

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem no Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “ O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

H.L.A HART E O CONCEITO DE DIREITO

H.L.A HART AND THE CONCEPT OF LAW

Amanda Cataldo De Souza Tilio Dos Santos

Resumo

O presente artigo tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart, principalmente a posição de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Hart, Positivismo, Regras, Princípios, Casos difíceis, Dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to highlight the main points of the book "The Concept of Law" from H.L.A. Hart, focusing on Chapters V, VI and VII. We will conclude by exposing critics to Hart's inclusive positivism, especially arguments from Ronald Dworkin.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hart, Positivism, Rules, Principles, Hard cases, Dworkin

INTRODUÇÃO

O inglês Hebert Lionel Adolphus Hart é reconhecido como um importante teórico do direito no campo do estudo da moral e da filosofia política. A obra *The Concept of Law* foi publicada em 1961 e tornou-se o seu trabalho mais conhecido. O presente artigo visa expor os pontos principais deste trabalho, concentrando-se nos capítulos V, VI e VII.

Hart defende o conceito de Direito como uma reunião de regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, de alteração/modificação e de adjudicação. Inicialmente, explica como a regra de reconhecimento estabeleceria os critérios de validade jurídica em cada comunidade. Assim, por meio da regra secundária de reconhecimento, as demais regras primárias de obrigação seriam identificadas e reconhecidas como pertencentes a um sistema jurídico determinado.

O autor versa ainda sobre a textura aberta do Direito. Influenciado pelos escritos de Wittgenstein sobre os “jogos de linguagem”, Hart constata a existência de regras cujo alcance não pode ser efetivamente determinado de maneira inequívoca. Para ele, nas situações em que a “textura aberta” do direito fosse mais evidente, nos *hard cases*, haveria espaço para o uso razoável da discricionariedade do juiz em busca da solução mais apropriada ao caso concreto.

Por fim, serão expostas as críticas de Ronald Dworkin à teoria de Hart. Em sua concepção, haveria uma integridade hermenêutica que impossibilitaria a discricionariedade dos magistrados nos *hard cases*. Ao decidir, os juízes levariam em conta a ponderação e a avaliação dos princípios existentes no ordenamento jurídico. Assim, de forma contrária à Hart, somente haveria uma só resposta correta ao caso concreto.

1. O direito como a união de regras primárias e secundárias

Hart sustenta que o modelo simples do Direito tido como uma ordem coercitiva do soberano é insuficiente e fracassa em diversos pontos. À primeira vista, as leis penais seriam as que mais se assemelhariam às ordens respaldadas por ameaças de uma pessoa à outra. Contudo, deve-se ter em conta que até mesmo aqueles que sancionam as leis penais poderiam sofrer as respectivas sanções. Além disso, existe uma gama de normas que possuem funções distintas, tais como as que conferem poderes para decidir litígios ou legislar, e aquelas que visam a criação ou modificação das normas jurídicas. Ademais, há aquelas regras jurídicas

que diferem das normas por sua origem, pois não são criadas por uma prescrição explícita. Por fim, o entendimento do direito com base no soberano habitualmente obedecido e livre de qualquer limitação jurídica não daria conta da razão pela qual existe uma continuidade da autoridade legislativa, conforme vemos no moderno sistema jurídico.

De acordo com ele, a verdadeira causa da insuficiência da teoria jurídica baseada no simples modelo de comando diz respeito aos elementos sobre os quais esta foi construída, ou seja, as concepções de ordem, obediência, hábitos e ameaças que não levariam em conta a ideia de regra. Diante disso, Hart verifica a existência de regras do tipo básico ou primário através das quais é prescrito que os indivíduos façam ou omitam certas ações, independentemente de sua vontade. E, além do mais, existem as regras do tipo secundário que podem introduzir novas regras do tipo primário, extingui-las ou até mesmo modificar as regras precedentes e, inclusive, modular os efeitos das regras primárias e controlar sua atuação. Neste sentido, pode-se inferir que as regras do primeiro tipo impõem deveres, implicam movimentos ou mudanças físicas; ao passo que as regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados, criando ou modificando deveres ou obrigações.

Para exemplificar a inadequação da teoria das ordens coercitivas, Hart utiliza-se da situação do assaltante. Para o autor, há uma diferença na noção de que uma pessoa “se viu obrigada a fazer algo” (envolvendo as crenças e motivos que acompanham a ação) e a noção de que “tinha a obrigação de fazê-lo”. Diante disso, no caso do assaltante, o indivíduo se vê obrigado a entregar o dinheiro frente à possibilidade de que possa sofrer um dano. Trata-se, portanto, de um enunciado psicológico que compreende crenças e motivos que dirigem a ação. O homem ao invés de entregar dinheiro ao assaltante poderia fugir do malfeitor. Não há, pois, uma obrigação de entregar o dinheiro ao ladrão, mas ele o fez por crer que poderia sofrer um dano e quis evitar tal consequência.

De outra forma, verifica-se a situação de uma pessoa “que teria a obrigação” de fazer algo, como por exemplo, o enunciado sobre cumprir o serviço militar obrigatório. Este enunciado continua sendo válido mesmo que a pessoa pudesse crer que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer se não o cumprisse. Desse modo, o enunciado de que tinha a obrigação de fazer algo independe se ela de fato se apresentou ou não ao serviço militar.

O autor discorda da teoria preditiva de Austin, que identifica o dever jurídico através de uma concepção prognóstica, advertindo sobre as consequências de não se cumprir o previsto em uma norma jurídica. Ou seja, para ele, um indivíduo “teria a obrigação” de fazer algo diante da possibilidade ou probabilidade de que sofresse uma sanção, e não em termos subjetivos. Assim, não trata os enunciados de obrigação em termos psicológicos, mas como previsões ou cálculos de risco de sofrer um mal. Para Hart, essa teoria baseada na interpretação em termos de previsibilidade de que sofra uma sanção é insuficiente e não seria a única alternativa posta diante da “metafísica obscura”. Uma ordem amparada pela sanção poderia criar um hábito de obediência, mas não uma verdadeira obrigação. A interpretação preditiva eclipsaria o fato de que diante de regras, os desvios às mesmas não seriam simplesmente fundamentos para a possibilidade de que ocorressem reações hostis ou sanções, mas seriam a razão ou justificativa para que essas reações ou sanções tivessem lugar.

Ademais, uma segunda objeção seria que o enunciado de que uma pessoa tem obrigação diante de uma determinada regra pode não coincidir com o da previsão de que esta provavelmente sofrerá um castigo pela não-observância. Isto porque apesar de nos sistemas jurídicos normais uma elevada parcela dos transgressores ser efetivamente sancionada, para que se pudesse falar em termos preditivos, haveria a necessidade de se pressupor a crença individual em quanto ao funcionamento normal continuado do sistema de sanções.

As regras de etiqueta ou de fala correta são, de fato, regras e não meramente hábitos se são ensinadas e se existem esforços para que sejam conservadas e, além disto, se são utilizadas para ensejar críticas ao nosso comportamento e ao dos demais. Contudo, não há como se utilizar a palavra “obrigação” ou a palavra “dever” para se referir a estas. A regra impõe obrigações, de fato, quando a pressão social exercida diante de sua inobservância ou ameaça de inobservância é considerável, ou seja, se há seriedade ou importância nesta pressão social. Assim, se a desaprovação se limita a manifestações verbais de rechaço ou a invocações sobre o respeito à regra, esta provocará um sentimento de vergonha ou culpa, tendo-se aí uma obrigação moral. Já se a pressão ocorre através de sanções físicas, ainda que não estejam definidas com precisão e nem administradas por funcionários, tem-se as regras como uma forma rudimentar ou primitiva de direito.

Para Hart, as regras são essenciais no sentido em que restringem o uso de força na

comunidade, reclamam honestidade ou veracidade, exigem cumprimento de promessas, especificam funções. Por outro lado, reconhece que tal conduta exigida por essas regras, ainda que beneficie todos, pode colocar-se em conflito com aquilo que o indivíduo que deve cumpri-las gostaria de fazer na prática. O autor defende que apesar de as regras estarem geralmente sustentadas por uma pressão social, isto não significa que os indivíduos obrigados vivenciem sentimentos de compulsão ou pressão em relação a elas, sendo que “sentir-se obrigado” difere da noção de “ter uma obrigação”, mesmo que frequentemente sejam concomitantes. Realizar uma confusão entre essas noções, de acordo com o autor, seria não levar em conta o aspecto interno das regras.

Hart constata a existência do ponto de vista externo e do ponto de vista interno. O ponto de vista interno refere-se aos membros do grupo que aceitam suas regras e as utilizam como um guia para sua conduta. Já o externo pode ser de dois tipos: o observador pode sem aceitar as regras afirmar que o grupo as aceita, referindo-se de fora à forma como os demais veem as regras desde o ponto de vista interno; e a posição do observador que nem ao menos se refere ao ponto de vista interno do grupo, limitando-se em verificar as regularidades observáveis de conduta que, de forma parcial, encontram-se em conformidade às regras, além das reações hostis ou castigos diante dos desvios. Ao observador externo lhe é possibilitado, através das regularidades que observa, correlacionar os desvios às reações hostis, calcular suas probabilidades. Contudo, não consegue notar toda a dimensão da vida social daqueles que observa. Por exemplo, consegue observar que as pessoas param diante de um sinal vermelho, mas não explica as suas razões para que se conformem à regra.

O ponto de vista do observador possibilita que se reproduza de maneira aproximada as regras que funcionam na vida de determinados membros do grupo, incluindo aqueles que rechaçam as regras deste grupo e se interessam basicamente por elas devido às consequências desagradáveis ensejadas por uma violação. Mas não dão conta da maneira como as regras funcionam na vida daqueles que as usam como guias para conduzir a vida social, fundamentando suas reclamações, demandas, etc. Para estes, a violação da regra enseja uma razão para a hostilidade.

O autor verifica que em uma sociedade guiada por regras haverá tensão entre os que as aceitam e cooperam, e aqueles que as rechaçam e as consideram do ponto de vista externo

como um sinal de possível castigo. Assim, a teoria jurídica deve levar em consideração a existência de ambos os pontos de vista, englobando tanto os que aceitam as regras como aqueles que rechaçam as mesmas.

Hart expõe, ademais, que os defeitos da forma mais simples de estrutura social, que estava presente nas comunidades primitivas, onde o único meio de controle social seria a pressão social difusa. Em uma sociedade mais complexa, esta estrutura baseada em regras primárias não se demonstra suficiente. Primeiramente, este regime de regras não-oficiais não forma um verdadeiro sistema e as regras primárias passam a carecer de certeza diante das mais diversas concepções presentes na sociedade. Em segundo lugar, possuem um caráter estático, visto que a mudança ocorre em um processo de lento crescimento no qual os cursos de conduta optativos se transformam em habituais e, depois, em obrigações. De forma semelhante, no processo de declínio, inicialmente os desvios são tratados com severidade, depois passam a ser tolerados e, por fim, passam inadvertidos. Finalmente, um último defeito seria a insuficiência da pressão social difusa com vistas ao cumprimento das regras. Para o autor, nas sociedades mais complexas o remédio para tais defeitos seria complementar as normas primárias de obrigação com as regras secundárias.

O remédio para a falta de certeza do regime das regras primárias seria a consideração da “regra de reconhecimento”, que poderia especificar uma ou mais características que as demais regras deveriam possuir para que se pudesse afirmar, de forma indiscutível, que se encaixariam como uma regra do grupo, e seriam sustentadas pela pressão social deste. Já o antídoto para a qualidade estática de tal regime seria a introdução de “regras de alteração”, que possibilitariam que um indivíduo ou corpo de pessoas introduzisse novas regras primárias com vistas à condução da vida do grupo ou de uma determinada classe, retirando o efeito das regras precedentes. Por último, no tocante à insuficiência da pressão social difusa, o remédio consistiria em regras de caráter secundário que possibilitariam determinar, de forma revestida de autoridade, se em um caso específico houve transgressão a uma norma de caráter primário. As chamadas “regras de adjudicação” teriam como objetivo identificar os indivíduos que poderiam julgar e também definiriam os procedimentos a serem observados. Tais regras definem um grupo importante de conceitos jurídicos, tais como juiz, tribunal, jurisdição e sentença. A regra de adjudicação, ademais, pode ser também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das decisões dos tribunais, convertendo-as em fontes

de direito. Neste sentido, defende que a combinação de regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e adjudicação são a medula do sistema jurídico e uma ferramenta de análise útil aos juristas e teóricos políticos.

Para concluir, Hart expõe que muitas obscuridades e distorções que permeiam os conceitos jurídicos e políticos advém do fato de que estes envolvem necessariamente uma referência ao ponto de vista interno, isto significa, o ponto de vista daqueles que não se restringem a transcrever e predizer o comportamento de acordo com as regras, mas que usam as regras como critérios para a valorar a sua conduta assim como a dos demais indivíduos. Com a introdução das regras secundárias, o campo do que se diz e do que se faz, do ponto de vista interno, torna-se mais diversificado. Diante desta ampliação, nascem novos conceitos que demandam referência ao ponto de vista interno para análise, tais como noções de legislação, jurisdição, validade, dentre outros. Apesar da tendência a analisá-los sob a luz do discurso ordinário ou científico, comprovando apenas seu aspecto externo, deve-se verificar seu aspecto interno por meio das formas como os atos de criação jurídica do legislador, a adjudicação de um tribunal, o exercício do poder privado ou oficial e demais casos de atos tidos como jurídicos relacionam-se com as regras secundárias. Entretanto, o autor alerta que apesar de reconhecer que a combinação entre regras primárias e secundárias torna mais claros muitos aspectos do direito, esta acaba por não resolver todos os problemas, ideia que ele propõe desenvolver em capítulos posteriores.

2. Os fundamentos de um sistema jurídico

Hart defende que as regras primárias de obrigação devem ser identificadas através de uma regra secundária de reconhecimento, diante de uma situação social na qual esta última é aceita e utilizada. Contudo, em um sistema moderno no qual são percebidas diversas fontes de direito, a regra de conhecimento possui um caráter mais complexo, levando-se em conta que os critérios de identificação do direito são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, o sancionamento por uma legislatura e os precedentes judiciais. Neste sentido, adotam-se provisões para os casos em que ocorram conflitos, ordenando tais critérios em uma ordem de subordinação e primazia relativas. Isto equivaleria a uma “cadeia de validade”, da qual a regra de reconhecimento é o alicerce.

Frequentemente a regra de reconhecimento não se encontra expressa, visto que sua

existência é verificada na forma como as regras particulares são identificadas pelos tribunais ou outros funcionários, além dos súditos e seus conselheiros. Quando os tribunais fazem uso de determinados critérios previstos em uma regra, estes são elevados a um *status* especial revestido de autoridade, sobrepondo-se ao que tenha sido estabelecido por outras regras. Assim, o uso por parte dos juízes e outros das regras de reconhecimento não expressas para identificar regras particulares de um dado sistema é considerado aspecto do ponto de vista interno. Ou seja, quem as utiliza manifesta sua aceitação considerando-as regras orientadoras, e pontuando-se por um vocabulário específico, como exemplificado pela frase: “o direito dispõe que...”. Esta frase é tida como característica de um enunciado interno, pois manifesta o ponto de vista interno e é utilizada de forma natural por aqueles que aceitam a regra de reconhecimento e a aplicam, conferindo validade a uma regra específica. Já a expressão de um enunciado externo, conforme exemplificado pelo autor na frase “Na Inglaterra se reconhece como direito... qualquer coisa sancionada pela Rainha no Parlamento...”, seria o linguajar natural de um observador externo do sistema, que não aceita sua regra de reconhecimento e descreve o fato de que os outros a aceitam.

Por conseguinte, o autor defende que o conceito de “eficácia” (no sentido de apontar que uma regra jurídica que exige determinada conduta é mais frequentemente obedecida do que desobedecida) não equivale ao conceito de “validade”, exceto se a regra de reconhecimento afirmar que nenhuma regra continuará valendo se deixar de ser eficaz. Logo, tais conceitos são distintos e é mister não os confundir. Deste modo, explica que se um indivíduo desenvolve um enunciado interno com referência à validade de uma regra específica do sistema, este pressupõe o enunciado fático externo de que o sistema seja geralmente eficaz. Isto deve-se ao fato de que o uso recorrente de enunciados internos se confunde com a questão da eficácia geral. Assim, não se deve ignorar que o enunciado interno não pode ser considerado como um enunciado externo sobre a ação oficial.

Neste sentido, o autor afirma que a manifestação de um juiz ao constatar a validade de uma regra, advém do enunciado interno que reconhece que a regra observa os requisitos que apontam o que é considerado como direito em seu tribunal e, portanto, não se constitui uma “profecia” quanto às decisões futuras, mas uma parte da “razão” desta.

Na concepção de Hart, a regra de reconhecimento, que reúne os critérios para que se

possa comprovar a validade das demais regras do sistema, seria uma regra “última” e, quando possui critérios de classificação em ordem de subordinação e primazia relativas, um destes é considerado de caráter supremo não podendo ser vencido por outros critérios subordinados.

Para o autor, a questão da validade da regra de reconhecimento não pode ser posta da mesma forma como o é no caso da validade das demais normas do sistema. Isto porque a palavra “validade” dirige-se a resolução de questões surgidas dentro de um dado sistema de regras, no qual o status de regra pertencente ao sistema sujeita-se aos critérios encontrados na regra de reconhecimento. Deste modo, a regra de reconhecimento, que nos traz esses critérios de identificação, não pode ser tida como “válida” nem “inválida”, mas apenas se reconhece sua aceitação como adequada para ser empregada.

No que concerne à “existência” de uma regra de reconhecimento, Hart defende que esta é uma questão de fato. Para ele, em um sistema que inclui uma regra de reconhecimento, as demais regras existirão se estiverem de acordo com os critérios estabelecidos por esta, ou seja, verifica-se através de um enunciado interno que aplica uma regra de reconhecimento aceita. Contudo, no caso da regra de reconhecimento, a situação é distinta, visto que a afirmação de que esta existe somente poderia ser enunciado de um fato externo, ou seja, tal regra existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, funcionários e indivíduos que identificam o direito diante de certos critérios. Logo, sua existência depende de uma prática social tanto dos juízes e dos demais funcionários, como de outros focos de força da sociedade. Outra questão colocada seria quanto a dificuldade de se afirmar que em um certo país ou grupo social existe um sistema jurídico. O sistema jurídico, como o ser humano, passa por etapas intermediárias entre o nascimento e a morte, o que traz uma certa complexidade para a questão da existência de um sistema jurídico. Neste sentido, a norma de reconhecimento deve ser verificada sob dois prismas: o “direito” e o “fato”. Deve-se analisar se a norma é factual, portanto, existe na prática e, se esta é considerada válida por aqueles que a utilizam.

A tentativa de explicar a existência através da obediência habitual fracassa em descrever de forma completa a relação do cidadão comum com o direito. Na realidade, as normas jurídicas que este cidadão obedece são algo como ele próprio reconhece como sendo “o direito”, e pode observá-las por diversas razões, dentre essas o reconhecimento de que isto

lhe convém. Este terá consciência das consequências da desobediência, como, por exemplo, a prisão. Assim, quando as normas válidas (de acordo com os critérios de validade do sistema) são seguidas por grande parte das pessoas, há uma prova de que este sistema jurídico existe. Logo, para que se diferencie as regras dos hábitos, deve-se levar em consideração o ponto de vista interno, pois o mero hábito não gera autocrítica ou a crítica dos demais quando não seguido. Por exemplo, uma pessoa que para o veículo diante do sinal vermelho age dessa forma porque internaliza o sinal como uma razão para parar e não somente por mero hábito. De tal modo, faz-se necessário observar tanto a regularidade (ponto de vista externo) quanto o ponto de vista interno.

Por conseguinte, a força de uma regra jurídica não advém dela mesma, mas depende de pressupostos fáticos e sociológicos, de uma prática compartilhada e da internalização dessa regra como parâmetro de conduta, ou seja, uma “atitude crítico-reflexiva” diante dessa. Neste sentido, é importante a verificação da aceitação oficial unificada ou compartilhada da regra de reconhecimento e seus critérios de validade. Porém, quando uma pessoa “obedece” a uma regra, isto não significa que considere a conduta prescrita como correta, mas poderá obedecer por temor ou inércia, por exemplo.

Seguindo este raciocínio, Hart expõe duas condições necessárias e suficientes para que se possa atestar a existência de um sistema jurídico. A primeira seria que as regras de conduta válidas (de acordo com o critério de validade) têm que ser geralmente obedecidas; suas regras de alteração e adjudicação devem ser aceitas pelos funcionários como um guia de conduta oficial. A obediência é a única condição necessária em relação aos cidadãos; ao passo que para os funcionários do sistema é necessária uma segunda condição, que consiste na verificação das regras secundárias como pautas ou critérios comuns de conduta oficial. Assim, não basta que as regras sejam escritas para serem válidas, mas deverão ser consideradas e adotadas como uma pauta ou critério de conduta oficial.

Do ponto de vista externo, pode-se reconhecer um paradoxo nos enunciados de direito de um sistema jurídico quanto as fases de sua existência passada, presente ou futura, engendrando uma contradição quanto ao enunciado fático relativo à existência do sistema. Por exemplo, se mesmo sabendo que o regime czarista não se encontra mais em vigor na Rússia, uma lei do Parlamento britânico declara que o direito da Rússia é czarista. Isso teria um

significado e efeito jurídico como parte do direito inglês relativo à União Soviética. Por outro lado, há a situação posta nos momentos de transição, quando um novo sistema jurídico surge através de um anterior, nas palavras do autor, muitas vezes depois de uma “operação cesárea”. Um caso exemplificativo seria a história do *Commonwealth*, que demonstra que apesar de na realidade o sistema jurídico colonial da época ser independente do inglês, o sistema do Reino Unido não reconhecia este fato em seus tribunais.

Através de um exercício exemplificativo, Hart reconhece que quando se tenta colocar situações concretas sob regras gerais, poderá emergir uma dualidade entre o núcleo de certeza e a penumbra da dúvida. Isto porque todas as regras possuem uma textura aberta e, tal pode afetar uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação do direito.

3. Formalismo e ceticismo diante das regras

Hart verifica que mesmo quando há regras gerais verbalmente formuladas, nos casos concretos poderão emergir questionamentos acerca das formas de conduta exigidas por estas. Desta forma, haveria um limite inerente à natureza da linguagem que não nos permitiria fugir da incerteza no caso concreto. Por exemplo, é óbvio que um automóvel é um veículo, mas uma regra que versa sobre um veículo engloba também uma bicicleta ou um patinete? Portanto, os termos gerais contidos nas regras gerais requerem interpretação diante do caso concreto. Do mesmo modo, quando se utiliza um precedente diante de um caso que se assemelha de forma suficiente e em aspectos relevantes tem-se um âmbito de discricionariedade no qual há a possibilidade de o intérprete eleger um novo caso e incluí-lo na mesma linha de outros casos devido à semelhança percebida. Conforme o exposto, Hart reconhece a existência da textura aberta das normas diante da falta de certeza em uma zona marginal e da insuficiência dos termos classificatórios de cunho geral.

Ele sustenta que seria impossível a concepção de uma regra detalhada o suficiente, por sermos homens e não deuses, e a eleição diante de alternativas abertas nos é imposta. Ademais, admite obstáculos tais como a nossa relativa ignorância dos fatos e a nossa relativa indeterminação de propósitos. Não é possível aos legisladores antever todas as possibilidades de circunstâncias que poderão ocorrer no futuro.

O autor defende, neste sentido, a existência de um vício conhecido como formalismo

ou conceitualismo, que acaba por encobrir ou minimizar a necessidade de eleição diante do estabelecimento de uma norma geral. Para ele, no momento em que um termo ou categoria passasse a ter um único significado entre os operadores do direito, não sendo alvo de indagações ou reflexões, verificar-se-iam classificações rígidas que poderiam conflitar com os propósitos sociais das regras. Isto culminaria com o “paraíso dos conceitos” dos juristas, situação na qual um termo geral recebe o mesmo significado em todas as aplicações da regra, não havendo necessidade de interpretação.

No caso de campos jurídicos onde as características individuais variam com frequência, e existe a impossibilidade de formulação de regras gerais sem que haja a necessidade de novas diretivas oficiais, opta-se por guias gerais e a delegação a um corpo administrativo encarregado de modelar as regras. Ao passo que esses *standards* gerais funcionam satisfatoriamente em alguns casos, em outros haverá uma margem de dúvida. Um exemplo dado pelo autor seria o *standard* norte-americano da “diligência devida” em caso de culpa, visto que haveria uma imensa gama de casos possíveis em que se demandaria prudência ou cuidado, mas para os quais é impossível antecipar as combinações de circunstâncias ou interesses a serem sacrificados no caso concreto. Por outro lado, há áreas de conduta controladas mediante regras que exigem ações específicas e que apenas apresentam uma periferia de textura aberta. Essas áreas possuem uma importância prática tal que há poucas circunstâncias em que podem ser consideradas de forma distinta. Por exemplo, a conduta que leva ao assassinato de um ser humano, diante da qual podem-se encontrar pouquíssimas exceções à regra geral. Para estes casos, não há controle via *standards* variados, mas por regras, e suas exceções podem ser facilmente identificadas e regulamentadas.

No caso da utilização de precedentes judiciais, conforme encontrados no sistema inglês, verifica-se a produção de um corpo de regras que podem ser tão determinadas quanto uma regra contida em uma lei, devendo, inclusive, tais regras serem modificadas por lei. De acordo com Hart o uso de tais precedentes deve levar em conta três fatores. Primeiro, “que não há um método único para determinar a regra segundo a qual um precedente dotado de autoridade funciona como autoridade” (p.147). Segundo, “não há uma formulação dotada de autoridade ou unicamente correta de qualquer regra que deva extrair-se dos casos”. Por último, “seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois

tipos seguintes de atividade criadora ou legislativa” (p.148): por um lado os tribunais que decidem o caso posterior podem chegar a uma decisão oposta a do precedente através de interpretação restritiva ou da admissão de uma exceção; ou seguindo um precedente anterior os tribunais podem acabar por afastar uma restrição prevista na regra, ampliando a mesma.

Portanto, o autor defende que a textura aberta do direito significa que há áreas nas quais a incidência dos tribunais no caso concreto será maior, realizando uma análise das circunstâncias e dos interesses envolvidos no conflito. Ao passo em que também há um campo do direito que funciona de forma satisfatória diante de regras determinadas, não havendo exigência de valoração do caso concreto. Por fim, naqueles casos em que se verifica a textura aberta tanto das regras quanto dos precedentes, os tribunais funcionam como produtores de regras, assim como os corpos administrativos que participam da elaboração de *standards* variados.

Nesse sentido, diante dos *hard cases*, aqueles onde a textura aberta do direito é mais evidente, não haveria apenas uma resposta certa, mas diversas respostas. Isto porque haveria um espaço para a interpretação do juiz através do uso razoável de sua discricionariedade, em busca da solução mais apropriada ao caso. Adotando uma posição entre o formalismo radical dos positivistas tradicionais e a escola realista norte-americana, Hart prega uma teoria intermediária, na qual o juiz aplica o direito nos casos mais fáceis (*easy cases*) e, nos casos difíceis, os magistrados exercem uma atividade criativa e construtiva no Direito.

O jurista argumenta que as regras possuem um papel central na estrutura de um sistema jurídico, apesar de tal concepção ter sido posta em dúvida por um “ceticismo diante das regras”, isto é, o entendimento de regras como um mito que ocultaria a verdade de que o direito é formado por decisões dos tribunais e pela predileção dos juristas. Já para as versões mais moderadas desta teoria, para que existam tribunais devem haver regras jurídicas que os constituam e, portanto, estas não poderiam ser simples predileções das decisões dos tribunais. O autor explica que a existência dos tribunais acarreta a existência de regras secundárias que atribuem o poder jurisdicional aos indivíduos e, assim, autoridade a suas decisões.

Hart sustenta que é falso que os juízes estão submetidos às regras ou obrigados a decidir os casos da forma que o fazem. Mas eles podem atuar de forma regular e uniforme por um período de tempo, permitindo que os demais vivam de acordo com decisões dos tribunais,

consideradas como regras. Mas, de toda forma, para os tribunais não existiriam padrões de comportamento judicial correto, não havendo nada em tal comportamento que manifestasse o ponto de vista interno no qual se verifica a aceitação das regras.

Argumenta, ainda, que a visão dos cétricos sobre a existência de uma regra pode ser tida um ideal irrealizável. Ele coloca-se contrariamente ao dilema entre o referencial de regras concebido no “paraíso formalista” e a concepção sobre a inexistência de regras, mas apenas predileções. De forma distinta, constata que mesmo diante das exceções não encontradas em um enunciado exaustivo, não estaríamos largados a nossa própria sorte, ou discricionariedade. Uma regra que abarca uma exceção, continua sendo regra.

Ademais, Hart defende que o caráter genuíno de aceitação de uma regra pode ser inferido do reconhecimento e observância geral desta, além da crítica aos desvios próprios e alheios. Tal não significa que não poderão haver simulações. Mas, de forma geral, as decisões judiciais são construídas através de um esforço “genuíno” com vistas ao seu ajuste às regras conscientemente aceitas como pautas ou critérios que orientam as decisões. Ao mesmo tempo, considerando que o tribunal supremo tem a última palavra ao estabelecer o que é o direito, quaisquer equívocos que cometa carecem de consequências no sistema. Como a decisão com autoridade definitiva é proferida por seres falíveis, há sempre a probabilidade de erros, abusos ou violações. Assim sendo, seria impossível a provisão por meio das regras de uma correção das infrações a todas as normas.

A textura aberta do direito possibilita aos tribunais um poder de criação jurídica muito amplo, principalmente se levarmos em conta que suas decisões serão utilizadas como precedentes criadores de direito. Quaisquer decisões proferidas por estes que englobem desde questões óbvias até mesmo aquelas discutíveis subsistem enquanto não advir uma legislação que verse de forma diferente. E, quanto a interpretação da legislação, os tribunais também possuem a última palavra investida de autoridade. Os juízes, incluindo aqueles da Suprema Corte, são integrantes de um sistema com regras determinadas com o objetivo de prover critérios ou pautas de decisão judicial correta, cuja existência está amparada pela adesão e uso destes. Nesse sentido, a adesão do juiz é obrigatória para que tais critérios ou pautas efetivamente existam, mas o juiz, em si, não é o criador de tais critérios ou pautas. Apesar de os tribunais considerarem tais regras (não criadas por eles), essa consideração não anula a

capacidade criadora dos juízes.

Porém, é viável que os juízes acordem no sentido de rechaçar as regras existentes, deixando de considerá-las. Assim, poderia haver uma transformação do sistema diante da conduta de um número suficiente de homens por um tempo prolongado, culminando no desaparecimento da regra em questão. Neste tocante, quando afirmado que existe um acatamento de uma regra que exige dos juízes determinada conduta, este aceite é geral e são raros os casos em que os juízes se desviam desta ou a desconhecem. Desse modo, quando o desvio ou desconhecimento tem lugar, isso é tratado como algo criticável e incorreto mesmo diante do caráter definitivo da decisão judicial.

De acordo com Hart, há a possibilidade de que tribunais possuam autoridade para decidir questões críticas quanto aos critérios de validade com base nas regras que lhe conferem autoridade. O autor verifica que um erro possível do “formalismo” seria pensar que toda conduta exercida por um tribunal estaria encoberta por uma regra geral que lhe conferiria antecipadamente autoridade, de modo que os poderes de criação dos juízes seriam apenas uma forma de poder legislativo delegado. Na realidade, quando os tribunais decidem questões não encaradas *a priori*, mas relacionadas às regras mais fundamentais da Constituição, eles conseguem perceber aceita sua autoridade para decidir após o surgimento da questão e de a sentença ser proferida.

Entretanto, há questões que dividem a sociedade de uma forma tão fundamental que não se permite a sua resolução por decisão judicial. Conforme exemplo de Hart, pode-se dizer isto sobre as questões suscitadas pelas cláusulas do *South Africa Act*, de 1909. Contrariamente, questões sociais menos vitais estão mais propensas a uma criação judicial, pois podem ser aceitas sem protestos pela sociedade. Nestes casos, olhando-se em retrospecto, poderia se pensar que sempre houve nos tribunais um poder inerente para decidir da forma como foi realizado. Um exemplo neste sentido seria a manipulação pelos tribunais ingleses das regras relativas à força vinculativa do precedente. Assim, a afirmação de que o tribunal possuiria um poder inerente de criar uma regra seria apenas uma forma de “fazer a situação parecer mais arrumada do que na realidade está” (pag.167). Nas situações em que os tribunais tentam ocultar a sua função criativa, a posição dos cétricos diante das regras seria bem quista. Porém, não se deveria olvidar que os magistrados adquirem prestígio por sua atuação, guiada por

regras, nas zonas centrais do direito. Tal prestígio possibilita o destacável desenvolvimento judicial de regras fundamentais.

4. Dworkin e sua crítica ao modelo hartiano:

O jusfilósofo inglês H.L.A Hart desenvolveu uma teoria acerca do positivismo jurídico nos moldes da filosofia analítica. Apesar de enquadrado como positivista, colocou em xeque muitos postulados desta concepção e, por isso, sua teoria foi vista por Ronald Dworkin como um positivismo mais refinado. O próprio Dworkin reconhecia os argumentos de Hart como paradigmáticos, conforme segue extrato de sua obra:

Professor H.L.A. Hart's work is a paradigm for jurisprudence, not just in his country and not just in mine, but throughout the world. (...) It is difficult to think of any serious writing in jurisprudence in recent years, certainly in Great Britain and America, that has not either claimed his support or taken him as a principal antagonist (DWORKIN, 1974-1975, p. 1057-1058).

Hart é tido como um “positivista inclusivo”, isto porque sua teoria não exclui de forma total a moral da definição do direito, colocando-se em vertente oposta aos “positivistas excludentes”, como, por exemplo, seu aluno Joseph Raz. Para os inclusivos, a validade de uma norma jurídica eventualmente dependerá de sua consistência com os princípios ou valores morais, à condição de que a regra de reconhecimento incorpore tal possibilidade (WALUCHOW, 2008).

Como positivista, Hart reconhece o direito como um conjunto de regras e, assim sendo, emergirão casos de difícil solução quando tais regras forem “defeituosas”. Poderá haver uma lacuna normativa, uma inconsistência normativa e dúvidas relacionadas a problemas empíricos ou semânticos. De tal modo, existirão momentos de incerteza normativa frente ao caso concreto. Devido ao reconhecimento da textura aberta do Direito, Hart defende que caberá ao juiz realizar juízos de valor diante de uma região de penumbra jurídica.

As críticas mais contundentes à Hart são realizadas por Dworkin na sua obra intitulada *Hard Cases* (2008). O primeiro ponto questionado é quanto à discricionariedade. Para Hart, a textura aberta da linguagem jurídica possibilitaria que em *hard cases* fosse possível mais de uma interpretação razoável por parte dos juízes, que a realizariam com discricionariedade. Diante da imprecisão da regra, o magistrado deveria escolher de forma prudente a interpretação que considerasse mais adequada. Deste modo, o juiz não estaria apenas aplicando o Direito, mas também criando o Direito.

Dworkin, por sua vez, verifica que nem todos os *hard cases* estariam relacionados à incerteza da linguagem jurídica e opõe-se a que nesses casos deveria haver uma discricionariedade dos magistrados. Para ele, os litigantes têm o direito de obter a tutela jurisdicional de acordo com as regras preexistentes, mesmo nos *hard cases*, e, diante disso, os juízes não poderiam se utilizar da discricionariedade com vistas à criação de normas jurídicas (HART, H.L.A; DWORKIN, R. ,1997, p.34). Por conseguinte, Dworkin defende que nos casos difíceis existiria uma só resposta correta, a qual seria apreendida por um juiz filósofo, uma espécie de “Hércules”, que teria sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas.

A figura do juiz hercúleo, construída por Dworkin, de forma hipotética, seria um ser dotado de consciência capaz de reconhecer todos os elementos externos e internos inerentes ao Direito (DWORKIN, 1999). Assim, este ser “onipotente” seria capacitado a decidir considerando todas as fontes do direito e todos os princípios e objetivos políticos externos ao Direito. Ainda, poderia oferecer a melhor interpretação possível de uma ordem jurídica e a mais perfeita aplicação do Direito ao caso concreto, sempre de forma coerente com a comunidade política.

Para Dworkin, mesmo sem a presença de um Hércules, a reconstrução racional do Direito seria possível, visto que a ponderação e avaliação dos princípios e objetivos dos magistrados será sempre limitada. Em sua tese, haveria uma integridade hermenêutica que impossibilitaria a discricionariedade dos magistrados. Nos *hard cases*, o juiz decidiria o caso com base em princípios existentes no ordenamento jurídico (DWORKIN, 1999, P. 37); assim, Dworkin oferece uma alternativa dentro do próprio Direito à discricionariedade dos magistrados. Por fim, caso os princípios concorressem entre si, haveria uma ponderação realizada pelo magistrado, sempre prevalecendo o de maior peso na sociedade.

Um outro ponto de debate com Hart seria em relação à diferença entre princípios e regras. Na visão de Dworkin, Hart compartilha de uma falácia do positivismo, verificada na concepção do Direito como regras reconhecidas diante de sua origem. Dworkin defende que além de regras jurídicas (como as que dispõem sobre tipos penais ou requisitos processuais) são identificados também princípios que visam oferecer parâmetros para os magistrados nos supracitados *hard cases*. Esses princípios não seriam identificáveis diante da regra de

reconhecimento de Hart.

O autor reconhece na tese de Hart que as regras sociais são constituídas por uma conduta compartilhada por pessoas que pertencem ao grupo social, sendo este o aspecto externo, aliada ao efetivo uso das regras como fonte de críticas e reivindicações, o aspecto interno. Contudo, para ele, o ponto de vista interno e o externo de Hart não são encontrados nas regras morais, às quais podem ser exigidas não importando a constância de sua utilização. Neste sentido, Dworkin visa um alargamento do conceito de Direito, abarcando os princípios justificativos das práticas jurídicas. Aponta que a regra de reconhecimento de Hart não daria conta de tal alargamento e, portanto, teria sido erroneamente construída (DWORKIN, 1999, p.37 e 38). Diante de tal ampliação, a teoria de Dworkin visa romper com a separação positivista de Direito e Moral.

Em um *Postscriptum* de “O Conceito de Direito”, Hart argumenta que as críticas de Dworkin advêm de sua falta de entendimento diante da obra e defende suas teses, tal como a da discricionariedade judicial. Entretanto, aceita a crítica do outro teórico quanto a distinção entre princípios e regras, mas compatibiliza os princípios com a regra de reconhecimento (HART, 1994). Conforme fragmento que se segue quanto a sua resposta à Dworkin:

(...) Considero vários aspectos de la critica de que he ignorado los principios jurídicos e intento mostrar que cualquier cosa que sea valida en esta critica puede acomodarse en mi teoria, tomada en su totalidad, sin ninguna consecuencia seria para ella. (...) Estoy de acuerdo em que es un defecto de mi libro que los principios sean tocados sólo de pasada. (HART, 1994).

Porém, quanto à criação do Direito pelo magistrado, um dos argumentos utilizados por Hart é que tal tarefa possui limites e que seria um “preço necessário” para os regimes democráticos, visto que sustar o processo e remetê-lo ao órgão legislativo para que o regulasse seria inexecutável.

Por fim, como resposta à Dworkin, Hart realiza uma categorização dos teóricos norte-americanos (HART, 1977). Os primeiros seriam aqueles que percebem o Direito como conjunto de regras impostas pelos juízes ao caso concreto, por meio de sua discricionariedade, esses seriam os teóricos que possuem pesadelos. O segundo grupo seria formado por aqueles que verificam o Direito como um conjunto de princípios coerentes entre si e que oferecem uma só resposta para todos os casos, esses seriam os sonhadores e, aqui, Dworkin estaria

situado (HART, 1977, p. 40).

CONCLUSÃO:

Conforme se pode apreender da obra de Hart, há uma plurivocidade quanto ao sentido das normas jurídicas. Para ele, haveria um limite inerente à natureza da linguagem, que não nos permitiria fugir da incerteza no caso concreto; desse modo, mesmo quando houvesse regras gerais verbalmente formuladas, na prática poderiam emergir questionamentos sobre a forma de conduta prescrita. Neste sentido, constata-se uma proximidade com a obra de Wittgenstein, quando este versa sobre os “jogos de linguagem” lançando um ponto de vista alternativo da linguagem no qual o significado de uma dada palavra varia conforme o uso em contextos específicos (WITTGENSTEIN, 1999).

De acordo com esse raciocínio, diante da textura aberta do direito, em determinadas áreas a incidência dos tribunais no caso concreto seria maior, posto que estes realizariam uma análise das circunstâncias e dos interesses envolvidos no conflito. Nos chamados *hard cases*, aqueles onde a textura aberta do direito é mais evidente, não haveria apenas uma resposta certa, mas respostas. Isto porque haveria um espaço para a interpretação do juiz através do uso razoável de sua discricionariedade, em busca da solução mais apropriada ao caso. Dworkin, por sua vez, defende que os juízes não poderiam se utilizar da discricionariedade com vistas à criação de normas jurídicas no caso concreto e, assim, diante de casos difíceis só existiria uma resposta correta, posto que os magistrados estariam vinculados aos princípios do ordenamento jurídico que ofereceriam os parâmetros para a resposta correta. Diante de conflitos entre esses, o juiz efetuará uma ponderação, prevalecendo aquele de maior relevância para a sociedade.

Deve-se reconhecer que na sociedade global contemporânea, na qual as respostas diante de questões antigas mudam frequentemente, verifica-se uma constante mutação em relação a ponderação dos princípios jurídicos, sendo determinados princípios reconhecidos como proeminentes em um tribunal e renegado por outros tribunais. Um exemplo seria o Princípio da Busca da Felicidade, que apesar de presente já na Declaração de Independência dos EUA, no Brasil tem sido reconhecido em alguns julgados do STF há pouco tempo, como no julgamento sobre a união homoafetiva¹. Desse modo, mesmo que se pondere os princípios constitucionais, conforme sugere Dworkin, interpretações diversas podem surgir em

¹ DPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011

diferentes instâncias julgadoras para conformar novos anseios sociais. Um tribunal de primeira instância pode não admitir um determinado princípio como balizador, já o STF pode vê-lo como merecedor de um peso maior na ponderação.

Uma crítica interessante ao juiz hercúleo de Dworkin (capaz de realizar em seu “gabinete” uma ponderação entre os princípios reconhecidos pela sociedade) é realizada por Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997). Para ele, Dworkin não conseguiria lidar com o pluralismo a partir de Hércules. O autor aceita que o juiz ideal poderia concretizar um equilíbrio entre as diferentes pretensões legítimas presentes na sociedade, mas isto não significa que teria havido preliminarmente um efetivo diálogo e a consideração de uma perspectiva intersubjetiva. Ou seja, neste sentido, Hércules poderia divergir em relação aos cidadãos daquela comunidade jurídica. Para corrigir isso, Habermas propõe o agir comunicativo por meio das “condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros” (HABERMAS, 1997, p. 276).

Por conseguinte, é difícil concretizar todos os anseios e pretensões legítimas de uma sociedade determinada em uma só resposta correta enunciada por um magistrado “humano”. Trata-se de um indivíduo inserido em um ambiente, em uma conjuntura social específica, que pode não reconhecer a importância de todos os valores de sua sociedade pluralista. A questão da ponderação de princípios que o limitariam é subjetiva, pois leva em consideração preferências valorativas. Assim, a solução de Habermas quanto ao efetivo diálogo com a comunidade jurídica poderia evitar decisões incoerentes em relação aos valores compartilhados e incluir outras perspectivas além daquela do magistrado.

Poder-se-ia sustentar que a teoria de Dworkin do “direito como integridade” verificaria o mesmo como uma construção da razão e, diante disso, estariam presentes os elementos para aplicar o Direito de forma coerente. Contudo, diante da sociedade contemporânea pluralista, a visão de Dworkin sobre uma só resposta correta para os *hard cases* é dificilmente suportada. Trata-se de primar de forma excessiva pela segurança jurídica em uma determinada sociedade, estabelecendo uma verdade válida para todos os casos. Lembramos que o Hércules não pode ser mantido isolado desta sociedade plural e o que os seres humanos, investidos como magistrados, têm limitações e pré-conceitos constituídos que seriam decisivos na

ponderação dos princípios no caso concreto. Neste sentido, a visão de Hart sobre a textura aberta do Direito é mais coerente em uma sociedade pluralista, onde as interpretações quanto aos termos jurídicos podem (e devem) divergir. As incertezas derivadas da linguagem proporcionam interpretações conflitantes principalmente nos casos mais complexos, os *hard cases*. Nesta zona de incerteza, poderá surgir uma questão para a qual não haja uma única resposta correta, mas respostas.

Por fim, teço um elogio ao conceito de Direito desenvolvido por Hart, que demonstra que as leis possuem uma abrangência ampla que não se limita às ordens coercitivas, conforme a “teoria do comando” defendida por Austin. O sistema legal seria mais complexo e, deste modo, a teoria simplista de Austin não daria conta de explicar a questão do poder soberano e do Direito. Assim sendo, Hart é bem-sucedido ao definir a diferença entre as noções de “se ver obrigado” e “ter a obrigação de fazer algo”, pois as pessoas não obedecem às regras devido unicamente ao hábito ou temor diante de uma possível sanção. Hart, portanto, coloca em xeque os postulados de Austin e abre caminho para uma maior sofisticação do pensamento positivista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review**, vol. 88, 1974-1975, p. 1057-1058.
_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____; HART, H.L.A. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues**. Universidad de Los Andes, 1997, p.34.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Seibeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, capítulos 5, 6 e 7.
- _____. **Post scriptum al Concepto del Derecho**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/38/tc.pdf>>. Acesso em: 29/06/25.
- _____. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream (1977). **Sibley Lecture Series**. Paper 33. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33/>. Acesso em: 29/06/2015.
- WALUCHOW, Wilfried. Legal Positivism, inclusive versus exclusive. In: E. Graig (Org). **Routledge Encyclopedia of Philosophy**. London: Routledge, 2008. Disponível em: <<https://libraryssl.lib.mcmaster.ca/libaccess/login.php?url=http%3a%2f%2fwww.rep.routledge.com%2farticle%2fT064>>. Acesso em 29/06/15.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova cultural, 1999.