entre a lei natural, que na visão de *Antígona* deveria ser superior à lei da cidade, e a lei positiva (voltaremos a essa tragédia na seção 3.1), em Tomás de Aquino encontramos a questão da hierarquia piramidal das leis, onde no topo encontramos as determinações divinas e, na base, as legislações dos muitos governantes temporais. Em Grotius temos o fundamento da liberdade dos mares fundado no direito natural de todos os países possuírem a propriedade do mar e no argumento de que as leis dos homens podem ser descritas de uma determinada forma, ainda que assumamos a improvável hipótese de que não há nenhum Deus. Na tradição do jusnaturalismo, da qual citamos os principais expoentes, o conceito de direito envolve necessariamente o conceito de moral. De modo que dizer justiça ou dizer direito não implica em expressões absolutamente distintas, mas complementares,

pois na medida em que se afirma o direito se afirma a realização da justiça e na medida em que se afirma a justiça se afirma a presença do direito.

De um outro lado podemos identificar a tradição que começa com Hobbes, passa por determinada leitura feita de Hume, Bentham, Austin e encontra representatividade contemporânea em Kelsen e Hart. Por esta linha o conceito de justiça diz respeito a um valor que não deve estar necessariamente implicado na formulação dos juízos jurídicos. Não deve estar implicado, em primeiro lugar, pela indeterminação do conceito de justiça e, em segundo lugar, pelo particularismo no processo de decisão que o direito admite quando é determinado pelo sentimento de justiça dos indivíduos. A proposta geral desses autores é fornecer uma descrição do direito sem contar com os conceitos próprios para se definir a moral, por intermédio de juízos sobre como os homens agem quando estão submetidos à ação das leis e o que deve ser feito para que os homens, ao obedecerem, permitam que a segurança social seja uma marca distintiva das instituições. Os positivistas legais nem sempre são céticos sobre o estabelecimento de um dever ser para a sociedade, mas o que os unifica é que entendem que o estudo do direito não passa necessariamente pelo dever ser. Esta nossa exposição não abordará diretamente as concepções de Hobbes, Hume e Bentham, contudo não é demais afirmar que boa parte das discussões que desenvolveremos nesta dissertação poderiam ser remontadas às obras desses autores, ressaltando as particularidades na separação entre direito e moral.

Optamos, para esta dissertação, em centrarmos nossa atenção sobre o debate entre Austin e Hart. Essa opção envolve um pequeno complicador. Para nós, leitores da língua portuguesa, ela remonta à tradição da filosofia do direito inglesa à qual estamos pouco ambientados. Em função da origem romana e germânica de nosso direito as nossas maiores

influências se devem aos textos de filósofos de língua alemã e francesa<sup>3</sup>. A tradição inglesa, além de partir de uma concepção de prática jurídica fundada na *common law*, possui algumas expressões, para se referir ao fenômeno do direito às quais não estamos habituados. Buscaremos remontar às bases de possíveis complicações terminológicas apelando inicialmente para o modo como Hobbes viu essa questão.

Hobbes percebeu que, em virtude das origens diversas das tradições jurídicas, nem sempre a palavra “lei” tinha o mesmo significado. O mesmo pode ser dito da palavra “direito”, de modo que Hobbes salienta que é muito comum a confusão entre os vocábulos *direito* e *lei*<sup>4</sup>. No latim, língua fundamental para o desenvolvimento do direito tanto nos países da Europa continental como nos peninsulares, direito é grafado como *jus* e diz respeito a alguma coisa que cabe as pessoas, enquanto que palavra *lex* diz respeito ao que as pessoas devem fazer. Na França habituou-se a traduzir *jus* como *droit*, e *lex* como *loi*. Todavia, em inglês essa transposição não se faz de modo tão simples. No vocabulário jurídico e político inglês há os vocábulos *law* e *right*. O primeiro pode ser traduzido como lei em sentido estrito, e.g. a lei de falência, mas pode também ser traduzido em sentido amplo, abarcando o sistema jurídico como um todo. *Right*, nesse sentido, nunca descreve o sistema jurídico como um todo, mas diz respeito ao que as pessoas possuem.

Partindo de uma primeira distinção entre direito e lei, devemos dizer que direito é aquilo que os homens têm individualmente ou coletivamente. Nesse caso pensamos em um direito patrimonial, onde tenho algum crédito que buscarei receber, e no segundo caso pensamos no caso dos direitos coletivos, na hipótese de se possuir direito à saúde. A lei, em

---

<sup>3</sup> Podemos mencionar aqui texto de Miguel Reale sobre a influência da filosofia do direito alemã sobre o direito do Brasil. *Deutsches Rechtsdenken an der Rechtsfakultät von São Paulo*. p. 245-250

<sup>4</sup> Thomas Hobbes. *Leviathan*. p. 82

contraposição ao direito, deve ser entendida como o dispositivo pelo qual a soberania regulamenta os direitos. Assim, para que eu tenha direito a um crédito patrimonial, é preciso que exista uma lei que preveja tal hipótese. Até esse momento não existem graves problemas. Contudo, quando em português afirmamos que o direito é constituído por regras, em inglês poderíamos dizer que *law* é constituída por regras. Uma vez que tenhamos consciência desta distinção não teremos problema para compreender os argumentos que desenvolveremos, na medida em que raramente utilizaremos a expressão “direito” como sendo alguma coisa que os homens possuem, mas como o conjunto das regras sendo submetidas a um estudo sistemático e utilizaremos a expressão “lei” como um ato legislativo particular. Dessa forma, a jurisprudência estuda o direito e a interação das leis e não a justiça e os valores morais. Dessa forma, empregamos o termo “direito” como dizendo respeito à instituição do direito, e a investigação sistemática do fenómeno do direito, e não concernindo a um direito subjetivo.

O debate inicial de Hart é travado contra um dos expoentes do positivismo legal na Inglaterra o pensador John Austin. A tradição do positivismo legal não é uníssona em seus conceitos, todavia podemos encontrar uma espécie de eixo comum a todos os teóricos inscritos nessa tradição. De uma forma ou de outra, todos entendem que o conceito de direito *não* envolve o conceito de justiça ou de qualquer outra idéia moral. As justificativas são bastante variadas e para que sejam fornecidas de modo mais compreensivo devemos ter idéia de todo o sistema conceitual dos nossos autores, pelo menos no que concerne à jurisprudência.

Austin desenvolveu uma teoria do direito como “comando”. Veremos as bases desta teoria em nosso primeiro capítulo, articulada como a noção de hábitos de obediência

fundados em ameaças. Como pretendemos mostrar, o conceito de soberania ilimitada, para Austin, é uma conseqüência imediata de sua teoria do direito como comando, onde o soberano concentra o poder e funda o direito no seu monopólio em causar sofrimento frente ao descumprimento de um comando. Em seguida, pretendemos mostrar algumas dificuldades que a teoria de Austin envolve. Essas dificuldades são exploradas, sobretudo, por Hart, nos dois primeiros capítulos do *The Concept of Law* sua principal obra.

Assim, em oposição à compreensão de que a lei deve ser definida como um comando, diretamente relacionado a uma ameaça. Hart traz uma contribuição bastante original ao debate do positivismo legal, no sentido em que continua marcando a essencial separação entre direito e moral, mas acrescenta que o fundamental para o direito é o fato de ser constituída por regras. Essas podem ser de natureza primária ou secundária, a saber, trazendo uma conduta a ser obedecida ou regulamentando o modo como a exigência da conduta será verificada, e, ainda, enquanto espécie do gênero regra secundária temos a regra de reconhecimento. Por fim é axial no pensamento de Hart a concepção de que a lei, para ser tida como tal, demanda uma “regra de reconhecimento”, que se estabelece na esfera social na qual está inserida, não sendo tão somente um resultado da vontade do órgão que centraliza a capacidade legislativa.

Em nosso último capítulo nos ocuparemos das distinções, próprias ao positivismo legal, entre o direito e moral. Primeiramente, buscaremos demonstrar a contigüidade existente entre o direito e a moral, evidenciando o fato de ambos serem, em última instância, fenômenos sociais que se estruturam em virtude da noção de regra. Por conseguinte seguiremos para a exposição do argumento da fundamentação da liberdade por intermédio do conceito de direito moral mínimo. A sua divisão entre direitos gerais e especiais,

articulando com a demonstração da necessidade do argumento do direito natural, através da concepção de conteúdo mínimo do direito natural. A hipótese que sustentamos é estruturada no sentido de indicar uma complementaridade entre os conceitos de direito moral mínimo e conteúdo mínimo do direito natural.

O argumento do conteúdo mínimo do direito natural não pode ser tido como um exemplo de jusnaturalismo, pois não se fundamenta na existência de predições divinas ou na capacidade do intelecto em descobrir mandamentos morais que limitem a elaboração das regras do direito. Hart sustenta que sem um conteúdo mínimo para a limitação das regras, decorrente das próprias limitações da natureza humana, “... o direito não pod[eria] apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros. Na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras...”<sup>5</sup>, de maneira que a tese do conteúdo mínimo descreve mais as relações dos homens com as instituições jurídicas do que o regime interno das regras. Hart sustenta que o estudo do direito, assim como, das demais estruturas da sociedade, não pode ser compreendido sem a distinção entre o aspecto interno ou externo das regras. Para isso, mostraremos como o conteúdo mínimo do direito natural está relacionado com o sistema do positivismo legal. Ainda que possamos descrever o direito, enquanto um sistema, quando, filosoficamente o investigamos “dentro” de suas práticas, também podemos olhar o direito “de fora” e perceber que sem que as instituições preservem um conteúdo mínimo, não há porque se falar em direito. Veremos que tal proposição pode ser feita, ainda que assumamos de modo predominante os contornos do

---

<sup>5</sup> CL. p. 209

positivismo jurídico, sem a restauração da tradicional oposição entre defensores do jusnaturalismo e defensores do positivismo legal.

Na principal obra de Austin *The Province of Jurisprudence Determined* investigaremos como a sua concepção de positivismo legal fundamenta esta separação. Depois, investigaremos as objeções apresentadas por Hart em *The concept of law* ao positivismo legal de Austin, apresentando a sua concepção de positivismo legal. Refletiremos se a oposição entre Austin e Hart é absoluta ou se existem pontos convergentes e complementares entre esses autores. Dessa forma, nosso principal objetivo é mostrar que não existe relação necessária entre o conceito de lei e o conceito de justiça. Contudo, como veremos, em Hart a separação entre lei e moral não impede que o direito possa investigar o conteúdo mínimo do direito natural presente nas regras jurídicas. Buscamos evidenciar que a pesquisa sobre o conteúdo mínimo do direito natural não compromete o projeto filosófico de Hart.

# 1 O POSITIVISMO LEGAL DE JOHN AUSTIN

## 1.1 A lei como comando

O primeiro capítulo desta dissertação é dedicado à obra *The Province of Jurisprudence Determined* de John Austin publicada em 1832. Deter-nos-emos nas *Lectures I, V e VI* onde se enuncia a filosofia do direito. O ponto primordial da teoria do direito de Austin é a compreensão de que o conceito de lei *não* envolve o conceito de justiça. Veremos, pois, como essa separação é articulada. A razão para começarmos com a exposição geral, e não tão rigorosa, dos argumentos de Austin é que para entendermos melhor o argumento articulado por Hart devemos perceber as principais crenças de seu principal opositor. Assim, não pretendemos levar à exaustão os comentários sobre o pensamento de Austin, mas objetivamos selecionar alguns pontos que julgamos necessários para que as teses de Austin possam ser contrapostas com a filosofia do direito de Hart. O enfrentamento Austin e Hart evidencia muito mais, as duas faces de uma mesma moeda, ou seja, modos de fundamentação das teses do positivismo jurídico, do que uma luta sem resolução entre autores antagônicos. As divergências passíveis de serem encontradas na leitura de Austin e Hart são divergências entre amigos, a saber, divergências cujo diálogo é bastante fluido, pois compartilha de fundamentos teóricos semelhantes.

Trata-se do único texto de Austin publicado em vida. Depois de sua morte uma compilação de suas aulas foi organizada com o título *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, onde comenta algumas temáticas da *Province*. *The Province of Jurisprudence Determined* foi escrita quando de sua estadia na Universidade de Bonn, logo

após assumir a cadeira de jurisprudência, na então recém criada Universidade de Londres. Nesse período foi intensamente influenciado pela jurisprudência alemã, sobretudo, pelos estudos de direito romano. Não teve uma carreira muito feliz como professor, seus cursos não eram muito freqüentados – apesar de ter tido alunos brilhantes como John Stuart Mill – o que o levou a abandonar a carreira docente. Austin costumava comentar com seus amigos que sua vida seria muito mais completa e realizada profissionalmente se tivesse dado a sorte de ter nascido na Alemanha ou nas proximidades de algum mosteiro no medievo. Os alunos de Austin o achavam tedioso, e de fato devia ser, como o próprio insiste em lembrar. Contudo ao vencer as barreiras de uma personalidade difícil, alguns acessaram um pensamento tão complexo quanto interessante, como é o caso de Stuart Mill. O abandono da carreira acadêmica o levou a interromper o seu período como escritor, não tendo sequer autorizado a republicação de sua *The Province of Jurisprudence Determined*. A recuperação de sua obra foi promovida após a sua morte, chegando, ainda no século XIX, a centralizar as discussões sobre a moralidade positiva na Inglaterra. Sua filosofia do direito, apesar de manifestar certa influência, teve seu auge somente nas discussões sobre a jurisprudência analítica. Hart e seus alunos foram responsáveis pela reedição de sua obra, bem como dos textos principais de Bentham.

Mill em pequeno texto de 1832, onde resenhou algumas das principais idéias de Austin, comentou que muito dificilmente nos é dado encontrar autores que nos levem a praticar o *hábito mental* do pensamento preciso. Contudo a filosofia de Austin, na opinião de Mill, é abundante nestes atributos, de modo que nenhuma palavra é empregada sem a medição exata de suas conseqüências conceituais. Ainda que pela leitura de Austin não possamos esclarecer todos os problemas que circundam a temática da jurisprudência,

lembra-nos Mill que não será por falta de rigor e afinco na investigação, mas em virtude da extensão dos problemas que circundam a determinação da jurisprudência<sup>6</sup>.

O sucesso alcançado por Austin chegou a tal grau de extensão que na Inglaterra do início do século XX sua obra passou a ser confundida com a própria jurisprudência. Esta centralização das questões em teoria do direito justifica sobremaneira o fato de Hart possuir como principal adversário, para construção de suas teses, a filosofia do direito de Austin. Atrevo-me a dizer que o embate entre as concepções de Austin e de Hart constitui o bloco central das questões próprias à jurisprudência<sup>7</sup>. Hart localiza a teoria de Austin como um exemplo de teoria imperativa do direito, pois associa a noção de lei com a necessidade de um aparelho sancionador dos comandos não devidamente observados pelos súditos.

Outras concepções imperativas do direito podem ser encontradas nas obras de Carl Schmitt e de Jean Bodin (dentre outros). Evidentemente que essas teorias são absolutamente distintas entre si. Contudo, o que as unifica enquanto teorias imperativas é o fato de centralizarem nas práticas do soberano a origem do direito. Com relação às teorias imperativas devemos estabelecer a oposição com as teorias não imperativas, marcando que para a teoria imperativa é sempre a soberania a principal fonte do direito, ao passo que para as não imperativas o direito pode possuir muitas fontes. Dessa forma, segundo teorias não imperativas o direito pode ter como fonte tanto o soberano quanto a população, o direito natural ou o direito positivo. O positivismo jurídico pode ser imperativo ou não, o que

---

<sup>6</sup> John Stuart Mill. *Austin's Lectures on Jurisprudence*. p. 57

<sup>7</sup> Wilfrid Rumble salienta que os escritos morais de Austin foram os primeiros a chamar a atenção dos leitores. Contudo, sua filosofia do direito demorou a receber alguma atenção, as primeiras leituras mais atentas datam do final do século XIX. Os filósofos do direito do século XX deram bastante atenção aos textos sobre jurisprudência de Austin, de modo que lhe é atribuído, junto com Bentham o título de primeiro filósofo analítico do direito. "Nineteenth-Century Perception of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of *PJD*" in *Utilitas* p. 199-216. Do mesmo autor: *Doing Austin Justice: The reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, 2005.

significa dizer que pode entender que o direito possui como única fonte o soberano ou que possui uma fonte outra ou muitas fontes.

Austin possui a pretensão de encontrar qual é a “província” determinada do direito, qual seja, o objeto próprio da jurisprudência. Dessa forma, diferencia o conceito de lei do conceito de justiça<sup>8</sup>. Marcelo de Araújo defende que para Austin o projeto do positivismo legal de Austin não possui qualquer contradição com suas investigações no âmbito da filosofia moral. “Austin procura justamente demarcar a “província” ou âmbito próprio da jurisprudência de outros tipos de investigações, mais especificamente do âmbito da ética”<sup>9</sup>.

Para Austin, o conceito de lei não se confunde com o conceito de justiça, o que, no entanto, não significa que não possamos dar uma resposta satisfatória à pergunta sobre as condições sob as quais podemos reconhecer uma lei como sendo moralmente boa. Nesse sentido, se Austin, por um lado, na história do pensamento jurídico, pode seguramente ser considerado um dos mais importantes representantes do positivismo legal, na história do pensamento moral, por outro lado, Austin figura como representante de um importante tipo de teoria moral, a saber: o utilitarismo<sup>10</sup>.

Hart, por outro lado, se arrola a tarefa de estabelecer um novo começo para a jurisprudência, recomeço este que parte de uma refutação às principais teses imperativistas de Austin. Para Hart não há que se situar as leis divinas como um exemplo de lei, da mesma forma como a moralidade deve ser estudada em campo separado. Não há propriamente uma oposição entre Austin e Hart no que diz respeito à tese da separação entre o conceito de lei e o conceito de justiça, podemos dizer que há um desacordo quanto à definição do conceito

---

<sup>8</sup> Mark Tebbit. *Philosophy of Law*. p. 20 “The hard core of Austin’s analysis consists in the drawing of strict demarcation lines to separate the authentic subject matter of legal science from that which should be regarded as irrelevant to such science. What Austin aims at, by a process of eliminative classification, is the criterion by which the boundary of positive law should be set, in order to identify what are strictly and properly speaking laws. To this effect, Austin surveyed the full range of what in common usage goes under the general term ‘law’.”

<sup>9</sup> Marcelo de Araújo. *Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin*. p. 2

<sup>10</sup> Marcelo de Araújo. *Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin*. p. 2

de lei. Hart, ao mesmo tempo em que não comenta a possibilidade de leis divinas, não considera, como veremos, que o conceito de lei possa ser definido pela idéia de comando.

Para começarmos a abordar a obra de Austin é necessária a distinção entre jurisprudência particular e a jurisprudência geral<sup>11</sup>. A jurisprudência particular diz respeito à investigação do funcionamento das leis positivas, vigentes ou não, de um determinado país. Por sua vez a jurisprudência geral enseja a investigação dos princípios, das noções e das distinções conceituais acerca da lei, podendo utilizar tanto o raciocínio abstrato quanto o funcionamento de sistemas jurídicos tidos como mais avançados<sup>12</sup>. Os advogados e os magistrados se ocupam do funcionamento particular das leis em sua mecânica. O filósofo do direito está preocupado com o sentido dos termos utilizados na dinâmica jurídica, investigando o alcance que possuem e as confusões que ocasionam. O projeto da *The Province of Jurisprudence Determined* é situado como jurisprudência geral. Austin visa observar a terminologia utilizada no direito para identificar qual é o objeto da jurisprudência.

A jurisprudência geral distingue o direito como ele é, do direito tal como deveria ser<sup>13</sup>, afirmando que o estudo deve estar centrado na primeira sentença; essa postura encontra abrigo na filosofia de Hobbes quando no *Leviathan* afirma que sua intenção não é a de mostrar a lei em um local específico, mas mostrar o que é uma lei (*to show, not what is law here or there, but what is law*)<sup>14</sup>. Podemos afirmar que a distinção entre jurisprudência geral e jurisprudência particular pode ser remetida analogicamente para a distinção entre

---

<sup>11</sup> John Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 31

<sup>12</sup> John Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 32 - 58

<sup>13</sup> John Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 33

<sup>14</sup> Hobbes, *Leviathan*, p. 165-178. Postura semelhante pode ser encontrada na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen quando enuncia que a tarefa do direito é trabalhar com o ser (*Sein*) e não com o dever ser (*Sollen*) da sociedade.

juízos analíticos e juízos normativos. Enquanto a jurisprudência geral lida com o direito em seu sentido analítico, afasta os juízos normativos das investigações, de modo que esses passam a fazer parte das reflexões de caráter moral. Em suas *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* Austin salienta que a distinção entre a jurisprudência particular e a jurisprudência geral é fundamental para compreender a sua filosofia do direito, pois dependendo do tipo de pergunta que se coloca aos seus escritos, podem-se obter respostas diferentes<sup>15</sup>. Ao se indagar por respostas tendo como objetivo o esclarecimento sobre pontos acidentais do direito, podemos acabar por lidar com os fenômenos jurídicos de modo acidental, isso acontece quando se confunde a jurisprudência com o conhecimento da legislação, perdendo-se o sentido filosófico da jurisprudência, a saber, a percepção de que o estudo da lei “tal como ela é” revela elementos que podem ser aplicados a qualquer sistema jurídico, ao contrário do conhecimento acidental da legislação que fornece apenas “saberes parciais” sobre o direito dos países.

Para tanto, o procedimento adotado por Austin será o de detectar qual é o objeto da jurisprudência, por meio da análise do que significa o vocábulo “lei”. A palavra lei possui duas aplicações, uma utilizada no sentido próprio e a outra utilizada no sentido impróprio<sup>16</sup>. No sentido próprio Austin identifica as leis divinas e as leis positivas. As leis positivas têm como característica o fato de serem gerais e abstratas. Austin apenas compreende como leis ações ou omissões de uma determinada classe, a única justificativa explicitada por Austin para excluir todas as determinações parciais é afirmativa de que esta estipulação é

---

<sup>15</sup> John Austin, *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 32 - 58

<sup>16</sup> Mark Tebbit. *Philosophy of law*. p. 20-21 “The first move here is to identify and eliminate those senses of law which are to be regarded as an improper or inappropriate use of the term. These fall under two headings, laws by analogy and laws by metaphor. What is distinctive is Austin’s decisive rejection of grey areas of legality; a law is either a law properly speaking, or it is not. Widely accepted rules which are only vaguely or by analogy regarded as laws, such as rules of a code of honour or of international law, have no part to play in the elucidation of nature law”.

conforme as formas estabelecidas pela linguagem<sup>17</sup>. No sentido impróprio, todas as situações em que afirmamos estar seguindo uma lei, mas na verdade estamos observando uma determinação parcial, ou seja, as situações onde os falantes pensam estar se referindo a uma lei, mas como não dominam os critérios de determinação da lei, acabam por confundir uma determinação parcial com uma geral<sup>18</sup>. Joseph Raz aconselha, no caso de estarmos diante de determinações parciais que possuem todas as características de uma determinação geral, passarmos ao largo desta estipulação de Austin e as admitir como disposições jurídicas<sup>19</sup>. Para o projeto do positivismo legal, devemos, então, distinguir inicialmente sob o ponto de vista semântico, o que é uma lei positiva dos outros tipos de lei.

The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors. But positive law (or law, simply and strictly so called) is often confounded with objects to which it is related by *resemblance*, and with objects to which it is related in the way of *analogy*: with objects which are also signified, properly and *improperly*, by the large and vague expression *law*.<sup>20</sup>

A filosofia do direito lida com leis em sentido próprio, necessitando, para uma determinação conceitual negativa, identificar quais são as leis em sentido impróprio. As leis em sentido próprio são identificadas nas leis divinas, leis positivas e algumas leis da moral (porque as leis morais que advém da vontade divina são leis em sentido próprio, ainda que não sejam jurídicas). Esta primeira definição é muito ampla, pois coloca no mesmo lado “laws set by God to his human creatures, and laws set by men to men”<sup>21</sup>. Araújo argumenta que Austin não considera que as leis divinas possam possuir fundamento diferente da

---

<sup>17</sup> The province of jurisprudence determined. p. 14 (Doravante apenas PJD).

<sup>18</sup> Mark Tebbit. Philosophy of law. p. 21 “Austin’s second move, having eliminated improper uses of the term, is to narrow down further the subject matter by getting rid of usages which do not denote laws which are to be regarded strictly speaking as laws”.

<sup>19</sup> Joseph Raz. The concept of legal system. p. 29

<sup>20</sup> PJD. p. 14

<sup>21</sup> PJD. p. 18

vontade de Deus, de maneira que a única lei natural, aquela posta pela vontade de Deus, pode gerar obrigações, nunca os homens poderão fundamentar obrigações sob o argumento de que é a vontade divina<sup>22</sup>.

A law, in the most general and comprehensive acceptance in which the term, in its literal meaning, is employed, may be said to be a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him<sup>23</sup>.

O objeto da jurisprudência é a lei positiva, não que o mero conhecimento das leis ordinárias permita o esclarecimento sobre o direito, mas que a percepção dos princípios gerais do direito, aliada ao estudo da legislação, fornece ao investigador instrumentos para posicionar o fenômeno jurídico de modo sistemático. Leis em sentido próprio são postas por uma autoridade política para os seus súditos. As leis que encontram vigência entre os homens são manifestações explícitas de um desejo, por alguém que se dispõe a impingir um mal a quem não observá-lo, desde que possua poder para obrigar a observância de sua determinação. Como veremos, Austin convencionou identificar como a atividade soberana o ato da feitura de leis, de comandos. Estes não podem ser confundidos com a mera ordem de um assaltante. Ainda que possua o desejo, o manifeste explicitamente e esteja disposto a aplicar um mal. Então como diferenciar o comando soberano da ameaça eventual? O comando possui como característica ser proveniente de autoridade que concentra todos os poderes da soberania. Araújo comenta que a posição de Austin, sobre os comandos, pode provocar alguns constrangimentos, como o fato de um coletor de impostos, devidamente autorizado pelo soberano, acusar injustamente alguém de não recolher os tributos. A

---

<sup>22</sup> Marcelo de Araújo. Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin. p. 4

<sup>23</sup> PJD. p. 18

reposta, que pode ser encontrada, indica para o fato da filosofia do direito de Austin não se preocupar com a legitimidade da lei, a legitimidade deveria ser discutida pela moral<sup>24</sup>.

Notamos que a lei é a manifestação de um comando, estando correlacionada com uma sanção. Então, indagaríamos, não poderíamos ter leis em sentido próprio que propiciassem recompensas (*rewards*) a pessoas que agem de determinada maneira? Não poderíamos, ao invés de ter a presença do mal, incentivar a conduta através de um bem ou recompensa? Austin não reconhece a existência de uma lei nesse caso, pois não há criação de deveres e obrigações. Recompensas não geram leis em sentido próprio, diferentemente de sanções<sup>25</sup>. O exemplo analisado na *The Province of Jurisprudence Determined* é o de A pedindo a B que faça algo sob o benefício de ser recompensado. Nesse caso, o pedido de A não é uma lei, mas tão somente o ato de incitar alguém a fazer algo em troca de um benefício<sup>26</sup>. Assim, quando uma lei institui uma recompensa, não podemos dizer que exista em sentido próprio, pois não está estabelecendo uma obrigação, mas instituindo um *direito*. Vejamos no texto de Austin:

If a law hold out a reward, as an inducement to do some act, an eventual *right* is conferred, and not an obligation imposed, upon those who shall act accordingly: The imperative part of the law being addressed or directed to the party whom it requires to render a reward<sup>27</sup>.

Contudo, apenas comandos criam obrigações, de maneira alguma Austin admite o fato de recompensas (*rewards*) poderem gerar obrigações. Em comunidades onde a pobreza excessiva é um cenário constante, poderíamos nos indagar se realmente recompensas não

---

<sup>24</sup> Marcelo de Araújo. Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin. p. 8

<sup>25</sup> PJD. p. 23

<sup>26</sup> PJD. p. 24

<sup>27</sup> PJD. p. 24

são capazes de criar obrigações<sup>28</sup>. Como, por exemplo, o menino que se trabalhar no tráfico de entorpecentes poderá custear o tratamento médico de um irmão doente, não seria estranho podermos dizer que o menino está obrigado a assumir o emprego ilícito. A sistematicidade do positivismo não pode abarcar a figura da recompensa, deve-se perceber que uma hipótese como a narrada, deve ser resolvida mediante medidas políticas de integração social. O objeto da jurisprudência é a lei e a possibilidade de previsibilidade na aplicação das mesmas. O alheamento das sociedades com cenários como o descrito não possui nenhuma relação com o direito, mas com a política, o direito que procura sanear este tipo de situação acaba por não realizar o requisito mínimo de previsibilidade na aplicação das leis<sup>29</sup>. Um outro exemplo para pensarmos se recompensas podem criar obrigações pode ser encontrado na prática da cobrança de impostos. Se pensarmos nos impostos que normalmente pagamos, em função de largos descontos para os contribuintes que pagam mais cedo, poderíamos pensar que a diminuição no valor total é tão interessante que estamos praticamente obrigados a pagar antes. Poderíamos, também, pensar em situações onde a sanção fosse tão baixa que pudéssemos não nos sentir obrigados a cumprir determinadas condutas, como por exemplo, não jogar lixo na rua. A sanção para quem joga lixo na rua é tão rara e tão irrisória que não nos sentimos obrigados a cumprir essa conduta. Para os dois exemplos expostos não podemos dizer que recompensas criem obrigações. Porque para o exemplo dos impostos não estamos obrigados, mas nos sentimos “como” se fôssemos obrigados, não havendo nenhuma obrigação correlata no caso do não pagamento adiantado. No caso do lixo sendo jogado no chão também não há que se falar em obrigação, pois o fato do sentimento de obrigação no caso explicitado depende, não da estrutura

---

<sup>28</sup> PJD. p. 23

<sup>29</sup> Marcelo de Araújo. Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin. p. 9

obrigacional do direito, mas de condições morais e financeiras dos indivíduos envolvidos. Uma pessoa muito pobre pode se sentir obrigada, enquanto a muito rica não se sente obrigada, mas isso não indica que ambas não estejam sujeitas a uma mesma obrigação.

As leis em sentido impróprio são as leis da moral positiva e leis em sentido metafórico. Por moral positiva devemos compreender o conjunto de regras não jurídicas que possuem vigência em uma determinada comunidade; e pelo fato de não serem jurídicas, não são passíveis de sanção estatal. Por leis em sentido metafórico devemos entender o emprego do vocábulo lei em situações onde não se refere à manifestação explícita de um desejo com relação ao qual, em caso de descumprimento, estipulo uma sanção<sup>30</sup>. Entre as leis em sentido próprio e as leis em sentido impróprio existe apenas uma ligação analógica.

Dessa forma, podemos resumir a metodologia de Austin em três aspectos procedimentais: (1) inicialmente determinar a essência ou a natureza (*“by determining the essence or nature of a law...<sup>31</sup>”*) do vocábulo “lei”, de modo a detectar em que situações o vocábulo é utilizado de modo próprio, (2) observar as situações em que o termo é utilizado de modo impróprio e (3) realizar distinções sobre os dois modos de emprego<sup>32</sup>.

Com relação ao emprego do vocábulo “lei” quatro possibilidades de emprego são percebidas por Austin: (1) utilização do termo indicando uma lei de Deus (utilização em sentido próprio), (2) utilização do termo se referindo à moral positiva (utilização por vezes em sentido próprio e noutras em sentido impróprio), (3) utilização em sentido metafórico

---

<sup>30</sup> PJD. p.10 “Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative, are laws improperly so called. A law metaphorical or figurative and law imperative and proper are allied by analogy merely; and the analogy by which they are allied is slender or remote.”

<sup>31</sup> PJD. p. 11

<sup>32</sup> PJD. p. 11

ou figurado (sentido impróprio) e (4) como uma lei positiva (então em sentido próprio e basilar do positivismo legal)<sup>33</sup>.

A lei, em sentido próprio, é um comando soberano<sup>34</sup>. Apenas o desejo do soberano é comando jurídico<sup>35</sup>. O comando se diferencia de outros tipos de desejos - não apenas pelo seu estilo peculiar - mas porque toda vez em que é manifestado vemos a presença da força e a possibilidade de se impingir mal ou dor aquele que o descumpre<sup>36</sup>. O comando pode ser descrito como (1) o desejo de que algumas pessoas se comportem de uma determinada maneira, (2) a expressão do desejo, (3) a intenção de causar dano ou uma pena se o desejo não for satisfeito, (4) ter poder para realizar o intento, (5) a manifestação explícita de que há a intenção de causar o dano no caso do descumprimento.

Mark Tebbit adverte que um equívoco muito comum, cometido pelos intérpretes da jurisprudência, é a associação da teoria do direito como comando com o positivismo legal. Esta associação é possível, mas não é necessária. Salieta que do positivismo legal, e da separação entre o conceito de lei e o conceito de moral, pode se seguir uma teoria do direito como comando, mas tal pode não ocorrer. O exemplo fornecido pelo autor trata de Jean Bodin que em seu *Six livres sur la republique* defende uma concepção de direito como comando, que não pode ser caracteriza como positivista legal. Um segundo equívoco bastante cometido, para o qual chama atenção Tebbit, diz respeito ao fato da teoria do direito como comando ter sido desenvolvida no século XIX por Austin e Bentham.

---

<sup>33</sup> PJD. p. 11

<sup>34</sup> PJD. p. 21

<sup>35</sup> PJD. p. 21 “A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded. If you cannot or will not harm me, in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase. If you are able and willing to harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish amounts to a command, although you are prompted by a spirit of courtesy to utter in the shape of a request.”

<sup>36</sup> PJD. p. 21

Segundo Tebbit, Austin e Bentham nada mais fazem do que “... an elaborate expression of a common sense view of the essential nature of law<sup>37</sup>”. Para Tebbit, Austin foi o primeiro a elaborar uma teoria “compreensiva” do direito, de modo que baseado em análise conceitual sistemática, desenvolve a rejeição do positivismo legal à lei natural<sup>38</sup>. O fato de Austin ter sido o primeiro grande filósofo sistemático do direito como comando, traz algumas dificuldades acerca da aplicação de seus princípios em algumas situações da prática ordinária do direito.

Raz observa que Austin não explicita se o desejo de causar um mal e a possibilidade de impingir um mal devem estar presentes no tempo da emissão do comando ou se devem estar presentes durante todo o período de validade do comando. Assumir um dos lados isoladamente constituiria um absurdo no modo como Raz compreende o problema, se o soberano deve desejar o mal em todo o tempo de vigência da lei, seria impossível verificar esta condição a todo o momento em que se devesse aplicar uma sanção, da mesma forma com relação à possibilidade de impingir um mal, se esta se constata apenas no momento da promulgação do comando, e não quando deve ser efetivamente aplicada, nos indagaríamos sobre a efetividade do comando. Raz propõe que a sentença seja lida no sentido de que o soberano precisa desejar a aplicação apenas no momento da promulgação, contudo a capacidade de aplicar a sanção deve ser uma constante. Porque se assim não fosse seria bastante difícil que os comandos pudessem obrigar e, dessa forma, gerar deveres<sup>39</sup>.

Com efeito, comando e dever são termos correlatos, no sentido de que sempre, quando um está presente, temos, necessariamente, a presença do outro. Quando existe um

---

<sup>37</sup> Mark Tebbit. *Philosophy of law*. p. 20

<sup>38</sup> Mark Tebbit. *Philosophy of law*. p. 20

<sup>39</sup> Joseph Raz. *The concept of legal system*. p. 30-31

comando o fato observado gera um dever, outrossim, quando existe um dever a ser cumprido é porque existe um comando<sup>40</sup>. O soberano pelo seu desejo cria deveres para seus súditos.

Seria então correto afirmar que toda sanção é violenta? Apenas poderíamos fazer a correlação com a violência se entendêssemos que essa é caracterizada pelo fato de se obrigar alguém a fazer o que não deseja. Mas nem todo *enforcement* é violento. Podemos dizer que as sanções que se valem da violência são *punishment*, sendo apenas espécie do gênero sanção<sup>41</sup>. As sanções são um modo de obrigar uma ação de acordo com o desejo do soberano, essas podem ser violentas ou persuasivas. São violentas quando atentam contra a integridade física dos súditos e persuasivas quando não precisam do aparelho de violência do Estado para serem observadas.

Desse modo, a sanção opera segundo duas variáveis, a primeira é a intensidade da violência (quando necessária), a segunda a probabilidade de que o mal seja levado a cabo. Podemos afirmar que a probabilidade do mal é mais importante para o cumprimento do comando do que a efetiva violência, pois é com o temor e com a constituição do hábito de obediência que o soberano consegue governar. Agora, pensemos que as sanções do soberano são pífias, sendo, inclusive, bastante improvável que chegue a colocá-las em prática, neste caso não possuiríamos mais leis? O fato de raramente a sanção ser colocada em prática ou de sua estrutura ser completamente imprópria para punir o descumprimento, não faz com que uma lei deixe de ser lei. Contudo quando uma lei é uma lei ruim a confiança no soberano fica abalada e a sensação de ordem pública diminui, mas ainda assim temos lei. Uma lei pode ser uma boa lei ou uma lei ruim, os valores públicos e a

---

<sup>40</sup> PJD. p. 22

<sup>41</sup> PJD. p. 22

efetividade dos mandamentos irão dizer, mas não é requisito para o estatuto conceitual da lei a sua efetividade<sup>42</sup>.

As leis ou regras são sempre gerais, tanto determinando uma ação quanto uma abstenção<sup>43</sup>. Agora, quando provenientes de autoridade legislativa, apenas podem ser consideradas leis quando o corpo legislativo é o soberano. Assim, no caso da influência externa retirar a autonomia legislativa do corpo, não poderemos dizer que estamos diante de uma lei produzida pela soberania em questão. Essa questão deve ser aventada, em casos de sistemas jurídicos complexos, onde a figura do soberano não se confunde com uma pessoa, é o caso de sociedades onde o corpo legislativo detém a soberania ou em sociedades onde todo o povo possui o poder soberano, como nas democracias. Nessas hipóteses, existe lei, pois o modo abstrato da lei e o monopólio da sanção são preservados.

As issued by a sovereign legislature, and as wearing the form of a law, the order which I have now imagined would probably be called a law. And hence the difficulty of drawing a distinct boundary between laws and occasional commands<sup>44</sup>.

Austin faz distinção entre os comandos provenientes de autoridades legislativas e comandos provenientes de autoridade judicial. Os comandos que advêm de autoridade legislativa tanto podem ser gerais ou específicos. Os comandos provenientes de autoridade judicial são geralmente específicos, pois resolvem um conflito existente entre as partes, não possuindo eficácia para outrem<sup>45</sup>. O exemplo salientado por Austin é o do homem condenado à força. Nesta questão vemos que o ato legislativo foi geral, na medida em que todos os homens que praticarem determinada conduta devem ser enforcados, todavia o ato

---

<sup>42</sup> PJD. p. 23

<sup>43</sup> PJD. p. 26

<sup>44</sup> PJD. p. 26

<sup>45</sup> PJD. p. 27

judicial é sempre particular, tendo em vista que a autoridade judiciária vai condenar uma pessoa em específico a ser enforcada<sup>46</sup>. Notemos que a figura do *enforcement* é fundamental para um comando. Assim, quando uma lei estabelece como comando o fato de que todos os assassinos devem ser condenados à forca, se X comete um assassinio o *enforcement* deve permitir que a sentença seja aplicada para o indivíduo. Mas uma sentença judicial não é uma lei, mas um comando ocasional. Quando mantemos a distinção entre comando particular e comando geral estamos a resguardar a distinção entre o legislador e o juiz. Austin apresenta um posicionamento que seria diametralmente oposto ao dele, comenta que William Blackstone percebe os comandos particulares como dizendo respeito a um único indivíduo, enquanto os comandos gerais dizem respeito a uma coletividade de indivíduos, de modo que tanto os comandos particulares como os gerais podem ser entendidos como leis. Austin busca refutar a tese de Blackstone argumentando que a generalidade do comando não diz respeito ao número de indivíduos, mas sim a uma classe de ações. De maneira que em algumas situações poderíamos ter uma lei que regulasse as atividades de um indivíduo, como o caso de um primeiro ministro. De modo que “a law is a command which obliges a person or persons”<sup>47</sup>.

Parece-nos que tanto Blackstone quanto Austin estão equivocados acerca da generalidade da lei. Seria muito difícil perceber um comando particular como sendo uma lei. Melhor seria perceber, como faz Austin, que o judiciário quando resolve uma ação, pratica um comando ocasional “autorizado” por uma lei geral. Da mesma forma não há que se falar de uma lei para um único indivíduo. Ainda que Austin não pudesse conhecer alguns princípios de organização do direito; pelo princípio da generalidade e abstração da lei, em

---

<sup>46</sup> PJD. p. 28

<sup>47</sup> PJD. p. 29

função da preservação a igualdade, não se pode falar em uma lei que seja específica para um particular. Ainda no exemplo dado por Austin não há que se falar em indivíduo, pois o primeiro ministro, ou o presidente, não podem, enquanto no exercício do cargo, ser classificados como indivíduos comuns, mas como investidos de uma função pública. Uma regra jurídica não pode regular um único presidente ou um único primeiro ministro, mas sempre, de modo abstrato, todos os homens que porventura ocuparem a investidura. Ainda que a possibilidade de se entender uma lei para um único indivíduo pareça equivocada, a noção de que um comando diz respeito a uma classe ações é capaz de resolver casos como o do presidente e do primeiro ministro. De modo que nossa crítica a Austin é parcial.

Podemos encontrar leis, em sentido impróprio, que são colocadas pela autoridade legislativa. Nestes casos a lei, ainda que tenha aparência de uma lei em sentido próprio, percebe-se, por não corresponder aos critérios que identificam os comandos, que estamos diante de leis em sentido impróprio. Assim, sob o pretexto de estar criando um comando, nem sempre a autoridade legislativa assim o faz, de modo que cria leis que se referem a comandos anteriores. O primeiro caso diz respeito à interpretação, o segundo caso diz respeito às leis revocatórias e o terceiro caso diz respeito a obrigações imperfeitas.

(1) A primeira é encontrada quando a legislatura pratica um ato que interpreta, mas não cria um novo comando<sup>48</sup>. As leis que interpretam são sempre relacionadas a comandos, mas não se confundem com esses, pois apenas direcionam o cumprimento da ordem, mas não alteram a sua natureza<sup>49</sup>. Os comandos são imperativos, enquanto as leis que apenas interpretam são declaratórias de uma determinada compreensão. Austin faz uma crítica a esse tipo de lei quando, sob o pretexto de ser apenas declaratória, acaba operando efeitos

---

<sup>48</sup> PJD. p. 31

<sup>49</sup> PJD. p. 31

imperativos<sup>50</sup>. A interpretação de uma lei pode ser um ato do juiz ou um ato do legislador. Quando o juiz interpreta um comando, assim o faz para solucionar uma determinada questão, de modo que a sua decisão deve ser caracterizada como um comando ocasional, não sendo lei, portanto, de maneira que não pode ser utilizada em um novo caso, apenas se a aplicação for analógica. No caso da interpretação feita pelo legislador, esta pode vir a cabo para explicitar o sentido de um comando que seja obscuro. Contudo, a interpretação, sob o pretexto de esclarecer o comando pode vir a criar um novo. No caso do simples esclarecimento estamos diante de uma lei em sentido impróprio com aparência de lei em sentido próprio. No caso da interpretação que cria uma nova lei, não há que se falar em interpretação, mas em ato de criação de um comando, sendo lei em sentido próprio.

(2) A segunda categoria trata da lei que revoga um comando. Essas são leis apenas em sentido impróprio. Pois têm a sua razão de existência vinculada à função do comando<sup>51</sup>. Austin articula uma crítica a esse tipo de lei quando na revogação de um comando, a lei que apenas deveria acabar com um mandamento faz com que liberdades sejam retomadas. Assim, mesmo não sendo um comando, a lei que revoga, nessa hipótese, acaba por operar efeitos imperativos<sup>52</sup>. A crítica de Austin é direcionada para o aspecto não explícito da revogação. Essa descrição pode acontecer quando uma lei antiga é substituída por uma lei nova e depois de algum tempo é revogada. Na revogação da lei nova a antiga lei voltará a ter efeitos normativos, mas a normatividade da lei antiga não foi explícita no texto da revogação. Para Austin as leis que revogam comandos devem ser explícitas no teor de suas revogações e com relação aos efeitos que produzirão.

---

<sup>50</sup> PJD. p. 31

<sup>51</sup> PJD. p. 32

<sup>52</sup> PJD. p. 32 “Remotely and indirectly, indeed, permissive laws are often or always imperative. For the parties released from duties are restored to liberties or rights: and duties answering those rights are, therefore, created or revived.”

(3) A terceira categoria é ilustrada pelas leis imperfeitas ou leis de obrigação imperfeita<sup>53</sup>. Essas devem ser entendidas como aquelas que carecem de uma sanção correspondente, ou seja, são leis emitidas por autoridade legislativa, mas que não atribuem qualquer mal ou sanção, não sendo, portanto, uma obrigação.

An imperfect law (with the sense wherein the term is used by the Roman jurists) is a law which wants a sanction, and which, therefore, is not binding. A law declaring that certain acts are crimes, but annexing no punishment to the commission of acts of the class, is the simplest and most obvious example.<sup>54</sup>

Austin encontra essa modalidade de lei, em sentido impróprio, na jurisprudência romana, mas logo nos adverte que na jurisprudência inglesa - podemos expandir a afirmativa para os países de direito romano-germânico - é impossível de um tal exemplo acontecer, pois uma vez que um comando é sancionado, entendem os tribunais que este deve ser aplicado, e, se não existe uma punição corresponde, logo, colocam-se a supri-la para um caso específico<sup>55</sup>.

Outras leis, no sentido próprio, podem parecer não guardar imperatividade, mas na verdade a possuem; podemos enumerar os casos em dois paradigmáticos grupos, a saber: as leis que apenas criam direitos e as leis consuetudinárias<sup>56</sup>.

Quando, numa primeira análise do problema, observamos que as leis devem impor um dever, pensamos que as leis que criam direitos não são leis em sentido próprio, pois não estabelecem dever algum. O que Austin salienta é que não existe uma lei para o direito e uma lei para o dever. As leis são construtos que necessariamente envolvem a noção de

---

<sup>53</sup> PJD. p. 32

<sup>54</sup> PJD. p. 32

<sup>55</sup> PJD. p. 33

<sup>56</sup> PJD. p. 33

direito e dever<sup>57</sup>. Dessa maneira, podemos afirmar que existem leis que se correlacionam com *deveres absolutos*, essas são leis que apenas criam um dever, mas não estabelecem um direito novo<sup>58</sup>. Outras são leis que se relacionam com *deveres relativos*, pois são leis que estabelecem direitos novos, estabelecendo uma obrigação<sup>59</sup>.

O outro grupo paradigmático é marcado pelas discussões em torno do tema das leis consuetudinárias<sup>60</sup>. Estas devem ser entendidas como as leis que advêm dos costumes de uma determinada comunidade. A tese que Austin defende é que as leis consuetudinárias podem ser leis positivas, na medida em que são postas por juízes autorizados pelo poder soberano. Não são válidas porque são manifestações culturais de um povo, mas são válidas porque ratificadas pelos tribunais devidamente autorizados pela soberania<sup>61</sup>. Austin se opõe a duas concepções acerca do direito consuetudinário. A primeira delas avalia o direito consuetudinário como sendo um direito que advêm da comunidade de modo espontâneo (pois faz parte do desenvolvimento histórico e cultural), e por ter essa natureza, é imediatamente observado, sem que tenha que passar pelo crivo do soberano. Austin sustenta que esse modo de pensar é enfatizado pelos juristas alemães os quais entendem as leis provenientes do costume como sendo positivas, mesmo que não tenham sido colocadas por um superior hierarquicamente soberano<sup>62</sup>. Austin entende como insatisfatória essa interpretação do conceito de costume, pois mesmo que esse seja de observação espontânea,

---

<sup>57</sup> PJD. p. 34

<sup>58</sup> PJD. p. 33

<sup>59</sup> PJD. p. 34

<sup>60</sup> PJD. p. 34

<sup>61</sup> PJD. p. 35

<sup>62</sup> PJD. p. 34-35

apenas far-se-á em direito positivo quando o soberano o fizer, ao mesmo tempo em que correlacionar uma sanção à não observância do preceito<sup>63</sup>.

Uma outra tese refutada por Austin é a que assevera que o costume ratificado pelo juiz não é positivo. A tese refutada defende a noção de que o costume ratificado pelo juiz apenas constitui criação do mesmo, mas não uma lei positiva de um legislador soberano<sup>64</sup>. Austin entende que esse posicionamento é incorreto, porque os juízes apenas exercem a judicatura se autorizados pelo poder soberano. Assim, não exercem um poder próprio, mas exercem a soberania que lhes foi atribuída<sup>65</sup>. Uma lei costumeira pode ser considerada positiva quando ratificada por um juiz, que não o faz em nome próprio, mas em nome da soberania<sup>66</sup>. Para tanto, devemos indicar que para Austin o costume é imperativo, pois é trazido para a ordem jurídica através de um ato judiciário, que é, por sua vez, um ato soberano. Assim, é-nos dado definir o costume como uma regra de conduta que os governados de uma determinada localidade observam espontaneamente. Todavia, esse apenas passa a operar efeitos de uma lei quando é adotado por um tribunal, cujas decisões estejam amparadas pela soberania. Dessa forma, antes de ser ratificado por um tribunal um costume é apenas um exemplo da moralidade positiva<sup>67</sup>.

Now when judges transmute a custom into a legal rule, the legal rule which they establish is established by the sovereign legislature. A subordinate or subject judge is merely a minister. The portion of the sovereign power which lies at his disposition is merely delegated. The rules which he makes derive their legal force from authority given by the state: an authority which the state may

---

<sup>63</sup> PJD. p. 35

<sup>64</sup> PJD. p. 35

<sup>65</sup> PJD. p. 35 “I think it will appear, on a moment’s of reflection, that each of these opinions is groundless: that customary law is *imperative*, in the proper signification of the term; and that all judge-made law is the creature of the sovereign state.”

<sup>66</sup> PJD. p. 35

<sup>67</sup> PJD. p. 35

confer expressly, but which it commonly imparts in the way of acquiescence. For, since the state may reverse the rules which he makes, and yet permits him to enforce them by the power of the political community, its sovereign will “that his rules shall obtain as law” is clearly evidence by its conduct, though not by its express declaration<sup>68</sup>.

Com efeito, quando os juízes fazem de um costume uma regra legal, essa não é estabelecida pela vontade isolada do juiz, mas é, em última instância, um ato judicial de uma legislatura soberana. O juiz utiliza o poder soberano de decidir apenas de modo delegado. Dessa forma, a autoridade que possui é fundada na autoridade do Estado, da mesma forma a superioridade que possui é calcada na posição política que ocupa. Dessa maneira, o costume não é soberano por si, na medida em que deve ser incorporado por uma legislatura, assim como pode ser sempre revogado.

Nesta primeira seção apresentamos os argumentos de Austin presentes em sua primeira *Lecture*: dissemos que a apresentação do pensamento de Austin se faz necessária porque se trata de um expoente do positivismo legal, tradição que estamos investigando; e porque Hart dialoga permanentemente com suas teses. Austin e Hart entendem que o conceito de lei não depende do conceito de justiça, Austin buscará demonstrar a sua tese delimitando o campo próprio da jurisprudência, qual seja, a província do direito. Segundo a metodologia de Austin para se delimitar a província do direito, primeiro temos que investigar os usos lingüísticos do vocábulo “lei”. Através desta investigação somos capazes de diferenciar o uso do vocábulo “lei” em sentido próprio dos usos em sentido “impróprio”. A jurisprudência se ocupa da lei em sentido próprio, com exceção das leis divinas, de modo que o conceito de lei deve ser caracterizado segundo o conceito de comando. Por comando Austin entende a manifestação explícita de um desejo do soberano, para o qual está

---

<sup>68</sup> PJD. p. 35

disposto, no caso de descumprimento, a aplicar uma sanção. Na próxima seção abordaremos o conceito de soberania em Austin e o correlacionaremos com outros autores que investigam a temática da soberania. Além de examinarmos o pensamento de Austin sobre a matéria evidenciaremos que sua concepção de soberania pode ser aproximada de outras concepções que entendem pelo caráter ilimitado da soberania. Hart, por outro lado, entende que a soberania sempre possui limitações.

## 1.2 A lei e a soberania

Nesta seção abordaremos a última *Lecture* da *Province*, onde Austin trata do tema da soberania e o correlaciona com a idéia de comando fundado em ameaças, de modo a indicar que a soberania depende da desigualdade entre os homens, ou seja, da existência de homens que estejam em situação de superioridade com relação a outros. O exame da última *Lecture* é relevante porque, como veremos nos próximos capítulos, para Hart a soberania não é ilimitada. A soberania encontra barreira tanto na natureza das regras, quanto nos elementos do conteúdo mínimo do direito natural.

Austin sustenta que a lei apenas se faz possível onde existe relação hierárquica, ou seja, onde alguns mandam e outros obedecem. Para que possamos introduzir as temáticas concernentes ao tema da lei, sempre teremos que afirmar a importância do soberano. Outrossim, para que o soberano tenha a sua importância legisladora garantida, faz-se mister o tema da soberania<sup>69</sup>. O Estado só é soberano quando possui divisão entre os que podem elaborar os comandos e os que deverão obedecer. Da mesma forma, a soberania só é

---

<sup>69</sup> PJD. p. 166

encontrada quando o soberano possui autonomia, com relação a influências externas, na elaboração de tais comandos<sup>70</sup>.

Onde há superioridade há também, por definição, uma relação de *desigualdade*. Mas a qual desigualdade estamos nos referindo? À possibilidade de alguém impor o seu desejo por intermédio do mal ou do sofrimento<sup>71</sup>. Dessa forma, soberania para Austin é o poder de afetar o comportamento das pessoas através de ameaças.

Austin cita, como exemplo, a superioridade de Deus com relação aos homens, na medida em que seu poder afeta aos crentes a agir conforme a sua vontade. Algo análogo ocorre com os súditos com relação ao seu soberano, ou com um magistrado com relação aos cidadãos. Assim, o conceito de “superioridade” como os conceitos de “sanção” e “dever”, são decorrentes imediatos da noção de comando<sup>72</sup>.

O problema da relação entre lei e soberania em Austin é colocado nos seguintes termos: existem sociedades onde a submissão a um soberano é completa; essas podem ser ditas sociedades superiores. Outras tantas são sociedades divididas onde a submissão ao superior não acontece de modo completo, havendo grupos que se digladiam pelo poder<sup>73</sup>. O terceiro e último tipo são as sociedades em estado de natureza, onde não encontramos a figura do soberano.

O tema da soberania está diretamente ligado à capacidade que alguns possuem em concentrar poder. Esta pode ser compreendida como uma característica fundamental do

---

<sup>70</sup> PJD. p. 166

<sup>71</sup> PJD. p. 29

<sup>72</sup> PJD. p. 30 “It appears, then, that the term *superiority* is implied by the term *command*. For superiority is the power of enforcing compliance with a wish: and the expression or intimation of a wish, with the power and the purpose of enforcing it, are the constituent elements of a command.”

<sup>73</sup> PJD. p. 165

Estado<sup>74</sup>. Para Austin o soberano deve concentrar a maior quantidade de poder possível, pois se algum grupo social é capaz de concentrar poder, este rivaliza com a soberania. Austin entende que para que possamos dizer que estamos diante de uma soberania os poderes menores ou subalternos devem ser igualmente delegados pela soberania. De maneira que ainda que o soberano não exerça de modo atual todo o seu poder, o exercício do poder, em âmbito social, decorre de autorizações do soberano. Autorizações essas sob a forma de delegações quanto ao uso do poder em determinadas situações.

A soberania implica em uma sociedade política independente. Sociedade política independente implica em soberano independente. O conceito de independência pode ser elucidado da seguinte forma: em primeiro lugar, a maior parcela da sociedade possui hábito de obediência com relação a um soberano e apenas com relação a ele. Em segundo lugar, esse soberano não possui hábito de obedecer a ninguém. Se essas duas características estiverem presentes, podemos falar em um Estado marcado pela soberania<sup>75</sup>. Uma sociedade não perde o seu estatuto de independência se o seu soberano é influenciado, por vezes, por outros soberanos, mas a soberania é colocada em xeque quando essa observância da vontade de outrem caracteriza uma obediência habitual, nesse caso não há que se falar em soberania<sup>76</sup>. De maneira que não podemos afirmar que um Estado deixa de possuir soberania simplesmente porque seu soberano “ouve” outros soberanos para determinar as suas ações. A soberania estará ausente se o soberano age porque uma outra soberania assim o determinou, nesse caso, se o soberano A age sempre conforme as determinações do

---

<sup>74</sup> PJD. p.165

<sup>75</sup> PJD. p 166 “The superiority which is styled sovereignty, and the independent political society which sovereignty implies, is distinguished from other superiority, and from other society, by the following marks or characters. I. The bulk of the given society are in habit of obedience or submission to a determinate and common superior: let that common superior be a certain individual person, or a certain body or aggregate of individual persons. 2. That certain individual, or that certain body of individuals, is not in a habit of obedience to a determinate human superior.”

<sup>76</sup> PJD. p. 170

soberano B, podemos afirmar que não existe a soberania A, mas tão somente a soberania B nos territórios de A e de B.

Na filosofia do direito de Austin vimos que, no âmbito interno das normas, quando falamos da aplicação de um comando, ensejamos dizer que estão presentes: a possibilidade de um mal e a superioridade do agente que impinge a sanção sobre aquele que a suporta. É, da mesma forma, fundamental para a compreensão do conceito de soberania a percepção da superioridade de posições em algumas relações jurídicas. Assim, não é absurdo falarmos que a nossa vontade individual não é soberana com relação à vontade do soberano, e, sendo assim, estamos em posição de inferioridade hierárquica. Em estados democráticos a soberania encontra-se dissipada na figura de todos os cidadãos, e, por isso, não há que se falar em superioridade ou inferioridade entre eles<sup>77</sup>.

Austin percebe a distinção entre os possíveis modos de emprego do termo “lei”, quais sejam, o vocábulo pode ser utilizado tanto em sentido próprio quanto em sentido impróprio. Em esfera internacional Austin salienta que utilizamos, em diversas situações, a expressão *lei internacional*, mas tal emprego caracteriza nada mais do que um uso impróprio. A lei internacional não pode ser descrita em termos de uma lei positiva, tese que Hart endossará mais tarde, na medida em que positiva é a lei colocada por um soberano, para pessoas em estado de sujeição<sup>78</sup>. As leis internacionais encontram a sua vigência apenas na concordância dos Estados, podendo ser ignorada se à soberania nacional

---

<sup>77</sup> CL, p. 71

<sup>78</sup> Não desenvolveremos a temática da lei internacional em Austin e Hart neste trabalho. Contudo, indicamos que se trata de tema interessante de pesquisa, pois problematizará a existência ou não, em bases analíticas, de alguma coisa como o direito internacional. Hart desenvolve parcialmente o tema no último capítulo do *CL*. De certa forma o direito internacional ainda carece de aprofundamento acerca dos usos lingüísticos de suas práticas e de esclarecimento sobre seus conceitos fundamentais.

aprouver. Por essa razão, Austin afirma que essas são sustentadas na opinião e nas sanções morais.

Austin, para defender a sua noção de soberania, remonta alguns elementos da teoria da soberania de Grotius, para em seguida refutá-la. Austin retira a seguinte citação do texto do *De iure belli ac pacis* como sendo o trecho em que Grotius define a sua concepção de soberania. A concepção de direito internacional de Grotius é entendida como o primeiro esforço na secularização do direito internacional. Passamos a reproduzir:

Summa potestas civilis illa dicitur, cujus, actus alterius juri non subsunt, ita ut alterius voluntatis humanae arbitrio irriti possint reddi. Alterius cum dico, ipsum excludo, qui summa potestate utitur, cui voluntatem mutare licet.<sup>79</sup>

O que caracteriza a concepção de soberania de Grotius, segundo Austin, é o fato de um único homem não ser passível de influência quando da tomada de suas decisões<sup>80</sup>. Para Austin, a concepção de soberania de Grotius define bem o problema da soberania, pois não coloca em dúvida a autonomia do soberano, de modo que podemos entender que sempre que a autonomia puder ser colocada à prova, não mais estaremos diante da soberania, pois o estado de superioridade foi quebrado. Quando os seus atos são apenas determinados por sua própria vontade, o soberano não pode ser levado a agradar a vontade dos outros, a não ser que essa seja a sua própria<sup>81</sup>. Tal concepção, para Austin, é relevante, pois nos permite compreender melhor o seguinte ponto: o estatuto de soberania não pode jamais ser

---

<sup>79</sup> Apud PJD. p.181 “O poder soberano é de tal forma que os seus atos são independentes de qualquer outro poder superior, de modo que não podem ser anulados por nenhuma outra vontade humana. Eu digo, por nenhuma outra vontade humana, na medida em que devemos excepcionar o soberano ele mesmo, a quem é garantido a liberdade de mudar sua vontade.”

<sup>80</sup> PJD. p. 182

<sup>81</sup> PJD. p. 182

atribuído a um ser humano, mas sempre a um Estado. Soberano é o Estado e não a pessoa<sup>82</sup>. Quando afirmamos que soberano é o Estado e não a pessoa, não estamos indicando que segundo alguns modelos não possamos perceber que uma pessoa exerce de maneira absoluta a soberania, mas sim que exerce a soberania enquanto prática política. Cabe dizer que não é o homem que exerce a soberania, mas que a soberania é *exercida por intermédio de um determinado atributo concentrado em um homem*. Em sistemas jurídicos simples calha de a soberania estar toda concentrada em um único homem, pois esse exerce todo o atributo do poder, em sistemas jurídicos complexos a soberania é concentrada em alguns homens, ou, como é na República, em todos os homens. Mas então como fico o soberano ele pode ser limitado ou não? A resposta necessariamente repõe o paradoxo: o soberano não pode ser limitado, a não ser que o soberano mesmo estabeleça a limitação.

A soberania dependente da superioridade frente aos desiguais, de modo que apenas decisões absolutamente autônomas podem ser consideradas soberanas. Mas é preciso agora discutirmos a noção de autonomia. Trata-se de soberano aquele que não escuta as exigências sociais ou aquele que não conhece a dinâmica internacional dos Estados? Não, trata-se apenas de um Estado conduzido por maus governantes. Ainda que o poder não possa ser dividido, a soberania deve atentar para os desejos sociais e a dinâmica internacional dos Estados, se o soberano tiver a pretensão de administrar bem um Estado. O conceito de soberania não precisa para ser encontrado da prática do bom governo, mas não existe nada que impeça que o soberano tenha disposição social para atender exigências e solucionar os conflitos sociais do Estado. As decisões sempre são tomadas levando em

---

<sup>82</sup> PJD. p. 182 “Every government, let it be never so powerful, renders occasional obedience to commands of other governments. Every government defers frequently to those opinions and sentiments which are styled international law. And every government defers habitually to the opinions and sentiments of its own subjects.”

conta pressões feitas em esfera internacional ou por influência em âmbito interno, o que caracteriza a soberania é uma dinâmica de forças maior que a simples vontade individual. Para Austin o que deve ser entendido é que nenhum governo é todo poderoso, sempre prestando obediência a comandos externos ou pressões internas, sem descaracterizar a autonomia de decisões.

Todavia, quando Austin afirma que Grotius se equivoca em sua concepção de soberania, *não está dizendo que o poder soberano é passível de limitações*, mas que a soberania não se confunde com a vontade individual inabalável de um único agente<sup>83</sup>. Assim, mesmo se estivéssemos falando de um Estado onde existisse uma única pessoa que exercesse a soberania, estaríamos diante das cobranças e pressões internas e internacionais que influenciariam o exercício da legislatura<sup>84</sup>.

Contudo, tal influência não pode ser confundida com limitação à legislatura. A lei positiva não pode limitar o exercício da soberania, sob pena de contradição absoluta entre os conceitos de soberania e de lei. Se o poder soberano detém a capacidade de colocar leis, não pode uma lei limitar as suas ações, e, mesmo que colocasse uma limitação à sua própria atuação, essa não poderia ser entendida como uma lei, mas apenas como a adoção de princípios para legislar<sup>85</sup>. Mesmo que monarcas e soberanos tentassem impor obrigações a si mesmos, essas não seriam extensíveis à sucessão, e, mesmo que conseguissem vincular a sucessão em seus mandamentos de limitação, nada indicaria que as determinações não poderiam ser esquecidas e ultrapassadas por novas. Assim, é acertado dizer que o caráter ilimitado da legislatura é uma regra universal ou sem exceções. Nunca o poder soberano

---

<sup>83</sup> PJD. p. 201

<sup>84</sup> PJD. p. 201

<sup>85</sup> PJD. p. 201

poderá limitar a si próprio. Caberia nesse ponto lembrar o paradoxo da onipotência do soberano, segundo o qual ficamos diante de uma questão em aberto. Se o soberano é ilimitado em sua capacidade de criar leis, então não pode ser limitado por ninguém, senão não poderia ser denominado de soberano. Contudo, devemos poder dizer que o soberano pode limitar a si próprio, então cabe a pergunta, quando limita a si próprio pode descumprir o seu próprio comando? No caso de não poder descumprir os seus comandos estaria então limitado, e, portanto, não seria soberano? Se pudesse descumprir os seus comandos não estaria a desrespeitar sua própria vontade, comprometendo a assertividade do sistema de comandos?

Quando pensamos em Estados constitucionais contemporâneos, podemos achar que essa assertiva carece de justificação. No entanto, ela está cabalmente correta, na medida em que, mesmo que uma determinada população, como detentora da soberania, eleja um corpo de legisladores que estabeleça cláusulas pétreas sobre os valores e fundamentos que querem ver preservados, nada indica que as futuras gerações não possam invocar uma nova constituinte e alterar por completo as regras do jogo do direito<sup>86</sup>. Assim, a teoria da soberania de Austin é absolutamente válida nesses aspectos. Hart concorda com essa assertiva, quando afirma nas suas notas ao *The Concept of Law*, que podemos desenvolver duas indagações acerca das limitações do soberano, ou podemos encará-las como sendo deveres ou como uma “incapacidade” (*disabilities*). Se considerarmos a limitação como um dever jurídico, caímos na nítida contradição de um soberano que determina juridicamente algo que não teria problema algum em descumprir, assim Hart caracteriza a limitação ao exercício da legislatura como uma incapacidade<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> PJD. p. 202

<sup>87</sup> CL. p. 289 “In fact, limitations on legislative authority consist of *disabilities* not duties.”

Dessa forma, Austin caminha para a caracterização do que pode ser denominado como constitucional. Constitucionais são os princípios adotados pelo soberano para reger a sua legislatura, não são considerados como leis positivas para o soberano, mas como leis em sentido impróprio, na medida em que seguem se assim desejarem. Para tanto, quando falamos em *inconstitucionalidade* estamos tratando de dois aspectos primordiais, quais sejam, (1) o descumprimento de um princípio habitualmente observado e (2) o conflito entre uma lei positiva e os princípios habitualmente observados<sup>88</sup>.

Quando tratamos do descumprimento de um princípio habitualmente observado a questão não trata de uma norma positiva, mas da moral positiva, na medida em que não é estruturada por comandos soberanos, mas por opiniões largamente aceitas<sup>89</sup>. Dessa maneira, no caso de o soberano descumprir o princípio constitucional, o máximo que pode ocorrer é uma espécie de consenso social sobre o quão reprovável é a ação levada a cabo. Dessa forma, se uma ação do soberano ou do grupo soberano for contra uma máxima largamente corroborada podemos chamá-la de inconstitucional<sup>90</sup>.

Pode acontecer, outrossim, de o soberano positivizar o hábito largamente observado pelos súditos. Nesse caso estamos diante de uma lei constitucional. Se, por hipótese, uma nova lei ir de encontro aos valores positivados na lei constitucional, então podemos dizer que essa nova positivação pode ser denominada de *lei inconstitucional*. Entretanto, a lei constitucional recebe o estatuto de lei apenas no sentido impróprio. Dessa forma, a lei

---

<sup>88</sup> PJD. p. 214

<sup>89</sup> PJD. p. 214

<sup>90</sup> PJD. p. 215

inconstitucional, para Austin, é um descumprimento da moral positiva e não um descumprimento de um comando<sup>91</sup>.

Em sistemas jurídicos dotados de maior complexidade, onde a figura do soberano e a figura do tribunal não se confundem, podemos ver que o primeiro pode atribuir poder de legislatura a alguns homens de sua confiança. Todavia, para que o façam de maneira constitucional, devem atender às leis positivas que corroboram os princípios largamente observados. No caso da confecção de uma lei que vai de encontro às leis constitucionais, poderá o tribunal determinar a inconstitucionalidade da lei. Chegando assim à declaração de sua nulidade. Entendendo por nulidade simplesmente o ato que tira de uma lei a possibilidade dessa de produzir efeitos. Esse caso ilustra perfeitamente porque a nulidade não pode ser considerada uma sanção, na medida em que a soberania não pode sancionar a si própria<sup>92</sup>. A observância de um determinado conjunto de regras é parte constitutiva da atribuição de poderes do soberano ao seu homem de confiança<sup>93</sup>.

Chegamos, nesse ponto, na medida em que temos o sistema da soberania sendo marcado pelo caráter ilimitado da legislatura, à indagação sobre: como é possível a liberdade? Austin responde a esta indagação com a consideração de que a liberdade política e civil é a liberdade da obrigação legal, sendo essa autorizada ou não por um soberano aos seus súditos, e como o poder de legislatura é ilimitado pode sempre o soberano reduzir ou aumentar o grau de liberdade de seus súditos. Apenas o que pode impedir ou debater com a diminuição de liberdade ou o aumento dessa é a moralidade positiva contida nos princípios tidos como constitucionais:

---

<sup>91</sup> PJD. p. 215

<sup>92</sup> CL. p. 34

<sup>93</sup> CL. p. 35

I answer, that political or civil liberty is the liberty from legal obligation, which is left or granted by a sovereign government to any of its own subjects: and that, since the power of the government is incapable of legal limitation, the government is legally free to abridge their political liberty, at its own pleasure or discretion<sup>94</sup>.

Austin comenta que a noção erigida no século XVIII de liberdade a coloca, de modo pouco crítico, como uma espécie de ídolo a ser adorado. Os filósofos do século XVII, para Austin, defendem a liberdade enquanto conceito, mas ignoram os paradigmas sociais e institucionais que permitem a engendra efetiva da liberdade entre os homens. Austin defende que a liberdade política não é mais importante do que a limitação jurídica em política, pois a liberdade política depende da limitação jurídica, de modo que as duas são igualmente importantes para o equilíbrio das instituições. A liberdade política ou a limitação jurídica não são benéficas ou prejudiciais em essência, devendo sempre responder à sustentação do equilíbrio institucional (resultado do binômio: liberdades políticas e limitações jurídicas) de uma determinada localidade, sendo sempre benéficas ou prejudiciais com relação a um critério estabelecido pela comunidade ou pela soberania.

Political or civil liberty has been erected into an idol, and extolled with extravagant praises by doting and fanatical worshipper. But political or civil liberty is not more worthy of eulogy than political or legal restraint. Political or civil liberty, like political or legal restraint, may be generally useful, or generally pernicious; and it is not as being liberty, but as conducing to the general good, that political or civil liberty is an object deserving applause<sup>95</sup>.

Com efeito, para Austin é incorreto dizer que a liberdade é o objetivo de um sistema de leis, na verdade a liberdade é um dos modos de promoção do bem geral e esse é o

---

<sup>94</sup> PJD. p. 223

<sup>95</sup> PJD. p. 223 – 224

objetivo principal de um sistema de leis<sup>96</sup>. Dessa forma, tanto a soberania quanto a liberdade são apenas instrumentos públicos para a estruturação de instituições sólidas e de acordo com a realidade social apresentada<sup>97</sup>. Assim, quando dizemos que o direito está ligado às liberdades e a soberania, estamos ensejando o entendimento de que o caráter ilimitado da soberania está na possibilidade das regras legislativas colocarem meios para a restrição ou para a liberdade, mas a questão final é sempre a promoção do bem geral<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> PJD. p. 224

<sup>97</sup> PJD. p. 225

<sup>98</sup> PJD. p. 225

## **2 O CONCEITO DE LEGALIDADE EM HART**

### **2.1 O caráter imperativo da lei**

Este capítulo aborda o conceito de legalidade em Hart. Por isso tratamos, inicialmente, os elementos que diferenciam o conceito de direito de Hart do conceito de direito de Austin. Investigaremos a definição de Hart de que o direito pode ser explicado como união de regras primárias e secundárias. Por fim exporemos a concepção de Hart de regra de reconhecimento. Hart elabora os principais temas de sua filosofia do direito tendo em vista um diálogo com a obra de Austin, de modo que o renascimento da jurisprudência que propõe dá-se em relação ao nascimento da jurisprudência identificado na Província do Direito de Austin. O conceito de direito, na concepção de Hart, constitui parte central do positivismo legal, pois ao determinar o *locus* do direito, a diferenciação do conceito de lei com o conceito de moral, faz-se possível. Uma das teses básicas do positivismo legal é que o direito não possui limitações de ordem natural, de modo que apenas pode limitar a legislação elementos próprios à dinâmica do direito. A concepção de direito de Hart escapa do estrito distanciamento entre direito e natureza, como veremos no argumento do conteúdo mínimo do direito natural. O presente capítulo aborda a concepção de legalidade de Hart e prepara para a tese que julgamos mais importante, que será exposta no próximo capítulo, no sistema filosófico de Hart, o fato de que o direito é limitado pelo que denomina conteúdo mínimo do direito natural.

Quando situamos um autor na esfera da tradição do positivismo legal estamos afirmando que ele empreende uma clara distinção entre os conceitos de moralidade e de

legalidade<sup>99</sup>. Assim, a elaboração do positivismo legal empreendida por Hart não nega a influência da moral no direito, mas afirma que o conceito de direito deve ser investigado sem invocar questões relativas à moralidade. O positivista legal estuda o sistema jurídico como fundado no conceito de regra, sendo sua proposta maior tomar o direito enquanto um objeto que pode ser descrito tendo como fundamento as suas práticas.<sup>100</sup>

Dessa forma, não devemos confundir a separação conceitual entre o direito e a moral com uma suposta separação efetiva entre o direito e moral. O direito e a moral são disciplinas que concernem a fenômenos que foram tratados em conjunto durante um largo período na história da filosofia. Os problemas que desencadeiam investigações morais são, quase sempre, os mesmos problemas que implicam em discussões jurídicas. Podemos, inclusive, indicar que o desenvolvimento do direito segue de modo muito próximo o desenvolvimento conceitual da moral. Contudo, disso não se segue que não possamos investigar o direito como um tipo de objeto dotado de sistematicidade própria.

Neil MacCormick percebeu que não existe nenhuma contradição, com relação ao positivismo, em se afirmar que a lei possui valores. Na verdade todos os fenômenos sociais dizem respeito a valores, de modo que o positivista não afirma a inexistência de valores, mas que o fenômeno do direito não concerne a uma ordem específica de valores, de modo que podemos encontrar direito em sociedades democráticas ou em sociedades não democráticas. Como podemos ver nas palavras de MacCormick:

Pode haver quem diga que isso sugere de modo antipositivista que a lei afinal de contas não é isenta de valores. Na verdade, não se trata tanto de uma insinuação, mas de uma proclamação ensurdecadora. Não há, porém, nada de antipositivista em dizer que a lei não é isenta de valores.

---

<sup>99</sup> H. L. A. Hart. *Positivism and separation of law and morals*. p. 51

<sup>100</sup> H. L. A. Hart. *Positivism and separation of law and morals*. p. 52

Ninguém em pleno uso das faculdades mentais – e há pelo menos alguns positivistas em pleno uso das faculdades mentais – jamais sugeriu ou sugeriria que a própria lei seja isenta de valores. Se os seres humanos não valorizassem a ordem da vida social, não teriam leis de nenhuma espécie<sup>101</sup>.

As práticas concernentes ao fenômeno do direito podem ser observadas enquanto formadoras de modos de operação lingüística, de maneira que práticas distintas envolvem termos distintos e a modificação do sentido próprio de cada termo envolve uma modificação no conceito de direito. Com efeito, o positivismo legal de Hart pode ser denominado jurisprudência analítica. Ainda que essa regra possa ser examinada do ponto de vista sociológico ou psicológico, a proposta conceitual da filosofia analítica do direito (e por isso denominá-la também de positivismo conceitual) consiste em tomar a regra jurídica enquanto um conceito que pode ser investigado de modo descritivo e geral, de modo que o termo “positivismo legal” serve para caracterizar uma determinada abordagem teórica do direito.

Hart está situado nessa tradição. Empreendendo um diálogo direto com a obra de Austin, formula conceito de lei que abarca o conceito de *reconhecimento* com relação a uma determinada construção normativa<sup>102</sup>. No entanto, diferentemente de Austin, para o qual o conceito de lei está fundado na idéia de comando, Hart afirma que o conceito de lei está fundado na idéia de “reconhecimento” das pessoas acerca de uma determinada lei.

Como vimos no capítulo anterior Austin sustenta que a lei deve ser entendida como imperatividade coercitiva, de modo haverá lei quando, através de um comando, houver claramente delimitado, pelo soberano, um mal ou sanção com relação àquele que

---

<sup>101</sup> Neil MacCormick. Argumentação jurídica e teoria do direito. p. 304-305

<sup>102</sup> O conceito de reconhecimento será exposto na seção 2.6

desrespeita uma determinada norma<sup>103</sup>. A compreensão do direito empreendida por Austin está estreitamente ligada à noção de autoridade e respectivamente ao seu poder de aplicar sanções<sup>104</sup>. O direito envolve a soberania enquanto concentração de poder e a possibilidade de se provocar sofrimento ao súdito ou cidadão que descumpra um comando<sup>105</sup>.

Hart, por outro lado, sustenta que não podemos limitar a compreensão da lei à noção de comandos sancionatórios, pois existe uma larga série de normas que não acarretam nenhum mal para aqueles que as descumprem. Tais normas são aquelas que atribuem algum poder a alguém ou que regulamentam o âmbito de aplicação de uma lei. Veremos nas próximas seções que o fundamento do direito envolve um complicado sistema de abstenções com relação à liberdade alheia, um sistema de obrigações e de regulamentações e uma regra de reconhecimento. Esta pode ser definida como a identificação de uma fonte única para o direito com relação à qual todas as regras jurídicas encontram fundamento. Adiantaremos que esta regra não é jurídica, mas social.

Assim, o primeiro problema colocado por Hart consiste em indagar se podemos fundamentar uma ordem jurídica apenas na noção de coerção. Tendo em vista que a coerção pode ser encontrada numa série de eventos da vida social, já podemos destacar a tese de que nem toda coerção pode ser tida como lei. Devemos notar que esta tese já pode ser encontrada em Austin.

Imaginemos, como faz Hart, o exemplo do assaltante<sup>106</sup>, quando esse, munido de uma arma, ordena que passemos os nossos pertences. O assaltante pode nos fazer um mal considerável, todavia não reconhecemos nele a autoridade da lei, mas apenas a ação de

---

<sup>103</sup> PJD. p. 22

<sup>104</sup> PJD. p. 22

<sup>105</sup> PJD. p. 22

<sup>106</sup> CL. p. 22

alguém que, a despeito da lei, subtrai os meus bens. Sabemos que ele utiliza a ameaça como garantia de que sua ordem será cumprida<sup>107</sup>. Em algumas situações também a autoridade do Estado o faz, mas reconhecemos no assaltante o descumprimento da lei e no Estado o monopólio dessa. O elemento principal do exemplo habita no fato de que, ainda que possuindo a mesma forma, o assaltante não cria lei, mas somente o Estado.

Não é equivocado pensar que a lei consiste, em larga medida, no resultado da atividade de dar ordens, por isso dizemos que a lei é imperativa, pois não temos a possibilidade de barganhar com ela o seu cumprimento<sup>108</sup>. Dizer que a lei possui uma imperatividade necessária é afirmar que não cabe discutir, no âmbito da aplicação, se cumprimos ou não o comando.

Todavia, mesmo que identifiquemos a lei com uma imperatividade necessária, isso não corrobora a tese de Austin<sup>109</sup>, de que além de ser um imperativo, a lei traz em seu bojo uma ameaça a ser temida. A tese de Hart consiste em afirmar que realmente a lei é imperativa, todavia nem todas as suas regras são dotadas de comandos ou de possíveis males. As regras que regulamentam obrigações ou que atribuem poderes a agentes administrativos são imperativas sem necessitarem de um mal iminente<sup>110</sup>.

A tríade pensada por Hart é composta pelas noções: lei, comando e ordens. A segunda e a terceira noções possuem como característica envolver o conceito de ameaça. A lei, como foi salientado, abarca o sistema jurídico numa acepção bastante ampla, a saber, a jurisprudência se ocupa da lei. Comando abarca o sentido normativo de uma ordem, i.e. a

---

<sup>107</sup> CL. p. 22

<sup>108</sup> CL. p. 21

<sup>109</sup> Não queremos indicar com isso que Austin não compreenda a existência de exceções à lei como comando. Essas podem ser vistas no final da primeira Lecture da *PJD* – dizendo respeito a leis que regulamentam outras ou que autorizam condutas.

<sup>110</sup> CL. p. 22

ordem enquanto relacionada com uma lei efetivamente posta. A ordem é o traço mais específico da ameaça e pode ser encontrada tanto na atividade do assaltante como na atividade do agente do Estado. Assim, uma ordem, para ser reconhecida, deve ser relacionada com um comando e sucessivamente com a lei. Hart não olvida que a lei em larga medida deve ser coercitiva – envolve a noção de um mal, que pode ser causado pelo soberano, no caso de descumprimento do que é estabelecido. Mesmo que em larga medida a lei tenha que ver com comando, o que deve definir a lei é a noção de reconhecimento.

We must therefore suppose that there is a general belief on the part of those to whom the general orders apply that disobedience is likely to be followed by the execution of the threat not only on the first promulgation of the order, but continuously until the order is withdrawn or cancelled. This continuing belief in the consequences of disobedience may be said to keep the original orders alive or standing, though as we shall see later there is difficulty in analyzing the persistent quality of laws in these simple terms.<sup>111</sup>

A formulação da lei como comando é fundada no conceito de ordens gerais baseadas em ameaças – feitas pelo soberano – as quais exigem obediência<sup>112</sup>. Assim, a crença geral de que as pessoas obedecem quando são ameaçadas é o que fundamenta a idéia de “província” do direito de Austin. O sentido do comando como lei *propriamente dita* é obtido na dualidade existente entre a ameaça e a certeza da punição<sup>113</sup>.

O termo “soberano”, na jurisprudência de Hart, é utilizado como um artifício metodológico, ou seja, como um modo de pensar que parte da simplificação para atingir o modelo mais complexo<sup>114</sup>. Assim, mesmo que em democracias contemporâneas não encontremos mais a figura do soberano do séc. XVIII ou XIX, o poder legislativo exerce

---

<sup>111</sup> CL. p. 23

<sup>112</sup> CL. p. 23

<sup>113</sup> CL. p. 24

<sup>114</sup> CL. p. 20

contemporaneamente a mesma função, pois é ele que recebe a atribuição do soberano (povo) para legislar<sup>115</sup>. Veremos mais adiante que tanto o poder do soberano único, como do soberano plúrimo (povo), são igualmente ilimitados na capacidade de criar leis, mesmo que optem por oferecer controles e restrições.

Austin afirma que é constitutiva do direito a presença do soberano que sanciona o descumprimento do comando. Hart explicita o fato da teoria de Austin nesse ponto estar incorreta. Para isso toma mão do procedimento de simplificação do estado de coisas para observar o que é essencial. Para tanto, formula o modelo hipotético que passaremos a expor. Nesse, vemos a figura de Rex I soberano que concentra todo o poder sobre uma determinada localidade<sup>116</sup>. O modelo a ser dissertado é interessante, pois tenta refutar a noção de direito baseado em ordens coercitivas. O modelo Rex I é o mais simples que pode haver de um Estado<sup>117</sup>. Trata-se de um monarca absoluto em cuja figura estão concentrados os poderes de executar comandos, de legislar e de auferir poderes. As ordens de Rex I, ao serem elaboradas, invariavelmente permanecem no tempo<sup>118</sup>.

We shall suppose that there is a population living in a territory in which an absolute monarch (Rex) reigns for a very long time: he controls his people by general orders backed by threats requiring them to do various things which they would not otherwise do, and abstain from doing things which they would otherwise do ...<sup>119</sup>

Assim, podemos dizer que a população, frente aos comandos de Rex I, possui um hábito de obediência. A noção de hábito de obediência está diretamente ligada à noção de leis fundadas em ameaças. Para instituir uma conduta o soberano passa a ameaçar e aplicar

---

<sup>115</sup> CL. p. 21

<sup>116</sup> CL. p. 51

<sup>117</sup> CL. p. 52

<sup>118</sup> CL. p. 52

<sup>119</sup> CL. p. 52

inúmeras sanções. No começo, ele pode encontrar uma série de resistentes, que se negam a seguir a conduta, com o passar do tempo, porém, através de reiteradas sanções, os homens passam a obedecer<sup>120</sup>. Esse é o vínculo entre hábito de obediência e leis fundadas em ameaças em uma compreensão austiniana.

A filosofia do direito de Hart, como veremos, não considera que a lei demande ameaça para que seja estabelecida. Na verdade, considera que o cumprimento da lei consiste em ato voluntário, existindo a ameaça para lidar com os casos excepcionais. Para Hart se precisássemos da ameaça para criar a lei, o direito nunca seria possível, pois a possibilidade do direito consiste no fato da sanção constituir uma exceção à regra do reconhecimento.

O conceito de hábito de obediência serve para explicar como a obediência pode ser criada através de ameaças, mas este não é o único modo de criar direito. Mesmo em sistemas jurídicos simples, poderiam os súditos obedecer ao soberano simplesmente por entenderem que é melhor obedecer do que desobedecer. Da mesma forma, a obediência poderia ser criada no hábito do exercício de dinâmicas burocráticas direcionadas por Rex I. Nesse caso os súditos não pensariam em obedecer ou desobedecer, mas simplesmente em seguir algo de cuja origem não questionam o conteúdo.

Na tradição austiniana a única explicação, para a noção de hábito de obediência, consiste em dizer que o soberano cria hábito de obediência fundado em reiteradas ameaças. Até que chegaremos a um ponto onde os homens obedecerão independentemente da

---

<sup>120</sup> CL. p. 52 “Since what Rex requires is often onerous, and the temptation to disobey and risk the punishment is considerable, it is hardly to be supposed that the obedience, though generally rendered, is a habit or habitual in the full sense or most usual sense of that word.”

ameaça, por terem desenvolvido uma conduta habitual<sup>121</sup>. Hart afirma que ainda que essa sentença seja válida, pode ser considerada como parcialmente correta, pois oblitera a compreensão do reconhecimento, o que será visto na hipótese da sucessão do soberano. Tal é o delineamento de um sistema jurídico simples, onde o soberano concentra todas as atribuições e as delega conforme acha pertinente. Se tivéssemos a presença de um sistema legislativo e um judiciário que dividissem o poder soberano teríamos algumas instâncias para indagar a produção da obediência fundada em ameaças, o que tornaria a tese de Austin ainda mais difícil de ser comprovada.

Continuemos com o exemplo; consideremos que nessa localidade a noção de lei diz respeito à sanção, a saber, existe o soberano e existe o súdito, o que diferencia um do outro é que o primeiro coloca as regras e o segundo as obedece. Dessa maneira, a possibilidade de causar mal é o ponto que diferencia um comando da expressão simples de um desejo<sup>122</sup>. A noção de lei, nessa localidade, é fundada na idéia do soberano que sanciona a todos aqueles que fazem ou deixam de fazer o que é determinado. A noção de lei, portanto, é vinculada à necessidade de um mal iminente aos que não observam os comandos. Dessa forma, quando não houver um soberano que aplique as sanções não existe lei<sup>123</sup>.

Este é o ponto em que, segundo Hart, a teoria que funda o direito em ordens calcadas em comandos é problemática. Com efeito, pensemos no momento em que Rex I vem a falecer, mesmo que a regra de sucessão seja fundada em um hábito, por mais incrustado que seja na tradição, não haverá qualquer entidade sancionatória. Indagar-nos-

---

<sup>121</sup> CL. p. 52

<sup>122</sup> CL. p. 52

<sup>123</sup> CL. p. 52

íamos então: quando da morte de Rex I, até a sucessão com Rex II, deixa de haver direito<sup>124</sup>? Hart articulará uma resposta com o objetivo de indicar que o que funda a lei não é o seu sentido sancionador, i.e. a lei não é um sistema de ordens baseadas em ameaças<sup>125</sup>. A lei é, antes de tudo, um sistema de regras o qual, em última instância, é engendrado pelo reconhecimento.

Hart salienta que no momento da morte do primeiro soberano, deveremos apelar para um vocabulário totalmente especial, formado por expressões como: “regra de sucessão”, “direito de sucessão”, “título e direito de criar direito”.<sup>126</sup> Notemos que nenhuma das expressões enumeradas possui como pressuposto o mecanismo de sanção explicitado por Austin. O soberano está morto nesse momento, e seus encarregados não mais possuem poder (notemos que, segundo o esquema de Austin, a delegação de poder só é possível por meio de um desejo do soberano em limitar a sua própria atuação). Hart sustenta que o direito subsiste, pois mesmo que não haja ninguém que possa completar a ameaça (ou simplesmente não havendo ameaça alguma), os súditos do reino em questão reconhecem as regras denotadas pelas expressões: “regras de sucessão”, “direito de sucessão” etc. como válidas<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> CL. p. 53 “The mere fact that there was a general habit of obedience to Rex I in his lifetime does not by itself even render probable that Rex II will be habitually obeyed. Hence if we have nothing more to go on than the fact of obedience to Rex I and likelihood that he would continue to be obeyed, we shall not be able to say of Rex II’s first order, as we could have said of Rex I’s last order, that it was given by one who was sovereign and was therefore law. There is a yet no established habit of obedience to Rex II.”

<sup>125</sup> CL. p. 53 “There is nothing to make him sovereign from the start. Only after we know that his orders have been obeyed for some time shall we be able to say that a habit of obedience has been established.”

<sup>126</sup> CL. p. 54 “In explaining the continuity of law-making power through a changing succession of individual legislators, it is natural to use the expressions ‘rule of succession’, ‘title’, ‘right to succeed’, and ‘right to make law’.”

<sup>127</sup> CL. p. 54 “It is plain, however, that with these expressions we have introduced a new set of elements, of which no account can be given in terms of habits of obedience to general orders, out of which, following the prescription of the theory of sovereignty, we constructed the simple legal world of Rex I”

Dessa maneira, a idéia de que a lei é fundada num comando, sendo esse, em última instância, fundado no hábito de obediência, não explica de modo adequado o fenômeno do direito<sup>128</sup>. Quando observamos o fenômeno da sucessão de soberanos, dois são os problemas que devem ser levantados, evidenciando, então, a falha da teoria de Austin. O primeiro diz respeito ao fato de que o mero hábito de obediência a um soberano anterior não dá ao soberano posterior o direito de dar ordens e ser obedecido<sup>129</sup>. O segundo diz respeito ao fato de que o mero hábito de obediência ao soberano anterior, não cria qualquer noção de probabilidade de que as ordens do novo soberano serão obedecidas. Assim, se a sucessão ocorre, ela é fundada em um processo social muito mais complexo do que o mero hábito de obediência. Deve ocorrer, portanto, *“the acceptance of the rule under which the new legislator is entitled to succeed”*<sup>130</sup>.

Assim, teremos uma linha temporal: Em tempo I temos o reinado bem sucedido de Rex I; em tempo II temos os súditos sem o soberano, e em tempo III temos o novo reinado, agora com Rex II. Se adotássemos uma teoria jurídica que fundasse a normatividade na possibilidade de um mal iminente, teríamos de aceitar que entre tempo I e tempo II não existe direito.

O que esse exemplo ilustra, é que o vocabulário jurídico invocado passa a incorporar questões como direito de sucessão. O direito não deixa de existir por decorrência da ausência de um soberano sancionador – mesmo que esse seja fundamental para o âmbito da obrigação e da normatividade – mas continua existindo tendo em vista que os súditos reconhecem, nas leis de Rex I, o sentido de lei. Os súditos, por meio de uma regra,

---

<sup>128</sup> CL. p. 55

<sup>129</sup> CL. p. 55

<sup>130</sup> CL. p. 55

reconhecem a vontade de Rex I como lei. E é essa regra e não a ameaça de uma sanção, que faz da sua vontade uma lei. Assim, mesmo com sua morte reconhecem as leis colocadas por esse em vida, e, por conseguinte, poderão vir a reconhecer as leis colocadas por Rex II<sup>131</sup>. O que está em questão aqui é que a imperatividade da lei (o fato de que a lei deve ser obedecida) não encontra fundamento no comando, mas no reconhecimento. Assim, devemos indicar o fato de que o direito não é fundado apenas num hábito de obediência, mas também no cumprimento de regras. O que diferencia um hábito de uma regra social? Hart formula o problema nos seguintes termos<sup>132</sup>:

There is certainly one point of similarity between social rules and habits: in both cases the behaviour in question must be general though not necessarily invariable; this means that it is repeated when occasion arises by most of the group: so much is, as we have said, implied in the phrase, '*They do it as a rule*'.<sup>133</sup>

Quando observamos que um comportamento social é meramente convergente, tudo nos leva a crer que se trata de um *hábito*, não de uma regra. Quando um comportamento convergente adquire um cenário de reflexão acerca de suas próprias ações, ou seja, quando os agentes cumpridores de regras possuem consciência de suas condutas, assim como, da possibilidade de reprovação; estamos diante de uma *regra*<sup>134</sup>. O hábito social para ser estabelecido demanda um comprometimento social menor, por isso podemos dizer que a sua estrutura é mais tênue do que a da regra. Dessa forma, quando vemos alguém que

---

<sup>131</sup> CL. p. 55

<sup>132</sup> CL. p. 56

<sup>133</sup> CL. p. 54

<sup>134</sup> CL. p. 55 "...for the group to have a *habit* it is enough that their behaviour in fact converges. Deviation from the regular course need not be a matter for any form of criticism."

desrespeita um hábito, não sentimos a necessidade de reprová-lo, mas tão somente tomamos consciência de que essa é uma ação desviante.<sup>135</sup>

A regra social, para que possa ser estabelecida, demanda um envolvimento social maior, por isso podemos dizer que é mais densa. Ainda que o vocábulo que remete à densidade possa parecer vago, trata-se do melhor, pois indica o peso que uma regra possui, diferenciando do aspecto menos denso dos hábitos. Quando vemos uma pessoa que desrespeita uma regra, imediatamente somos levados a pensar o quão reprovável foi a ação. Ao refletirmos sobre o fato, chegamos à conclusão de que os habitantes da localidade observam determinadas regras, o sentimento de que algumas pessoas, dentre muitas, não praticam os mesmo atos, por vezes penosos para a maioria, é *locus* da reprovação social<sup>136</sup>.

A possibilidade da não adesão a um hábito não gera qualquer resultado de reprovação social, a não ser que esse hábito seja absolutamente convergente (como o hábito de se tirar o chapéu em cidades do interior do Brasil). Quando se trata de uma regra o assunto é um pouco diferente, pois é constitutivo do conceito de regra o fato de que a conduta desviante é menos densa do que a conduta predominante. Assim, o fato de percebermos que uma regra é largamente seguida é fundamental para a noção do conceito de regra.

Ao pensarmos sobre o ponto específico onde um hábito passa a ser uma regra somos expostos a uma grande dificuldade, pois a intensidade da adesão a uma regra é uma questão relativa, porque saber o ponto onde os homens deixam de aderir, para passar a descumprir é uma questão impossível de ser detectada. Saber o ponto onde uma regra deixa de ser observada é tão difícil como detectar quantos fios de cabelo um homem deve possuir para

---

<sup>135</sup> CL. p. 56

<sup>136</sup> CL. p. 56

ser careca. De alguma forma, sabemos o que é um careca e o que é um cabeludo sem termos que quantificar os fios que sua cabeça possui<sup>137</sup>.

## 2.2 Imperatividade e soberania

A imperatividade da lei se relaciona com os “pontos de vista interno” e “externo” do direito<sup>138</sup>. O ponto de vista interno, para a imperatividade, deve ser entendido como a percepção de uma pessoa que participa da regra. O ponto de vista externo deve ser entendido como aquele do observador que não entende o funcionamento interno daquela sociedade, mas é capaz de descrever o funcionamento das regras. As leis são imperativas tanto para os agentes que compreendem a sua razão interna quanto para os observadores que vislumbram um funcionamento topológico<sup>139</sup>. No caso da sucessão de Rex, podemos indicar que os súditos não precisam do hábito de obediência para compreender o mecanismo da sucessão, pois enquanto participantes de uma comunidade regulada, compreendem a necessidade da sucessão para a ordem<sup>140</sup>. Se estivéssemos como observadores, mesmo sem entender o porquê normativo da sucessão, seríamos capazes de descrever o fato de que os monarcas de uma determinada localidade se sucedem<sup>141</sup>. Assim, ainda que todos estejam submetidos à imperatividade da regra, podemos afirmar que, com relação à aplicação de uma regra podem ser descritos dois pontos de vista, o daqueles que compreendem a regra em seu funcionamento interno, e, portanto a reconhecem, e o ponto

---

<sup>137</sup> CL. p. 56

<sup>138</sup> CL. p. 57

<sup>139</sup> CL. p. 57

<sup>140</sup> CL. p. 58

<sup>141</sup> CL. p. 58

de vista daqueles que simplesmente descrevem o funcionamento da regra, mas não são capazes de reconhecê-la.

Os pontos de vista externo e interno são os principais, mas não nos impede de aprofundar o argumento de Hart e encontrar outros modos mais específicos de se relacionar com o direito. Em uma certa acepção podemos dizer que o direito possui uma acepção interna teórica e uma acepção externa prática. A aceitação interna teórica pode ser dividida em duas: a) no modo como os positivistas legais descrevem o direito, e, portanto, pode ser denominada uma acepção hermenêutica, porque descreve o sentido do direito para os participantes e b) no modo como a sociologia descreve o direito. A acepção externa prática, por outro lado, pode ser dividida em duas perspectivas: a) a perspectiva do participante que aceita as regras, o que caracteriza um ponto de vista interno na acepção externa prática e b) a perspectiva do participante que não aceita as regras, e, portanto, não as cumpre. O que significa uma atitude externa à acepção externa prática. Nesse aprofundamento das teses de Hart sobre os pontos de vista do direito somos levados a indicar que Hart possui quatro pontos de vista sobre o direito. Contudo, a percepção desses quatro pontos de vista não nos impede de centrar o nosso argumento sobre os dois pontos de vista que julgamos fundamentais.

Contudo, a validade dessa distinção se justifica apenas pelo fato de estarmos examinando um sistema jurídico simples, onde o soberano centraliza todas as atribuições no processo de elaboração das leis. Será que em sistemas jurídicos complexos essa distinção permanece válida? Pensamos que o interesse na refutação da tese *de que o direito é um sistema de regras gerais baseadas em ameaças*, para o contexto de sociedades

complexas, é ainda mais relevante<sup>142</sup>. A compreensão da necessidade das regras, para sociedades complexas, é fundada numa atualização cotidiana da importância das regras para a vida<sup>143</sup>, não ficando adstrita a alguns raros momentos como o da sucessão do soberano ou a atos legislativos.

Poderíamos pensar que em virtude do distanciamento que a maioria dos homens sofre em virtude da extrema especificidade do ato de se produzir leis, em sociedades complexas, poderia levar ao apagamento da questão relativa ao sentimento de se observar regras. Evidentemente que a *complexidade* de alguns sistemas jurídicos faz com que a demanda por especialização dos agentes que produzem as leis seja fundamental, mas ainda assim a relação do homem comum com a necessidade da regra continua sendo intensa. A regra de reconhecimento precisa de eventos eloqüentes em sistemas jurídicos simples para ser detectada, mas em sistemas jurídicos complexos a sua compreensão é vital para o hodierno<sup>144</sup>. A proposta de Hart é evidenciar a teoria imperativa do direito de Austin como sendo falha em uma série de aspectos. Em primeiro lugar é falha ao fundamentar o direito como sendo fundado em comandos que são regras gerais baseadas em ameaças geradoras de hábitos de obediência. O modelo hipotético Rex I corrobora essa tese. Em segundo lugar vemos o tema da soberania. Para Austin a soberania deve mostrar o seu caráter ilimitado ao concentrar todo o poder de uma localidade. Para Hart, para além da concentração de poder, temos a não influência na tomada de decisões. O soberano não detém a soberania porque é absoluto em seu poder, mas porque é capaz de tomar decisões sem consultar outras pessoas. No caso do sistema jurídico complexo, onde a soberania é dissipada, vemos que o processo de tomada de decisões é ainda mais indeterminado.

---

<sup>142</sup> CL. p. 59

<sup>143</sup> CL. p. 59

<sup>144</sup> CL. p. 60

Para Austin o poder de criar o direito é sempre ilimitado. Não há como limitar o poder soberano legalmente. Mesmo que o soberano seja limitado juridicamente por algum mandamento externo a ele, não podemos dizer que a soberania esteja sendo limitada, porque a soberania não estará na pessoa que foi limitada juridicamente, mas em quem estipulou a limitação jurídica. Esse será o soberano, esse é o exercício do caráter ilimitado do poder de criar o direito.

Esse é o modelo encontrado na figura de *Tyrannus*<sup>145</sup>. Se observássemos que as determinações legais postas por Rex não partissem de sua própria vontade de criar o direito, não poderíamos afirmar que Rex é o soberano, mas que soberano seria aquele que motivou Rex a agir. Se um monarca vizinho de nome *Tyrannus* passasse a coagir Rex a agir conforme os seus desígnios, monopolizaria a soberania, pois seria de *Tyrannus* a capacidade de criar leis<sup>146</sup>.

The theory does not merely state that there are *some* societies where a sovereign subject to no legal limits is to be found, but that everywhere the existence of law implies the existence of such a sovereign. On the other hand the theory does not insist that there are no limits on the sovereign's power but only that there are no *legal* limits on it. So the sovereign may in fact defer, in exercising legislative power, to popular opinion either from fear of the consequences of flouting it, or because he thinks himself morally bound to respect it. Very many different factors may influence him in this, and, if a fear of popular revolt or moral conviction leads him not to legislate in ways which he otherwise would, he may indeed think and speak of these factors as 'limits' on his power<sup>147</sup>.

A filosofia do direito não analisa o fenômeno jurídico como uma expressão cultural ou como um mecanismo compartimentado - por mais que o direito possa ser entendido

---

<sup>145</sup> CL. p. 70

<sup>146</sup> CL. p. 70

<sup>147</sup> CL. p. 67

como um compartimento social ou como uma expressão da cultura - mas estuda o direito como um fenômeno universal que ocorre com determinadas características fundamentais. Esses elementos podem ser encontrados tanto em sistemas jurídicos simples como o do modelo unitário de Rex I quanto num sistema jurídico complexo como as democracias modernas. A soberania é um desses elementos, o outro é a presença de regras.

Vejamos, então, cinco características das soberanias<sup>148</sup>. (1) A primeira delas indica que o soberano não é submetido juridicamente, cabendo a si apenas as limitações que decide respeitar<sup>149</sup>, (2) a segunda trata do caráter ilimitado da soberania<sup>150</sup>, (3) a terceira afirma que o soberano não reconhece qualquer outra autoridade jurídica, nunca podendo delegar poderes sobre outras soberanias<sup>151</sup>, (4) a quarta característica diz que autoridade juridicamente ilimitada é diferente de autoridade limitada embora suprema no sistema<sup>152</sup> e (5) a quinta indica que a noção de hábito de obediência apenas é interessante para mostrar que o soberano não é subordinado, mas a lei é fundada na noção de regra<sup>153</sup>.

Nos sistemas jurídicos simples vemos uma confusão entre a figura do soberano e a do legislador. Assim, todas as funções são centralizadas, havendo, apenas, a delegação de atribuições legislativas. Mas tal procedimento não impede o soberano de desrespeitar as regras, da mesma forma como não permite que seja controlado pelas leis. Nos sistemas jurídicos simples o jargão se faz verdadeiro, *governo dos homens e não das leis*. Nas democracias modernas, sistemas jurídicos complexos, o soberano está para além do órgão legislativo, uma vez que verificamos a separação rigorosa entre o ato de legislar e a

---

<sup>148</sup> CL. p. 69 – 71

<sup>149</sup> CL. p. 70

<sup>150</sup> CL. p. 70

<sup>151</sup> CL. p. 70

<sup>152</sup> CL. p. 71

<sup>153</sup> CL. p. 71

concentração do poder soberano. Como bem salienta Hart, não é necessário que vejamos o aspecto ilimitado da soberania popular, mas que essa não sofra influências políticas externas.

There are in the modern world many legal systems in which the body, normally considered to be the supreme legislature within the system, is subject to legal limitations on the exercise of its legislative powers; yet, as both lawyer and legal theorist would agree, the enactments of such a legislature within the scope of its limited powers are plainly law<sup>154</sup>.

Parece claro que, para mantermos a teoria da soberania, em um Estado moderno, não podemos confundir as figuras do soberano e a do legislador. Com efeito, na questão da soberania as posições de Hart e Austin são convergentes. A formulação tradicional da soberania busca um limite para a origem do direito, para evitar regressão ao infinito, funda no soberano o ponto originário da lei. Nos sistemas jurídicos simples, onde soberano e legislador se confundem, não temos problemas em saber onde está a soberania. Em sistemas jurídicos complexos, como as democracias, tanto Hart quanto Austin compreendem que a soberania só pode estar dissipada no povo<sup>155</sup>.

Dois são os conceitos fundamentais para que sejamos capazes de compreender, e correlacionar com outros institutos jurídicos e políticos, a noção de imperatividade da lei<sup>156</sup>. O primeiro conceito indica que é a imperatividade, fundada no conceito de regra, e não no conceito de comando fundado em ameaças<sup>157</sup>, que possibilita a melhor compreensão do direito. Esta percepção constitui refutação à compreensão de que o *locus* fundamental do direito é o conceito de sanção. Da mesma forma, este argumento constitui refutação parcial

---

<sup>154</sup> CL. p. 71

<sup>155</sup> PJD. p. 230 - 233

<sup>156</sup> CL. p. 76

<sup>157</sup> CL. p. 76

à tese de Austin, pois não exclui a necessidade da lei, nem o fato do conceito de sanção ser constitutivo do direito, mas não uma marca distintiva<sup>158</sup>. Esta assertiva pode ser verificada no modelo hipotético de Rex I e a sucessão para Rex II. Se a lei fosse fundada na noção de hábito de obediência, não teríamos como compreender noções como direito de sucessão, como não existe soberano, não existe quem possa sancionar.

O segundo conceito é pontuado pelo aspecto da imperatividade da lei estar fundada no caráter ilimitado da soberania. O soberano, num sistema simples, é juridicamente ilimitado para criar leis, mesmo que determine limitações à sua própria atividade. Em Estados modernos a figura da soberania e a figura do legislador não se confundem, pois o caráter ilimitado de se criar leis concerne ao povo e não ao legislador, esse sempre limitado<sup>159</sup>. Com efeito, a soberania nos Estados modernos encontra-se dividida em cada um dos cidadãos, de modo que ninguém exerce de modo ilimitado a capacidade de criar leis. Tendo em vista esta limitação os Estados modernos estabelecem funções legisladoras, cuja autonomia é determinada por suas atribuições legais.

### **2.3 A lei como união de regras primárias e secundárias**

A presente seção visa analisar a concepção de direito como união entre regras primárias e secundárias. Para então seguirmos explicitando de que modo as regras secundárias de reconhecimento podem ser tidas como a marca distintiva da experiência do direito. Para que possamos levar o nosso objetivo a contento começaremos abordando algumas semelhanças e algumas divergências essenciais entre Austin e Hart. De certa

---

<sup>158</sup> CL. p. 77

<sup>159</sup> CL. p. 78 “... the theory treating the electorate as sovereign only provides at the best for a limited legislature in a democracy where an electorate exists. Yet there is no absurdity in the notion of an hereditary monarch like Rex enjoying limited legislative powers which are both limited and supreme within the system”.

forma a elaboração da compreensão do direito como união entre regras primárias e secundárias responde a uma questão elaborada por Austin. Compreender esta resposta é também indicar o papel da regra de reconhecimento da filosofia do direito contemporânea.

Uma primeira semelhança que pode ser apontada pelos modos como Hart e Austin investigam, reside no fato de julgarem o exame da linguagem o melhor modo de evidenciar os problemas relativos ao direito. Assim como Austin procura diferenciar os usos próprios, dos usos impróprios, da expressão “direito”, Hart busca identificar os mecanismos internos da prática que concerne ao direito, ensejando identificar o elemento constitutivo do fenômeno do direito. Hart mostra que, para além da noção de comandos fundados em hábitos de obediência, estabelecidos em ameaças, o direito é partícipe do conjunto de regras que torna possível a sociedade. Para ele o direito é uma espécie do gênero regras sociais. Assim, falar de direito não é falar de uma exceção ao modo como os homens obedecem a regras, mas um modo específico de obediência a regras. A filosofia do direito de Hart define o direito como um tipo especial de regra que possui na sanção estatal o modo de lidar com as exceções ao cumprimento das regras – modo este que só é possível porque a obediência voluntária é mais presente do que a desobediência. Não queremos com isso indicar uma reformulação da tradicional definição: o direito é a união de regras primárias e secundárias, mas indicar que existe, em alguns pontos, alguma complementaridade entre as teses de Austin e de Hart. O direito deve ser definido como união de regras primárias e secundárias, mas a obediência é um fator determinante, ainda que não seja o que define o direito.

Entretanto, ainda que o direito seja partícipe das regras sociais, não podemos dizer que seja uma regra social como as outras. Com efeito, não podemos dizer que o direito seja

uma regra como a moral. Outrossim, podemos dizer que o direito possui uma origem concentrada enquanto a moral possui uma origem difusa, de modo que quando desejamos saber o que o direito determina, sabemos para onde olhar, mas quando desejamos saber o que a moral determina, encontramos sempre origem difusa. Somos, também, capazes de perceber que as sanções jurídicas são de uma natureza diferente das sanções morais. Uma primeira diferença pode ser obtida na desproporcionalidade das sanções morais e uma segunda diferença pode ser vista no fato de que o agente sancionador, no caso do descumprimento de uma regra jurídica, é sempre o soberano e, no caso da moral não somos capazes de determinar relação entre punição e soberania.

Decorre da diferenciação entre regras jurídicas e regras morais o fato das regras morais darem origem a obrigações morais e as regras jurídicas serem desencadeadoras de obrigações jurídicas<sup>160</sup>. A assunção de que regras morais e regras jurídicas são terminantemente distintas marca uma característica central do positivismo jurídico. No caso das obrigações jurídicas estamos sempre diante de uma liberdade, prevista em lei, para que os cidadãos possam contratar entre si toda e qualquer coisa que não seja proibida; ou de uma limitação da liberdade proveniente de uma determinação do soberano. Tanto na obrigação jurídica proveniente da liberdade de contratar, quanto na obrigação com relação ao Estado, a origem é sempre única; uma relação com o soberano. No caso da obrigação moral a relação com o soberano não é a questão central, haja vista que concerne a uma regra social difusa<sup>161</sup>.

O objetivo de Hart é o de manter a distinção entre obrigações morais e legais, mas atualiza o sentido da distinção para abarcar os diferentes tipos de regras, i.e. regras

---

<sup>160</sup> Neil MacCormick. H. L. A. Hart. p. 1

<sup>161</sup> Neil MacCormick. Routledge Encyclopedia of Philosophy, Version 1.0, London: Routledge.

primárias de obrigação, regras secundárias de regulamentação e regras secundárias de reconhecimento. Trata-se de um *fresh start* para a jurisprudência<sup>162</sup>, na medida em que a noção de regras passa ser prevalente à noção de comando na definição do fenômeno do direito.

Com efeito, a jurisprudência tal como Hart a compreende, diz respeito a um conjunto de regras jurídicas concernentes a obrigações, ou seja, obrigações entre indivíduos e obrigações com o soberano, as quais “[m]utuamente relacionadas regem os deveres das pessoas numa sociedade<sup>163</sup>”. E regras jurídicas que regulamentam como os agentes públicos e privados deverão aplicar as regras de obrigação ou como deverão interpretá-las em um contexto onde o sentido da regra não esteja explícito. Dessa forma, as regras jurídicas secundárias apenas são capazes de produzir sentido, em um sistema de normas, se estiverem relacionadas a uma regra que preveja uma obrigação. Veremos na próxima seção que o fator de unidade do sistema de obrigações é a regra de reconhecimento.

Trata-se de um novo começo para a jurisprudência em dois sentidos<sup>164</sup>. (1) No que diz respeito à possibilidade de uma refutação parcial da teoria imperativa de Austin e (2) à enunciação de uma nova compreensão do fenômeno do direito<sup>165</sup>. Para demonstrar a insuficiência da teoria imperativa, Hart opta por uma observação do direito *de perto*, i.e. ao invés do estudo do direito internacional ou do direito de povos primitivos, opta por exemplos de direito municipal em Estados modernos<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> CL. p. 79

<sup>163</sup> Neil MacCormick. Argumentação jurídica e teoria do direito. p. 299

<sup>164</sup> CL. p. 79

<sup>165</sup> CL. p. 79

<sup>166</sup> CL. p. 79

A exposição da teoria do direito como união de regras primárias e secundárias é fundada em quatro *pressupostos* extraídos do debate com a teoria imperativa do direito<sup>167</sup>. O primeiro pressuposto está fundado no fato de que os estatutos jurídicos não diferem entre si em essência, assim, o direito penal ou o direito civil, em última instância, são estatutos fundados na ordem de um legislativo que diz como os componentes da sociedade devem agir. O segundo pressuposto é que existe certa variedade de leis que não são comandos, as que conferem poderes a agentes públicos e aquelas que constituem relações legais. O terceiro pressuposto está ligado ao fato de que existem leis que diferem de um comando pelo seu modo de origem, na medida em que não são elaboradas visando nenhuma prescrição de conduta. O quarto pressuposto está ligado à análise de que o direito como soberania falha em explicar o fenômeno do direito em certas situações<sup>168</sup>.

Dessa forma, o nosso primeiro problema conceitual é a natureza do conceito de regras. Tendo em vista que Hart evidencia que a vida social é permeada por um número infindável de regras, de modo que as regras sociais são o gênero do qual são espécies as regras jurídicas<sup>169</sup>. Dessa forma, em virtude da complexidade do sistema jurídico cabe distinguir dois tipos de regras principais. O tipo básico ou primário, onde é exigido que os indivíduos façam ou se abstenham de fazer uma determinada ação, inclusive contra a sua vontade<sup>170</sup>. E o tipo complementar ou secundário. As regras do segundo tipo são denominadas regras secundárias ou complementares (ou ainda parasitas) porque na medida em que sempre acompanham as regras primárias são concernentes à criação de novas regras primárias, extinguindo ou modificando as antigas e indicando novas formas de aplicação e

---

<sup>167</sup> CL. p. 79

<sup>168</sup> CL. p. 79 Como pode ser visto no caso da sucessão de Rex I por Rex II. Onde não há um soberano para transformar as ameaças em mal. Contudo, não podemos dizer que o direito tenha efetivamente desaparecido.

<sup>169</sup> CL. p. 81

<sup>170</sup> CL. p. 81

fiscalização<sup>171</sup>. As regras desse segundo tipo, então, atribuem poderes públicos ou privados, criando condições para que possam ocorrer alterações no direito<sup>172</sup>.

Assim, Hart afirma que a noção de ordens coercitivas, gerais e fundadas no hábito de obediência não pode ser entendida como a chave da jurisprudência, na medida em que essa é encontrada na noção de regras primárias que criam obrigações e regras secundárias que as modificam. Essa definição do direito apresentada por Hart não se pretende exaustiva, mas esclarecedora da maioria dos fenômenos, que envolve a noção de lei<sup>173</sup>.

Hart salienta uma série de divergências com a teoria de Austin, mas também pontua uma série de convergências. Assim, afirma que a teoria do direito como ordens coercitivas – não obstante os seus erros – acerta em afirmar que o direito sempre faz com que uma conduta seja tornada não facultativa ou obrigatória, em determinadas situações. Dessa forma, Hart parte do mesmo pressuposto de Austin para construir a teoria do direito como união de regras primárias e secundárias<sup>174</sup>.

A interpretação da obra de Hart deve ser feita de modo sistemático, o que significa dizer que a percepção do sistema de regras não se faz sem que, em alguma medida, tenhamos que invocar a noção de obrigatoriedade. Não podemos afirmar, ainda na posição de Hart, que a filosofia do direito de Austin esteja absolutamente incorreta, mesmo a definição do direito como união de regras, deve se comprometer com a noção de comando, pois não há fundamentação para obrigação sem que exista, em algum regime, a presença do *enforcement*. O modelo hipotético da sucessão de Rex I é relevante para evidenciar que o comando não é essencial para a definição do direito, mas não é correto afirmar que

---

<sup>171</sup> CL. p. 81

<sup>172</sup> CL. p. 81

<sup>173</sup> CL. p. 81

<sup>174</sup> CL. p. 82

possamos indicar a existência do direito sem que o comando esteja presente. A afirmação de que existe direito sem comando só faria sentido de todos os homens adotassem a perspectiva interna do direito, ou seja, se respeitassem porque é melhor cumprir as regras, mas tal hipótese é impossível. A definição do conceito de direito, segundo Hart, não privilegia o comando, contudo não pode prescindir da noção de que o direito precisa ser acompanhado por elementos de coerção. A regra de reconhecimento é o fundamento do sistema de regras, mas ainda que possamos afirmar que o direito não possui o seu elemento constitutivo no *evil* ocasionado pelo soberano, mas apenas no fato de que os homens reconhecem em alguns fenômenos, o direito, e por isso obedecem. A coerção é um elemento constante para que os homens que não reconhecem o direito adiram ao sistema de regras. Assim, se o direito pode ser definido pelo reconhecimento, ainda que não se reconheça o direito o *enforcement* impede que haja desvios consideráveis que desafiem a ordem jurídica.

## 2.4 Distinção entre estar obrigado e ter uma obrigação

O direito sempre envolve uma limitação, ou seja, transformação de uma conduta humana facultativa em não facultativa. Dessa maneira, a lei envolve, de modo premente, a idéia de obrigação<sup>175</sup>. Todavia, devemos traçar uma importante distinção para compreender a idéia de obrigação. A diferença existente na linguagem ordinária entre *ser obrigado*<sup>176</sup> a

---

<sup>175</sup> CL. p. 82

<sup>176</sup> CL. p. 82 “...is often a statement about the beliefs and motives with which an action is done: B was obliged to hand over his money may simply mean, as it does in the gunman case that case, that he believed that some harm or other unpleasant consequences would befall him if he did not hand over and he handed it over to avoid those consequences. In such cases the prospect of what would happen to the agent if he disobeyed has rendered something he would otherwise have preferred to have done (keep the money) less eligible.”

alguma coisa e *ter uma obrigação*. Quando dizemos que alguém *é obrigado* a alguma coisa estamos indicando as crenças e os motivos pelos quais alguém praticou uma ação. Por isso afirma Hart:

Yet, though such references to common judgments of comparative harm and reasonable estimates of likelihood, are implicit in this notion, the statement that a person was obliged to obey someone is, in the main, a psychological one referring to the beliefs and motives with which an action was done.<sup>177</sup>

Quando falamos que alguém *tem uma obrigação* estamos indicando o sentido de uma obrigação legal. Por certo que não existem apenas obrigações legais, mas também com relação à moral o conceito de obrigação pode ser invocado. Porém, deter-nos-emos aqui sobre o sentido legal da noção de obrigação. Se lembrarmos o exemplo do assaltante declinado no capítulo anterior, veremos que quando ele obriga alguém a entregar o dinheiro sob ameaça de mal iminente, não está criando uma obrigação, mas está obrigando alguém a alguma coisa<sup>178</sup>. De maneira que deve ser mostrado que é possível ser obrigado a alguma coisa sem que haja efetivamente uma obrigação. Sou obrigado a entregar o meu dinheiro, mas não tenho a obrigação de entregar o dinheiro.

No caso da obrigação a questão é diferente, pois mesmo que não pratique a ação, continua estando obrigado. Vejamos o exemplo de uma pessoa que em juízo está obrigada a dizer a verdade. Mesmo que ela tenha certeza absoluta de que não vai ser punida, continua sendo obrigada a dizer a verdade. As obrigações legais não desaparecem por falta da iminência do mal<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> CL. p. 83

<sup>178</sup> CL. p. 83

<sup>179</sup> CL. p. 83

Assumir a probabilidade da sanção como marca da obrigação envolve um equívoco fundamental, pois do descumprimento de uma regra não se segue necessariamente que uma sanção seja provável. O relevante para o direito, segundo Hart, é que as pessoas saibam que determinadas condutas não são autorizadas. Em função disso as pessoas obedecem à lei. A sanção é cominada para lidar com a exceção, ou seja, para lidar com aqueles que eventualmente optem por descumprir a lei. Para Hart as pessoas não obedecem porque existe uma sanção, obedecem porque é natural às sociedades que haja regras jurídicas que regulem as condutas, a sanção é um complemento que impede a exceção. A probabilidade da sanção pode coibir comportamentos desviantes, mas não atesta para o cumprimento das obrigações. Um tribunal não passa a aplicar sanções em decorrência do descumprimento de regras, mas julga como impróprias determinadas condutas porque foram produzidas regras, e frente ao descumprimento fixam sanções. A regra precede a sanção. A sanção não antecede a regra, na medida em que as regras são formuladas para normatizar condutas, tendo como fundamento a própria regra. Mais importante do que a sanção é o reconhecimento (fundamento da regra) pelo qual vai ser aplicada<sup>180</sup>.

Dessa forma, modifica-se o conceito de obrigação, não podemos mais afirmar que uma pessoa assume uma obrigação e a respeita em decorrência de um mal provável, mas devemos interpretar o fenômeno da obrigação de um modo distinto, qual seja, assumimos uma obrigação porque compreendemos as regras com as quais se relaciona. Com efeito, quando assumimos uma obrigação estamos nos comprometendo com uma regra e não necessariamente com uma sanção.

---

<sup>180</sup> CL. p. 84 “The fundamental objection is that predictive interpretation obscures the fact that, where rules exist, deviations from them are not merely grounds for a prediction that hostile reactions will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification for such reaction and for applying the sanctions.”

None the less, it is crucial for the understanding of the Idea of obligation to see that in individual cases the statement that a person has an obligation under some rule and the prediction that he is likely to suffer for disobedience may diverge.<sup>181</sup>

A função normativa das regras sociais deve vislumbrar dois aspectos: (1) as regras sociais são um mecanismo de padronização das condutas em sociedade que operam efeitos nos mais distintos meios<sup>182</sup>. (2) as regras jurídicas são uma espécie de regra social, sendo distinta dessas, pois são mais restritivas e se relacionam com um poder central<sup>183</sup>. As regras jurídicas como as regras sociais são aplicáveis a todos que se encontrem na situação regulada. Todavia, outra marca distintiva da regra jurídica é o fato de sempre delimitar uma pessoa em específico para quem vai ser aplicada. O descumprimento da regra, objetivamente, recai apenas sobre o agente<sup>184</sup>.

Por isso podemos afirmar que a existência de uma obrigação sempre está relacionada com a existência de uma regra, mas as regras não estão relacionadas necessariamente com a existência de obrigações. Tendo em vista que a regra jurídica é uma espécie das regras sociais, podemos dizer que regras sociais não precisam envolver o conceito de obrigação<sup>185</sup>.

Com efeito, devemos salientar que as expressões ‘ele tinha o dever de’ e ‘ele tinha a obrigação de’ não são sinônimas, mas ambas dizem respeito ao desejo de que um determinando comportamento social se torne convergente<sup>186</sup>. Não é absurdo pensar que outras regras sociais possam, por analogia, serem comparadas ao direito, por possuírem

---

<sup>181</sup> CL. p. 85

<sup>182</sup> CL. p. 85

<sup>183</sup> CL. p. 85

<sup>184</sup> CL. p. 85

<sup>185</sup> CL. p. 86

<sup>186</sup> CL. p. 86

uma obrigação primária e normas regulamentadoras. Não seria absurdo pensar que a moral tem a mesma estrutura, ainda que tenha origem difusa. Contudo, as regras jurídicas contêm algo que as demais regras sociais não possuem; de modo que o *estar obrigado* do direito é facilmente distinguido do *estar obrigado* analógico de outras regras sociais<sup>187</sup>. Existe um algo a mais que reconheço no direito que invoca a atenção para o fato de que o direito possui uma origem única e determinada, enquanto que a moral possui origem difusa. Por isso, o *estar obrigado* analógico ao direito, aproxima o “ter” um dever difuso, da expressão jurídica que determina que obrigações *devem* ser respeitadas.

Ainda que possamos apontar para as semelhanças entre algumas regras sociais e as regras do direito, não poderemos nunca confundir regras sociais com meros hábitos sociais, na medida em que as regras demandam uma considerável exigência social acerca de seu cumprimento, notamos que são constitutivos de práticas sociais e lidam com conteúdos de extrema importância. As regras morais e as regras de direito não são confundíveis com hábitos sociais. As regras morais estabelecem deveres, com relação aos quais o descumprimento gera um considerável nível de reprovação pública. E as regras jurídicas criam obrigações legais, com relação às quais percebemos a exigência do cumprimento da obrigação, em caso de descumprimento. Podemos ver o modo como Hart define a diferença entre hábitos e regras em função do nível de intensidade da reprovação na seguinte passagem:

Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> CL. p. 86

<sup>188</sup> CL. p. 86

Sendo assim, é acertado dizer que a pressão social subjacente às regras é o fator predominante para que possamos afirmar se, com relação a elas, estamos diante de uma obrigação<sup>189</sup>. O que diferencia uma regra dotada de obrigação de outra que não possui força obrigacional é justamente a intensidade da cobrança social. Poderíamos argumentar que em outros momentos históricos, eventos que contemporaneamente consideramos imorais, eram considerados em acordo com a moralidade, e que isso não faz com que tais eventos fossem verdadeiramente morais. Contudo, essa objeção não chega a comprometer o argumento de Hart, pois facilmente podemos responder que os eventos considerados morais em alguns momentos históricos, e que hoje são considerados imorais, possuem o estatuto da moralidade vinculado às condições históricas as quais os eventos se reportam. Contemporaneamente o preconceito aos judeus é considerado contrário à moral, o que não significa que em outros momentos a moralidade não aprovasse tais condutas. Da mesma forma como houve tempos em que o anti-semitismo era considerado moral, em todas as épocas encontramos pensadores que repugnavam tais práticas. Assim, a moralidade não deve ser interpretada de modo absoluto. Essa postura cética é importante para que haja dúvida sobre os preceitos morais, não no sentido de os tornar relativos, mas no sentido de que podem existir práticas de que sequer desconfiamos que podem ser consideradas imorais em futuro próximo. Não é legítimo retornar a preconceitos do passado sob o argumento de que, em virtude de os postulados não serem válidos em todos os tempos e sob todas as condições, não são verdadeiros. Mas isso não significa que tais modificações não possam ocorrer. A dúvida acerca dos preceitos morais indica a necessidade de que os preceitos que julgamos desejáveis sejam tornados perenes por instituições, porque apenas a decisão humana os salvaguarda, na história. Da mesma forma, a dúvida acerca dos preceitos morais

---

<sup>189</sup> CL. p. 87

permite que sejamos cuidadosos acerca de nossas práticas no presente, não porque “o que julgamos correto” possua alguma universalidade, mas porque percebemos na atividade histórica de nossas instituições, que práticas, como o anti-semitismo, são perniciosas para vida social. Hábitos possuem como característica uma cobrança social leve, para a qual não envolve reprovação; regras envolvem possibilidade de reprovação. Para que uma conduta se torne convergente as regras jurídicas devem envolver a noção de reprovação e de reconhecimento da obrigatoriedade. Chegando, até mesmo, a mobilizar, em algumas hipóteses, o conceito de sanção.

Podemos identificar a pressão social como o aspecto primário das regras sociais que envolvem a noção de obrigação<sup>190</sup>. Da idéia de pressão social podemos extrair duas outras características, a saber: (1) as regras que possuem níveis consideráveis de exigência social sobre seu cumprimento envolvem noções consideradas importantes para a sociedade, na medida em que a manutenção dessas é determinante para a conservação da vida social; (2) as condutas consideradas fundamentais para a conservação da vida em sociedade podem ser exigidas mesmo contra a vontade da pessoa beneficiada<sup>191</sup>. Por isso dizemos que a noção de obrigação envolve o abandono de um desejo pessoal para o cumprimento de uma tarefa pública. Sacrifício e renúncia são expressões que podem, acertadamente, ser utilizadas para definir uma obrigação<sup>192</sup>.

## **2.5 O direito sob dois pontos de vista: externo e interno**

---

<sup>190</sup> CL. p. 87

<sup>191</sup> CL. p. 87

<sup>192</sup> CL. p. 87

O positivismo legal, na acepção de Hart, propõe que o direito deve ser investigado de modo descritivo e geral. Propomos assumir esta sentença como “a máxima” do pensamento de Hart, de modo que através da mesma examinaremos os conceitos para o esclarecimento dos pontos de vista pelos quais o direito pode ser estudado. Hart percebe que a atividade do teórico do direito quase sempre analisa o direito “de dentro” enquanto outros tipos de investigação que lidam com o fenômeno normativo acabam por lidar com o direito “de fora”. É importante para o teórico do direito perceber os modos internos pelos quais as regras se relacionam, de modo a poder indicar sistematicidade e harmonia entre os mandamentos de uma determinada ordem jurídica. Ainda que nem sempre o teórico do direito esteja preocupado com o conteúdo das regras, sempre estará atento às formas apresentadas na interação das mesmas. Contudo, sociólogos e políticos tendem a observar o direito “por fora” de modo a buscarem evidência acerca das conseqüências sociais de determinadas regras. Por certo que esta separação não é rigorosa ou intransigente. É evidente que políticos e sociólogos conseguem perceber a necessidade do bom funcionamento formal do direito e os teóricos do direito são capazes de levar em conta a importância das conseqüências sociais das regras com as quais se relacionam. As duas posturas descritas já seriam suficientes para mostrar que, em sociedade, as abordagens investigativas sobre o direito, em virtude do ângulo de observação, diferem entre si. Entretanto, Hart procura evidenciar, e este será o objeto de investigação da presente seção, que tal distinção entre a descrição interna e externa é própria da natureza humana, sendo um componente inexorável da linguagem, de modo que todos os fenômenos, de uma maneira ou de outra, comportam narrativas externas e internas. Este problema não é relevante apenas para a filosofia do direito e para a filosofia da linguagem, mas lança esclarecimento sobre a antropologia filosófica como um todo, para a psicologia moral e

para a teoria política. Não exploraremos tais implicações, mas é importante indicar a possibilidade de pesquisas futuras, inclusive em bases que extrapolem os fundamentos do positivismo jurídico.

Assim, é necessário dizer que não há estranheza em se afirmar que o direito pode ser observado por dois pontos de vista. Na medida em que pode ser visto por uma pessoa que participa do conjunto de regras, enquanto afeito e implicado no processo; ou pode ser observado por uma pessoa que enxerga o cumprimento de regras, e as descreve, podendo, inclusive, agir conforme o que observa, mas sem compreender a razão intrínseca da prática que observa. Dessa forma, quem participa da prática do cumprimento de regras não necessariamente “compreende” a razão intrínseca da prática. Razão intrínseca deve ser entendida como o reconhecimento da relevância do hábito de obedecer determinadas regras em uma comunidade, como “internalização” das regras. Schauer comenta a noção de “internalização” das regras, segundo Hart, na seguinte passagem:

Hart called this the internal point of view, and in explaining it he made good use of analogies to games, for the tennis umpire who calls “out” is doing so not on the basis of an all-things-considered judgment that it would be good for Serena Williams to win this point, but from a perspective inside tennis and inside this particular rule. So too for the legal decisionmaker who applies a legal rule, and Hart saw in both law and games a particular form of rule-guided behavior in which committed participants made their decisions entirely on the basis of the rules of the particular systems in which they were operating. In successfully theorizing important forms of rule-constituted and rule-guided behavior, Hart also furthered the understanding of legal obligation, for to him the fact of having an obligation form inside a rule or a system to engage in some act was importantly different from being obliged as a matter of force or other sanction to engage the same act<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Frederick Schauer. (Re)taking Hart. p. 871

Não é demais afirmar que a reflexão sobre os pontos de vista do direito participa de um conjunto mais geral de preocupações que envolvem a noção mesma de “regra”. Hart, juntamente com outros filósofos<sup>194</sup>, pensou que a vida social em larga medida se estrutura em torno de regularidades e comportamentos convergentes, de modo que um importante problema para a filosofia, ao investigar fenômenos como a moral, a política e o direito, seria o conteúdo envolvido na atividade humana ao se observar ou entender um determinado ato praticado inúmeras vezes. Assim, quando Hart indaga sobre o ponto de vista do direito, também realiza reflexão sobre a natureza própria do cumprimento e da descrição de regras. Por isso, a reflexão sobre o aspecto interno ou externo lança luz sobre o fato de que os homens observam o cumprimento de regras em virtude do envolvimento que apresentam com relação a determinados contextos de práticas lingüísticas. Para entendermos as regras e, por conseguinte, o que significa descrever uma regra “de dentro” ou “de fora” devemos atentar para a distinção existente nos comportamentos convergentes. Hart nota que, ainda que todos os comportamentos convergentes possam ser descritos em virtude de dizerem respeito a regras, podemos discernir entre as regras em sentido próprio e os hábitos gerais.

Para tentarmos elucidar a questão, neste ponto, buscaremos fornecer alguns exemplos. Julgamos que a melhor forma de verificar os princípios sobre os quais dissertamos seja a observação de algumas práticas institucionais; não uma instituição em particular, mas a instituição enquanto um conceito que é encontrado em todas as formações humanas dotadas de sistematicidade. Neste espírito proporemos pensarmos algumas práticas verificáveis nas universidades, para indicarmos qual seria a postura em virtude de

---

<sup>194</sup> Referimo-nos, neste ponto, a algumas obras de John Searle e John L. Austin, e Ludwig Wittgenstein.

uma observação interna ou de uma externa, igualmente, quando estaríamos diante de regras ou de meros hábitos gerais.

No intuito de obter colação de grau os alunos, de um modo geral, devem cursar disciplinas do curso que escolheram, de modo a formar créditos suficientes para defenderem suas monografias e atingirem seus objetivos profissionais. Haja vista que as aulas nas universidades são franqueadas a todos que desejem conhecimentos, é comum que se observe que, além dos alunos regularmente matriculados, também existam alunos que cursam as disciplinas como “ouvintes”. Existe alguma diferença entre estas duas classes de alunos? Aparentemente não, a não ser o fato de que um grupo está matriculado e o outro não. Contudo, se mobilizarmos alguns dos princípios indicados por Hart perceberemos que as regras e os hábitos influenciaram de modo distinto os participantes de nosso exemplo. Aquele aluno que “precisa” do crédito para sua formatura possui um tipo de pressão que o aluno que não precisa do crédito não sofrerá. As regras de aprovação em uma disciplina poderão ser descritas com perfeição por todos os alunos. Aquele aluno que não precisa do crédito será capaz de indicar que o estudo de determinados pontos será fundamental, poderá fornecer indicações sobre o temperamento do professor e até mesmo ser capaz de realizar uma prova com perfeição. Todavia, não estará em condições de descrever a necessidade de todos os requisitos da mesma forma como o aluno que está implicado na prática de se conseguir créditos. Porque, a não ser que se “precise” da regra, como elemento constitutivo de uma prática, onde se esteja implicado, não se pode descrever uma regra do ponto de vista interno. Existe alguma coisa que apenas quem está “de dentro” é capaz de descrever, ainda que do ponto de vista externo o fenômeno seja o mesmo para aquele que é ouvinte e para o que é matriculado. Algumas objeções podem ser trazidas para contestar o nosso

exemplo, a primeira delas dá-se no âmbito das diferentes regras jurídicas. Pode-se dizer que como não precisamos de regras penais, pois não comentemos crimes, não seremos capazes de descrever internamente uma regra penal. Trata-se de uma objeção parcial, pois o que desejamos evidenciar com o exemplo não é o funcionamento do princípio em todas as situações específicas, mas que no contexto analisado, existe um vínculo com a regra, no caso do aluno matriculado, que o aluno não matriculado não é capaz de sentir, pois não está diretamente implicado no processo, ainda que o possa descrever muito bem.

O direito envolve, em largas proporções, o conteúdo do exemplo fornecido. Em casos de direito comparado, somos perfeitamente capazes de descrever a dinâmica particular da legislação tributária francesa; todavia, a não ser que tenhamos que contribuir para o fisco francês, não estaremos em condições de descrever o fenômeno da contribuição, tal como um francês implicado o faria. A mesma coisa acontece com a filosofia do direito; todos são capazes de indicar o desconforto que a falta de hierarquia entre as normas é capaz de provocar em qualquer sociedade, mas basta que uma discussão aplicada seja desencadeada para que os princípios do direito sejam esquecidos, a rememoração constante por parte do teórico do direito demonstra um tipo de envolvimento que outros profissionais não possuem. Com efeito, a diferença, neste caso, não se dá em função de alguma característica intrínseca aos agentes em questão, mas ao grau de envolvimento que os fazem descrever o fenômeno do ponto de vista do participante ou do ponto de vista externo.

Um segundo exemplo, não institucional, pode ser fornecido, ao se investigar as regras do xadrez. Trata-se de uma questão problematizada por Hart no *The Concept of Law*<sup>195</sup>. No caso do xadrez a complexidade aumenta um pouco, pois as regras não são

---

<sup>195</sup> CL. p. 57

propriamente uma parte do jogo, mas são tidas como constitutivas do jogo. De modo que os participantes do jogo para que possam ser tidos como jogadores do xadrez devem conhecer quais são as suas regras constitutivas, fazendo os movimentos corretos e compreendendo, do ponto de vista da finalidade, como aqueles movimentos podem vir a ser fundamentais para que seja vitorioso no fim da partida. Um observador externo, o qual não dominasse as regras da partida, poderia descrever o movimento de algumas peças, até mesmo acertando algumas jogadas, mas não seria capaz de descrever o padrão, e não seria capaz de compreender a lógica interna da vitória de um jogo de xadrez. O observador de um jogo de xadrez possui as suas condições descritivas bastante limitadas, pois o conhecimento dos hábitos, ou seja, as condições externas da prática da atividade, dizem muito pouco sobre os modos de funcionamento do jogo. Por isso, para que seja um observador e possa realizar uma descrição competente dos princípios do jogo, deveria conhecer as regras constitutivas da atividade.

No caso do aluno que descreve os procedimentos para a aprovação em disciplinas, o conhecimento das regras pode ser produzido sem que se participe da atividade, de modo que os hábitos revelam as regras de um modo que o jogo de xadrez não é capaz de fazer. Podemos dizer que podemos ser alunos “ouvintes”, mas não podemos ser jogadores “externos”, apenas na medida em que já sabemos como jogar e apenas observamos a partida de outros competidores. Com o direito o esquema é exatamente o mesmo, em teoria do direito não podemos ser apenas participantes “ouvintes”, mas com relação às práticas do direito podemos relatá-las estando de fora, de modo que os hábitos revelem as regras. Hart pontua o problema afirmando que, dependendo da natureza das regras sociais, o conceito de participação pode diferir, de modo que participar do direito “de dentro” envolve um tipo de

envolvimento não implicado ao se descrever o direito “de fora”. Passemos agora para a descrição dos critérios envolvidos na descrição do direito partindo do ponto de vista externo e do interno.

Um bom critério para diferenciarmos as regras em sentido próprio dos hábitos gerais é tentar localizar o ponto de vista interno ou externo no fenômeno que almejamos descrever. Com relação aos hábitos gerais não é possível encontrar um ponto de vista interno e outro externo por falta de convergência das ações e pressão social sobre os atos<sup>196</sup>. Assim, se formos capazes de detectar pontos de vista interno e externo, estamos diante de uma regra. Os hábitos gerais não possuem ponto de vista interno, mas podem ser indicativos de comportamentos segundo regras. Assim, nem sempre quando estamos diante de hábitos gerais temos regras concernentes e a inversão da sentença também é verdadeira. Compreendendo que todo participante interno de um conjunto de regras será capaz de descrever tanto o aspecto interno como o externo, apenas o “observador radical” com relação ao ponto externo não é capaz de perceber regras, captando apenas as regularidades dos hábitos. Utilizamos a expressão “observador radical” para aquelas situações em que a descrição só pode ser feita por alguém que simplesmente não participa das regras, e, portanto, não compreende internamente o fenômeno; no caso do jogo de xadrez, apenas alguém que nunca viu o jogo antes poderá ser entendido como um “observador radical” com relação ao ponto de vista externo. No caso do direito é quase impossível que se encontre um “observador radical”, pois os sistemas jurídicos, como um todo, possuem características semelhantes. Talvez se um silvícola for descrever o nosso sistema de regras, teremos um observador radical, mas tal caso é relativamente raro:

---

<sup>196</sup> CL. p. 88

When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group who accepts and uses them as guides to conduct<sup>197</sup>.

As afirmações, do ponto de vista externo, podem ser de vários tipos, (i) o primeiro deles consiste no observador que aceita as regras e as descreve do ponto de vista interno e externo, (ii) o segundo modo é o do observador que não aceita a regra do ponto de vista externo e se guarda a opção de apenas descrever o seu funcionamento e (iii) o terceiro tipo é a descrição externa do ponto de vista externo radical. No primeiro tipo temos o modo mais comum de pessoa que compreende o funcionamento e cumpre seus deveres. No segundo tipo, o observador pode descrever o modo externo, não concordar com as regras, e ainda descrever como o ponto de vista opera para um observador externo, fazendo um discurso sobre o modo como os participantes são afetados. O terceiro modo é o mais artificial deles, pois demanda um extremo ceticismo acerca das regras, nunca promovendo a passagem da observação continuada, para a compreensão das regras.

Para Hart esse terceiro modo de observar as regras impede a compreensão da dimensão completa da vida social, pois uma regra não é alguma coisa que apenas determina que os homens não devam praticar um determinado ato, mas também consiste em uma regra que determina que, também o observador, deve se abster de praticar uma determinada ação. A noção de obrigação é percebida quando sabemos que, além de outros terem deveres com relação a nós, também possuímos deveres com relação a eles. Para um observador externo radical apenas expressões como: *estava obrigado a fazer; provavelmente sofrerei*

---

<sup>197</sup> CL. p. 89

*por causa disso, se; provavelmente sofrerás por causa disso se...* são aplicáveis, pois compreende apenas a linguagem do *estar obrigado a fazer algo*<sup>198</sup>:

The external point of view may very nearly reproduce the way in which the rules function in the lives of certain members of the group, namely those who reject its rules and are only concerned with them when and because they judge that unpleasant consequences are likely to follow violation<sup>199</sup>.

Expressões como: *tinha a obrigação* ou *tens a obrigação* são possíveis apenas quando compreendemos o ponto de vista interno da regra, o qual distingue *ser obrigado de ter uma obrigação*<sup>200</sup>. Para a dinâmica jurídica envolvida na vida das pessoas não céticas, ou seja, aquelas que entendem que é necessário que haja regras para a regulação da vida (ainda que regras sejam necessárias para todos), para que exista o cumprimento de obrigações, o conceito de regra só pode ser compreendido pelo efeito revelado pelo envolvimento “de dentro” com as regras.

Para essas pessoas que compreendem a regra “de dentro”, uma violação não é apenas a base para a predição soberana da qual se seguirá uma reação hostil, mas a violação é a própria razão constitutiva para o desencadeamento da hostilidade<sup>201</sup>. O que significa dizer que, segundo a perspectiva interna, tentamos compreender como juízes, advogados, cidadãos e contratantes em geral lidam com o fenômeno da regra jurídica, de modo que os valores de um sistema jurídico são tidos como válidos. Por outro lado, na perspectiva externa, analisa-se o direito como formado por fatores que não são apenas os usos de regras, mas também efeitos econômicos, relações sociais e políticas<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> CL. p. 90

<sup>199</sup> CL. p. 90

<sup>200</sup> CL. p. 90

<sup>201</sup> CL. p. 91

<sup>202</sup> CL. p. 91

Invariavelmente, em qualquer sociedade, encontraremos os que concordam com as regras jurídicas e cooperam para a sua implementação e os que discordam e rejeitam as regras jurídicas. Com relação ao primeiro grupo teremos compreensão da perspectiva interna, identificação do comportamento dentre os participantes e manutenção da regras. No segundo grupo encontraremos apenas o cumprimento das regras pelo *ser obrigado*, na medida em que apenas cumprem as regras porque percebem que o descumprimento acarreta em sofrimento. Vejamos como Hart apresenta a questão:

At any given moment the life of any society which lives by rules, legal or not, is likely to consist in a tension between those who, on the one hand, accept and voluntarily co-operate in maintaining the rules, and so see their own and other person's behaviour in terms of the rules, and those who, on the other hand, reject the rules and attend to them only from the external point of view as a sign of possible punishment<sup>203</sup>.

Quando vislumbramos a perspectiva externa do “observador radical” com relação às regras jurídicas, imediatamente somos remetidos ao tema do comando na teoria do direito de Austin. Como vimos no item 1.1 desta dissertação a teoria imperativa do direito funda a noção de regra a partir do conceito de ameaça, onde os súditos são levados a praticar determinada ação, na medida em que temem a pena, até que sejam constituídos hábitos de obediência fundados na probabilidade do mal.

Com efeito, Hart pode aqui completar a sua crítica à teoria do direito de Austin, afirmando que essa é problemática justamente porque não problematiza a possibilidade de se descrever o direito “de dentro”, onde os súditos obedecem às regras porque compreendem e reconhecem a função destas para a vida social, não precisando de qualquer ameaça para a prática ou abstenção de uma ação. Para Austin não existirá distinção entre *o*

---

<sup>203</sup> CL. p. 91

*ser obrigado a algo e o ter uma obrigação*, de modo que descreve muito bem um dos aspectos fundamentais da vida jurídica, mas esquece de descrever a outra perspectiva. Com efeito, a compreensão de que o direito consiste na união de regras primárias e secundárias encontra formulação quase completa, restando apenas para o sentido absoluto do conceito, a compreensão de regra de reconhecimento, a qual irá completar uma teoria do direito, realizando discurso ideal sobre o modo interno e o modo externo do funcionamento das regras sociais de um determinado tipo e das regras jurídicas como um todo. Vejamos como Hart expõe a questão:

Perhaps all our criticisms of the predictive theory of obligation may be best summarized as the accusation that this is what it does to the internal aspect of obligatory rules<sup>204</sup>.

## **2.6 A regra de reconhecimento**

Se adotássemos o ponto de vista de Austin deveríamos dizer que toda regra é uma prescrição geral dotada de certa regularidade, dizendo respeito a uma ameaça. Contudo, ao incorporarmos a crítica de Hart percebemos que a ameaça pode ser constitutiva de algumas regras, mas não define o direito, pois este não é constituído apenas pelo comando, mas por um complexo constructo de regras que se dividem em: regras primárias e regras secundárias. Vimos, da mesma forma, que as regras primárias são aquelas que concedem poderes ou que criam direitos, enquanto que as regras secundárias são aquelas que se referem sempre a uma regra primária, trazendo critérios para que sejam: criadas, modificadas, revogadas e identificadas. Mas apenas a interação entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de regulamentação não é suficiente para diferenciar o direito

---

<sup>204</sup> CL. p. 91

de outras regras sociais, por isso Hart desenvolve o conceito de regra secundária de reconhecimento (*rules of recognition*) fechando o sistema de regras. Neil MacCormick descreve bem esse sistema, segundo uma acepção hartiana, no seguinte trecho:

O que unifica o conjunto por inteiro formando um sistema é a existência de uma norma secundária que estabelece critérios para identificar todas as normas que pertencem a ele e que desse modo estipula o dever de autoridades de observar e fazer vigorar todas as outras normas. A existência dessa regra de reconhecimento é constituída por sua aceitação comum do ponto de vista interno pelo menos por parte dos funcionários superiores do sistema, como uma norma social compartilhada, no mínimo para eles. Sua existência como a regra de reconhecimento de um sistema jurídico realmente operacional exige que as normas que ela identifica estejam efetivamente em vigor entre a população da sociedade em questão<sup>205</sup>.

A regra de reconhecimento passa a compor a teoria do direito para evidenciar a autoridade das regras primárias, tendo em vista que, uma vez que podemos identificar o modo de reconhecer uma regra, automaticamente assentiremos com a prática da soberania em dispor de comandos<sup>206</sup>. Frederick Schauer percebe que a regra de reconhecimento é fundamental para que sejamos capazes de dizer o que conta e o que não conta como direito em uma determinada sociedade. Existem, assim, jogos sociais que estabelecem uma plêiade de regras sociais, dentre elas, um tipo muito específico que pode ser denominada de regra jurídica. Para que essa regra seja identificada precisamos indagar quais mecanismos de reconhecimento são necessários<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Neil MacCormick. Argumentação jurídica e teoria do direito. p. 300

<sup>206</sup> CL. p. 94 "... in the sense that while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with primary rules themselves. They specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined".

<sup>207</sup> Por certo que o vocabulário dos jogos invocado nesse momento de nossa exposição remonta a certa tradição da filosofia analítica que encontra no segundo Wittgenstein a sua referência teórica mais importante. Contudo utilizamos a expressão jogo de modo bastante ordinário. Sem compromisso rigoroso com essa tradição.

No âmbito de qualquer sociedade, percebemos que muitos jogos são precisos para que sejamos capazes de identificar uma regra específica como de reconhecimento. Todavia, como aponta Schauer, há sempre um centro fundamental do reconhecimento, sem o qual o próprio direito perde seu sentido. Em sociedades simples esse centro é facilmente determinado, como por exemplo, as tábuas carregadas por Moisés. Em sociedades contemporâneas a determinação depende de muitos fatores, por vezes mais sociológicos do que jurídicos<sup>208</sup>. Dessa forma, antes da capacidade do soberano em colocar comandos para os súditos está à capacidade dos súditos em identificar uma fonte da qual emana o direito:

Wherever such a rule of recognition is accepted, both private persons and officials are provided with the authoritative criteria for identifying primary rules of obligation. The criteria so provided may, as we have seen, take any one or more of variety of forms<sup>209</sup>.

As formas diversas às quais Hart alude são: a possibilidade dos cidadãos identificarem em um texto a figura da autoridade, – tal como nas tábuas de Moisés – identificarem a autoridade nos atos legislativos, na prática consuetudinária, em declarações judiciais feitas com relação a casos concretos etc. O fundamental é o reconhecimento, e não o fenômeno sobre o qual o reconhecimento recai<sup>210</sup>. Com efeito, devemos informar que muitos são os fatos sociológicos e psicológicos envolvidos na construção da noção de regra de reconhecimento, relativamente indetermináveis pela teoria do direito. Todavia, ainda que a teoria do direito não tenha mecanismos internos de determinação da regra de reconhecimento, essa dificuldade não altera o modo como as regras jurídicas são condicionadas por determinadas condições de reconhecimento. O direito conta com a regra de reconhecimento como um pressuposto lógico para seu sistema de regras, fundado em

---

<sup>208</sup> Frederick Schauer. (Re)taking Hart. p. 870

<sup>209</sup> CL. p. 100

<sup>210</sup> CL. p. 101

fatos sociológicos e psicológicos sim, mas que depende unicamente da interação entre regras para ser descrito. Ainda que o direito não possa definir de modo exaustivo a noção social de regra de reconhecimento, pode informar de que modo a regra de reconhecimento “conta” como fundamento para um sistema de regras.

Eugenio Bulygin percebendo a questão argumenta que a regra de reconhecimento, tal como Hart a compreende, parece não fazer distinção entre regras de conduta e regras conceituais, definindo o primeiro tipo de regras como sendo aquelas passíveis de serem descumpridas, enquanto o segundo pode ser caracterizado pelo aspecto lógico, cuja não observância não acarreta em descumprimento, mas em ignorância<sup>211</sup>. As regras de conduta podem dizer respeito a obrigações e proibições<sup>212</sup>. As regras conceituais se limitam a definir um conceito<sup>213</sup>. O exemplo utilizado para demonstrar a ignorância acerca de uma regra conceitual é o jogo de xadrez, onde se o participante sequer conhece o funcionamento conceitual do jogo, não pode ser afirmado que esteja descumprindo regras, mas que simplesmente desconhece o modo pelo qual o jogo se organiza. Para Bulygin, o conceito de regra de reconhecimento, como Hart o compreende, parece indicar que primeiro temos normas de conduta que determinam a aplicação, e que depois, com a interação sistemática dessas regras podemos retirar uma regra conceitual. Contudo, afirma Bulygin, esse esquema olvida o fato de que para podermos observar regras de conduta já devemos pressupor algum conceito que nos permita identificar uma prática como regra, de modo que “sustent[a] que para poder determinar que deveres estabelecem as normas jurídicas, há que ter um critério conceitual que nos permita identificar tais normas”<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Eugenio Bulygin. Sobre la regla de reconocimiento. p. 269

<sup>212</sup> Eugenio Bulygin. Sobre la regla de reconocimiento. p. 269

<sup>213</sup> Eugenio Bulygin. Sobre la regla de reconocimiento. p. 269

<sup>214</sup> Eugenio Bulygin. Sobre la regla de reconocimiento. p. 270

A crítica, feita por Bulygin, ao conceito de regra de reconhecimento de Hart, é respondida, em parte, por Juan Ruiz Manero. Ele salienta que Bulygin ainda que esteja correto no que diz respeito à exigência de uma estrutura conceitual rigorosa, olvida o fato de que para que sejamos capazes de dizer como as obrigações se organizam sistematicamente, inclusive com relação à estrutura lógica do direito, demandamos relação prioritária com as regras de conduta, sem as quais não haveria qualquer motivação para a construção do sistema<sup>215</sup>.

Distingue Manero entre os requisitos conceituais para que o teórico do direito seja capaz de fundar descrição de um sistema de regras, dos critérios invocados pelos práticos do direito para determinar o que é o direito. Salienta que ainda que os teóricos privilegiem a lógica para a fundamentação do sistema de regras, o projeto descritivo de Hart indica que o reconhecimento não se dá com relação ao conceito, mas com relação ao fato social<sup>216</sup>. Internamente o teórico do direito pode afirmar que seu fundamento último é um pressuposto lógico. Entretanto, do ponto de vista externo, os práticos do direito não buscam o reconhecimento na lógica, mas em fatos sociais como a prática dos tribunais<sup>217</sup>.

As posições de Bulygin e Manero são mais complementares do que antagônicas. Parece-nos que se Bulygin explora a organização lógica do direito, centrando sua preeminência na precedência que as regras conceituais possuem sobre as regras de conduta. Manero, por seu termo, explora a relação existente entre a regra de reconhecimento e o modo como os profissionais do direito se comportam em virtude de suas práticas. Não é absurdo afirmar que Bulygin preocupa-se mais em dar um novo conceito para a regra de

---

<sup>215</sup> Juan Ruiz Manero. Normas independientes. p. 282

<sup>216</sup> Juan Ruiz Manero. Normas independientes. p. 282

<sup>217</sup> Juan Ruiz Manero. Normas independientes. p. 283

reconhecimento do que comentar ou desdobrar o modo como Hart a compreende, de modo que o tema da identificação do direito pode ser apontado como integrante do conceito de regra de reconhecimento, mas não se trata do único aspecto, como faz crer Bulygin. Manero, por sua vez, parece-nos mais fiel ao projeto de Hart, mas ao invés de desdobrar novas implicações deste conceito, limita-se a investigar questões de aceitação por parte dos profissionais do direito.

Podemos fazer duas objeções a estes autores: a) a primeira objeção diz respeito ao novo conceito de regra de reconhecimento, o qual Bulygin faz crer que desenvolve, tendo como ponto de partida a filosofia de Hart. Sustentamos que a regra de reconhecimento não diz respeito apenas à lógica, ou aos pressupostos de identificação do direito em uma sociedade, pensamos que a regra de reconhecimento demanda, também, investigação social para que seja determinada. Ainda que o direito possa manter-se “fechado” em suas interações, parece-nos que o conceito de regra de reconhecimento de Hart propõe arejamento para a teoria do direito, de maneira a indicar que uma concepção de direito não pode estar alheia a uma compreensão em filosofia social; b) não julgamos que o conceito de regra de reconhecimento possa distinguir entre o reconhecimento dos teóricos e o reconhecimento dos juristas como indica Manero. A regra de reconhecimento é um conceito complexo que tanto envolve o reconhecimento geral de uma comunidade, como o reconhecimento técnico dos juristas e o reconhecimento conceitual dos teóricos.

Para além destas duas objeções devemos dizer que ambos se esquecem de comentar o “espaço” onde se falar de regras de reconhecimento faz sentido. Ainda que Manero fale do comportamento dos profissionais e sobre o modo como exercem seu reconhecimento, e Bulygin dos requisitos lógicos do sistema interno do direito, não comentam o conceito de

instituição e não o relacionam com a regra de reconhecimento. MacCormick nos fornece alguns elementos para complementarmos os argumentos de Bulygin e Manero, de modo a localizar a questão do reconhecimento dentro da temática da instituição.

A propósito da distinção entre moral e direito (abordaremos o assunto em nosso capítulo 4) MacCormick realiza uma interessante distinção entre os caracteres sociais constitutivos do direito e os elementos que são constitutivos da moralidade. Com relação à moralidade encontra três características distintivas. O fato de ser predominantemente (a) autônoma, em virtude de suas determinações (b) não possuir aplicação compulsória e, o elemento final, (que julgamos falho) o fato da moralidade ser notadamente (c) não institucional. Em contraposição com o direito, que segundo o diagnóstico de MacCormick, é notadamente institucional, heteronômico e compulsório<sup>218</sup>.

The law speaks through institutional agencies, and these agencies speak with authority. The authority of law enables them to settle determinate rules for practical human guidance<sup>219</sup>.

Julgamos que a distinção entre direito e moral não pode ser absolutamente entendida pela caracterização do primeiro como institucional e o segundo como não institucional. O conceito de instituição não pode estar adstrito apenas aos órgãos de Estado que administram a justiça, como julgamos ser a posição teórica de MacCormick, tendo em vista que instituição fala muito mais às crenças públicas de uma determinada localidade, do que aos mecanismos da organização administrativa. Esta interpretação equivocada do

---

<sup>218</sup> Para o nosso argumento a distinção entre heteronomia e autonomia não é primordial. Contudo, devemos definir a heteronomia, segundo a posição de MacCormick, como sendo a necessidade de contar com a interação entre indivíduos e com as instituições para que se possa definir o direito. Ao contrário da autonomia que pode permitir que a moralidade seja definida de modo particular, ou seja, para um indivíduo. O fato de que a moralidade não é passível de consenso, tal como o direito que estabelece aplicação uniforme de suas determinações por meio de estruturas institucionais, a caracteriza como autônoma – pode ser estabelecida nas reflexões de um único sujeito – ao contrário do que acontece com o direito – sempre heteronômico – o qual demanda sempre acordo de vontade mediado por instituições. Em outras palavras a autonomia é particular e a heteronomia é universal.

<sup>219</sup> Neil MacCormick. CL and CL. p. 170

conceito de instituição, contudo, indica que o reconhecimento do direito não pode ser pensado sem que saibamos como as instituições e as crenças intrínsecas que as fundamentam são capazes de produzir determinadas formas de reconhecimento.

Legal institutions exist and their authority is established within a systematic hierarchy. Law is institutional as well as authoritative. Its authority is backed up sometimes with measures of coercion, and for one reason or another most people most of the time keep in line with what it prescribes. So law has positivity. It sets a practical common line of conduct, and serious efforts are made by various agencies to uphold that as an actually governing line. It is important to humans to have some way of doing this, for they have to share social space and must co-ordinate their activities and achieve mutual forbearances and set up reliable frameworks for some sorts of interpersonal co-operation. The very features of law that set up contrasts between it and morality are vital features to these ends. But these features do entail that, in matters of law, each individual is not a final authority coequal with every other. That is law is heteronomous. It always makes the appeal to overriding authority that autonomous morality as such never can make<sup>220</sup>.

O reconhecimento, em função da autoridade manifestada pelos órgãos do Estado constitui uma parte do problema, mas uma pequena parte, integrante do grande gênero: investigações sobre as crenças e acerca do reconhecimento das regras<sup>221</sup>. Pode parecer que a investigação sobre a instituição, do modo como propomos, seja pouco fiel ao projeto do positivismo jurídico, e realmente pensamos que seja, contudo somos fieis aos conselhos de Mill quando adverte ser obrigação da investigação sobre a jurisprudência atentar para os aspectos gerais das normas e não para as particularidades dos povos. Assim, a investigação sobre a crença que permite um determinado modo de reconhecer as regras, atenta para o

---

<sup>220</sup> Neil MacCormick. CL and CL. p. 170

<sup>221</sup> A exposição da temática das crenças escapa ao nosso objeto da presente exposição, por isso indicamos o nosso *Conhecimento e Moralidade em David Hume: a política como teoria das instituições*. Nesse texto investigamos o mecanismo de construção das instituições através da dinâmica das crenças. O que significa dizer que as regras são envolvidas por sistemas de crenças mais abrangentes. Dessa forma, o estudo do direito demanda, além da percepção das regras sociais, a percepção das crenças que estruturam as instituições, onde as regras produzem os seus efeitos.

modo geral e descritivo sobre como crenças permitem que determinadas regras sejam interpretadas como fundamento de outras regras e não para as particularidades culturais destas crenças<sup>222</sup>. As pesquisas de Bulygin e Manero pecam em olvidar da caracterização institucional do direito. MacCormick, por outro lado, reformula o problema, mas limita demasiadamente o conceito de instituição, impedindo a clareza sobre o aspecto não jurídico das regras de reconhecimento no fundamento das instituições jurídicas.

Os conceitos de instituição e de reconhecimento podem sofrer interferência dependendo do contexto onde investigamos a prática das regras. Em sistemas jurídicos simples será muito mais fácil identificar a relação quase que imediata entre a crença, o reconhecimento e as regras obedecidas. Em função da simplicidade das instituições e da concentração de funções em uma única figura, como é o caso de Rex I. Nos sistemas jurídicos complexos a relação entre crença, reconhecimento e regras jurídicas é quase sempre mediata o que implica em um esforço interpretativo muito maior.

Em sistemas jurídicos complexos nos deparamos com o problema das fontes do direito, pois não reconhecemos apenas uma única fonte de autoridade, mas plúrimas, ao mesmo tempo em que o legislativo possui o monopólio relativo à feitura das leis, reconhecemos as leis consuetudinárias e as decisões judiciais<sup>223</sup>. A regra de reconhecimento em sistemas jurídicos complexos é correlativamente complexa, existindo, assim, a necessidade de constituições escritas, aprovadas por uma assembléia legislativa; relativa ao poder constituinte originário. Para que confusões não ocorram, o sistema jurídico determina

---

<sup>222</sup> John Stuart Mill. Austin's lectures on jurisprudence. p. 56

<sup>223</sup> CL. p. 101

hierarquia de regras, reconhecidas em diferentes graus de importância, mas todas dotadas de autoridade<sup>224</sup>.

O sistema jurídico complexo “corrige” uma série de falhas de sistemas jurídicos simples (lembramos do modelo Rex I apresentado no item 3.1). A *primeira* delas é que sistemas jurídicos simples não são capazes de constituir um sistema de regras, sendo apenas a correlação entre a vontade do soberano e o cumprimento do comando pelo súdito. A *segunda* falha é o aspecto estático das regras, pois essas não permeiam a vida social, no que diz respeito à fonte de que emana a determinação jurídica. A *terceira* falha consiste na ineficácia da pressão social frente às condutas, pois toda a sanção é centralizada no soberano, retirando força na criação de regras no cotidiano da vida social<sup>225</sup>. Os sistemas jurídicos complexos “corrigem” essa estrutura social, uma vez que acrescenta às regras primárias de obrigação, as regras secundárias de reconhecimento, gerando, no seio social, pluralidade de fontes jurídicas.

A “correção” para a primeira falha consiste na instituição do sistema de regras, i.e. na correlação entre regras primárias de obrigação, regras secundárias que delimitam poderes e regras secundárias de reconhecimento<sup>226</sup>. Para a segunda falha a correção consiste na instituição de regras secundárias de alteração das regras, concedendo a indivíduos ou corpo de indivíduos, poderes para que possam introduzir novas regras

---

<sup>224</sup> CL. p. 101

<sup>225</sup> CL. p. 92-93

<sup>226</sup> CL. p. 94 “This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts. The existence of such rule of recognition may take any of a huge variety of forms, simple or complex. It may, as in the early law of many societies, be no more than that an authoritative list or text of the rules is to be found in a written document or carved in some public monument”.

primárias<sup>227</sup>. Para a terceira falha a solução é a instituição de regras secundárias que dotem os indivíduos de poder para proferir determinações sobre possível violação da regra primária<sup>228</sup>.

Dessa maneira, tanto o direito anglo-saxão quanto o direito romano-germânico se constitui enquanto sistema complexo. Todavia, suas respectivas fontes de direito possuem pesos distintos, na hierarquia das fontes. No caso do anglo-saxão, temos a ênfase na decisão judicial, no direito romano-germânico (o caso do direito brasileiro) a ênfase é na atividade legislativa. Nos dois modos de organização do ordenamento jurídico encontramos a regra de reconhecimento. Neste ponto, em se tomando o caso da comparação entre sistemas jurídicos, podemos incluir uma crítica elaborada por Dworkin acerca da noção de regra de reconhecimento. Para Dworkin a regra de reconhecimento mascara o verdadeiro fundamento do direito, a determinação de modos verdadeiros para a solução de conflitos, criando para a teoria a única tarefa de explicitar a qualidade das regras do sistema, mas não interpellando o caráter acertado ou incorreto das decisões judiciais. Para Dworkin, a teoria do direito de Hart julga a decisão judicial apenas pela adequação ao reconhecimento e ao sistema de regras, mas não com relação ao conteúdo das decisões. Dworkin alega, outrossim, que a regra de reconhecimento estabelece relação de *pedigree* entre as regras jurídicas, mas não relação entre o conteúdo das decisões e a moralidade<sup>229</sup>. Por essa razão a

---

<sup>227</sup> CL. p. 95 “ The simplest form of such a rule is that which empowers an individual or body of persons to introduce new primary rules for the conduct of the life of the group, or of some class within it, and to eliminate old rules”.

<sup>228</sup> CL. p. 96 “The third supplement to the simple regime of primary rules, intended to remedy the *inefficiency* of its diffused social pressure, consists of secondary rules empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken”.

<sup>229</sup> Ronald Dworkin. Taking rights seriously. p. 22-28

investigação do direito em termos de regras de reconhecimento, segundo Dworkin, estabelece uma teoria social insustentável<sup>230</sup>.

Alguns autores procuraram responder às críticas de Dworkin a Hart. Dentre eles examinaremos a resposta de Frederick Schauer e, em nosso último capítulo, observaremos a reconstrução da relação entre direito e moral proposta por MacCormick. Schauer observa que a crítica de Dworkin em larga escala não procede porque indaga da teoria da Hart uma série de pontos que essa não se propôs a responder. Segundo Schauer, a filosofia de Dworkin, e as suas exigências com relação à teoria de Hart, diz respeito a uma teoria da adjudicação<sup>231</sup>. Contudo observa que a filosofia de Hart não se preocupa com a adjudicação, mas com a descrição analítica do objeto do direito<sup>232</sup>. A leitura que Dworkin empreende de Hart acabou por se tornar a leitura dominante do *The concept of law* apontando para a falta de tratamento de elementos que o livro não se propõe a examinar. Schauer observa que tal procedimento levou a um grande esquecimento as temáticas concernentes ao positivismo jurídico, inclusive levando ao abandono das pesquisas relativas à determinação das regras de reconhecimento<sup>233</sup>. Considerando que a teoria do direito possui uma agenda de pesquisas maior do que a concernente à descrição geral e abstrata das dinâmicas do direito, não se pode esquecer da investigação sobre a natureza da regra, sobre os pontos de vista do direito

---

<sup>230</sup> Ronald Dworkin. *Taking rights seriously*. p. 50

<sup>231</sup> Adjudicação possui acepções diferentes no direito brasileiro e no direito de origem anglo-americana. No direito brasileiro a adjudicação, *grosso modo*, diz respeito ao momento em que os bens de uma pessoa são transferidos para outra, em virtude de um processo judicial, o momento em que o Estado transfere essa propriedade é denominado ato de adjudicação. No direito anglo-americano o conceito de adjudicação (*adjudication*) é bastante mais complexo, pois diz respeito aos modos pelos quais os juízes chegam a dar uma sentença. Assim, adjudicação diz respeito ao raciocínio legal empreendido pelos juízes, após a argumentação das partes, no sentido de apontar um convencimento. Utilizaremos o termo adjudicação na acepção anglo-americana.

<sup>232</sup> Frederick Schauer. (Re)taking Hart. p. 873-877

<sup>233</sup> Frederick Schauer. (Re)taking Hart. p. 877 “Dworkin characterization of positivism and his focus on adjudication have dominated, shaped and distorted our understanding of Hart’s contributions. This has had the beneficial effect of stimulating a series of important debates, but at the cost of obscuring much of value in Hart’s own work”.

e, sobretudo sobre a regra de reconhecimento. Porque a clareza sobre estes pontos permite à jurisprudência responder sobre os requisitos para a interação entre as regras, a filosofia do direito esclarece sobre as temáticas das ciências sociais e da política e conceitua a relação entre as regras e as crenças sobre o direito em determinados contextos. A investigação da motivação dos juízes e dos procedimentos, para se encontrar a melhor decisão, é salutar para teoria do direito, mas não acrescenta elementos para a teoria das instituições como um todo, de modo que a delimitação do *locus* do direito permite que se tenha clareza sobre o papel do direito na dinâmica interna das instituições sociais.

Dworkin responde às críticas feitas por Schauer salientando que Hart, ao contrário do que é afirmado por Schauer, possui uma teoria da adjudicação implícita ao seu conceito de validade jurídica. Segundo Dworkin, o argumento de Schauer pressupõe que a teoria do direito deve ser distinguida entre uma teoria da decisão e uma teoria descritiva. Contudo, para Dworkin, se tal distinção for feita os ganhos conceituais da filosofia do direito como descrição de fenômenos são perdidos, pois não são articulados com o que realmente importa para o direito, decidir conflitos<sup>234</sup>. A filosofia da decisão de Hart, na avaliação de Dworkin, concerne à impossibilidade de uma decisão jurídica ser tida como verdadeira, sem contar, em última instância pelo menos, com o vínculo arbitrário de uma convenção. Na afirmação de que não podemos dizer que uma decisão seja verdadeira, a não ser que seja relacionada com critérios, habita uma teoria da decisão<sup>235</sup>. Podemos até mesmo considerar que a crítica de Dworkin à interpretação de Schauer esteja correta; contudo, deste postulado não decorre a impossibilidade de teorias descritivas, como também não decorre o fato dos elementos da decisão não serem o objeto central da jurisprudência de

---

<sup>234</sup> Ronald Dworkin. Hart and the concepts of law. p. 97

<sup>235</sup> Ronald Dworkin. Hart and the concepts of law. p. 118-119

Hart. Parece-nos que a teoria da decisão de Hart habita em seu ceticismo acerca da determinação de decisões que sejam verdadeiras. A busca por critérios de uma decisão verdadeira é um dos pontos centrais da filosofia do direito de Dworkin. Contudo, considera que os critérios das decisões verdadeiras podem ser descobertos através da interpretação racional. Se Hart possui uma teoria da decisão esta habita em seu criticismo acerca da possibilidade da descoberta de critérios verdadeiros. Dessa forma, considera que critérios são sempre arbitrários, possuindo como limitação, para que sejam elaborados, os princípios da natureza humana, explicitados no argumento sobre o conteúdo mínimo do direito natural, que será investigado no próximo capítulo.

Como foi exposto anteriormente, o direito possui dois pontos de vista acerca de suas regras, o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. Com relação à regra de reconhecimento, essa assertiva também pode ser feita. Vemos a perspectiva interna na atividade dos tribunais, ao reconhecer autoridade a determinadas fontes, lidando com o direito “de dentro”, fazendo com que expressões como “o direito dispõe que” ou “é lícito que se faça x” como naturais à prática jurídica. A regra de reconhecimento será observada de modo externo, em expressões como “o direito brasileiro dispõe”, dando a entender as múltiplas possibilidades de reconhecimento sobre as regras. A primeira é uma afirmação interna proferida por uma pessoa que aceita a regra de reconhecimento, independentemente do fato com o qual ela se relaciona. A segunda é uma afirmação externa, tendo em vista que independentemente de aceitar a regra de reconhecimento, somos capazes, enquanto observadores, de descrevê-la pela atividade ordinária das pessoas que aceitam. A noção de afirmação interna e externa nos ajuda a compreender a noção de validade jurídica.

Habitualmente dizemos que uma regra é válida quando essa respeita todos os critérios jurídicos para a sua elaboração. Cabe dizer que, quando afirmamos a validade de uma regra, estamos afirmando que, no espaço interno ao sistema de regras, essa possui todos os requisitos para produzir os seus efeitos. Nesse momento a noção de regra de reconhecimento deve ser mobilizada, pois além de dizer que os critérios são observados, devemos dizer que a regra de reconhecimento foi devidamente respeitada, como ponto fundamental, para a organização do sistema jurídico. Com efeito, a regra será válida quando a regra de reconhecimento for observada, este requisito só será observado se pudermos afirmar com relação à regra que esta “conta” como direito (assim como, os critérios de validade forem todos cumpridos). Como podemos ver nas palavras de Hart:

To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition<sup>236</sup>.

Para Hart a noção de validade ligada à regra de reconhecimento elimina a confusão existente entre a idéia de validade jurídica e a idéia de eficácia de uma regra. Afirma que se por eficácia entendemos o fato de que uma regra precisa ser mais obedecida do que desobedecida, então não existe relação necessária entre a validade de uma regra e sua eficácia<sup>237</sup>. Pode haver regras que sejam formalmente existentes, mas que não produzam efeitos sociais relevantes, porque sumamente desobedecidas. Uma comunidade pode entender como “contando como direito” regras que não produzam qualquer efeito, pois, por mais estranho que isso pareça, não há qualquer problema nesta hipótese para a definição do

---

<sup>236</sup> CL. p. 103

<sup>237</sup> A noção de que a validade não possui relação de necessidade com a eficácia vai de encontro com a teoria do direito de Kelsen. Esse entende que uma dimensão fundamental da validade é justamente a eficácia social da norma e do ordenamento como um todo. Para tanto ver Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. p. 11-16. Da mesma forma Hans Kelsen. Teoria Geral do Direito e do Estado. p. 55

conceito de direito. A eficácia será fundamental para a validade da regra se na regra de reconhecimento estiver contido o sentido de que uma regra só é válida se for eficaz. Por essa razão, como afirma Hart: “... *no rule is to count as a rule of the system if it has long ceased to be efficacious*”<sup>238</sup>. Não é o caso aqui de se afirmar que a eficácia não é importante, mas que é relevante quando a regra de reconhecimento assim o direciona. No sentido contrário, se a regra de reconhecimento não “reconhece” a eficácia, essa não é relevante. Com efeito, não podemos afirmar que a eficácia, no caso de não estar contida na regra de reconhecimento, seja constitutiva da validade jurídica. Todavia, é evidente que um sistema jurídico que não possua eficácia alguma jamais poderá ser tido com um sistema válido. Assim, devemos distinguir a não observância completa ao sistema de regras, da ineficácia de uma regra em específico. Podemos possuir uma regra sem eficácia, sem que o sistema jurídico baseado em uma regra de reconhecimento, que não faz menção à eficácia, caia em demérito. Da mesma forma, insistir que regras notadamente abandonadas (regras que caem em desuso) sejam aplicadas é um absurdo completo. Do ponto de vista conceitual, a regra de reconhecimento deve fazer menção à eficácia para que a validade se vincule a ela, todavia do ponto de vista prático, as regras devem evidenciar certa eficácia, para que o sistema jurídico não caia na obsolescência<sup>239</sup>.

Pudemos constatar no item 3.1 que tanto para Hart quanto para Austin o poder soberano é ilimitado. Mesmo em democracias contemporâneas vimos que a soberania encontra-se dissipada, mas não deixa de ser ilimitada, constituindo para si limitações e princípios. Devemos, pois, correlacionar o conceito de legislativo soberano ilimitado com o

---

<sup>238</sup> CL. p. 103

<sup>239</sup> CL. p. 104 “To insist on applying a system of rules which had either never actually been effective or had been discarded would ... be as futile as to assess the progress of a game by reference to a scoring rule which had never been accepted or had been discarded.”

aspecto supremo da regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento coloca os fundamentos de uma ordem jurídica, sendo, dessa forma, uma regra última, e, portanto suprema, mas nunca ilimitada.

Devemos examinar algumas diferenças sobre o modo de compreensão do caráter ilimitado do legislativo soberano. Para Austin em todo sistema jurídico sempre veremos um *legislativo soberano ilimitado* na capacidade de criar leis, ainda que se limitem e se delimitem princípios. Segundo Hart, ainda que não seja correto, apenas podemos dizer que *soberania é ilimitada* se estivermos ensejando a sua *capacidade* de criar leis, o que não significa dizer que a soberania é ilimitada *tout court*, pois tal *capacidade*, em sistemas jurídicos complexos é limitada por uma série de disposições. Ainda se pensássemos em sistemas jurídicos simples, para Hart, a soberania seria limitada pela regra de reconhecimento e pelo conteúdo mínimo do direito natural (abordaremos esta temática no último capítulo). O legislativo encontra-se sempre passível de limitações, pois *soberano não é o legislativo*, mas aquele que constitui a autoridade da regra de reconhecimento. Assim, ainda que fazendo muitas concessões, diríamos que a soberania é ilimitada, mas não é ilimitada para a regra reconhecimento; podendo se dizer desta: que é suprema frente a um sistema de regras que a possui enquanto regra última para a validade das disposições normativas. Como podemos ver no trecho que se segue:

The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense, which we shall try clarify, an *ultimate* rule: and where, as is usual, there are several criteria ranked in order of relative subordination and primacy one of them is *supreme*<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> CL. p. 105

Sabemos que uma regra é suprema e não meramente superior quando a validade das demais regras, ainda que em conflito, sempre depende da concordância lógica com seus preceitos. Ainda que todos os conflitos entre regras subsistam, a regra de reconhecimento permanece enquanto aquela que confere sistematicidade para todo o ordenamento<sup>241</sup>. As regras superiores, por sua vez, são mais fracas, por não serem regras últimas, mas “escalonom” a sistematicidade, uma vez que servem para que antes de apelarmos para a regra de reconhecimento possamos ser capazes indicar a harmonia do sistema de regras<sup>242</sup>. Dessa maneira, o estatuto último da validade de uma regra é, como já dissemos, a *rule of recognition*, e os estatutos *primeiros ou segundos* são as regras superiores<sup>243</sup>.

Outrossim, devemos indicar que um juízo sobre a validade de uma regra não se confunde com um juízo sobre o valor de uma regra. Enquanto a primeira assertiva diz respeito *apenas* à sistematicidade das regras, a segunda diz respeito ao conteúdo moral que uma regra pode desencadear socialmente. Como veremos no item 3.1 desta dissertação um dos fundamentos teóricos do positivismo legal é a separação entre direito e moral, i.e. a distinção entre os juízos que descrevem as regras, daqueles que dizem como as regras devem ser. Dessa maneira, podemos dizer que uma regra seja válida sem apelarmos para eventuais valores morais, mas quando dizemos que uma regra é justa, estamos fazendo um juízo sobre o valor da regra. Assim, não há nada que impeça uma regra de possuir um valor social excelente e carecer de validade<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> CL. p. 106

<sup>242</sup> CL. p. 106 “We may say that a criterion of legal validity or source of law is supreme if rules identified by reference to it are still recognized as rules of the system, even if they conflict with rules identified by reference to the other criteria, whereas rules identified by reference to the latter are not so recognized if they conflict with rules identified by reference to the supreme criterion”.

<sup>243</sup> CL. p. 106

<sup>244</sup> CL. p. 108 “...when we move from the statement that a particular enactment is valid, to the statement that the rule of recognition of the system is an excellent one and the system based on it is one worthy of support, we have moved from a statement of legal validity to a statement of value”.

A comparação entre a *regra de reconhecimento* de Hart e a *norma fundamental*<sup>245</sup> (*Grundnorm*) de Kelsen é relevante para que possamos perceber a distinção entre *pressupor a completude do sistema* de normas e *fundar a completude do sistema* de normas na vida social. A norma fundamental de Kelsen é o exemplo da pressuposição da completude, tendo em vista que, tal como a regra de reconhecimento, toda a validade das regras de um sistema jurídico depende da harmonia com os seus preceitos, mas quando perguntamos pelo fundamento da norma fundamental, recebemos como resposta que tal fundamento é pressuposto, para fundar o sistema sem lacunas que não possam ser resolvidas. No caso da regra de reconhecimento temos uma outra resposta à pergunta sobre o fundamento do sistema jurídico. Recebemos como resposta o fato da regra que funda o sistema ser decorrência do sentimento de autoridade que os habitantes de uma localidade e os integrantes da prática jurídica possuem com relação a uma determinada regra. Em suma: enquanto a regra fundamental é lógica e funda a sistematicidade lógica do sistema de regras, a regra de reconhecimento é social e funda a sistematicidade do sistema de regras. Assim, a validade de uma regra decorre da verificação dos critérios impostos pelo sistema jurídico, estes se relacionam necessariamente com a regra de reconhecimento.

We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way<sup>246</sup>.

A existência da regra de reconhecimento é atestada pela aceitação de fato de seus preceitos: pelos cidadãos de uma localidade, pelos profissionais do direito e pelas

---

<sup>245</sup> Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. p. 217

<sup>246</sup> CL. p. 108-109

instituições. Todavia, não podemos nos furtar à indagação acerca do significado da sentença sobre a existência de uma regra secundária que não seja de reconhecimento. Hart examina duas acepções possíveis para a afirmação de existência de tais regras secundárias. A primeira acepção diz respeito ao sistema jurídico simples – o que pode ser vislumbrado no esquema hipotético do reinado de Rex I – onde o estatuto de existência desse tipo de regra está vinculado à noção de comando, sobre a qual só podemos dizer que existe enquanto observadores externos capazes de descrever um sistema<sup>247</sup>. Na segunda acepção, própria dos sistemas jurídicos complexos, a existência desse tipo de regra está vinculada ao cumprimento dos critérios de existência colocados pela regra de reconhecimento. A assertiva sobre a existência, nesse modo de compreender, deve ser feita de “dentro”, pois pressupõe uma lógica interna ao sistema cujo fundamento deve ser aceito ou recusado, mas que não pode ser interpelado pela validade. Com efeito, nesse modo de compreender a existência de regras, podemos afirmar que as regras existem no funcionamento de um sistema de regras<sup>248</sup>.

A presença da regra de reconhecimento muda a perspectiva pela qual examinamos as regras, pois se as demais regras, no sistema jurídico complexo, podem ser vistas do ponto de vista interno, a regra de reconhecimento só pode ser vista enquanto uma afirmação externa de fato. Através do regime de discurso externo conseguimos relatar o conteúdo da regra de reconhecimento, mas pelo regime discursivo interno, aceitamos a sua existência enquanto um fato, remetendo-nos “para fora” do sistema de regras, para indicar a validade jurídica, característica sempre interna:

---

<sup>247</sup> CL. p. 109

<sup>248</sup> CL. p. 109

The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact<sup>249</sup>.

Afirmar que a regra de reconhecimento é social constitui uma assertiva que dota de autonomia e segurança o regime do direito, e, respectivamente, do estado de direito, compondo um campo teórico que não precisa responder, a cada passo, às vicissitudes morais. Hart mostra como o positivismo legal possui uma esfera conceitual delimitada que não olvida que seu fundamento último, e, assim, superior, encontra-se fora do sistema de regras, mas não ignora que o direito necessita de uma esfera conceitual delimitada, para que seja capaz de funcionar enquanto instituição. Essa é a crença de um positivista legal.

---

<sup>249</sup> CL. p. 110

### 3 LEGALIDADE E MORALIDADE: O CONTEÚDO MÍNIMO

#### 3.1 O conceito de lei e o conceito de moral

A separação entre o conceito de moral e o conceito de lei costuma ser apontada como a questão central no debate entre o positivismo jurídico e a tradição do direito natural. O debate sobre se, ou em que medida, o conceito de lei envolve o conceito de justiça é bastante antigo, não sendo, porém, meu objetivo aqui apresentar uma reconstrução histórica desse debate. Contudo vale dizer que essa discussão remonta aos gregos e é ilustrada de modo muito claro na luta imaginada por Sófocles entre uma mulher que deseja enterrar um parente de modo condigno e um rei que deseja impedir o sepultamento, fundado nas leis da cidade<sup>250</sup>. Dessa forma, o problema aqui em questão pode ser formulado do seguinte modo: no momento da aplicação de uma lei deve o soberano estar submetido a limitações externas à própria lei? A tradição do positivismo jurídico responde negativamente essa questão, enquanto a tradição do direito natural responde afirmativamente. Hart, sendo um positivista legal, deveria também responder negativamente essa questão. Contudo, como pretendo mostrar a seguir, embora Hart sustente que o soberano não deve ser limitado por circunstâncias externas à lei, ele, por outro lado, afirma que existem limitações *naturais* à aplicação das leis.

Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, situa a temática do positivismo jurídico como concernente ao problema do *ser* do fenômeno normativo, de modo que cabe ao jurista

---

<sup>250</sup> A tragédia de Sófocles narra a história da luta entre Antígona e Creonte; a primeira busca o sepultamento de seu irmão, de nome Polinice, de acordo com as tradições da cidade e com as leis de Zeus, o segundo visa impedir o sepultamento, pois de acordo com suas próprias leis, todo aquele que atenta contra o reino, deve ter o corpo corroído pelo tempo e violado pelos animais. Antígona se indigna com a sentença alegando que nem mesmo o soberano pode descumprir os mandamentos da cidade e de Zeus. Sobre os ditames de Creonte diz Antígona: “Não foi com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos que as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal”. Sófocles, Antígona. p. 35-36

a indagação sobre o que é a lei, sobre os modos de aplicação de uma lei, e sobre os mecanismos que permitem a harmonia de um sistema de regras. Contudo não cabe ao jurista, enquanto jurista, se perguntar se uma lei é justa ou não. Assim, a tradição do positivismo jurídico, tal como Kelsen a compreende, entende que o conceito de lei não envolve a noção de *justiça*, enquanto que para tradição do direito natural, para além de dizer o *ser*, o direito deve indicar o *dever ser*, para uma determinada sociedade, no sentido de realizar, por seus mandamentos, a justiça<sup>251</sup>.

Para Kelsen o grande problema é distinguir o conteúdo do direito, enquanto mandamento do Estado que determina as condutas como sendo jurídicas, do conteúdo da moral que determina o que são condutas justas. Para Kelsen, a afirmação de que uma ação é legal não se confunde com a afirmação sobre a justiça dessa ação. A leitura que Kelsen faz da relação entre o direito e a moral caracteriza esses dois fenômenos normativos como absolutamente distintos. Dessa forma, a validade jurídica não depende nunca da validade moral. Kelsen compreende que a afirmação de que o direito apenas pode ser entendido enquanto tal se for justo, demanda uma concepção única de moral, e, para ele, a caracterização da moral é sempre relativa, pois os juízos sobre a justiça não podem ser unificados por nenhuma autoridade. Não podemos aqui examinar à exaustão as teses de Kelsen sobre a relação entre o direito e a moral. Contudo é necessário indicar que seu projeto consiste em determinar o objeto do direito, descrevê-lo, eliminando uma possível dependência dos fenômenos morais, como podemos ver no trecho que passamos a reproduzir:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem

---

<sup>251</sup> Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. p. 5-6.

moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever<sup>252</sup>.

Kelsen e Hart, ainda que pertencentes a tradições jurídicas distintas, e mesmo reconhecendo que partem de diferentes pressupostos filosóficos, depositam na tese da separação entre o direito e a moral importância central. O que há de comum entre Kelsen e Hart é a tentativa de determinar o objeto do direito, mostrando que a ciência que se ocupa desse objeto é autônoma com relação à ética<sup>253</sup>. Não ficaria estranho localizar na filosofia do direito de Hart a preocupação com a origem difusa da moral e os diferentes juízos que diferentes concepções de moral podem ter com relação ao mesmo sistema normativo. Também não traria qualquer surpresa localizar em Hart a afirmação de que a injustiça de um sistema de regras, ao invés de demonstrar a insuficiência do ordenamento, demonstra os valores do intérprete, da mesma forma com relação à autonomia da validade das regras.

Para Kelsen, do ponto de vista epistemológico, os pressupostos da moral obscurecem o objeto do direito, levando à constante confusão de abordagem e impedindo a consolidação de uma ciência. Para Hart o problema é outro, pois ele toma como evidente o fato de que a moral influencia e forma o direito em suas muitas características, e dinâmicas morais diferentes, ocasionam, socialmente, diferentes compreensões sobre o direito, de modo que o direito, em conteúdo, pode se apresentar como diferente em condições morais distintas. Contudo, Hart sustenta que é um equívoco pensar que, por mais que a moral seja uma forte influência para o direito, a soberania deixe de tomar medidas de estruturação da jurisprudência em função de entender que tais ou quais medidas podem ser tomadas como

---

<sup>252</sup> Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. p. 77

<sup>253</sup> As preocupações de Kelsen se envolvem com uma temática kantiana que é estranha ao pensamento de Hart mais preocupado com a natureza da linguagem. Kelsen visa fundar uma ciência do direito, em bases epistemologicamente rigorosas, ao passo que Hart está mais preocupado em delimitar o conceito de direito investigando os usos de expressões e de noções em um contexto lingüístico. A autonomia do conceito de direito para Hart, concerne à especificidade do uso dos termos próprios ao direito.

injustas. Ainda que moral e direito andem juntos, na maioria dos eventos históricos, é errôneo pensar que o direito pode ter a sua aplicação limitada em função de juízos morais. Hart marca com bastante ênfase o fato de que é enganoso dizer que *“um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer”*<sup>254</sup>.

Não desejamos dar a entender que Hart possa não estar enquadrado na tradição do positivismo jurídico, pensamos que localizá-lo como um positivista no sentido forte, ou como um positivista conceitual como preferem alguns, é salutar para percebermos que as características que o tornam único enquanto representante desse movimento teórico, nos tópicos de abordagem que permitem a renovação dessa tradição, possibilitam a releitura do positivismo e do direito natural enquanto tradições férteis que se completam e não somente como antagonistas. Ser um positivista para Hart consiste em dizer que o fenômeno do direito possui autonomia, não sendo limitado pela moral; consiste também em afirmar que as leis não são “descobertas” pela razão, mas inventadas por homens para homens, e que a validade das leis depende de critérios internos ao direito e não de fatores externos determinantes<sup>255</sup>.

A tradição filosófica mais cara a Hart para a caracterização da distinção entre o direito e a moral pode ser encontrada em sua referência ao utilitarismo<sup>256</sup>. Os trabalhos de Austin e Bentham sobre a natureza da linguagem e do direito são importantes para a discussão de Hart. Como vimos, as investigações sobre o uso próprio e impróprio da expressão “direito”, assim como a sua caracterização enquanto um comando, e respectivas

---

<sup>254</sup> CL. p. 201

<sup>255</sup> CL. p. 202

<sup>256</sup> Hart. Positivism and the separation of law and morals. p. 50

críticas são a referência inicial de Hart para a delimitação do conceito de direito. No que concerne à moral o procedimento não é diferente. O fato de Bentham desenvolver, em pleno século XVIII, uma teoria da sociedade que possui como ponto central fundamentar o estado de direito, é visto por Hart como um fator que faz da tradição utilitarista uma das melhores referências para uma nova caracterização do conceito de direito<sup>257</sup>. Hart nota que a tradição francesa revolucionária é bastante pobre em explicação de como deve ser organizada a sociedade segundo regras, ainda que seja copiosa em enunciados políticos para a reconstrução da vida institucional, não possui modelos de elaboração dos modos pelos quais estas instituições deverão ser reguladas. Hart pondera que entre a tradição política e revolucionária francesa e a tradição de reformas institucionais inglesas, a segunda possui maior preocupação com a ordem jurídica, por isso o utilitarismo, em suas reflexões sobre o direito, poder ser caracterizado como a principal referência histórica e conceitual para a elaboração de uma nova teoria do direito em bases positivistas<sup>258</sup>.

Como dissemos, o exemplo dado por Hart é o da teoria política de Bentham e a sucessiva teoria do direito de Austin. No caso de Bentham, o que é distintivo para Hart, é o fato de que, para além das possíveis falhas de sua teoria política, nunca olvidou a liberdade de pensamento e de imprensa, o direito de associação, a necessidade de controle de agências administrativas e a importância do princípio de legalidade, *nulla poena sine lege*. Respeitando assim a jurisprudência enquanto uma atividade que não se confunde com a política. Da mesma forma, e, para além da política, a obra de Austin é, como vimos no item 2.1, fundamental para a compreensão do direito enquanto atividade que se preocupa com o funcionamento de regras em âmbito social. Com efeito, para a compreensão do positivismo

---

<sup>257</sup> Hart. Positivism and the separation of law and morals. p. 50

<sup>258</sup> Hart. Positivism and the separation of law and morals. p. 50

jurídico, tal como Hart a estipula, Bentham e Austin são o ponto de partida uma vez que elaboram o ponto fundamental da separação entre o direito e a moral, qual seja, a assertiva de que o direito se ocupa com: “*law as it is*” e não com a lei “*as it ought to be*”<sup>259</sup>.

O que deve ficar claro é que quando separamos conceitualmente e com precisão a pergunta “o que é o direito” e “como deve ser o direito?” que podemos ter uma resposta clara para ambas as questões. Tanto Bentham quanto Austin tentaram responder as duas perguntas. Ao responderem a primeira pergunta sem se comprometerem com idéias morais, comprometeram-se com o positivismo legal. Ao responderem a segunda pergunta, comprometeram-se com o utilitarismo. Mas a posição de Austin é bastante peculiar porque ela não nega que existam “leis naturais” ou “leis divinas”, o que ele nega é a tese de que o conceito de lei envolva o conceito de justiça<sup>260</sup>.

### **3.2 A liberdade como direito moral mínimo**

Tradicionalmente compreendemos as principais correntes do pensamento político e jurídico como sendo oposição radical entre partidários do direito natural e adeptos do direito positivo<sup>261</sup>. Hart evidencia o porquê de essa oposição poder ser interpretada como enganosa em uma série de pontos. Por isso escreve *Are there any natural rights?* (1955), um texto que julgamos paradigmático tanto para a história da filosofia política quanto para a filosofia do direito. Não julguemos que Hart seja condescendente com a tradição do

---

<sup>259</sup> Hart. Positivism and the separation of law and morals. p. 49 “The nonpejorative name “legal positivism”, like most terms which are use as missiles in intellectual battles, has come to stand for baffling multitude of different sins. One of them is the son, real or alleged, of insisting, as Austin and Bentham did, on the separation of law as it is and law as it ought to be”.

<sup>260</sup> Marcelo de Araújo. Utilitarismo teológico e positivismo legal no pensamento de John Austin. p. 9

<sup>261</sup> H.L.A. Hart. Essays in jurisprudence and philosophy, p. 49

direito natural e com as pretensões de se encontrar na razão ou na natureza a justiça<sup>262</sup>, mas compreende de que modo à aplicação positiva da lei não se encontra desvinculada de outros fenômenos. O conceito de direito deve ser estabelecido em bases autônomas, porque as regras jurídicas são de um tipo bastante distinto das regras morais por exemplo. Mas a prática jurídica não se afasta da necessidade de determinadas instituições políticas sejam eficientes, bem como não se afasta de alguns requisitos mínimos para a subsistência da natureza humana. Para o âmbito da política Hart desenvolve o argumento do direito moral mínimo, para a fundamentação dos elementos básicos das instituições, desenvolve o argumento do conteúdo mínimo do direito natural.

Para tanto devemos fazer um retorno historiográfico na bibliografia do autor. Hart inaugura o termo direito moral mínimo no supracitado artigo. Mais tarde, em sua obra principal, *The concept of Law*, utiliza a expressão “conteúdo mínimo do direito natural<sup>263</sup>”. Essas duas aplicações são distintas, mas complementares. Quando Hart disserta sobre o direito moral mínimo, está ensejando uma alternativa teórica para inserir o tema da liberdade nas discussões políticas e jurídicas da segunda metade do séc. XX. E quando disserta sobre o conteúdo mínimo do direito natural, objetiva a caracterização de limites contra os quais a regra jurídica não pode ser estabelecida, sob pena de atentado aos elementos constitutivos da natureza humana.

No *The concept of Law* o conteúdo mínimo do direito natural envolve os limites de atuação das regras de direito, sob pena de serem inócuas em qualquer sociedade<sup>264</sup>. Podemos definir o conteúdo mínimo do direito natural de acordo com as seguintes

---

<sup>262</sup> H.L.A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 49

<sup>263</sup> CL. p. 193

<sup>264</sup> CL. p. 193

características da natureza humana em sua relação com a vida pública: (1) a vulnerabilidade humana deve ser caracterizada enquanto um limite para as regras jurídicas; (2) o fato de que existe igualdade aproximada entre as capacidades físicas e intelectuais dos seres humanos também é um fator de limitação e direcionamento para as regras; (3) as regras jurídicas não podem ser estabelecidas sem a consideração de que o nosso altruísmo é limitado e (4) as regras jurídicas devem levar em consideração o fato de que todos os recursos são escassos. O conteúdo mínimo do direito natural Hart delimita quais elementos devem estar presentes para que possamos começar a falar sobre o direito. Então, surge-nos uma questão: por que o direito moral mínimo e o direito natural mínimo são complementares? São complementares na medida em que podemos conciliar os requisitos mínimos para existência de regras com a opção teórica de alcançar uma sociedade que tenha na liberdade o seu fator mais característico. A complementaridade está no fato de que sociedades livres são menos afeitas à redução dos homens a estados que não podem ser considerados como pertencentes à humanidade. Os oponentes dessa concepção poderiam objetar que plúrimos são os Estados livres onde a desigualdade é brutal. A essa questão responderíamos que a liberdade nada tem a ver com a desigualdade, na medida em que podemos ter um estado igualitário, mas sem liberdade política. Da mesma forma, a liberdade política não enseja a presença necessária da igualdade. O que Hart defende é que podemos assumir a liberdade como um quesito interessante para nortear as nossas sociedades.

Dessa forma, podemos dizer que a tradição do direito natural é bastante criticada na obra de Hart. Entretanto não é olvidada, na medida em que consegue traçar um diálogo prolífico com sua temática principal, a saber, possíveis limitações de natureza que norteam

a feitura de regras jurídicas, extraíndo delas possibilidades de se pensar a liberdade e o direito; sem o apego a teses metafísicas. Hart não deixa de ser um positivista, mesmo que aceite as teses de direito moral mínimo e do conteúdo mínimo do direito natural. Em nenhum momento olvida a necessária distinção conceitual entre juízos morais e questões de direito.

Hart inicia a discussão de *Are there any natural rights?* com a seguinte formulação hipotética: se existe qualquer direito moral, esse, em última instância, é o igual direito de todos homens serem livres<sup>265</sup>. Nessa medida, não afirma a existência de um direito natural, mas realiza um argumento completamente diferente do empreendido pelos filósofos da tradição do direito natural, qual seja, pressupõe um ponto hipotético e sobre ele realiza considerações<sup>266</sup>.

I shall advance the thesis that if there are any moral rights at all, it follows that there is at least one natural right, the equal right of all men to be free. By saying that there is this right, I mean that in the absence of certain special conditions which are consistent with the right being an equal right, any adult human being capable of choice (1) had the right to forbearance on the part of all others from the use of coercion or restraint against him save to hinder coercion or restraint and (2) is at liberty to do (i.e., is under no obligation to abstain from) any action which is not one coercing or restraining or designed to injure other persons<sup>267</sup>.

Com efeito, se observamos o encadeamento dos conceitos utilizados por Hart, percebemos que não adere a qualquer tese metafísica, chegando mesmo a criticá-las; mas opta por um direito moral<sup>268</sup>. Essa opção – podemos dizer que é arbitrária em um primeiro momento – realiza um todo razoável e lógico. Por razoável e lógico devemos entender as

---

<sup>265</sup> Are there any natural rights? (Doravante apenas NR) p. 175

<sup>266</sup> NR. p. 175

<sup>267</sup> NR. p. 175

<sup>268</sup> NR. p. 175

justificativas dadas por Hart para a escolha da liberdade como único direito moral, assim como a impossibilidade de outros direitos morais subsistirem na mesma esfera hierárquica da liberdade. Pensamos que de um modo geral Hart concorda com as críticas realizadas por Bentham aos direitos naturais. Em seu argumento não defende a existência de direitos morais, mas assume a hipótese de um único que possua como predicado a razoabilidade. Hart concorda com Bentham quando esse afirma que a idéia de direitos anteriores à existência de um governo, e conseqüentemente de uma estrutura jurídica, não é crível<sup>269</sup>.

Uma vez que o argumento utilizado opta por salientar a liberdade como único direito moral razoável, devemos observar que os outros direitos morais, usualmente elencados pelos teóricos do direito natural, não são habilitados (o exemplo mais comum é a propriedade). Sendo assim, Hart não está a dizer, *ab initio*, que a liberdade não pode ser limitada, mas está dizendo que uma vez limitada, em seus fundamentos, deve sê-lo para todos. Outrossim, Hart não habilita todo e qualquer direito moral quando fixa a liberdade como o ponto axiomático. Mas objetiva dar sentido a um determinado conceito de direito moral<sup>270</sup>. Devemos indicar que a liberdade uma vez escolhida como ponto fundamental inviabiliza todo e qualquer direito moral, ou seja, em nosso esquema hipotético não podemos dizer que a propriedade seja um direito moral ou que o direito de ir e vir o seja, por isso dizemos: uma vez escolhida a liberdade, todo e qualquer direito moral estará inviabilizado, pois todos limitam o direito moral de ser livre<sup>271</sup>. Com isso não estamos dizendo que a moralidade deixa de existir, isso seria um absurdo, mas que a moralidade não

---

<sup>269</sup> Jeremy Bentham, *Anarchical fallacies*, p. 52. "...there are no such things as natural rights – no such things as rights anterior to the establishment of government – no such things as natural rights opposed to, in contradistinction to, legal: that the expression is merely figurative; that when used in the moment you attempt to give the literal meaning it leads to error, and to that sort of error that leads to mischief – to the extremity of mischief." Sobre esse tema ver também Hugo Adam Bedau, *Anarchical fallacies: Bentham's attack on Human Rights*, p. 140-144. Trata-se de uma crítica ao argumento de Bentham.

<sup>270</sup>NR. p. 176

<sup>271</sup>NR. p. 176

pode ser tida como a pedra fundamental da ordem política ou jurídica. Se pensarmos em um direito moral que tenha a capacidade de gerar eficiência na construção dos valores e que seja capaz de ultrapassar a liberdade, então este novo direito moral deve ser tido como o ponto fundamental da hipótese: existência dos direitos morais. Compreendemos como Hart que a liberdade é melhor direito moral, porque além de estar inscrita como preocupação fundamental na organização das instituições é bastante simples pensarmos o direito como salvaguarda da liberdade ou como limitação da liberdade em casos definidos em lei. Assim, a complementaridade entre direito moral e conteúdo mínimo é bastante harmônica, pois se a liberdade funda o valor da instituição o conteúdo mínimo delimita o conteúdo programático de proteção do indivíduo para o desenvolvimento da legislação.

Como veremos adiante apenas os direitos especiais e os direitos gerais podem limitar a liberdade de alguém. O primeiro tipo de direito é fundado em relações ou transações específicas entre pessoas, e o segundo é fundado no desejo de não ver a minha liberdade limitada sem uma justificação.

Of course it is obvious that my thesis is not as ambitious as the traditional theories of natural rights; for although on my view all men are equally entitled to be free in the sense explained, no man has an absolute or unconditional right to do or not to do any particular thing or to be treated in any particular way; coercion or restraint of any action may be justified in the special conditions consistently with this general principle. So my argument will not show that men have any right (save the equal right of all to be free) which is “absolute”, “indefeasible”, or “imprescriptible”.<sup>272</sup>

O argumento formulado indica que, ao contrário do que sustentam as teorias tradicionais do direito natural, cuja tradição é vastíssima, existe um direito que é, em seus

---

<sup>272</sup>NR. p. 176

fundamentos, conceitualmente mais importante do que os outros<sup>273</sup>. A liberdade é mais importante do que os outros possíveis direitos morais porque é fundada na impossibilidade humana da não escolha. Os homens, em todos os contextos da vida social, são levados a escolher entre opções. Por mais limitado que seja o âmbito de escolha, sempre, na vida social, existem situações em que devemos ser capazes de afastar uma hipótese e defender a outra. Tal dispositivo intrínseco à natureza humana, para Hart, pode ser denominado liberdade. Os homens sempre são livres, contudo essa liberdade pode ser mais ou menos significativa em função do contexto político. Para Hart a liberdade é mais natural do que os outros possíveis direitos morais, pois é categoricamente imprescindível<sup>274</sup>. Pensemos, por exemplo, na propriedade, podemos facilmente optar por não termos qualquer propriedade, mas não podemos escolher por não optar por essa ou por aquela alternativa. E ainda que sejamos capazes de fugir de decisões em algumas circunstâncias, em alguma esfera da vida social, seremos obrigados a escolher. Essa impossibilidade de prescindir da liberdade é fundada numa determinada concepção de determinismo, fundado na noção de escolha. Com efeito, para Hart podemos dizer que os homens são determinados pela faculdade de escolher. Podemos escolher não ter propriedade, podemos optar por não trabalhar, mas não podemos escolher não escolher<sup>275</sup>.

Em última instância o fundamento da liberdade está marcado em uma dupla articulação, a inexorabilidade da escolha e a possibilidade do nosso âmbito de escolha poder ser vasto até alcançar a liberdade de escolha de outrem. Com efeito, é através dessa inexorabilidade que a liberdade pode e deve ser limitada, tendo em vista que se todos potencializam as suas liberdades ao máximo, logo atentarão contra a minha liberdade e

---

<sup>273</sup>NR. p. 176

<sup>274</sup>NR. p. 176

<sup>275</sup>NR. p. 176

contra a boa organização da vida pública. Assim, opto por limitar a minha própria liberdade – se consigo compreender os princípios da vida social – ou sou obrigado pela lei a fazê-lo.

Em um cenário onde a confirmação da filosofia do direito de orientação positivista é o que se deseja, não é difícil de imaginar que o movimento operado por Hart acaba por culminar numa crítica ao direito natural, mesmo que incidente<sup>276</sup>. O que vale dizer que não promove combate ao direito natural dentro de seus pressupostos, mas indicando que mesmo que adotemos os pressupostos jusnaturais chegaremos ao mínimo denominador comum da liberdade<sup>277</sup>.

Podemos observar socialmente coisas como um sistema moral. Todavia, nunca esse sistema moral vai ser estruturado em termos de legalidade e ilegalidade, mas será engendrado em termos de ações boas ou ações ruins, certas ou erradas e tolas ou não<sup>278</sup>. Não é difícil imaginar uma codificação que estabeleça sanções fundadas nesse vocabulário por demais amplo. Por isso Hart vai dizer que aqueles que assumem outros direitos morais como sendo tão prementes como a liberdade, na verdade, não escolhem a liberdade, pois estabelecem um limitador *a priori*, a saber, que não depende da vontade para ser limitado<sup>279</sup>.

Quando optamos pela liberdade como direito moral premente, dizemos que não podemos deixar de escolher. Com efeito, a liberdade apenas será limitada pela nossa escolha, no sentido de não permitir que outros possuam liberdade em hipérbole. Quando nos restringimos por noções morais que não a liberdade, acabamos por esvaziar o sentido que a liberdade possui para a esfera pública. Assim, Hart afirma acerca dos sistemas morais calcados em valores amplos:

---

<sup>276</sup>NR. p. 177

<sup>277</sup>NR. p. 177

<sup>278</sup>NR. p. 177

<sup>279</sup>NR. p. 177

So those who lived by such systems could not of course be committed to the recognition of the equal right of all to be free; nor, I think (and this is one respect in which the notion of a right differs from other moral notions), could any parallel argument be constructed to show that, from the bare fact that actions were recognized as ones which ought or ought not to be done, as right, wrong, good or bad, it followed that some specific kind of conduct fell under these categories<sup>280</sup>.

Com efeito, uma das questões aventadas por Hart que nos auxilia a uma compreensão apropriada sobre as questões entre o direito e a liberdade é a extrema confusão existente em torno do vocábulo *direito*. A tradição continental claramente faz com que os termos *Droit*, *Diritto* e *Recht* abarquem um compromisso com a moral. Afastando a necessidade do direito ter que significar justiça e equidade.<sup>281</sup> Da mesma forma o positivismo legal afasta a concepção de *facultas agendi*<sup>282</sup> como alguma coisa que os indivíduos possuem independentemente das convenções onde estão imersos.

Para mostrar que a vinculação entre direito e moral não é necessária Hart traz o exemplo de Emmanuel Kant. Quando vemos a *Metafísica dos Costumes* encontramos a distinção entre uma *officia iuris* e uma *officia virtutis*. A primeira dizendo respeito aos deveres externos, ou seja, aqueles com relação aos quais nós podemos legislar. A segunda concernente às finalidades que são também um dever, não sendo, portanto, passíveis de legislação. *Officia iuris* diz respeito ao direito e *officia virtutis* diz respeito à moral<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup>NR. p. 177

<sup>281</sup>NR. p. 178

<sup>282</sup> Direito Subjetivo

<sup>283</sup> “Todos os deveres são ou deveres de direito (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou deveres de virtude (*officia virtutis*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim”. Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 85

Dessa maneira, uma vez que adotamos o discurso do direito moral mínimo como válido, temos que elaborar como justificaremos as necessárias limitações à ação livre de regras. Sendo assim, quando adotamos a liberdade como o direito moral mínimo, podemos dizer que o discurso moral será utilizado para poder justificar a limitação à liberdade. Como podemos constatar no texto de Hart:

And it is I think a very important feature of a moral right that the possessor of it is conceived as having a moral justification for limiting the freedom of another and that he has this justification not because the action he is entitled to require of another has some moral quality but simply because in the circumstances a certain distribution of human freedom will be maintained if he by his choice is allowed to determine how that other shall act<sup>284</sup>.

Nesse cenário conceitual sempre precisamos encontrar justificativas morais para limitar a liberdade de outrem. Justificativas essas deverão acontecer no sentido de proteger liberdades de serem aviltadas ou quando da feitura de acordos acerca da limitação de certas liberdades. Com efeito, *having a moral justification for limiting the freedom of another*, não significa que a jurisprudência envolva o conceito de moral, mas uma vez que adotamos a liberdade como direito moral mínimo, devemos justificar o porquê de possíveis limitações<sup>285</sup>.

É preciso fazer a distinção entre a moralidade e os princípios que tornam possível se falar da moralidade. Moralidade é aquilo que é constitutivo de um determinado sistema de regras. Por outro lado, os princípios da moralidade, são as informações que nos levarão a direcionar um determinado sistema de regras. Enquanto os princípios morais são mais amplos e determinantes, a moralidade é mais específica e é vinculada pelos princípios.

---

<sup>284</sup>NR. p. 178

<sup>285</sup>NR. p. 181

Quando devemos interpretar uma conduta para perceber se podemos dela extrair uma sentença moral, precisamos apelar para um princípio que norteie a interpretação da moralidade. O princípio moral que vai ingerir no direito moral mínimo será o da liberdade de dizer como os outros devem agir. Na concepção de Hart o sentido tradicional de direito moral é sempre uma restrição à liberdade, por isso a elaboração de um modelo hipotético onde apenas a liberdade é o direito moral pretendido:

The essential connection between the notion of a right and the justified limitation of one person's freedom by another may be thrown into relief we consider codes of behavior which do not purport to confer rights but only to prescribe what shall be done<sup>286</sup>.

Vários são os códigos morais encontrados na vida social, mas nenhum deles é capaz de atribuir direitos morais – uma vez observados segundo o modelo hipotético proposto por Hart – na medida em que o único direito moral é o igual direito de sermos livres. O Decálogo é um código moral. Mesmo que em larga medida as suas determinações encontrem similitudes na lei, não possui o estatuto de *direito*, mas apenas a identificação como código moral útil à vida social. O direito é sempre uma regra marcada pelo reconhecimento social colocada por uma autoridade soberana temporal<sup>287</sup>.

Dessa forma, o que significa dizer que *x*, *y* ou *z* possuem um direito? Dizer que alguém possui um direito é indicar que caso a sua liberdade seja limitada, tal deve ser feito mediante algum mecanismo de justificação. Os mecanismos de justificação para se limitar a liberdade se dividem em: (1) justificação especial para limitar a liberdade de outrem e (2) exigência de que a limitação de liberdade de outrem seja sempre precedida de

---

<sup>286</sup>NR. p. 182

<sup>287</sup>NR. p. 182

justificação<sup>288</sup>. Enquanto o primeiro diz respeito à ação de limitação da liberdade de outrem, o segundo diz respeito à abstenção de ingerência na liberdade de outrem. As ingerências podem existir desde que sejam precedidas de justificações socialmente aceitas.

Esses dois mecanismos são logicamente auto-implicativos, na medida em que, quem limita a liberdade, faz isso com relação a alguém que tem a expectativa de que a limitação seja justificada<sup>289</sup>. Para ilustrar essa questão o exemplo mais interessante está contido na expressão *I have a right to say what I think*<sup>290</sup>. Com efeito, o fato de alguém dizer que possui *um direito* significa que possui meios de justificar e defender a ação pretendida. Da mesma forma, seu direito, se for limitado desejará receber justificativas à altura da sua pretensão de agir<sup>291</sup>. Sendo assim, tenho o direito de dizer o que penso, a não ser que outrem tenha uma justificativa aceitável para limitar o meu direito de proferir publicamente minhas idéias<sup>292</sup>.

Dessa forma, se qualquer pessoa em nossa vida pública desejar limitar o meu direito de proferir as minhas idéias livremente, deverá reunir um sólido conjunto de justificas sociais. Tais justificativas podem se dar em dois grandes conjuntos conceituais. De um lado temos o conceito de *Special Rights*<sup>293</sup> e de outro a noção de *General Rights*<sup>294</sup>.

### 3.3 Direitos especiais

---

<sup>288</sup>NR. p. 182

<sup>289</sup>NR. p. 183

<sup>290</sup>NR. p. 183

<sup>291</sup>NR. p. 183

<sup>292</sup>NR. p. 183

<sup>293</sup>NR. p. 183

<sup>294</sup>NR. p. 187

Para abordar essa distinção iremos inicialmente diferenciar os conceitos de modo específico para que possamos tornar o argumento mais complexo do ponto de vista conceitual, mas mais simples de ser compreendido. Assim, adiantando o problema que nos deterá nas próximas páginas, informamos que *Special Rights*<sup>295</sup> diz respeito a uma justificativa para se limitar à liberdade de alguém, enquanto a noção de *General Rights*<sup>296</sup> é utilizada sempre em sentido defensivo. Assim, antes que a minha liberdade seja ameaçada lanço mão de proteção normativa fundada no risco de ocorrência de alguma interferência injustificada na minha liberdade<sup>297</sup>.

A definição de *direitos especiais* passa pela noção de que são provenientes de uma relação especial entre pessoas ou de uma transação específica entre particulares. Nessa relação ou transação especial teremos sempre dois pólos: (1) quem exerce o direito e (2) quem arca com as obrigações. Como Hart afirma no trecho que passamos a reproduzir:

When rights arise out of special transactions between individuals or out some special relationship in which they stand to each other, both the persons who have the right and those who have the corresponding obligation are limited to the parties to the special transaction or relationship<sup>298</sup>.

O exemplo paradigmático dos direito especiais é a *promessa*. Momento esse onde alguém diz que realizará determinada ação em vista de outrem que a receberá. A parte que será beneficiada pela ação não tem qualquer ingerência acerca do conteúdo da promessa. Sendo assim, a parte que promete assume a obrigação de realizar algo, e a outra, mesmo

---

<sup>295</sup>NR. p. 183

<sup>296</sup>NR. p. 187

<sup>297</sup> Traduziremos a partir desse ponto *Special Rights* como direitos especiais, tendo em vista que provém de relações especiais e *General Rights* como direito gerais, pois são formulações genéricas sobre liberdades que não desejamos que sejam violadas.

<sup>298</sup>NR. p. 183

que não emitindo juízo sobre a ação, poderá exigir o cumprimento da ação prometida; tendo em vista que detém o direito correlativo à obrigação assumida<sup>299</sup>.

Quando a anuência deve ser emitida pelos dois pólos, observamos que não mais temos uma promessa, mas um *acordo*. Este é, com efeito, a segunda figura dos direitos especiais, pois depende de uma relação especial onde as vontades são convergentes. De maneira correlacionada as partes assumem direitos e obrigações.

Entretanto, o ato de assumir, pelo acordo, direitos e obrigações, não é estanque, na medida em que ambas as partes assumem tanto direitos como obrigações. Se fizermos um acordo que determina que eu deverei entregar uma jaca em um determinado lugar, eu tenho o direito de depositar a jaca, assim como, a obrigação de entregá-la, e, na mesma medida, a pessoa com quem fiz o acordo poderá exigir a jaca e terá a obrigação de me permitir entregar<sup>300</sup>.

Tanto a promessa quanto o acordo são exemplos de direito especiais que decorrem da manifestação de vontade das partes. Todavia, a emissão de vontade deliberada não é formada apenas pela categoria dos direitos especiais. Podemos citar um tipo de limitação que pode ser denominado *restrições mútuas (mutuality of restrictions)*<sup>301</sup>.

As restrições mútuas podem ser encontradas, sobretudo, na vida política com a figura da obrigação de cuidado (instituto tradicional do direito civil segundo o qual me comprometo a cuidar de um determinado objeto, pode ser aplicado no âmbito do direito público, pela obrigação de zelo pelo patrimônio público) que os homens possuem frente à

---

<sup>299</sup>NR. p. 184

<sup>300</sup> A opção por um exemplo tão pouco usual não é gratuita. Tendo em vista a proporção da fruta citada podemos vislumbrar a necessidade de seguir o pacto acordado. A conveniência acontece no momento de fixação do acordo, após, deve ser seguido.

<sup>301</sup>NR. p. 185

esfera pública que habitam. A distinção do acordo e da promessa agora se torna mais clara, pois tanto um quanto o outro acontece na esfera privada da manifestação da vontade. No caso das restrições mútuas estamos situados na esfera pública e sua exigência de uma vida mais aprazível<sup>302</sup>.

Em âmbito social acabamos por obedecer a determinadas regras, simplesmente porque é melhor obedecer do que ignorar, na medida em que seguir a regra sem um questionar gera menos aborrecimento e trabalho do que a interpelação. A explicação do sentido das limitações mútuas se dá previamente a qualquer cálculo do prazer feito por um juízo utilitarista. Antes mesmo de julgar se a ação vai maximizar o meu prazer ou a potencialização do prazer público, abstenho-me de levar uma ação a cabo, na medida em que a obediência é menos custosa do que a desobediência:

In social situations of this sort (of which political society is the most complex example) the obligation to obey the rules is something distinct from whatever other moral reasons there may be for obedience in terms of good consequences (e.g., the prevention of suffering); the obligation is due to the co-operating members of the society as such and not because they are human beings on whom it would be wrong to inflict suffering. The utilitarian explanation of political obligation fails to take account of this feature of the situation both in its simple version that the obligation exists because and only if the direct consequences of a particular act of disobedience are worse than obedience, and also in its more sophisticated version that the obligation exists even when this is not so, if disobedience increases the probability that the law in question or other laws will be disobeyed on other occasions when the direct consequences of obedience are better than those of disobedience<sup>303</sup>.

O assentimento que se dá a determinadas obrigações políticas, na maioria das vezes, não advém de um juízo racional que faz com que os indivíduos se filiem às obrigações, mas

---

<sup>302</sup>NR. p. 185

<sup>303</sup>NR. p. 185

da compreensão de que ao consentir e obedecer, esses mesmos indivíduos, não serão interpelados pelo poder público. A obediência acarreta em conforto individual, pela certeza de que o poder político não interferirá na esfera privada, enquanto que a desobediência ocasiona indeterminação. Nesse sentido é estabelecida a crítica que Hart engendra contra os teóricos do contrato social (como Rousseau, por exemplo)<sup>304</sup>.

Hart afirma que esses estruturaram o consentimento ao contrato sob a forma de uma *promessa*. É evidente que a promessa possui similaridades com as restrições mútuas (obrigações políticas) tendo em vista que são direito especiais – advém de uma determinada relação ou transação que lida com vontades direcionadas – todavia a promessa sempre localiza os direitos e as obrigações num único pólo<sup>305</sup>. Com efeito, não é difícil ver que esse não é o caso das obrigações políticas, da mesma forma como não é o caso do contrato, na medida em que no contrato temos sempre uma estrutura bipolar de direitos e obrigações, onde na maioria das vezes os cidadãos obedecem para se pouparem do esforço da desobediência<sup>306</sup>:

The social-contract theorists rightly fastened on the fact that the obligation to obey the law is not merely a special case of benevolence (direct or indirect), but something which arises between members of a particular political society out of their mutual relationship. Their mistake was to identify *this* right-creating situation of mutual restrictions with the paradigm case of promising; there are course important similarities, and these are just the points which all special rights have in common, viz., that they arise out of special relationships between human beings and not out of the character of the action to be done or its effects<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup>NR. p. 186

<sup>305</sup>NR. p. 186

<sup>306</sup> O vocábulo esforço é utilizado aqui no sentido de que não precisam encontrar uma justificação para o ato de desobedecer, assim como não sofrem sanção no caso de não encontrar uma boa motivação para tal ato.

<sup>307</sup>NR. p. 186

Um outro *special right* é aquele que relaciona pais e filhos em posição de autoridade dos primeiros com relação aos segundos. Não existe muito problema no fato do afeto e a proximidade gerar estruturas de autoridade até que o filho possa julgar autonomamente; a naturalidade da autoridade nas relações parentais foi longamente analisada por Hume em seu *Tratado da Natureza Humana*<sup>308</sup>. O problema aparece quando as teorias de direito natural procuram fundamentar obrigações políticas através da figura do pai, i.e. um Estado que se confunde com a parentalidade. Hart defende que a fundamentação de uma política através do recurso ao poder, com ares de parentalidade, é um recurso absolutamente inócuo. Adverte que para política conta a idade do discernimento, e não o momento da formação da segurança enquanto indivíduo. Então, se os homens preferem obedecer a contestar, tal é uma opção que não se confunde com a segurança dada pela figura parental<sup>309</sup>.

O último item do exame empreendido por Hart acerca dos direitos especiais é a distinção entre esses e as liberdades especiais. Nesse caso a pessoa não possui nenhuma obrigação particular. Ela recebe uma licença que não implica em nenhuma obrigação. Assim, tendo em vista que ela não assume qualquer obrigação, não pode exigir qualquer direito correlato. Não existindo nem duplicidade de pólos do acordo nem a unicidade de promitente da promessa<sup>310</sup>. Dessa forma, a licença que atribui uma liberdade pode ser logo revogada. Sem gerar qualquer direito. O exemplo dado por Hart para ilustrar tal conceito é o do diário: eu posso lhe dar uma licença para que leia o meu diário, mas se entender que devo suprimir a licença, não subsiste qualquer direito com relação à licença subtraída<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Hume, David. *Tratado da natureza humana*, p. 385.

<sup>309</sup> NR. p. 187

<sup>310</sup> NR. p. 187

<sup>311</sup> NR. p. 187

### 3.4 Direitos gerais

Tratemos agora dos direitos gerais. Duas são as características principais desse tipo de direito: a primeira diz respeito à necessidade de uma justificativa moral para que uma determinada liberdade seja limitada; a segunda característica diz que no direito geral não existe qualquer relação especial. A limitação em âmbito de direitos gerais acontece segundo *defensive general rights* (direitos gerais defensivos), os quais não são contratuais, mas exclusivamente normativos para a moral. Atendendo ao axioma de que o único direito moral é o igual direito de todos serem livres, a limitação apenas acontece se a justificativa empreendida for suficiente para se entender uma limitação à liberdade<sup>312</sup>.

Enquanto o *direito especial* diz respeito a relações ou transações especiais entre seres humanos, o *direito geral* diz respeito a uma prévia salvaguarda a possíveis limitações de liberdades sem justificações. Os direitos gerais não são direitos peculiares de quem os detém, mas são direitos de todos os homens capazes de escolher em seu igual direito de não serem limitados em sua liberdade. A obrigação correlativa de um direito geral não provém de uma relação especial, mas de uma isenção de não interferir na liberdade de outrem sem uma prévia possibilidade de justificativa pública. A natureza da limitação num direito especial é diferente da limitação em direito gerais, todavia ambas possuem como fundamento a liberdade:

To assert a general right is to claim in relation to some particular action the equal right of all men to be free in the absence of any of those special conditions which constitute a special right to limit another's freedom; to assert a special right is to assert in relation to some particular action a right constituted by such special conditions to limit another's freedom. The assertion of general rights

---

<sup>312</sup>NR. p. 188

directly invokes the principle that all men equally have the right to be free; the assertion of a special right invokes it indirectly<sup>313</sup>.

Este primeiro movimento teve como sustentação o projeto de Hart em *Are there any natural rights?* de construir um argumento hipotético que gerasse sustentabilidade para a existência de um direito moral, qual seja, o direito moral mínimo à liberdade. Assim, as regras jurídicas passam, através do crivo da criação conceitual e da assunção de pressupostos falíveis, a serem caracterizadas segundo um imperativo moral: a proteção da liberdade. A liberdade constituída enquanto o igual direito dos homens serem livres.

Devemos, portanto, notar que o direito moral mínimo é distinto do direito natural mínimo. Enquanto o primeiro é apenas uma construção hipotética que procura dar sentido a alguma coisa denominada como direito moral, o segundo é concernente a algo de fato. Os homens, por suas condições intrínsecas, estão sujeitos a uma ordem mínima de direitos naturais. Assim, em um ordenamento jurídico real poderíamos até mesmo falar em um desrespeito ao direito moral mínimo dos homens serem livres – tendo em vista que não existe alguma coisa como um direito moral, mas o fixamos enquanto valor interessante na construção de uma sistemática legal – mas não poderíamos falar numa lei que desrespeitasse o conteúdo mínimo do direito natural, pois sem essas condições não nos é dado obedecer.

Acreditamos que a principal obra de Hart não contém contradição com a idéia de um direito moral mínimo. A definição de um direito moral mínimo é uma atitude política a ser tomada pelos indivíduos no estabelecimento dos valores que norteiam as instituições. Um pressuposto político para a organização das instituições não possui qualquer

---

<sup>313</sup>NR. p. 188

contradição com o projeto filosófico do positivismo jurídico, pois um valor moral, ainda que influencie na formação das instituições, não terá influência direta no modo como os juízes aplicam a lei. Contudo, se o direito moral mínimo é pressuposto político hipotético, o conceito de conteúdo mínimo não possui nada de hipotético para Hart: trata-se um requisito formal para que as leis possam ser executadas. São requisitos que também não abalam o positivismo legal, pois sem eles não podemos falar de ser humano vivo, e, portanto, não podemos falar de sistemática legal.

A nossa leitura de Hart salvaguarda os dois conceitos de “mínimo”, sem que exista alguma contradição. A filosofia do direito não precisa de direito moral mínimo para ser compreendida, mas pode se valer do sentido hipotético da liberdade como valor que condiciona os juízos jurídicos. Assim, a positividade da lei fica ainda mais resguardada, pois toda vez em que forem suscitados temas de direito moral, poderemos sustentar a falta de sentido de alguma coisa que não seja a liberdade fundada na igual capacidade dos homens em escolher.

### **3.5 conteúdo mínimo do direito natural**

O argumento que torna inteligível o conceito de conteúdo mínimo do direito natural conta com uma subversão originária, qual seja, é possível assumir algumas teses do direito natural, em bases ainda positivistas, se tomadas em seu sentido não radical. O que implica dizer que enunciados metafísicos em seu campo de sistematicidade lógica e de pressupostos metodológicos não são conciliáveis com uma postura que busca na pragmática das regras o modo de explicar o direito. Contudo, alguns enunciados assumidos em sentido parcial podem permitir compreensão mais completa do fenômeno do direito. O exemplo principal

desse postulado para Hart é o encontrado nos argumentos teleológicos. Toda metafísica, em alguma medida, compromete-se com alguma noção de finalidade. No direito, via de regra, a finalidade metafísica assumida é a justiça. Todavia, ainda assim, podemos assumir “pequenas” teleologias quando referenciadas a questões não abstratas. Hart propõe “arrancar” algumas verdades no universo conceitual da metafísica e reafirmá-las “em termos mais simples”. Seu objetivo, porém, não é confundir a filosofia do direito com enunciados cuja validade é discutível, mas incorporar um argumento que permita ao conceito de direito ser suficientemente abrangente para explicar o fenômeno da regra. Por certo que o direito é constituído essencialmente por regras, e regras, uma vez que são artifícios da convivência social, podem assumir qualquer conteúdo. Contudo, pode-se, em termos mais simples do que o utilizado pela tradição do direito natural, compor o que significa o limite de atuação da regra:

Both the relevant sense of the word ‘natural’, which enters into Natural Law, and its general outlook minimizing the difference, so obvious and so important to modern minds, between prescriptive and descriptive laws, have their roots in Greek thought which was, for purpose, quite secular. Indeed, the continued reassertion of some form of Natural Law doctrine is due in part to the fact that its appeal is independent of both divine and human authority, and to the fact that despite a terminology, and much metaphysics, which few could now accept, it contains elementary truths of importance for the understanding of both morality and law<sup>314</sup>.

Hart sustenta que, para além das “grandes verdades” da metafísica, a experiência pode estabelecer regularidades fundadas em eventos parciais, essas grandes verdades podem dar origem a formulações abstratas capazes de explicitar o funcionamento de uma gama enorme de fenômenos. A busca por um objeto rigorosamente determinado para o

---

<sup>314</sup> CL. p. 187-188

direito não é incompatível com a postura indutiva de pensamento, na verdade a pressupõe, pois falar do direito do ponto de vista geral e descritivo, ensejando o que o *direito é* e não o que *deve ser*, diz respeito a investigar práticas e retirar dessas, verdades gerais, ainda que falíveis<sup>315</sup>.

Com efeito, falar em finalidades para o mundo e para objetos inanimados no mundo contemporâneo é absolutamente desprovido de sentido, mas isso não significa que o argumento central do jusnaturalismo seja inválido, pois para além do caráter de predição, por “natureza” também devemos entender naturalidade. Há uma grande diferença em se dizer que uma coisa naturalmente faz *x* da afirmação de que uma coisa possui sua razão de existência em fazer *x*. Enquanto a primeira sentença é aceita por um positivista legal, a segunda deve ser sempre rejeitada. Por isso, Hart afirma que é “*natural todos os homens comerem e dormirem, mas também que todos os homens deviam comer e descansar por vezes, ou que é naturalmente bom fazer essas coisas*”.

The force of the word ‘naturally’, in such judgments of human conduct, is to differentiate them both from judgments which reflect mere conventions or human prescriptions, the content of which cannot be discovered by thought or reflections, and also from judgments which merely indicate what is required for achieving some particular objective, which at a given time one man may happen to have and another may not<sup>316</sup>.

Ainda somos positivistas no sentido jurídico do termo ao assumirmos que a sobrevivência é um elemento natural da constituição das sociedades humanas, da mesma forma como ao entendermos que a perseverança na vida influencia e determina as instituições políticas. É correto afirmar, em bases não metafísicas, que, se a naturalidade da

---

<sup>315</sup> Sobre o tema da indução v. David Hume. Tratado da natureza humana. p. 126-127

<sup>316</sup> CL. p. 190-191

sobrevivência fosse contestada, nossas instituições políticas e os instrumentos de regulação do direito assumiriam contornos absolutamente distintos daqueles que nos são naturais. A investigação sobre a generalidade do direito e a descrição dos institutos não permite imaginar sociedades sem que determinados preceitos sejam assumidos enquanto o conteúdo mínimo da natureza humana, de modo que os institutos sociais devem possuir por meio de tais determinações elementos mínimos de funcionamento. Por certo que a tradição do direito natural veria no conteúdo mínimo um tratamento muito limitado do tema concernente ao direito de natureza, mas não seria objetada a centralidade do assunto. Assim não nos é estranho afirmar que é “inteiramente óbvio” que “a assunção tácita de que o fim adequado da atividade humana é a sobrevivência, e isto repousa no simples fato contingente de que a maior parte dos homens deseja a maior parte do tempo continuar a existir<sup>317</sup>”.

Como dissemos acima, a tradição do direito natural julgaria por demais reduzida uma compreensão de natureza que visasse apenas à conservação da existência. Contudo, Hart se faz tributário de alguns autores pertencentes à tradição do direito de natureza, enfatizando que Hume e Hobbes, em suas reflexões, estiveram dispostos “a baixar o olhar”, e enxergar a natureza não como um princípio geral regente das condutas humanas, mas como o elemento constitutivo da presença humana na vida prática. Hume e Hobbes são tidos por Hart como os dois grandes teóricos do direito natural que procuraram investigar esse conteúdo reduzido da natureza humana enquanto fundamento do fenômeno do direito<sup>318</sup>. Para Hart tanto Hobbes quanto Hume ao invés de caracterizarem a natureza

---

<sup>317</sup> CL. p. 191

<sup>318</sup> O presente assunto demanda explanação mais extensa sobre a influência do pensamento de Hobbes e Hume na filosofia do direito de Hart. Cf. Cesar Louis Kiraly, *Conhecimento e Moralidade em David Hume: a política como teoria das instituições*. p. 131 e seguintes. Devemos indicar que os argumentos principais de Hume sobre a matéria estão contidos no *Tratado da natureza humana Livro III na Parte II*. As questões

humana por meio de grandes princípios morais, mantiveram-se com “o olhar baixo” e descreveram os elementos sem os quais a vida humana em sociedade perde o sentido. Para Hart não são relevantes as diferenças cruciais entre Hume e Hobbes, mas que os dois encontram-se unidos pelo modo de investigar, de maneira descritiva, elementos essenciais para a vida política.

Para Hart, a percepção e descrição do conteúdo mínimo do direito natural é um “objetivo modesto”, que dissolve a histórica dicotomia entre os que visam estudar o direito enquanto conceitualmente independente, e aqueles que desejam vincular o direito ao conjunto conceitual da moral. Para Hart, a eleição da sobrevivência enquanto elemento verdadeiro sobre a investigação da natureza na instituição da lei “confere bom senso empírico à terminologia do direito natural<sup>319</sup>”. Mas então como seríamos capazes de pensar a liberdade como direito moral mínimo de tal modo que esse não implique em contradição com o conteúdo da sobrevivência enquanto direito natural? A liberdade só pode ser pensada enquanto alguma coisa que os homens buscam quando coadunada com o desejo de perseverar na existência. Por essa razão, a liberdade é sempre acidental, devendo ser assumida enquanto argumento hipotético para fundamentação de instituições livres. Entretanto, o conteúdo mínimo do direito natural deve ser enquadrado como pressuposto de qualquer reflexão que questione a natureza das instituições, e, sobretudo, que investiga a natureza das regras.

As objeções mais comuns aos argumentos de Hart, sobre o conteúdo mínimo do direito natural, podem ser divididas em dois grupos: o primeiro tenta reconstruir o

---

concernentes à filosofia de Hobbes são encontradas em seu *Leviathan* capítulos XIV e XV. Cf Também sobre o tema do direito natural em Hobbes a leitura de Hobbes e o jusnaturalismo de Norberto Bobbio.

<sup>319</sup> CL. p. 191

argumento do direito natural em bases clássicas, e o segundo grupo objeta a separação conceitual rigorosa entre o direito e a moral. Vejamos que ainda que o argumento sobre o conteúdo mínimo do direito de natureza torne o enfrentamento com o direito positivo inócuo, assim o faz porque percebe que algumas teses da tradição jusnatural não podem ser ignoradas, com ênfase para as desenvolvidas por Hobbes e Hume, mantendo a estrita separação conceitual entre os conteúdos. Dworkin parece ser o principal crítico das teses do conteúdo mínimo do direito natural. Contudo, não explicita suas objeções a esses conceitos, mas por uma leitura integrada de sua obra podemos extrair que objetaria, como de fato faz Richard Epstein, alegando que não faz sentido que o conceito de natureza seja restritivo, pois se em uma ordem jurídica preceitos morais podem ser alargados para conferir direitos na esfera pública, então tal procedimento deve ser levado a cabo. Para ele os direitos naturais enquanto preceitos descobertos pela razão devem fundar toda e qualquer indagação sobre a ordem jurídica. Quando há possibilidade de trazer a moral para o direito, o procedimento deve ser adotado, de modo que quanto mais próximo o direito for da moral melhor realizada será sua finalidade<sup>320</sup>.

O procedimento do positivismo jurídico adotado por Hart veria em tal atitude a mesma confusão conceitual respeitante à impossibilidade de se descrever o objeto do direito. Os críticos, como Epstein, indagam sobre o porquê de se escolher um conteúdo mínimo para o direito natural se podemos optar por escala muito mais ampla de direitos naturais e morais. A tradição do positivismo sustenta que quanto mais alargamos a relação entre o conceito de direito e o conceito de moral, mais indeterminado o objeto do direito se torna, fazendo da sua descrição e a reflexão sobre seus enunciados gerais cada vez mais

---

<sup>320</sup> Richard Epstein. The not so minimum content of natural law. p. 257

difícil. Para que tenhamos clareza sobre o fenômeno do direito devemos investigar os elementos mínimos e essências de sua composição. O mesmo enunciado pode ser utilizado para se falar da moral. A clareza sobre o objeto da moral vai ser conseguida na medida em que eliminarmos a confusão conceitual concerne ao constante apelo a enunciados jurídicos.

A relevância do argumento de Hart pode ser testada ao considerarmos a sobrevivência como um fato meramente contingente. Em uma sociedade onde a sobrevivência é contingente, existiria o mesmo valor em se querer viver e no querer morrer, em uma sociedade como essa, onde vida e morte possuem o mesmo peso, as normas jurídicas, como as compreendemos é de pouco serventia. Pois entendemos normas jurídicas como artifícios que regulam a vida social, no sentido de atingir o objetivo da segurança, da felicidade etc. De maneira que *“[n]ão podemos subtrair o desejo geral de viver e deixar intactos conceitos como perigo e segurança, dano e benefício, necessidade e função, doença e cura; porque estes são modos de simultaneamente descrever e apreciar as coisas, por referência à contribuição que dão para a sobrevivência, a qual aceite como um objetivo”*<sup>321</sup>. Com efeito, ainda que não possamos, sempre, afirmar o sentido absoluto do conteúdo da sobrevivência, no sentido de que sempre poderá haver grupos que desqualifiquem ou desmereçam o viver e o morrer, todas as nossas instituições se fundam nesse preceito. Ainda que não pudéssemos afirmar a existência de um fundamento “de direito” para a sobrevivência, no contexto efetivo das instituições, sempre podemos afirmar um elemento “de fato”. Mesmo que não admitamos a sobrevivência como requisito para nossas instituições políticas e jurídicas, na prática das instituições, a sobrevivência será pressuposta.

---

<sup>321</sup> CL. p. 193

Se os argumentos a respeito da sobrevivência revelam uma forte filiação ao mesmo tempo hobbesiana e humeana na filosofia de Hart, por outro lado, o desenvolvimento das teses sobre a necessidade da lei observar um conteúdo mínimo de direito natural releva matizes exclusivamente humaneanos<sup>322</sup>.

A investigação sobre o que podemos denominar como elemento constitutivo da natureza humana envolve o mesmo elemento central do projeto desenvolvido por Hume no *Tratado da Natureza Humana*. Se Hume busca a delimitação dos princípios mínimos do conhecimento e da moral, Hart aplica princípios muito semelhantes com relação ao direito. Quando encontramos a escassez, a vulnerabilidade, a igualdade aproximada, o altruísmo limitado e a compreensão e força de vontade limitada percebemos que todos esses elementos demarcam contornos bastante definidos para os modos de estrutura de nossas instituições. Com relação ao direito não é absurdo dizer que o direito que não observa o conteúdo mínimo do direito natural constitui instituições que não respeitam a natureza humana não entraremos no espinhoso terreno da definição da natureza humana. Contudo, não é absurdo entender os elementos enumerados como componentes mínimos. Não se remonta aqui a tese cara a Radbruch<sup>323</sup> mas se enfatiza a relação existente entre as instituições e os modos de preservação da vida enquanto temática central do positivismo conceitual. Por isso Hart salienta que apresentará “reflexão acerca de algumas generalizações bastante óbvias – na verdade, truísmos – respeitantes à natureza humana e

---

<sup>322</sup> Neil MacCormick em *A lei, a moralidade e os limites da razão prática* desenvolve as muitas afinidades que podem ser encontradas entre a filosofia de Hume e o que poderia ser denominada a postura moral do positivismo. Por certo que a afirmação de que o positivismo possui uma disposição moral não é recebida sem contestações. Analisaremos essa tese no desenvolvimento deste capítulo.

<sup>323</sup> Radbruch ilustre representante da escola positivista alemã quando do pós-guerra passou a afirmar que o direito que não realiza a justiça não pode ser considerado, passando a constituir uma forte teoria do direito de inspiração jusnaturalista. A tese de que o direito que não realiza a justiça não é direito não é reconhecida como válida pelo positivismo de Hart, pois os elementos constitutivos do direito estão presentes ainda que estejamos diante de um direito ruim; como por exemplo, a estrutura de regras primárias e secundárias amplamente exposta.

ao mundo em que os homens vivem...<sup>324</sup>, e que o direito concernente a tal organização da vida humana deve observar algumas regras de organização social para que possa ser tido como viável. As considerações de Hart sobre a natureza humana são audaciosas, pois eleva os elementos que destaca ao estatuto de regras, cabendo a interrogação sobre o paradoxo da natureza que também responde aos requisitos da convenção:

Such rules do in fact constitute a common element in the law and conventional morality of all societies which have progressed to the point where these are distinguished as different forms of social control. With them are found, both in law and morals, much that is peculiar to a particular society and much that may seem arbitrary or a mere matter of choice. Such universally recognized principles of conduct which have a basis in elementary truths concerning human beings, their natural environment, and aims, may be considered the *minimum content* of Natural Law, in contrast with the more grandiose and more challengeable constructions which have often been proffered under that name<sup>325</sup>.

A. O primeiro elemento destacado, para a definição de conteúdo mínimo do direito natural, é a vulnerabilidade humana. Com efeito, pela fragilidade dos homens com relação à maioria dos desafios naturais e institucionais, percebemos que o direito, quando não reconhece esse fator, perde a sua viabilidade enquanto instituição dotada de utilidade. Hart salienta que homens que não fossem vulneráveis não precisariam de um direito que proibisse, por exemplo, o homicídio. Assim, a vulnerabilidade não expressa padrões ativos com relação ao Estado ou ao demais indivíduos, mas padrões negativos que forneçam abstenções que evitem atentados contra a integridade. O argumento da vulnerabilidade, melhor do que os outros elementos do direito natural mínimo, permite-nos compreender o sistema geral do conteúdo mínimo do direito natural, tendo em vista que a ausência de

---

<sup>324</sup> CL. p. 192-193

<sup>325</sup> CL. p. 193

preceitos, como os que levam a abstenção de atentados contra a vulnerabilidade, gera ausência de razão para os homens em “*obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e, sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras*”<sup>326</sup>. Hart sustenta que há uma relação entre alguns fatos naturais e o conteúdo de regras jurídicas. Pensamos que tal associação é legítima, remetendo à intuição de Hume, comentando em outras bases, que na extrema abundância e na cruenta miséria, não há que se falar em direito.

B. O segundo elemento concerne à igualdade aproximada. É claro que nossas instituições perderiam as suas características tradicionais, no que diz respeito à aplicação de sanções, se tivéssemos homens muito mais fortes, ou invulneráveis, ou muito mais poderosos do que todos os outros. Por mais fortes que alguns homens possam ser ou quanto mais velozes que possam ser em alguns momentos, nenhum predicado se distancia muito de um centro comum de habilidades e capacidades<sup>327</sup>. De certo modo o exemplo hobbesiano clássico de que todo homem por mais forte que seja precisa dormir em algum momento serve para explicar uma das dimensões desse elemento do conteúdo mínimo do direito natural. Com efeito, por mais que os homens difiram em força, agilidade e inteligência, essa distância nunca será tão expressiva que alguma artifício ou que a união de alguns homens não possa sublevar. Contudo, a segunda acepção desse elemento demanda a compreensão sobre o complexo sistema de abstenções que a igualdade aproximada ocasiona. Hart explicita essa questão informando que “[*e*]ste fato da igualdade aproximada, mais do

---

<sup>326</sup> CL. p. 194

<sup>327</sup> CL. p. 195 “constitui um fato de muito grande importância para a compreensão das formas diferentes do direito... a circunstância de nenhum indivíduo ser muito mais poderoso do que os outros, de tal modo que alguém seja capaz, sem cooperação, de dominar ou subjugar os outros por tempo superior a um período curto.”

*qualquer outro, torna óbvia a necessidade de um sistema de abstenções mútuas e de compromisso que está na base [...] da obrigação jurídica*”<sup>328</sup>. Isso significa dizer que para preservar a minha segurança física e patrimonial opto por deixar de cometer alguns atos, pois, em virtude da igualdade aproximada, poderia dele ser vítima. Ainda que a auto-imposição de limitações seja um evento desagradável, torna-se um padrão menos penoso do que um cenário de múltiplas agressões. Claro que a auto-imposição é ainda menos penosa do que a limitação imposta pelo Estado. Contudo, a tese de Hart é a de que não podemos falar em direito, sem um sistema mínimo de concordância, e, portanto, de obediência voluntária.

C. O altruísmo limitado é o terceiro elemento, caracteriza-se pela disposição que todos os homens possuem para a sociabilidade, porém observando que a disposição para a sociabilidade possui limitações. Ao mesmo tempo em que os homens não são bestas feras movidas por desejos irrefreados, também não são dotados de exemplares espíritos públicos, de modo que não encontraremos homens afastando em todas as hipóteses os seus vícios privados em função do benefício público. O sistema de abstenções necessário para a existência do direito é possível em virtude de tal natureza ambígua das disposições humanas. Para Hart estar no meio do caminho é o que torna “um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível”. Se todos fossem anjos ninguém deveria se abster de ação nenhuma, pois não haveria quem desejasse o aviltamento a qualquer liberdade; e se todos fossem demônios, não haveria que se falar em direito, pois não encontraríamos o consenso mínimo para o estabelecimento de qualquer regra. Assim, o

---

<sup>328</sup> CL. p. 195

ponto central é que, de modo geral, não somos nem completamente auto-interessados, nem completamente egoístas. Mas isso não torna a natureza humana ambígua.

D. O fato de os recursos limitados comporem o elenco do conteúdo mínimo do direito natural ocorre porque em todos os momentos da história humana podemos perceber a necessidade de bens provenientes da lida com a natureza ou com a indústria; e tanto de um lado quanto do outro os recursos são limitados. Assim, a função do direito é administrar o sistema de abstenções com relação à propriedade (ainda que o conceito de propriedade possa surgir de muitas formas, apelemos apenas para a distinção entre o que é meu e o que não é, sem que tenhamos que entrar nas muitas discussões sobre o que pode ser considerado, no sentido formal, propriedade) tendo em vista que “[e]m todos os tempos e lugares, a própria vida depende destas abstenções mínimas<sup>329</sup>”.

E. A compreensão e a força de vontade limitada encerram os elementos constitutivos do conteúdo mínimo do direito natural, fechando o sistema das abstenções que caracterizam os requisitos mínimos para a viabilidade do direito. Dessa forma, não é demais indicar o caráter cético da delimitação conceitual empreendida por Hart. Assim, percebemos que para que todas as abstenções possam ser levadas a cabo, como a preservação e o respeito à vulnerabilidade humana, a percepção da igualdade aproximada, o respeito à propriedade e a compreensão do altruísmo limitado envolvem certa noção de sacrifício dos interesses imediatos para que as regras possam ser constituídas. *“Os fatos que tornam necessárias à vida social as regras respeitantes às pessoas, à propriedade e aos compromissos são simples e os seus benefícios recíprocos são evidentes”*<sup>330</sup>. Ainda que não sejamos capazes de reconstruir o cálculo que cada homem realiza para que possa

---

<sup>329</sup> CL. p. 196

<sup>330</sup> CL. p. 197

encontrar uma motivação para se abster destas ações, podemos indicar que desse movimento depende a possibilidade das regras. Sem que certo consenso possa ser estabelecido não seremos capazes de determinar uma prática e assim não seremos capazes de fixar regras. Ainda que a motivação seja indeterminável a regra demanda um acordo com relação aos resultados sociais das ações empreendidas ou de cujas abstenções a regra é devedora.

Como vimos em nosso capítulo sobre a filosofia do direito de Austin, este fundamenta o direito tendo em vista a figura necessária da sanção, de modo que a possibilidade de ser sancionada constituiria o fundamento da obrigatoriedade das regras. Assim, ainda que tivéssemos toda uma população que desobedecesse aos comandos, havendo possibilidade de se administrar sanções, haveria possibilidade de direito. Quando observamos o conceito de compreensão e força de vontade limitada, percebemos que a sanção só faz sentido quando aplicada sobre a exceção ao comportamento. A sanção serve para conduzir o comportamento desviante para os ditames do consenso. Se fôssemos muito mais poderosos do que outros homens, as sanções perderiam o sentido para nós, como ocorre, aliás, no cenário do direito internacional.

‘Sanctions’ are therefore required not as the normal motive for obedience, but as *guarantee* that those who would voluntary obey shall not be sacrificed to those who would not. To obey, without this, would be to risk going to the wall. Given this standing danger, what reason demands is *voluntary* co-operation in a *coercive* system<sup>331</sup>.

As sanções não são, segundo a teoria do direito de Hart, a província determinada do direito. São regras, antes, que constituem esta província, ou melhor, o reconhecimento que se aplica sobre essas regras, este reconhecimento não é apenas social como pode parecer

---

<sup>331</sup> CL. p. 198

pelas elaborações apresentadas até o presente momento, mas também pode ser produzida pela autoridade do Estado. Contudo, devemos dizer que a possibilidade do estabelecimento de sanções conta com uma “necessidade natural” – fundamento, portanto, do sistema de mínimas proteções aos indivíduos, à propriedade e aos compromissos – aspecto fundamental para qualquer direito. Hart sustenta que a elaboração de um conceito de direito natural mínimo é a sua resposta à tese positivista de que o direito pode possuir qualquer conteúdo<sup>332</sup>.

---

<sup>332</sup> CL. p. 199

## **Conclusão**

Disporemos nossas conclusões em três argumentos principais: (1) O primeiro diz respeito ao debate Austin e Hart. (2) O segundo concerne ao renascimento da jurisprudência como união de regras primárias e secundárias. (3) O terceiro indica a necessidade do conceito de conteúdo mínimo do direito natural. Nestas três chaves, para as quais dedicaremos alguns parágrafos; buscaremos encerrar esta exposição. Salientamos que os resultados não são definitivos, mas propõem uma determinada leitura de alguns aspectos da obra de Herbert Lionel Adolphus Hart. Muitos pontos essenciais ficaram de fora de nossa discussão, principalmente com relação às polêmicas protagonizadas por Hart em virtude dos ataques de Dworkin a sua teoria. Procuo remontar alguns elementos dessa discussão ao invocar alguns comentários de Schauer e a resposta de Dworkin às suas críticas. Contudo, uma consequência, verdadeiramente importante advinda dos terrenos que Hart conquistou através de sua filosofia, ficou de fora, qual seja, a estrutura do direito como sendo descrita pela interação de princípios e regras. O post-scriptum de Hart foi pouco explorado, assim como os textos de Dworkin que levaram Hart a empreender essa re-elaboração. Deixaremos essa questão para ser analisada em trabalhos futuros.

Dizer que o direito envolve o uso da força parece um lugar comum na vida social contemporânea. Ninguém, em pleno exercício de sua respectiva faculdade mental, indicaria que podemos, por exemplo, no Brasil de 2007; prescindir da força para poder fazer valer o direito. Contudo, a tese de Hart, ainda que aparentemente possa tornar relativa a importância da força para o direito, não possui esse objetivo. A tese de Hart procura, através de aguçados instrumentos de análise, demonstrar que, ainda que a força, no caso o uso da punição, seja um dos pontos centrais da identificação do direito, não é capaz de ser

um elemento satisfatório para a definição “do conceito de direito”. Se todos os homens tivessem que ser obrigados a fazer o que a lei manda, segundo Hart, não poderia haver direito algum, pois nunca um soberano contaria com tamanho poder de aplicação de sanções. O direito é possível porque o descumprimento às suas determinações são exceções que podem ser restaurados pelo uso da sanção.

O fato de que obedecemos voluntariamente à maioria das regras jurídicas é um elemento muito mais relevante para a definição do conceito de direito do que o aspecto do descumprimento excepcional a algumas regras. Sendo assim, Hart concebe que não é a sanção que descreve o direito, mas a “partícula”, da prática dos homens em observar regras, que nos leva, ainda que não haja sanções, a obedecer às regras. Esta partícula é uma constante na vida social, enquanto o descumprimento é notadamente uma exceção. Dessa maneira, cabe julgarmos que o conceito de direito deve ser definido pelo padrão e não pela exceção. Para esta partícula Hart deu o nome de regra de reconhecimento.

Cabe dizer, nessa conclusão, que Hart se serve de Austin para construir a sua teoria. De modo que o Austin de Hart comete alguns equívocos que o Austin histórico efetivamente não cometeu. Precisamos indicar que o nosso Austin se aproximou muito mais do Austin de Hart do que do histórico. Parece que Austin e Hart falam de coisas diferentes. E ainda que seja essencial o diálogo com Austin para que cheguemos ao reconhecimento, neste caso, não podemos jogar a escada fora depois de passar por seus degraus. Subir pela escada de Austin significa ultrapassar o uso da força no direito, para sermos capazes de descrever um fenômeno que ficava esquecido, o fato de que o direito é estruturado por regras, assim como outros fenômenos sociais, mas que é formado por regras com especificidade que distingue o direito de qualquer outra atividade normativa. Se não

ultrapassássemos Austin não seríamos capazes de ver o caráter fundamental da dinâmica das regras para a composição do direito, pois sempre esbarraríamos no aspecto central da sanção.

Contudo, uma vez que fomos capazes de realizar o movimento de “superação” da teoria de Austin, em direção à jurisprudência analítica, devemos estar aptos a recuperar “a escada”. Apenas o reconhecimento não é capaz de definir o direito, pois o conceito de direito é mais amplo, cabe dizer, do que parece ao acompanharmos o raciocínio de Hart. A definição do reconhecimento não oblitera o fato de que sem comandos gerais fundados em ameaças não existe soberania e muito menos autoridade. Não seríamos capazes de descrever o padrão do direito, onde as pessoas obedecem independentemente das ameaças, sem a interação das regras primárias de obrigação e as regras secundárias de reconhecimento; todavia também não seríamos capazes de descrever o direito sem perceber o fenômeno da exceção. Uma das justificativas para a existência do direito, enquanto atividade que pune aqueles que não obedecem, é amparada no fato de que sempre existirão exceções aos comportamentos dominantes, neste caso ao cumprimento das regras, e sem a sanção não podemos entender de que maneira o conceito de direito se relaciona com essa necessidade. Buscamos, nesta conclusão, reconciliar Austin e Hart, através da complementaridade das descrições, mas essa reconciliação não seria possível sem antes abandonarmos o pensamento de Austin para recuperá-lo influenciados por Hart.

“Um novo começo” é a expressão usada por Hart para dizer a importância de sua descoberta. Trata-se efetivamente de um novo começo, pois a compreensão de que o direito deve ser definido como: união entre regras primárias de obrigação, regras secundárias de regulamentação e regras secundárias de reconhecimento abre um vasto campo de pesquisas

para a jurisprudência e para os saberes que possuem o direito como objeto, como por exemplo, para a sociologia e para a política. Os direitos positivos como o Civil e o Penal passam a ter um referencial teórico não-legislativo que explicita o modo de interação de suas regras, de modo que os práticos, uma vez conscientes de tal sistema de interação de regras, possuirão mais esclarecimento ao interpretar o direito como um sistema. Outrossim, os juízes passam a contar com instrumental que evidencia como a decisão pode ser compreendida, inserida no contexto da lógica do direito. A regra de reconhecimento abre espaço para que uma série de juízos, tradicionalmente não jurídicos, possa trazer coerência social para a aplicação das regras.

Por fim, cabe ressaltar que o conceito de conteúdo mínimo do direito natural não deve ser compreendido em oposição ao conceito de direito moral mínimo. Enquanto o conteúdo mínimo do direito natural enumera, de modo não exaustivo, as características da natureza e como se relacionam com a criação e manutenção da regras, o conceito de direito moral é um pressuposto político para a criação de regimes jurídicos livres. Se a natureza humana não pode prescindir dos elementos mínimos para a sua sobrevivência, os regimes políticos não precisam estar necessariamente comprometidos com a liberdade. A natureza humana é um imperativo para as regras, a liberdade é um elemento desejável, desde que se almeje viver em sociedades livres. Com efeito, se desejamos que nossos regimes jurídicos sejam fundados em virtude do valor da liberdade, não adianta o empreendimento de se buscar provas empíricas acerca da necessidade da liberdade. O argumento de Hart indica que a liberdade deve ser assumida enquanto pressuposto; sendo assim, como hipótese

rigorosa, a partir da qual podemos passar a pensar de que modo as regras podem ser estabelecidas<sup>333</sup>.

Trata-se de um dos maiores pensadores do século XX. Ainda é uma pena que sua filosofia não tenha sido descoberta em nossa academia, pretendemos ter realizado uma boa introdução, motivadora de novas discussões. Os temas da legalidade e da moralidade ainda que remontem à tradicional oposição entre filósofos do positivismo e pensadores do direito natural, não possui a sua relevância adstrita a tal embate, como pretendemos ter demonstrado com essa exposição, existem verdades que ultrapassam as correntes. Apenas o leitor atento às proposições, sem a paixão da defesa de uma posição histórica, poderá perceber como alguns conceitos, tradicionalmente opostos, podem revelar uma essencial complementaridade.

O positivismo jurídico, bastante confundido com a pecha de formalismo, contemporaneamente é interpretado segundo um imperativo moral; trata-se de buscar a segurança pública, e se possuímos elementos públicos como o aspecto amplamente conhecido dos processos de decisão, então devemos buscar a melhor maneira de estabelecer a previsibilidade das decisões judiciais. Ainda podemos fazer críticas aos teóricos que advogam a influência conceitual da moral no direito. A confusão entre o direito e a moral leva a insegurança, pois a moralidade é bastante difusa para ser critério de decisão, de modo que ainda que procuremos critérios previsíveis de decisão, segundo a influência moral, os mecanismos de interpretação sempre poderão ser privados, sendo impossível que

---

<sup>333</sup> Para uma análise um pouco mais longa deste ponto indicamos o nosso *A crença na liberdade enquanto direito moral mínimo* publicado nos cadernos de Sociologia e Política do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Neste trabalho defendemos que os conceitos de direito moral mínimo e conteúdo mínimo do direito natural são complementares. Sendo uma prática política a vinculação necessária dos dois elementos, no sentido de dizer, de modo não positivista; que o melhor direito é o direito livre. Tiramos conclusões não positivistas dos argumentos positivistas de Hart.

se estabeleça uma mínima previsibilidade para os julgados. Estamos certos que o positivismo não resolve o problema da interpretação, mas estabelece que todos os critérios de interpretação devem ser positivos, no sentido de que possuem previsão na lei.

A cegueira do positivismo sobre alguns temas da natureza humana é parcialmente resolvida por Hart através de suas investigações sobre o conteúdo mínimo do direito natural. Realmente as obras de Kelsen e outros positivistas calam sobre a natureza humana, ainda que o silêncio não possa ser interpretado como anuência aos desrespeitos à natureza humana, possíveis de serem cometidos por qualquer legislação. A eloquência de Hart sobre estes pontos evidencia que o direito, ainda que na acepção positivista, não pode ser investigado sem a pesquisa da natureza humana e de seus limites.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Bibliografia principal

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edited by Wilfrid E. Rumble. London, Cambridge University Press: 1995.

\_\_\_\_\_. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. Edited By R. Campbell. London, John Murray: 1985.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, 1955, v. 64, p. 175-191.

\_\_\_\_\_. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, Clarendon Press: 1983.

\_\_\_\_\_. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford, Clarendon Press: 1982.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa, Calouste Gulbenkian: 1994.

\_\_\_\_\_. Positivism and separation of law and morals in: *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, Clarendon Press: 1983.

\_\_\_\_\_. *Punishment and responsibility: essays in philosophy of law*. Oxford, Clarendon Press: 1968.

\_\_\_\_\_. *The concept of law*. Edited by Peter Cane, Tony Honoré and Jane Stapleton. Oxford, Oxford University Press: 1994.

### **Bibliografia complementar**

ARAÚJO, Marcelo de. Utilitarismo Teológico e Positivismo Legal no Pensamento de John Austin. In: Maria Cecilia Maringoni de Carvalho (org.) *O Utilitarismo em Foco: Um Encontro com seus Proponentes e Críticos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

BEDAU, Hugo Adam. Anarchical fallacies: Bentham's attack on human rights in: *Freedom, power and political morality*. Gordonsville, Palgrave Macmillan: 2000.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies in: *Nonsense upon stilts*. London, Methuen: 1987.

\_\_\_\_\_. *A fragment on government*. Edited by J. H. Burns and H. L. A. Hart with an introduction by Ross Harrison. Cambridge, Cambridge University Press: 1995.

\_\_\_\_\_. *Of laws in general*. Edited by H. L. A. Hart. Cambridge, Cambridge University Press: 1995.

BOBBIO, Norberto. Hobbes e o jusnaturalismo in: *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro, Campus: 1991.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 1991, vol. 9, p. 257-279.

\_\_\_\_\_. Sobre la regla de reconocimiento. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 1991, vol. 8, p. 260-277.

DWORKIN, Ronald. Hart and the concepts of law: replying to Frederick Schauer (Re)taking Hart. *Harvard Law Review*, 2006, vol. 119, p. 95-104.

\_\_\_\_\_. *Taking rights seriously*. Harvard, Harvard University Press: 1978.

EPSTEIN, Richard A. The not so minimum content of natural law. *Oxford journal of legal studies*, 2005, v. 25, p. 219-255.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo, Abril Cultural: 1974.

HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução Déborah Danowski. São Paulo, Editora UNESP: 2001.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru, EDIPRO: 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris: 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes: 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes: 1998.

KIRALY, Cesar Louis. *Conhecimento e moralidade em David Hume: a política como teoria das instituições*. Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – IUPERJ.

\_\_\_\_\_. A crença na liberdade enquanto direito moral mínimo in: *Cadernos de Sociologia e Política*, 2007, n.1, p. 1-31.

MACCORMICK, Neil. A lei, a moralidade e os limites da razão prática in: \_ *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo, Martins Fontes: 2006.

\_\_\_\_\_. Argumentação jurídica e teoria do direito in: *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo, Martins Fontes: 2006.

\_\_\_\_\_. H. L. A. Hart in: \_ *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Edited by Edward Craig. London, Routledge: 1998. (CD-ROM)

MANERO, Juan Ruiz. Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 1991, vol. 9, p. 281-293.

MILL, John Stuart. Austin's lectures on jurisprudence, in *The collected works of John Stuart Mill*. Edited by J. M. Robson. London, Routledge and Kegan Paul: 2006.

\_\_\_\_\_. Austin on jurisprudence, in *The collected works of John Stuart Mill*. Edited by J. M. Robson. London, Routledge and Kegan Paul: 2006.

REALE, Miguel. Deutsches Rechtsdenken an der Rechtsfakultät von São Paulo. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 2001, vol. 87, n. 2, p. 245-250.

RUMBLE, Wilfrid E. Nineteenth-century perception of John Austin: Utilitarianism and the reviews of *The Province of Jurisprudence Determined*", in *Utilitas*, vol. 3, 1991, p. 199-216.

\_\_\_\_\_. *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, Continuum International Publishing Group, London, 2005.

SCHAUER, Frederick. (Re)taking Hart: reviewing Nicola Lacey, a life of H. L. A. Hart: The nightmare and the noble dream. *Harvard Law Review*, 2006, vol. 119, p. 852-883.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução Donaldo Schüler. Porto Alegre, L&PM: 1999.

RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1970.

TEBBIT, Mark. *Philosophy of law: an introduction*. New York: Routledge, 2000.