

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-917-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conpedi - Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, assim como em outras tantas que lhe são correlatas, tais como a filosofia do direito, a sociologia do direito, a antropologia, a economia, a criminologia, hospedou e coordenou, por intermédio do VII Encontro Virtual do Conpedi, entre os dias 24 a 28 de junho de 2024, mais uma histórica e produtiva rodada de apresentação de trabalhos científicos e dos consequentes debates acadêmicos, com vistas à construção coletiva do conhecimento jurídico. Espaçados ao longo dos cinco dias, mais de mil trabalhos, entre artigos científicos e painéis, que se viram distribuídos segundo sua pertinência temática, em cerca de quase uma centena de grupos de trabalho (GTs) com vasta diversidade temática, muito justamente com o evento intitulado: “A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE”. Contextualizado em momento de intensa carga de trabalho pedagógico pelo iminente encerramento do semestre de trabalho, com generalizada carência de tempo e recursos para viagens, a iniciativa do Conpedi veio garantir efetividade à pesquisa acadêmica, pela adoção do modelo virtual, o qual viabilizou o encontro de qualidade com o necessário contraste de ideias, sem a necessária logística de um evento presencial. Nem por isso, a estrutura mobilizada e disponibilizada se fez simples; ao contrário, o ferramental disponibilizado pelo Conpedi permitiu com que todos se reunissem com absoluta eficiência e produtividade. Ao Professor-doutor Juraci Mourão Lopes Filho, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e ao Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), foi atribuída a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT 59 - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO I, cujos trabalhos se dividiram em dois blocos, segundo a matriz teórica adotada ou pelo núcleo do objeto de pesquisa. O primeiro bloco contou com os seguintes trabalhos: 01. A distinção entre normas primárias e secundárias de Herbert Hart, de autoria de Talissa Maciel Melo; 02. A perspectiva moral nos fenômenos sociais: uma análise da agressão moral na violência à luz da teoria de John Rawls, de autoria de Ana Luiza Crispino Mácola, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Homero Lamarão Neto; 03. O direito humano à felicidade: uma análise do livro “Desigualdade reexaminada”, de Amartya Sen, de autoria de Helíssia Coimbra de Souza e José Claudio Monteiro de Brito Filho; 04. O direito natural como base metafísica em contraponto ao realismo jurídico, de autoria de Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé e Wilson Franck Junior; 05. Globalização e pluralismo constitucional: uma análise dos âmbitos

sociais parciais e os sujeitos constitucionais, de autoria de Érico Antonio Pereira Santos, Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira; 06. O ODs nº 5 da ONU, raça, gênero e reparação histórica: da possibilidade de implementação de ações afirmativas no corpo docente da Universidade de São Paulo, de autoria de Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Neide Aparecida de Souza Lehfeld; 07. Promoção de direitos e garantias fundamentais através das dimensões do poder e da participação popular, de autoria de Leonardo Jose Diehl e Adriana Fasolo Pilati. O segundo bloco constou de trabalhos com concentração nas temáticas da prestação da jurisdição em si, seus limites e variações, como a judicialização, o ativismo judicial e a desjudicialização, o interpretativismo e as mutações, a partir dos seguintes trabalhos: 08. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: a busca pela solução dos conflitos e o fomento estatal, de autoria de Lucas Manito Kafer e Renata Almeida da Costa; 09. Os limites da mutação constitucional: a delicada questão entre os limites estabelecidos ao STF na sua missão de julgar e o papel reservado ao legislador, de autoria de Eid Badr, Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda e Natalia Marques Forte Badr; 10. O princípio da responsabilidade judicativa como chave de leitura para as teorias da decisão judicial, de autoria de Aline de Almeida Silva Sousa; 11. Teoria da Integridade de Ronald Dworkin e o ativismo judicial brasileiro: uma análise do recurso especial nº 1874222 do Superior Tribunal de Justiça, de autoria de João Augusto Pires Mendes e Alberto de Moraes Papaléo Paes; 12. Judicialização da política e diálogo institucional: a legitimação do poder judiciário enquanto detentor da última palavra na garantia dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria do diálogo institucional, de autoria de Sara Barros Pereira de Miranda, José Elias Gabriel Neto e Igor Barros Santos; 13. Judicialização e desjudicialização: compreensão da simbiose dos fenômenos na busca pela efetividade do acesso à justiça frente à insuficiência do judiciário e legislativo, de autoria de Erika Araújo de Castro, Clarindo Ferreira Araújo Filho e Danilo Rinaldi dos Santos Júnior; 14. Revisitando a jurisdição: análise da disfuncionalidade do ativismo judicial na perspectiva da unidade do direito como sistema social, de Cassius Guimaraes Chai, Tuane Santanatto Nascimento Santos e Isadora Silva Sousa. Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados. Desejamos uma excelente leitura!

Professor-doutor JURACI MOURÃO LOPES FILHO, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Coordenador do Mestrado Acadêmico em Direito da Unichristus. Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito e Desenvolvimento (Universidade

Federal do Ceará - UFCE), pós-graduado em Direito Processual Civil (Universidade Federal do Ceará - UFCE), graduado em Direito (Universidade Federal do Ceará - UFCE), Procurador do Município de Fortaleza-CE e advogado OAB-CE.

<http://lattes.cnpq.br/0257488574733726>

Professor-doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-doutor em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França), Doutor em Direito Público e Evolução Social (UNESA), doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha), Mestre em Direito e Economia (UNIG), posgraduação em Jurisdição Constitucional (Universidad Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.
<http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>

A DISTINÇÃO ENTRE NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS DE HEBERT L. A. HART.

HEBERT L.A. HART'S DISTINCTION BETWEEN PRIMARY AND SECONDARY NORMS.

Talissa Maciel Melo

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar a distinção entre normas primárias e secundárias de acordo com o pensamento de Hart. Hart foi um renomado filósofo do direito britânico e propôs uma distinção entre normas primárias e secundárias em sua obra "O Conceito de Direito" (1961). Essa distinção é fundamental para compreender a estrutura e a natureza das normas jurídicas. Segundo Hart, as normas primárias são regras de conduta que impõem obrigações e proibições diretas aos indivíduos. Elas estabelecem o comportamento que é exigido ou proibido pela sociedade. Por exemplo, uma norma primária pode ser uma lei que proíbe o homicídio ou que exige que os contratos sejam cumpridos. Já as normas secundárias são regras que conferem poderes e autoridade para criar, modificar ou extinguir as normas primárias. Elas estabelecem a estrutura e o funcionamento do sistema jurídico. Existem três tipos de normas secundárias propostas por Hart. Primeiro temos a norma de reconhecimento, logo em seguida as normas de alteração e por fim as normas de julgamento. Para o autor a análise dessas normas consiste no cerne do sistema jurídico positivista.

Palavras-chave: Hart, Normas primárias, Normas secundárias, Regra de reconhecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze the distinction between primary and secondary norms according to Hart's thought. Hart was a renowned British philosopher of law and proposed a distinction between primary and secondary norms in his work "The Concept of Law" (1961). This distinction is fundamental to understanding the structure and nature of legal norms. According to Hart, primary norms are rules of conduct that impose direct obligations and prohibitions on individuals. They establish the behavior that is required or prohibited by society. For example, a primary norm may be a law that prohibits murder or requires contracts to be fulfilled. Secondary norms are rules that confer powers and authority to create, modify or extinguish primary norms. They establish the structure and functioning of the legal system. There are three types of secondary norms proposed by Hart. First we have the norm of recognition, then the norms of amendment and finally the norms of judgment. For the author, the analysis of these norms is at the heart of the positivist legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hart, Primary norms, Secondary norms, Rule of recognition

Introdução

Hart foi professor de filosofia em Oxford e pregava a aplicação da filosofia ao direito através da linguagem ordinária (ou análise linguística) do direito.

Sua obra *O Conceito de Direito* é um marco do pensamento jurídico do século XX.

Hart foi um dos responsáveis pela aproximação da filosofia da linguagem com o Direito, sendo também um dos principais nomes vinculados ao positivismo jurídico.

Sua contribuição foi tamanha e a relevância de sua obra que grande parte da produção científica da Teoria do Direito, após a publicação da primeira edição do *Conceito de Direito*, acolhia ou rejeitava suas premissas, sem deixar de considerá-las. Assim, Hart influenciou toda uma geração de juristas, tais como Ronald Dworkin, Joseph Raz e Neil MacCormick.

Dessa forma, Hart é mais conhecido por sua obra seminal intitulada "*O Conceito de Direito*" (1961), na qual ele desenvolveu uma teoria do direito conhecida como positivismo jurídico. Segundo Hart, o direito é um sistema de regras que são estabelecidas e reconhecidas por uma sociedade, e sua validade não depende de critérios morais ou naturais, mas sim de sua aceitação e aplicação pelos membros dessa sociedade.

Hart argumentou que existem dois tipos de regras legais: regras primárias e regras secundárias. As regras primárias prescrevem comportamentos obrigatórios ou proibidos, enquanto as regras secundárias estabelecem o procedimento para a criação, modificação e aplicação das regras primárias.

Sua obra influenciou significativamente o campo da teoria do direito e teve um impacto duradouro no estudo do direito e da filosofia legal. Herbert Hart é considerado um dos mais importantes filósofos do direito do século XX.

De acordo com a teoria proposta por Hart qual a diferença entre norma primária e secundária?

A importância dessa discussão consiste em que esta diferença entre normas primárias e secundárias dá bases claras para a compreensão da teoria positivista de Hart.

Herbert Hart propôs a distinção entre normas primárias e secundárias como parte de sua teoria do direito conhecida como positivismo jurídico. Essa distinção é uma das principais contribuições de Hart para a compreensão do funcionamento e da estrutura do direito.

Essa distinção entre normas primárias e secundárias permite a compreensão da estrutura e do funcionamento do direito como um sistema de regras que são estabelecidas e reconhecidas socialmente. Ela ajuda a explicar como as normas jurídicas são criadas, modificadas, aplicadas e reconhecidas como válidas, contribuindo para uma análise mais completa do direito e suas instituições.

O objetivo geral da presente pesquisa consiste em identificar a diferença entre as normas primárias e secundárias demonstrando a importância destas na teoria do direito de Hart.

Os objetivos específicos consistem em entender a diferença da teoria de Hart para outras teorias positivistas e descrever o que são normas primárias e secundárias.

No presente trabalho se utilizará do método teórico de abordagem dedutivo em sua metodologia, ou seja, para a sua realização partiu-se de uma premissa geral, que consiste na análise da teoria do direito de Hart, verificando, portanto, sua relação com um fato particular, que seria a distinção das normas primárias e secundárias.

1- A distinção entre a teoria de Hart e a teoria de outros filósofos

1.1 - A distinção entre a teoria de Hart e Kelsen.

A distinção entre a teoria de Hart e a teoria de Kelsen está relacionada à forma como cada um desses juristas aborda a natureza e a estrutura do direito.

Hans Kelsen, um renomado jurista austríaco, desenvolveu a sua teoria conhecida como "teoria pura do direito". Segundo Kelsen, o direito é um sistema hierárquico de normas jurídicas que são criadas por autoridades superiores e são aplicadas por autoridades inferiores. Ele enfatizou a importância da separação entre o direito e outros fatores, como a moral. Para Kelsen, o direito é uma construção autônoma, desvinculada de considerações éticas ou ideológicas.

Kelsen está mais preocupado com a possibilidade de estabelecer parâmetros científicos precisos para a ciência do direito. Certamente, para tanto, o jusfilósofo precisou enfrentar noções fundamentais presentes no pensamento jurídico, que são a pretensão de uma ordem normativa de identidade científica ou o fundamento de validade do Direito a partir de uma técnica universal. (Gonçalves; Quirino, 2018 p. 5)

Para vislumbramos o fundamento de validade das normas, Kelsen se vale da referência religiosa. Para o jusfilósofo, as normas religiosas, como as expressas nos Dez Mandamentos do povo judeu ou no Mandamento do Amor de Jesus, devem ser

obedecidas não por terem sido impostas por Jesus ou transmitidas por Deus ao povo de Israel, mas pela pressuposição de que devem ser obedecidas. (Kelsen, 2009 *apud* Gonçalves; Quirino, 2018 p. 5)

Ainda, para Kelsen, há uma norma que justifica, fundamenta a validade de todas as outras normas impostas e esta norma corresponde a uma norma mais elevada, pois, para a teoria kelseniana, a norma que representa o fundamento de validade de outra é, em relação a esta, uma norma superior. (Kelsen, 2009 *apud* Gonçalves; Quirino, 2018 p. 6).

Conforme ilustra o exemplo do fundamento de obediência às normas religiosas, não se trata de obediência em razão da autoridade investida, mas sim a obediência baseada no pressuposto de obediência – pressuposto esse que consubstancia a norma hipotética fundamental. (Gonçalves; Quirino, 2018 p. 6)

Por outro lado, Hart, um filósofo do direito britânico, propôs a sua teoria conhecida como "teoria do direito como integridade". Hart criticou a abordagem de Kelsen por considerá-la excessivamente formalista e abstrata. Ele argumentou que o direito não pode ser compreendido apenas através de normas hierarquicamente organizadas, mas também deve levar em conta as regras de reconhecimento e as práticas sociais dos membros de uma comunidade jurídica. Hart defendeu que o direito é uma instituição social que precisa ser interpretada levando em conta o contexto em que é aplicado.

Para Hart um elemento essencial em sua teoria é a utilização da linguagem. Hart teve interesse pelas questões que envolvem a língua, a linguística e o uso da linguagem, tendo uma aproximação com a filosofia da linguagem. Portanto, a Teoria do Direito de Hart busca se alinhar a uma abordagem linguística do Direito. (Gonçalves; Quirino, 2018 p. 9)

Os enunciados jurídicos a que o autor citado faz referência são as construções jurídicas, pertencentes ao mundo do Direito, que Hart identificou com o nome de regras. Para esse autor, tais regras, os comandos normativos – enunciados jurídicos – podem ser de duas naturezas, a saber, as regras primárias e as regras secundárias. A identificação desses dois conceitos é um dos pontos culminantes da filosofia jurídica de Hart, tendo significado igualmente importante para um dos elementos do pensamento desse autor que será enfrentado, o da regra de reconhecimento. (GONÇALVES; QUIRINO, 2018 p. 9)

Hart estrutura o seu conceito de direito como a união de normas primárias e secundárias, onde nas primeiras são impositivas de condutas, sejam elas omissivas ou comissivas. Já as normas secundárias são regras procedimentais relativas às regras primárias. Hart então identifica nesses dois tipos de regras a estrutura do sistema

jurídico. Para Hart o fundamento da validade das regras que compõem o direito esta na chamada regra de reconhecimento. (Gonçalves; Quirino, 2018 p. 11)

Portanto, uma das principais diferenças entre as duas teorias é a ênfase dada por Hart à importância das regras de reconhecimento. Para ele, as regras de reconhecimento são critérios sociais que determinam quais normas são reconhecidas como juridicamente válidas em uma determinada comunidade. Essas regras são baseadas na aceitação geral dos membros da comunidade e fornecem a base para a autoridade do sistema jurídico.

Para Hart o direito é constituído por uma família de regras de comportamento que são divididas em regras primárias e secundárias já a teoria de Kelsen procura abordar o Direito a partir de uma pureza metodológica, desvinculando o direito de outras Ciências.

Para Hart também existe um elemento de pressuposição na regra de reconhecimento, mas sua noção de pressuposição é diferente da de Kelsen. Enquanto a norma fundamental é pressuposta por si só, a pressuposição na regra de reconhecimento é identificada como uma aceitação tácita de sua existência. (Gonçalves; Quirino, 2018)

Dessa forma, as diferenças entre a teoria de Hart e a teoria de Kelsen podem ser resumidas da seguinte forma, primeiro acerca da natureza do direito onde Hart considera o direito como uma instituição social que precisa ser interpretada levando em conta as regras de reconhecimento e as práticas sociais dos membros de uma comunidade jurídica. Já Kelsen adota uma abordagem mais formalista e abstrata. Ele vê o direito como um sistema hierárquico de normas jurídicas, desvinculado de considerações éticas ou ideológicas.

Segundo acerca da fonte de validade do direito Hart enfatiza a importância das regras de reconhecimento. Essas regras são critérios sociais que determinam quais normas são reconhecidas como juridicamente válidas em uma determinada comunidade.

Kelsen acredita que a validade do direito deriva de uma norma fundamental hipotética e essa norma fundamenta todo o sistema jurídico e serve como a base para a validade das normas subsequentes.

Terceiro no que concerne na relação entre direito e moral Hart reconhece a importância da moral na interpretação e aplicação do direito. Ele argumenta que existem regras morais que influenciam a maneira como as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas, mas o direito não se confunde com a moral. Para Hart, a moral é um conjunto separado de normas que pode ser incorporado, em certa medida, ao sistema jurídico.

Kelsen defende uma separação estrita entre direito e moral. Ele argumenta que o direito é um sistema autônomo, e qualquer influência moral pode comprometer sua coerência e neutralidade.

1.2- A distinção entre a teoria de Hart e Dworkin.

A distinção entre as teorias de H.L.A. Hart e Ronald Dworkin refere-se principalmente à sua abordagem da natureza do direito e à maneira como eles entendem o papel dos tribunais na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Embora ambos sejam filósofos do direito influentes, eles têm perspectivas distintas sobre essas questões.

Hart foi um proeminente defensor do positivismo jurídico, uma abordagem que enfatiza a separação entre direito e moral. Segundo Hart, o direito é um sistema de regras criado por autoridades políticas que são reconhecidas como tal pelos membros da comunidade jurídica. Essas regras são denominadas "regras primárias" e estabelecem obrigações e proibições para os cidadãos. Além disso, Hart postulou a existência de "regras secundárias", que são regras de reconhecimento que conferem autoridade às regras primárias e estabelecem critérios para sua criação, alteração e revogação.

Para Hart, o papel dos tribunais é aplicar as regras do sistema jurídico de acordo com os critérios estabelecidos pelas regras secundárias. Ele enfatiza a importância da previsibilidade e da coerência no sistema jurídico, mas não atribui um papel significativo à interpretação moral ou à avaliação dos resultados das decisões judiciais.

Por outro lado, Ronald Dworkin propôs uma abordagem conhecida como "teoria do direito como integridade". Dworkin criticou o positivismo jurídico de Hart por considerá-lo insuficiente para compreender a natureza do direito e a tarefa dos tribunais. Segundo Dworkin, a lei não pode ser reduzida a um conjunto de regras isoladas. Em vez disso, ele defende a ideia de que o direito é um sistema de princípios que se baseiam em conceitos morais e éticos.

Para Dworkin, os tribunais têm um papel interpretativo mais amplo, pois devem buscar a coerência e a integridade do sistema jurídico como um todo. Ele enfatiza a importância de se considerar os princípios fundamentais do direito, bem como as normas e precedentes existentes, ao tomar decisões judiciais. Além disso, Dworkin argumenta que a interpretação e aplicação do direito devem levar em conta os valores morais e éticos que estão subjacentes ao sistema jurídico.

Em resumo, enquanto Hart enfatiza a separação entre direito e moral, Dworkin busca integrar princípios morais e éticos em sua teoria do direito. Hart destaca a importância da previsibilidade e coerência, enquanto Dworkin enfatiza a integridade e a consideração dos valores fundamentais. Essas diferenças fundamentais entre suas abordagens influenciam suas visões sobre a interpretação jurídica e o papel dos tribunais.

2- A distinção de normas primárias e secundárias.

2.1 - Regras primárias

Hart identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, denominando-as de normas primárias e secundárias. Nesta abordagem, a união dessas duas classes normativas representa a chave para a elucidação do conceito de Direito. (Freire, Gonzaga, Campilongo, p.13)

São normas primárias as consideradas de um tipo básico, onde exigem que os pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram quer não. Assim, essas normas impõem deveres e dizem respeito atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas. (Hart, 2009, p. 105)

As regras primárias podem ser também chamadas de “regras de obrigação”, visto que impõem condutas ou a abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam. Estas regras envolvem ações que dizem respeito a movimentos ou mudanças no mundo físico. (Freire, Gonzaga, Campilongo, p.13)

Hart destaca que é possível imaginar uma sociedade desprovida de poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer, uma sociedade na qual o único meio de controle é a atitude geral do grupo diante de suas próprias modalidades convencionais de comportamento, cujos traços demonstram a caracterização de normas de obrigação. Hart se refere a esse tipo de estrutura social como uma sociedade que comporta normas primárias de obrigação. (Hart, 2009, p. 118)

Ocorre que é necessária a satisfação de algumas condições para que uma sociedade viva sob a égide de tais normas primárias. A primeira condição é que as normas contenham algum tipo de restrição ao uso gratuito da violência, ao roubo, e à trapaça, aos quais os seres humanos são tentados, mas precisam reprimir tais condutas se quiserem coexistir uns com os outros. A segunda condição consiste no fato de existir uma tensão entre os que aceitam as normas e os que as rejeitam, esses últimos não

poderão ser mais que uma minoria para que uma sociedade tão frouxamente organizada, composta de pessoas que mais ou menos se equivalem em termos de força física, possa perdurar. (Hart, 2009, p. 118-119)

Assim, a maioria vive de acordo com as normas encaradas do ponto de vista interno que será abordado mais adiante.

Por ultimo é evidente que apenas uma pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, localizada num ambiente estável, poderia viver sob tal regime de normas não-oficiais. (Hart, 2009, p. 119)

Ocorre que para Hart essa forma simples de controle social se mostraria deficiente e exigiria suplementação de vários aspectos. Em primeiro lugar, as normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem em um conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem normas aceitas por um grupo social específico. Assim, essas regras que orientam a vida do grupo lembram nossas normas de etiqueta social. Além disso, em caso de dúvida sobre o âmbito da aplicação destas normas não existe um procedimento instituído para dirimir tal questão. Pois tal procedimento pressupõe a existência de normas de um tipo diferente das normas de obrigação ou dever que são as que o grupo social possui. (Hart, 2009, p. 119)

Em segundo lugar, outro defeito evidenciado por Hart seria o caráter estático dessas normas, pois as únicas formas de modificação dessas normas desse tipo de sociedade seria o lento processo de crescimento, por meio do qual as condutas antes tidas como opcionais tornam-se obrigatórias, e o processo inverso de decadência, ou seja, infrações antes punidas com severidade passam a ser toleradas e posteriormente até mesmo desaperecidas. (Hart, 2009, p. 120)

Assim, nessa sociedade não haveria meios para adaptar deliberadamente as normas às mudanças das circunstâncias sociais, seja pela eliminação de normas antigas, seja pela introdução de novas normas, pois a possibilidade de se fazer tal coisa pressupõe a existência de um tipo diferente das normas primárias de obrigação. Nesse caso, não só haveriam um modo de mudar deliberadamente as normas gerais, mas as obrigações particulares e concretas decorrentes das normas não poderiam variar nem ser modificadas por meio da escolha intencional de qualquer pessoa, ou seja, cada individuo teria obrigações e deveres fixos de fazer ou se abster de fazer certas coisas. (Hart, 2009, p. 120)

Em terceiro lugar, o defeito apontado por Hart seria a ineficiência da pressão social difusa pela qual as normas são mantidas. As disputas acerca do fato de uma norma aceita foi violada ou não continuarão intermináveis. Outra deficiência dentro desse erro seria o fato de que as punições pela infração das normas e outras formas de pressão social que envolve desforço físico ou o uso da força não são administradas por uma instância especial, mas são deixadas a cargo dos indivíduos afetados ou delegadas ao grupo como um todo, o que pode resultar em uma ação em causa própria que na ausência de um monopólio oficial das sanções podem ser ações muito graves. Ocorre que, no entanto, a ausência de instancias oficiais capacitadas a determinar de forma autorizada o fato da violação das normas é um defeito muito mais grave. (Hart, 2009, p. 121)

A solução para cada um desses defeitos principais acerca dessa forma mais simples de estrutura social consiste em suplementar as normas primárias de obrigação com as normas secundárias, que pertencem à uma espécie diferente, o que se verá adiante. (Hart, 2009, p. 121)

2.2 - Regras secundárias

As normas secundárias são um tipo de normas, num certo sentido, parasitárias, em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar as formas de sua incidência e ainda, controlar sua aplicação. Essas normas outorgam poderes sejam estes públicos ou privados, tais normas dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também a criação ou modificação de deveres ou obrigações. (Hart, 2009, p. 105)

Pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas, ou seja, em quanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não fazer todas as normas secundárias se referem às próprias norma primárias, pois especificam como as normas primárias podem ser introduzidas, eliminadas e alteradas. (Hart, 2009, p. 122)

Dessa forma, para solucionar os problemas apresentados anteriormente nas normas primárias, faz-se necessário suplementar com as normas secundárias realizando uma combinação entre normas primárias de obrigação com normas secundárias para entender o direito. (Hart, 2009, p. 122)

A primeira solução para a incerteza própria do regime de normas primárias seria a introdução de algo que Hart chama de norma de reconhecimento, essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma serão consideradas como uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social existente. A existência dessa norma de reconhecimento pode assumir qualquer uma dentre a imensa variedade de formas simples ou complexas. (Hart, 2009, p. 122)

Em um sistema jurídico evoluído as normas de reconhecimento são evidentemente mais complexas, pois ao invés de identificarem as normas pela consulta a um texto, fazem por meio da referencia a algumas características gerais das normas primárias. (Hart, 2009, p. 123)

“Essa complexidade pode fazer com que as normas de reconhecimento de um sistema jurídico moderno pareçam muito diferentes da simples aceitação de um texto vinculante.” (Hart, 2009, p. 123)

Todavia, a norma de reconhecimento contém muitos elementos característicos do direito, isso se dá pelo fato de apor às outras normas o selo da autoridade. Assim, ela introduz, mesmo que de forma embrionária a ideia de um sistema jurídico. Portanto, a norma de reconhecimento é o embrião da ideia de validade jurídica. (Hart, 2009, p. 123)

A segunda solução para o caráter estático das normas primárias consiste na introdução de normas de modificação. Essa norma autoriza alguns indivíduos ou grupo de pessoas a introduzirem novas normas primárias para a orientação da vida do grupo social, ou se uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas.

Portanto, é em função dessa norma que se pode entender as ideias de promulgação e revogação das leis. Tais normas podem ser simples ou complexas, assim como os poderes por ela outorgados podem ser irrestritos ou ilimitados de várias formas. Além disso, esse tipo de norma pode indicar as pessoas encarregadas de legislar, podem também definir em termos mais ou menos rígidos os procedimentos a serem adotados e observados na atividade legiferante. (Hart, 2009, p. 124)

Vale ressaltar que haverá uma ligação extremamente estreita entre as normas de modificação e as normas de reconhecimento, pois quando existem as primeiras, as últimas deverão necessariamente incorporar uma referencia à atividade legislativa como um traço identificador das normas. (Hart, 2009, p. 124)

A terceira solução ou suplemento ao regime das normas primárias que busca remediar a ineficiência da pressão social difusa se trata de normas chamadas normas de julgamento que consistem em normas secundárias que capacitem alguns indivíduos a

solucionar de forma autorizada o problema de saber se em uma ocasião específica fora ou não violada uma norma primária. Além disso, essas normas de julgamento identificam os indivíduos que deverão julgar e definem os procedimentos a serem seguidos. (Hart, 2009, p. 125)

“Essas normas definem um grupo de conceitos jurídicos importantes, tais como o conceito de juiz, tribunal, jurisdição e julgamento.” (Hart, 2009, p. 125)

As normas de julgamento têm ligações importantes com as demais normas secundárias. E além disso, um sistema que contém normas de julgamento também estará comprometido com uma norma de reconhecimento, pois se os tribunais tiverem o poder de determinar que uma norma foi desrespeitada, seus pronunciamentos não poderão deixar de ser considerados determinações autorizadas sobre a natureza da própria norma. (Hart, 2009, p. 126)

Portanto, a norma de julgamento que confere jurisdição será também uma norma de reconhecimento que identificará as normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais, os quais se tornarão fonte do direito. (Hart, 2009, p. 126)

Ao examinar a estrutura decorrente do arranjo entre normas primárias de obrigação e normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento, torna-se claro que temos aqui não apenas o cerne de um sistema jurídico, mas também um poderoso instrumento para análise de problemas que têm intrigado tanto os juristas como os teóricos da política. (Hart, 2009, p. 127)

2.3- A importância da regra de reconhecimento

A norma de reconhecimento em um sistema jurídico mais moderno ela é complexa, pois os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e os precedentes judiciais. (Hart, 2009, p. 130)

“No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma.” (Hart, 2009, p. 131)

Em geral, a norma de reconhecimento não é expressamente ou explicitamente declarada, no entanto sua existência resta demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou autoridades, seja através de indivíduos particulares ou seus advogados. (Hart, 2009, p. 131)

“A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é uma norma última (*ultima rule*).” (Hart, 2009, p. 136)

A ideia sobre o caráter de norma última da regra de reconhecimento e a supremacia de um dos seus critérios merecem ser levados em consideração, pois entre o critério supremo e a *ultima rule* o primeiro é mais fácil de se definir. (Hart, 2009, p. 136)

Pode-se afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são reconhecidas como normas do sistema, ainda que conflitem com outras normas identificadas mediante referência a outros critérios, enquanto que estas últimas não são reconhecidas caso conflitem com as primeiras, identificadas mediante referência ao critério supremo. (Hart, 2009, p. 137)

Acerca do caráter último da norma de reconhecimento alguns autores expressaram essa ideia afirmando que, enquanto a validade jurídica de outras normas do sistema pode ser demonstrada fazendo-se referência a ela, sua própria validade não pode ser demonstrada, no entanto, é presumida ou postulada. (Hart, 2009, p. 139)

Ocorre que isso pode induzir em grave erro, pois os enunciados de validade jurídica feitos por juízes, juristas ou cidadãos acerca de normas específicas implicam certos pressupostos. Esses pressupostos consistem em primeiro lugar, uma pessoa que afirma convictamente a validade de uma determinada norma jurídica utiliza ela própria, uma norma de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar aquela lei. (Hart, 2009, p. 139)

O segundo pressuposto “ocorre que essa norma de reconhecimento em termos de qual a pessoa avalia a validade de uma lei específica, não é aceita apenas por aquela pessoa, mas constitui a norma de reconhecimento aceita e empregada de fato no funcionamento geral do sistema”. (Hart, 2009, p. 140)

“Só necessitamos da palavra validade, e em geral só a usamos, para responder as perguntas que surgem dentro de um sistema de normas no qual o status de uma norma do sistema depende de que satisfaça certos critérios estabelecidos pela norma de reconhecimento.” (Hart, 2009, p. 140)

Assim, enquanto uma norma de um sistema jurídico pode ser válida e existir, mesmo que geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só pode existir como uma prática complexa que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades

e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios, ou seja, sua existência é uma questão de fato. (Hart, 2009, p. 142)

Considerações finais:

Em considerações finais sobre a distinção entre a teoria de Hart e Kelsen, é importante destacar que ambos são proeminentes teóricos do direito, mas apresentam abordagens diferentes para entender a natureza e a estrutura do sistema jurídico.

Hart, como defensor do positivismo jurídico, enfatiza a importância da validade social e do reconhecimento por parte dos indivíduos para a existência do direito. Ele propõe a distinção entre regras primárias e secundárias, onde as primeiras impõem obrigações e proibições aos indivíduos, enquanto as segundas estabelecem critérios para a criação, alteração e revogação das regras primárias. Hart destaca a importância da coerência e da previsibilidade no sistema jurídico, bem como a separação entre direito e moral.

Por outro lado, Kelsen é conhecido por sua teoria pura do direito, que busca uma descrição científica e neutra do sistema jurídico. Ele argumenta que o direito deve ser compreendido como um conjunto hierárquico de normas, onde a validade de uma norma é derivada de uma norma superior. Kelsen defende a ideia de que o direito é um sistema autônomo, independentemente de considerações morais ou políticas. Ele busca estabelecer uma estrutura normativa baseada em princípios lógicos e formais.

Embora Hart e Kelsen compartilhem algumas semelhanças, como a ênfase na estrutura normativa do direito, suas teorias diferem em relação à base da validade e à relação entre direito e moral. Hart argumenta que a validade do direito depende do reconhecimento social, enquanto Kelsen busca uma validade baseada na estrutura hierárquica das normas. Além disso, Hart reconhece a importância da interpretação e da moralidade prática na aplicação do direito, enquanto Kelsen busca uma abordagem mais formal e neutra.

Em suma, a distinção entre as teorias de Hart e Kelsen destaca diferentes perspectivas sobre a natureza e a estrutura do direito. A compreensão dessas diferenças permite uma apreciação mais abrangente das questões relacionadas ao sistema jurídico e à sua interpretação. Ambas as teorias têm contribuições valiosas para a filosofia do direito e continuam a influenciar os debates na área.

Acerca da distinção entre Hart e Dworkin é importante ressaltar que a distinção entre as teorias de Hart e Dworkin reflete perspectivas diferentes sobre a natureza e o

papel do direito. Embora ambos sejam filósofos jurídicos influentes, eles oferecem abordagens contrastantes para compreender como as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas.

Hart, como positivista jurídico, concentra-se na dimensão formal do direito, enfatizando a importância das regras primárias e secundárias e da autoridade legalmente reconhecida. Ele defende a separação entre direito e moral, sustentando que as decisões judiciais devem se basear nas regras estabelecidas pelo sistema jurídico, com ênfase na previsibilidade e na coerência.

Dworkin, por outro lado, argumenta que o direito não pode ser compreendido apenas em termos de regras isoladas, mas deve ser visto como um sistema que incorpora princípios morais e éticos. Ele destaca a importância da integridade e da consideração dos valores fundamentais na interpretação e aplicação do direito. Dworkin critica a visão de Hart por considerar que ela falha em capturar a complexidade e a riqueza do sistema jurídico.

Ambas as abordagens têm contribuições significativas para a filosofia do direito, e o debate entre Hart e Dworkin continua a influenciar a discussão acadêmica. A distinção entre suas teorias oferece insights valiosos sobre questões como a relação entre direito e moral, o papel dos tribunais na interpretação e aplicação do direito e a importância da coerência e integridade no sistema jurídico.

Em considerações finais sobre a distinção entre a teoria de Hart e Kelsen, é importante destacar que ambos são proeminentes teóricos do direito, mas apresentam abordagens diferentes para entender a natureza e a estrutura do sistema jurídico.

Hart, como defensor do positivismo jurídico, enfatiza a importância da validade social e do reconhecimento por parte dos indivíduos para a existência do direito. Ele propõe a distinção entre regras primárias e secundárias, onde as primeiras impõem obrigações e proibições aos indivíduos, enquanto as segundas estabelecem critérios para a criação, alteração e revogação das regras primárias. Hart destaca a importância da coerência e da previsibilidade no sistema jurídico, bem como a separação entre direito e moral.

Por outro lado, Kelsen é conhecido por sua teoria pura do direito, que busca uma descrição científica e neutra do sistema jurídico. Ele argumenta que o direito deve ser compreendido como um conjunto hierárquico de normas, onde a validade de uma norma

é derivada de uma norma superior. Kelsen defende a ideia de que o direito é um sistema autônomo, independentemente de considerações morais ou políticas. Ele busca estabelecer uma estrutura normativa baseada em princípios lógicos e formais.

Embora Hart e Kelsen compartilhem algumas semelhanças, como a ênfase na estrutura normativa do direito, suas teorias diferem em relação à base da validade e à relação entre direito e moral. Hart argumenta que a validade do direito depende do reconhecimento social, enquanto Kelsen busca uma validade baseada na estrutura hierárquica das normas. Além disso, Hart reconhece a importância da interpretação e da moralidade prática na aplicação do direito, enquanto Kelsen busca uma abordagem mais formal e neutra.

Em suma, a distinção entre as teorias de Hart e Kelsen destaca diferentes perspectivas sobre a natureza e a estrutura do direito. A compreensão dessas diferenças permite uma apreciação mais abrangente das questões relacionadas ao sistema jurídico e à sua interpretação. Ambas as teorias têm contribuições valiosas para a filosofia do direito e continuam a influenciar os debates na área.

Acerca da distinção entre normas primárias e secundárias proposta por H.L.A. Hart é importante destacar a importância dessa distinção para compreender a estrutura e a dinâmica do sistema jurídico.

As normas primárias, conforme proposto por Hart, são as regras que impõem obrigações e proibições diretamente aos indivíduos. Elas estabelecem as condutas que são exigidas ou proibidas por meio do poder coercitivo do direito. Essas normas primárias são o núcleo do sistema jurídico, pois são aquelas que estabelecem os direitos e deveres dos cidadãos.

Por outro lado, as normas secundárias são aquelas que conferem autoridade às normas primárias e estabelecem os procedimentos para sua criação, modificação e revogação. Elas são responsáveis por fornecer critérios e regras de reconhecimento que indicam quais normas são válidas e fazem parte do sistema jurídico. As normas secundárias são fundamentais para garantir a estabilidade e a coerência do sistema jurídico, fornecendo critérios para determinar quais normas têm força vinculante e são reconhecidas como direito.

A distinção entre normas primárias e secundárias permite entender como o direito é estruturado e como as regras são estabelecidas e aplicadas. As normas

primárias estabelecem as obrigações e direitos concretos, enquanto as normas secundárias fornecem as bases para a autoridade das normas primárias e os critérios para sua identificação.

Essa distinção também destaca a importância da coerência e previsibilidade no sistema jurídico. As normas secundárias estabelecem os procedimentos para a criação e modificação das normas primárias, fornecendo critérios que garantem a estabilidade e a uniformidade do sistema jurídico. Isso permite que os cidadãos tenham expectativas claras sobre seus direitos e obrigações e que os tribunais possam aplicar o direito de forma consistente.

Em suma, a distinção entre normas primárias e secundárias oferece uma compreensão fundamental da estrutura e funcionamento do sistema jurídico. Ela ressalta a importância das normas secundárias para estabelecer a autoridade e a coesão do direito, enquanto as normas primárias estabelecem as obrigações e proibições concretas. Essa distinção continua sendo relevante na filosofia do direito e influencia o debate acadêmico sobre a natureza e a aplicação do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo, SP: Editora WMF, 2009.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. **A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico.** Disponível em: <Revista Sequencia 78 - Art 04.pdf (scielo.br)>. Acesso em 17 jul 2023.

IKAWA, DANIELA R.. **Hart, Dworkin e Discricionariiedade.** Disponível em: <scielo.br/j/ln/a/cgdjHPhWt5DhNCFGgdKdQJG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 19 jul 2023.