

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAQUELINE LUCCA SANTOS

**A FUNÇÃO PRIMORDIAL DA REGRA JURÍDICA: A
CONSTRUÇÃO DO PONTO DE VISTA INTERNO A PARTIR
DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS DE HOLMES E KELSEN**

Porto Alegre
2016

Jaqueline Lucca Santos

**A FUNÇÃO PRIMORDIAL DA REGRA JURÍDICA: A CONSTRUÇÃO
DO PONTO DE VISTA INTERNO A PARTIR DAS CRÍTICAS ÀS
TEORIAS DE HOLMES E KELSEN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

Porto Alegre
2016

Jaqueline Lucca Santos

**A FUNÇÃO PRIMORDIAL DA REGRA JURÍDICA: A CONSTRUÇÃO
DO PONTO DE VISTA INTERNO A PARTIR DAS CRÍTICAS ÀS
TEORIAS DE HOLMES E KELSEN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 12 de abril de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Cláudio Ari Pinheiro de Mello

Prof. Dr. Mateus de Campos Baldin

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald

Porto Alegre
2016

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação não seria possível sem a orientação do Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa, o qual mesmo tendo se afastado por alguns meses do país para seu pós-doutoramento, sempre se mostrou acessível e disposto a compartilhar seus ensinamentos e sua experiência no decorrer desta trajetória. Sou grata à sua orientação e à sua amizade nesse período.

Ao Programa de Pós-graduação em Direito e ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que me acolheram e sempre mantiveram suas portas abertas auxiliando na construção deste objetivo.

Aos professores e colegas dos grupos de pesquisa que participei durante o mestrado, em especial o grupo “Justiça Econômica e Justiça Jurídica” e o “Seminário de Filosofia do Direito”. Agradeço, especialmente, ao Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck e ao Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald. Dentre os colegas, agradeço à amizade e ao companheirismo de Gabriel Bilhalva, Mariana Kuhn, Mateus Baldin, Luíza Krug, Augusto Machado, Patrícia Graeff, Ramiro Peres, Gustavo Razzera, Thomaz Spolaor e Fernando Campos.

Aos meus pais, Carlos e Carmem, os quais sempre me mostraram a importância do estudo e da dedicação, além de me oportunizarem todos os meios necessários à concretização deste sonho. Aos meus irmãos, Marina e Eduardo, pela amizade, apoio e força que vêm me conferindo.

Ao meu namorado, Fernando, por todo o amor, companheirismo e apoio durante esse período desafiador que é a escrita de uma dissertação.

À Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em especial aos meus colegas e amigos que conheci na cidade de São Gabriel os quais sempre estiveram dispostos a me auxiliar na construção nesta dissertação. Em especial, sou grata à Luciana Artus Schneider e Aline Baldissera, pelas eternas palavras de apoio

Aos meus amigos, que apesar da distância, permanecem verdadeiros e sabem da importância na construção do presente trabalho.

À CAPES, pelo apoio financeiro.

À Deus por ter me concedido forças de desenvolver as etapas necessárias para construção deste estudo.

RESUMO

A FUNÇÃO PRIMORDIAL DA REGRA JURÍDICA: A CONSTRUÇÃO DO PONTO DE VISTA INTERNO A PARTIR DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS DE HOLMES E KELSEN

Autora: Jaqueline Lucca Santos

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

A pretensão do positivismo jurídico é o esclarecimento teórico para se realizar uma descrição correta do direito. A presente dissertação busca verificar qual a abordagem mais adequada para se alcançar a concretização da separação do direito da moral, sendo que o fio condutor é a obra de H.L.A. Hart, na qual se destaca o livro *The Concept of Law*. Dessa maneira, o problema a que se propõe o trabalho é evidenciar a complexidade da separação do direito da moral. Pretende-se demonstrar, principalmente através da teoria e obra de Herbert Hart, que Oliver Holmes e Hans Kelsen ao apresentarem seus projetos para separação do direito da moralidade, trataram o direito do ponto de vista descritivo, perdendo a caracterização do próprio direito. O primeiro capítulo é dedicado a apresentar e explicar o projeto positivista, já que condutas exigíveis por regras jurídicas não se confundem com as condutas exigidas por regras morais, ainda que conjuntamente possam existir. Ainda nesse capítulo apresentam-se algumas noções importantes para a compreensão e desenvolvimento do trabalho em relação à teoria de Hart, em especial no que tange ao ponto de vista interno e externo. No segundo capítulo é abordada a obra de Holmes, *The Path of the Law*, e as principais críticas construídas por Hart e discutidas por Stephen Perry e Scott Shapiro. Partindo-se da perspectiva do homem mau presente na teoria, pretende-se demonstrar que esta é insuficiente para compreender a teoria do direito, em especial nas razões pelas quais um cidadão segue o direito, já que nem todos estariam preocupados em qual é a sanção que receberão do Estado caso desobedeçam à regra. No terceiro e último capítulo demonstra-se quais os problemas da teoria de Kelsen apontadas por Hart. Especialmente no que se refere à ideia de Kelsen de que o direito é só forma, podendo ter qualquer conteúdo, enquanto que Hart acredita que o direito deve possuir conteúdo mínimo. Segundo Kelsen, a estrutura normativa é pressuposta, sendo que a regra funciona como esquema de interpretação e a principal função desta é a sanção. O objetivo final do trabalho é demonstrar que neste projeto de tentar salvar a autonomia do direito, Holmes e Kelsen descaracterizaram o fenômeno jurídico como uma prática social.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Positivismo Jurídico; Ponto de vista interno; Homem mau; Norma fundamental.

ABSTRACT

THE MAIN FUNCTION OF LEGAL RULE: THE CONSTRUCTION OF THE INTERNAL POINT OF VIEW FROM THE CRITICAL TO HOLMES AND KELSEN THEORIES

Author: Jaqueline Santos Lucca
Advisor: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

The claim of legal positivism is the theoretical clarification to perform a correct description of the law. This work aims to verify the most appropriate approach to achieving the implementation of the separation of law from morality, and the common thread is the work of H.L.A. Hart, which stresses the book *The Concept of Law*. Thus, the problem that is proposed work is to show the complexity of separating law from morals. We intend to show, especially through the theory and work of Herbert Hart, that Oliver Holmes and Hans Kelsen when presented their projects for separating the right of morality, they treated law of the descriptive point of view, losing the characterization of the law itself. The first chapter is dedicated to present and explain the positivist project, as required by legal conduct rules are not confused with the conduct required by moral rules, albeit jointly may exist. Although this chapter presents some important concepts for understanding and development work in relation to Hart's theory, especially with regard to internal and external point of view. The second chapter discussed the work of Holmes, *The Path of the Law*, and the main criticisms built by Hart and discussed by Stephen Perry and Scott Shapiro. Starting from the bad man present perspective in theory, intended to demonstrate that this is insufficient to understand the theory of law, in particular the reasons why a citizen follows the law, since not everyone would be worried about what is the sanction which receive if they disobey the rule. In the third and last chapter shows is that the problems of Kelsen's theory pointed out by Hart. Especially with regard to the idea of Kelsen that law is shaped and can have any content, while Hart believes that law should have a minimum content. According to Kelsen, the regulatory framework is presupposed, and the rule works as interpretation scheme and the main function of this is the sanction. The ultimate goal of the work is to demonstrate that this project of trying to save the autonomy of law, Holmes and Kelsen misrepresent the legal phenomenon as a social practice.

Keywords: Philosophy of law; Legal positivism; Internal point of view; Bad man; Fundamental norm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O PROJETO POSITIVISTA	11
1.1 AS FUNDAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO	11
1.2 OS MITOS DO POSITIVISMO JURÍDICO	14
1.2.1 O valor da positividade	16
1.2.2 Os positivistas são formalistas	18
1.2.3 O mito do Juiz boca da Lei	20
1.2.4 Juízes são legisladores de meio período	22
1.2.5 Positivistas devem interpretar de maneira literal	24
1.2.6 Não existe conexão necessária entre o direito e a moral	25
1.3 NOÇÕES DA TEORIA HARTIANA	27
1.3.1 O ponto de vista interno e externo de Hart	33
2 HOLMES VERSUS HART: A TEORIA PREDITIVA E O HOMEM MAU NA TEORIA DO DIREITO	38
2.1 HOLMES E A OBRA <i>THE PATH OF THE LAW</i>	38
2.2 O DEBATE PERRY VERSUS SHAPIRO	42
2.2.1 Holmes na ótica de Perry: o Homem Mau na Teoria do Direito	42
2.2.2 Hart e Shapiro: o Homem Mau e o Ponto de Vista Interno	51
2.3 HART E A CRÍTICA À TEORIA PREDITIVA	61
3 A TEORIA DE HANS KELSEN A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DE HART	65
3.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A NORMA FUNDAMENTAL NA TEORIA DE HANS KELSEN	65
3.1.1 O conteúdo dos enunciados jurídicos para Kelsen	70
3.2 AS OBJEÇÕES DE HART À TEORIA DE KELSEN	76
3.2.1 A distinção entre Direito e Moral para Kelsen a partir da visão de Hart	83
3.2.2 A Função Primordial da Regra na Teoria Hartiana	87
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

A pretensão do positivismo jurídico é o esclarecimento teórico para se realizar uma descrição correta do direito. A presente dissertação busca verificar qual a abordagem mais adequada para se alcançar tal objetivo. Por óbvio, não se tem a pretensão de esgotar a referida temática, mas a partir dos autores escolhidos, realizar um esboço do que foi o projeto positivista e como ele se manifestou em cada uma das teorias.

O fio condutor do presente trabalho é a obra de H.L.A. Hart, na qual se destaca o livro *The Concept of Law*, o qual trouxe inúmeras contribuições para a teoria do direito, em especial no que tange a introdução de fatos sociais para explicação do fenômeno jurídico.

Partindo-se da contextualização do que é o positivismo jurídico, optou-se por introduzir na questão autores que foram fundamentais e relevantes nas discussões para a teoria do direito, a saber, Oliver Holmes e Hans Kelsen, e que possuem propostas opostas à solução apresentada por Hart para alcançar o objetivo do positivismo que é a separação do direito da moral.

Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) foi juiz e filósofo do direito, além de fundamental tanto para a prática jurídica como para a filosofia do direito norteamericana. Holmes, ainda que para alguns possa não ser considerado um teórico propriamente dito, concebeu em seus inúmeros escritos e palestras diversas provocações, as quais foram muito importantes para todo o desenvolvimento e modificação dos rumos da teoria do direito americano.

Em sua teoria preditiva, Holmes utiliza uma abordagem concreta, partindo da ideia de alguém que não possui nenhuma razão moral, além da própria sanção prevista pela regra jurídica, para fazer ou deixar de fazer algo. Holmes apresenta uma estratégia interessante ao separar as razões morais das razões jurídicas.

Por sua vez, Hans Kelsen (1881-1973) foi um teórico austríaco do direito, o qual passou grande parte de sua vida nos Estados Unidos. Kelsen produziu obras de influência duradoura para a teoria do direito e para o direito internacional, tendo como sua principal obra *A Teoria Pura do Direito* (1.ed. 1934). Ao se afastar de postulados sociológicos, históricos, políticos ou morais, Kelsen desenvolveu sua teoria partindo de uma estrutura formal, onde não se percebe a existência de um ponto de vista de alguém em concreto. Pode-se dizer que seu trabalho recorre à lógica do pensamento normativo, toda conclusão normativa deriva de uma premissa mais geral ou mais básica.

No entanto, em que pese às referidas teorias tenham grandes contribuições para a teoria do direito, acredita-se que na tentativa de dar concretude ao projeto positivista, elas se afastaram do caráter de prática social que o direito deve possuir. Tanto o homem mau quanto a estrutura normativa de Kelsen se afastaram daquilo que é mais primordial ao direito, sendo na perspectiva de tratar de fatos sem norma, como no primeiro caso, ou tratando apenas de normas sem fatos, como no segundo caso.

A obra de Hart se apresenta como uma superação desse problema. Hart constrói sua teoria e apresenta a noção do ponto de vista interno para dar conta das dificuldades existentes em tais teorias e concretizar o projeto positivista.

Dessa maneira, o problema a que se propõe a presente dissertação é evidenciar a complexidade da separação do direito da moral. Pretende-se demonstrar, principalmente através da teoria e obra de Herbert Hart, que Oliver Holmes e Hans Kelsen ao apresentarem seus projetos para separação do direito da moralidade, trataram o direito de um ponto de vista descritivo reducionista o que gerou uma descaracterização do próprio direito como fenômeno social que é. Neste projeto de tentar salvar a autonomia do direito, eles descaracterizaram o fenômeno jurídico como uma prática social, o que implica necessariamente na forma como é compreendida a função da regra jurídica no sistema.

Objetiva-se demonstrar que as tentativas propostas por Kelsen e Holmes são reducionistas. Holmes reduz a algo concreto as deliberações de um determinado tipo de pessoa, que não tem nenhuma razão para fazer ou deixar de fazer algo senão pelo fato de que o direito prescreve uma sanção. Da mesma forma, Kelsen também é reducionista, utilizando da estrutura normativa e da norma fundamental para afastar questões fáticas da teoria do direito. O direito seria apenas uma cadeia formal pressupondo uma regra última, a norma fundamental, que não tem nenhum suporte empírico.

A parte expositiva da dissertação pretende demonstrar que Hart estava correto em suas considerações e que nem Holmes, nem Kelsen, apresentaram “soluções” eficazes à questão mais primordial do positivismo jurídico: a separação do direito e da moral. Frise-se que todos têm a intenção comum de concretizar o projeto positivista, sendo que temporalmente Hart é quem por último se manifesta. Deve-se ressaltar que é necessário ter em mente que uma teoria do direito precisa dar conta tanto dos aspectos práticos quanto normativos do direito.

No presente trabalho utilizar-se-á o método de abordagem Dedutivo, partindo-se da Teoria de H.L.A. Hart e suas contribuições para o Direito objetiva-se demonstrar que as propostas de Kelsen e Holmes são reducionistas, e que ignoram a complexidade do que é ser o

direito uma prática social. O método de procedimento adotado serão o monográfico e o histórico, sendo que a técnica de pesquisa adotada será a pesquisa bibliográfica.

Para concretizar os objetivos acima expostos, a presente dissertação encontra-se dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo objetiva-se apresentar e explicar o projeto positivista, já que condutas exigíveis por regras jurídicas não se confundem com as condutas exigidas por regras morais, ainda que conjuntamente possam existir. Isto porque, o objetivo dos autores que defendem o projeto positivista é explicar o direito distinto da moral. Ainda nesse capítulo pretende-se construir algumas noções importantes para a compreensão e desenvolvimento do trabalho em relação à teoria de Hart, em especial no que tange ao ponto de vista interno e externo. Nos capítulos seguintes restará comprovado porque Hart faz tal distinção e porque ela é necessária para a teoria do direito.

No segundo capítulo será abordada a obra de Holmes, *The Path of the Law*, e as principais críticas construídas por Hart e discutidas por Stephen Perry e Scott Shapiro. Partindo-se da perspectiva do homem mau presente na teoria, pretende-se demonstrar que esta é insuficiente para compreender a teoria do direito, em especial nas razões pelas quais um cidadão segue o direito, já que nem todos estariam preocupados em qual é a sanção que receberão do Estado caso desobedeçam à regra.

No terceiro e último capítulo objetiva-se demonstrar quais os problemas da teoria de Kelsen apontadas por Hart. Especialmente no que se refere a ideia de Kelsen de que o direito é só forma, podendo ter qualquer conteúdo, enquanto que Hart acredita que o direito deve possuir conteúdo mínimo. Segundo Kelsen, a estrutura normativa é pressuposta, sendo que a regra funciona como esquema de interpretação e a principal função desta é a sanção. Pretende-se demonstrar que, como defende Hart, a função primordial da regra é servir como guia de conduta.

1 O PROJETO POSITIVISTA

1.1 AS FUNDAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO

Quando se analisam as diversas vertentes que constituíram a história da filosofia do direito, é muito comum que os intérpretes verifiquem as inúmeras divergências entre os estudiosos que propuseram suas teorias.

O mesmo é possível de ser dito acerca do positivismo jurídico, já que inúmeros autores são enquadrados em tal rótulo, sem, contudo, ser dispendido qualquer tempo na análise do que tais autores que se caracterizam como positivistas têm em comum. Este é o objetivo da primeira parte desta dissertação, que busca demonstrar o objetivo de tais autores é: concretizar o projeto positivista de separação do direito da moral.

O Dicionário de Teoria Jurídica de Brian Bix¹ define o positivismo jurídico como uma teoria que acredita (ou assume) ser possível e aconselhável ter uma teoria do direito descritiva ou conceitual moralmente neutra. Nesse sentido, o positivismo jurídico seria melhor entendido como a crença de que o direito positivo é uma matéria que merece um estudo apartado, sendo o direito positivo aquele criado pelas autoridades e instituições humanas, em contraste com os princípios morais do direito natural².

Segundo o referido autor, tal inclinação ao direito positivo e uma abordagem do sentido puramente descritivo ou conceitual do direito provavelmente pode ser encontrado desde *Thomas Hobbes* (1588-1679). O positivismo jurídico moderno remonta a autores como *Jeremy Bentham* (1748-1832) e *John Austin* (1790-1859), os quais foram sucedidos por diversos outros sempre com o mesmo objetivo em mente.

De toda forma, o início do positivismo é normalmente indicado a partir da famosa frase de Austin em sua obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) de que “a existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito outra”³. Dessa maneira, segundo Austin, se ele [o direito] existe ou não existe, corresponde a um tipo de indagação, se ele está ou não de acordo corresponde a outra indagação; mas “o direito que existe efetivamente é o

¹ BIX, Brian H. **Diccionario de Teoría Jurídica**. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 197.

² *Ibid.*, p. 197.

³ The existence of law is one thing; its merit or demerit is another, AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 157.

direito ainda que ele nos desagrade, ou ainda que ele se desvie dos princípios dos quais nós fazemos depender da nossa aprovação ou da nossa rejeição”⁴.

Tradicionalmente, o positivismo jurídico se propõe a distinguir a questão se uma norma é “de direito” em um determinado sistema ou se o sistema em sua totalidade merece ser chamado de “direito”, da distinção relativa aos méritos dessa norma ou desse sistema⁵. Em resumo, o projeto positivista defende a necessidade de se elaborar um conceito de direito que não se remetesse a esferas alheias ao jurídico.

Acerca de tal questão afirma o Professor Paulo Faria, na introdução da obra de Cláudio Michelon, que:

Visto na perspectiva histórica oferecida por Michelon, o projeto moderno para a ciência do direito, que engendraria o positivismo jurídico é filho de seu tempo. Em particular, esse projeto é filho da revolução científica moderna, de que herda uma certa concepção de objetividade – e, com ela, uma certa concepção das possibilidades e limites do conhecimento humano⁶.

Dessa forma, o desacordo epistemológico entre os positivistas, em especial no que se refere ao seu desacordo acerca do conteúdo cognitivo do discurso jurídico, é derivado de um desacordo metafísico fundamental, ou seja, o que está em jogo é o conflito entre concepções diferentes de objetividade⁷. Nesse sentido, a diferença de tratamento teórico em relação aos enunciados jurídicos é fruto de uma diferença na concepção das possibilidades e dos limites de qualquer descrição do mundo.

Se esta avaliação estiver correta, nas palavras de Paulo Faria⁸, o projeto moderno para a ciência do direito “foi, desde a origem, essencialmente antagônico ao jusnaturalismo, e culminou por necessidade interna na enunciação da tese das fontes sociais do direito”, a saber, em “uma tese empirista, que deveria assegurar a sujeição integral do objeto do conhecimento jurídico às condições do conhecimento experimental cujo paradigma é a ciência natural moderna”. Dessa maneira, nenhuma norma poderia ser constituída pelos fatos sociais, que, entretanto, deveriam conferir ao direito toda a sua existência objetiva⁹.

⁴ AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 157.

⁵ BIX, Brian H. **Diccionario de Teoría Jurídica**. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 197.

⁶ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁹ *Ibid.*, p. 17.

Para Barzotto, o positivismo não adota “como critério identificador do jurídico ‘aquilo que é justo’, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também ‘aquilo que é eficaz’, pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este”¹⁰. Mas adota seu próprio critério, o da validade.

Dessa maneira, o jurídico é determinado pelo próprio direito e não pelo comportamento dos homens ou seus ideais de justiça. Afirmando-se que “a norma jurídica é uma norma válida, e sendo a validade determinada pelo próprio ordenamento, os positivistas conseguem isolar o fenômeno jurídico da moral (justiça, valores) e da política (eficácia, poder)”¹¹.

Barzotto refere que “o verdadeiro fundamento de uma norma não é o poder, mas outra norma”, e por isso o positivismo pode falar em autoprodução do direito, já que “o direito não é contaminado pela política na medida em que não é produzido pelo ‘mero’ poder, mas pelo poder constituído pelo próprio direito”¹². Por fim, conclui no ponto que:

O positivismo, como resposta teórica a uma necessidade prática, a busca de segurança, procura fornecer um conceito autônomo do direito, isto é, um conceito que represente o fenômeno jurídico como uma esfera independente da moral e da política. Para isso, assume como uma categoria central a noção de validade, que lhe permite excluir a justiça e a eficácia, como critérios identificadores do jurídico. Pelo recurso à noção de validade, o direito é reconduzido a si mesmo, dado que a validade é uma qualidade jurídica, determinada pelo próprio direito positivo¹³.

Para Maccormick¹⁴, os positivistas negam que o direito como tal seja essencialmente moral, e afirmam que a existência do direito é sempre uma questão conceitualmente distinta daquela do mérito ou demérito moral desta. Nas palavras do referido autor, Hart, dando seguimento às contribuições de Bentham e Austin ao positivismo, afirma que a moralização do conceito de direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo¹⁵ e até mesmo à anarquia revolucionária¹⁶.

Em face disso, a atitude apropriada ao direito é a que se reconhece que a existência do direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão

¹⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 20.

¹¹ *Ibid.* p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 20.

¹³ *Ibid.* p. 23-24.

¹⁴ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40.

¹⁵ Tudo o que é lei, deve ser moral, portanto todas as leis são moralmente obrigatórias.

¹⁶ Tendo em vista que tudo que é lei deve ser moral, deve-se desobedecer aos governos ou mesmo derrubá-los se o que propuserem como lei não for moralmente justificado.

abertas a críticas morais¹⁷, pois não existe base conceitual para se supor que “o direito que é” e “o direito que deveria ser” coincidem.

De fato, como reconhece Hart, uma base para aderir à tese positivista da diferenciação conceitual do direito e da moral é, ao final, uma razão moral. A questão importante é garantir que sempre exista a possibilidade tanto para o teórico do direito como para uma pessoa comum de possuir um posicionamento moral crítico acerca do direito que existe de fato. Dessa forma, “a tese positivista torna todos moralmente encarregados de rejeitar a hipótese de que a existência de qualquer direito pode ser em si determinar a questão de qual é a maneira moralmente correta de agir”¹⁸.

Nesse contexto a teoria de Hart do direito como um sistema de regras sociais se destaca, por ser radicalmente diferente das demais. Tal teoria será objeto do subcapítulo seguinte, após serem apresentados e esclarecidos os mitos do positivismo jurídico.

1.2 OS MITOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Gardner, em sua obra *Law as a Leap of Faith*, apresenta no artigo *Legal Positivism: 5 ½ Myths* uma reconstrução do positivismo jurídico com o intuito de afastar interpretações incorretas acerca de tal temática. Para a presente dissertação a apresentação dos mitos torna-se essencial para compreensão do projeto positivista que está sendo exposto, e cuja problemática de separação do direito da moral será avaliada nos capítulos a seguir por intermédio da teoria de Hart, Holmes e Kelsen.

De início, Gardner ressalta que existem duas maneiras de se referir ao Positivismo Jurídico. A primeira se encontra no âmbito da história das ideias em que o objetivo do exercício é traçar as formas em que os temas filosóficos se repetiram e foram reformulados e transmitidos de uma geração para a próxima¹⁹.

No entanto, quando se trata do debate filosófico segundo Gardner, há uma preocupação com a verdade das proposições, sendo que os positivistas apenas podem ser

¹⁷ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41.

¹⁸ *Ibid.*, p. 41.

¹⁹ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 19.

caracterizados como um grupo se existir afinidade de teses²⁰. Dessa forma, “não há nada de filosófico a se dizer sobre os positivistas como um grupo a menos que exista uma proposição distintiva ou um conjunto de proposições que tenham sido defendidas ou assumidas por todos aqueles que assim se denominam ou são identificados”²¹.

Em face disso, Gardner propõe uma formulação, a qual seria a tese central do Positivismo jurídico e que seria endossada por todos aqueles que são identificados como positivistas. A proposição denominada (LP*) propõe que:

(LP*) Em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela faz parte do Direito daquele sistema, [isso] depende de suas fontes, não de seus méritos (em que seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes)²².

Tal proposição representa aquilo que é endossado pelos positivistas e que em qualquer sistema jurídico, “uma norma é válida como norma daquele sistema apenas em virtude do fato de que, em algum tempo e local relevante, um ou mais agentes relevantes a anunciaram, a praticaram, a invocaram, a fizeram valer, a endossaram ou de outra forma engajaram-se com ela”²³.

Dando-se seguimento, Gardner afirma que o positivismo jurídico não é mal compreendido por seus “membros”, mas pela representação incorreta que é realizada por outros teóricos da comunidade jurídica²⁴. Acredita o referido autor que isso ocorre quando um rótulo é utilizado tanto no âmbito da filosofia quanto no âmbito das historia das ideias, o que acarreta uma má compreensão da proposição (LP*). Para tanto, necessário que sejam esclarecidos alguns desses mitos.

Antes de adentrar nos mitos, Gardner acredita ser necessário analisar quais os dois fatores principais que acarretam a má interpretação do positivismo jurídico.

O primeiro fator se deve ao fato de que a proposição (LP*), embora seja uma proposição sobre as condições de validade de normas que podem ser utilizadas no raciocínio

²⁰ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 19.

²¹ *Ibid.*, p. 19.

²² (LP*) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources). *Ibid.*, p. 21.

²³ [...] in any legal system, a norm is valid as a norm of that system solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent or agents announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, or otherwise engaged with it. *Ibid.*, p. 20.

²⁴ *Ibid.*, p. 22.

prático, é em si mesma normativamente inerte²⁵. Isto porque, não fornece qualquer orientação sobre o que alguém deve fazer ou deixar de fazer sobre alguma coisa em qualquer ocasião²⁶. Dessa maneira, que o positivismo não aponta a favor ou contra fazer alguma coisa, não fornecendo um guia moral de conduta, da mesma forma que não fornece um guia jurídico. Diante de tal fato, a proposição (LP*), que é informativamente inerte, é obrigada a se tornar flagrantemente distorcida²⁷.

O segundo fator que acarreta a má compreensão do positivismo decorre de que para se fazer (LP*) uma proposição relevante acerca do direito, deve-se acreditar que exista uma alternativa para validar normas de acordo com suas fontes, por exemplo em casos de normas morais ou estéticas. Para que a tese (LP*) revele algo sobre o Direito, deve demonstrar algo que a diferencie das demais normas. Dessa maneira, segundo Gardner, a validade da norma depende de seus méritos, o fato de que a norma é boa para ser seguida é o que, de fato, a faz válida²⁸. Tendo sido esclarecidos os fatores, deve-se passar à análise dos mitos.

1.2.1 O valor da positividade

O primeiro mito que será objeto da análise de Gardner é, na realidade, o meio mito, que trata acerca do valor da positividade. Tal mito remonta sua origem ao início da tradição positivista, nos trabalhos de Holmes e Bentham, inspirados no otimismo sobre o valor do direito. Segundo este pensamento, as normas são válidas segundo suas fontes e não segundo seus méritos, pois a positividade da norma a concede um mérito redentor mesmo quando estas fossem normas menos meritórias²⁹. Seu mérito redentor é sua habilidade especial para resolver questões que não possam ser resolvidas de uma maneira ou outra por seus méritos.

Os adeptos deste pensamento são algumas vezes conhecidos como positivistas jurídicos normativos, embora Gardner os nomeie de anfitriões da positividade (*positivity-welcomers* - PW). Isto se deve ao fato de que para Gardner não é necessário endossar a tese

²⁵ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 23.

²⁶ *Ibid.*, p. 23.

²⁷ *Ibid.*, p. 24.

²⁸ *Ibid.*, p. 24.

²⁹ *Ibid.*, p. 26.

(LP*), para concordar com (PW): “na medida em que (LP*) é correto, identifica algo não apenas verdadeiro sobre as normas jurídicas, mas também algo meritório sobre elas”³⁰.

Segundo Gardner, tanto os positivistas jurídicos, quanto os anfitriões da positividade acreditam que a positividade do direito não é apenas algo com que se vive, mas é algo que se deve ter orgulho³¹. Graças à veracidade de (LP*) e de (PW) é sempre de alguma forma meritória promover uma solução jurídica para um problema moral ou econômico que seria intratável em seus próprios méritos³².

Em que pese tal entendimento, Gardner afirma que as modificações do positivismo do século XX fizeram com que alguns de seus maiores representantes abandonassem a ideia de que a positividade do direito é meritória. Dentre tais autores pode-se citar Kelsen, Hart e Raz.

No caso específico de Hart, Gardner afirma que este autor concordou com aqueles que disseram que as leis tem um mérito redentor que é derivado de sua própria natureza como leis. Entretanto, ele não decorreu este mérito redentor de todas as leis de sua positividade, mas do fato de que as leis não são meramente normas, mas regras, ou seja, normas capazes de serem repetidamente aplicáveis caso a caso.

Esta generalidade normativa significava para Hart, que se as leis fossem corretamente aplicadas ocasionariam que os casos iguais fossem tratados igualmente, o que seria uma espécie de justiça. Gardner aponta, neste ponto, que discorda de Hart e que em sua visão não existiria justiça no mero fato de que casos iguais fossem tratados igualmente³³.

Gardner esclarece ainda que a visão de Hart não se coaduna com a exposta pois a crença de Hart de que todas as leis tem um mérito redentor tem a ver com o fato de que, em sua visão, leis são normas gerais e nada tem a ver com o fato de elas são normas positivas³⁴. Isto porque (LP*) não é uma proposição específica sobre leis, mas sobre uma proposição sobre o que faz normas válidas serem normas jurídicas e conseqüentemente parte do direito.

Uma decisão judicial que determina que A deve pagar R\$ 100,00 a B, ainda que não seja uma norma geral, de acordo com (LP*), é uma norma juridicamente válida de acordo com suas fontes, ainda que não seja uma norma capaz de repetida aplicação e

³⁰ (PW) To the extent that (LP*) is sound, it identifies something not only true about legal norms, but meritorious about legal norm as well. GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 26.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

³² *Ibid.*, p. 26-27.

³³ *Ibid.*, p. 27.

³⁴ *Ibid.*, p. 27.

consequentemente não será uma lei e não compartilhará o valor que Hart atribuiu a todas as leis³⁵.

Gardner então apresenta uma questão: se os próprios positivistas não alcançam um acordo entre eles acerca se a positividade das normas jurídicas lhes concede qualquer valor, por que todos concordariam em fazer um estardalhaço sobre a positividade do direito? Gardner afirma que endossar a tese positivista não significa atribuir qualquer valor ou mérito automático às normas jurídicas. A positividade do direito também poderia ser valorativamente importante como motivo de aversão para o direito, como algo que drena automaticamente o mérito de cada norma jurídica em vez de adicionar mérito a ela³⁶.

Gardner concebe o exemplo dos anarquistas os quais podem tornar seus argumentos contra submissão de autoridade em argumentos contra o respeito ao direito, apenas por endossar (LP*). Apenas se as normas jurídicas são positivadas por alguém que eles consideram como um exercício de autoridade. Tal atividade mostra que os anarquistas são tipicamente positivistas. Contudo, isso não significa que anarquistas acreditem que normas jurídicas possuem qualquer mérito redentor.

Ressalta Gardner que não existe apenas uma reação avaliativa à positividade do direito, como total atração ou total repugnância. Talvez, a positividade do Direito algumas vezes torna o direito mais ou menos atrativo e algumas vezes não possui diferença alguma ao valor do direito. Apenas se o direito é meritório em alguma outra maneira que sua positividade lhe concederá mérito adicional³⁷. Gardner, contudo, não concorda com tal tese. Apenas afirma que isto mostra porque os filósofos do direito podem considerar a positividade das normas jurídicas como uma avaliação importante, mas nem por isso significará que (PW) é uma consequência necessária de (LP*)³⁸.

1.2.2 Os positivistas são formalistas

O segundo mito para Gardner é de que os positivistas são formalistas. Tal mito corresponde à ideia de que os positivistas são muitas vezes identificados por conceder ênfase

³⁵ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 27-28.

³⁶ *Ibid.*, p. 28.

³⁷ *Ibid.*, p. 29.

³⁸ *Ibid.*, p. 29.

ao ideal do Estado de Direito em oposição a outros ideais de governo. Não há dúvida de que este mito possui relação com aquele que foi anteriormente apresentado por partir da ideia de que os positivistas são entusiastas do direito³⁹.

Mas em algumas ocasiões pelo menos, em que ocorre a associação entre os positivistas jurídicos e o Estado de Direito, é possível sugerir que os positivistas insistam na avaliação das leis de acordo com sua forma (por sua clareza, certeza, prospectividade, generalidade e abertura), em oposição ao seu conteúdo (por exemplo, qual taxa do imposto de renda foi estabelecida, quais os limites da liberdade de expressão). Trata-se de se basear em critérios avaliativos que independem de conteúdo.

Para Gardner existem muitas confusões que permeiam este mito. Primeiro porque não está claro em qual sentido clareza, certeza, dentre outros são aspectos formais do direito. Em segundo, porque também não restou visível como a relevante distinção entre a forma e o conteúdo do direito pode-se relacionar com a distinção presente em (LP*) entre critérios de validade baseados nas fontes e critérios de validade baseados nos méritos⁴⁰.

Segundo Gardner, sustentar a norma juridicamente válida de acordo com seus méritos formais (clareza, certeza, e outros) ao invés do que de acordo com os méritos de seu conteúdo é ainda considerar sua validade com base em seus méritos, e isto a coloca em conflito com (LP*)⁴¹.

A validade de uma norma jurídica pode depender se seu conteúdo, desde que isto não implique que dependa do mérito de seu conteúdo. Por exemplo, uma autoridade possui jurisdição legal para alterar o direito penal, mas isto não significa que tem autoridade para alterar o direito civil. Disso decorre que a validade das normas jurídicas não depende de seus méritos, ainda que seus méritos não se encontrem em seu conteúdo, mas residem em sua forma.

Gardner concebe o exemplo de Hart. Hart afirmou que as razões jurídicas (incluindo as normas jurídicas) são distintas das razões de conteúdo independente, pois sua validade não pode ser afetada por conteúdo, diferentemente de normas morais ou econômicas⁴². Gardner afirma que Hart deveria ter dito que as razões jurídicas são razões de tipo mérito-independentes distintas. Elas tomam a validade legal de suas fontes, não de seus méritos, e

³⁹ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 29.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁴¹ *Ibid.*, p. 30.

⁴² *Ibid.*, p. 30.

seus méritos não incluem somente os méritos de seu conteúdo, mas também os méritos de sua forma⁴³.

Como Hart corretamente explicou em seu debate com Fuller, afirma Gardner, uma norma que é retroativa, radicalmente incerta e desprovida de qualquer generalidade, além de dramaticamente deficiente do ideal do Estado de Direito, não é menos válida do que jurídica, do que uma que fosse prospectiva, admiravelmente certa e perfeitamente geral⁴⁴.

Ainda, Gardner destaca sobre esse mito a suposição de que o meio apto para se analisar uma norma é ditado pelas condições de sua validade. Entretanto destaca o referido autor que concordar que uma norma é juridicamente válida não é incompatível com sustentar que ela é inteiramente sem valor e que deveria ser universalmente atacada, evitada, ignorada ou ridicularizada. Podem-se dar debates morais substantivos sobre a atitude que alguém deve ter diante de normas juridicamente válidas, os quais são independentes da tese normativamente inerte do positivismo jurídico (LP[★])⁴⁵.

Por fim, Gardner apresenta o ponto de que se alguém acredita que a falta de clareza, incerteza, retroatividade, falta de generalidade, obscuridade, entre outros, são deméritos de uma norma jurídica não implica que este nega que existem mais deméritos no conteúdo da mesma norma⁴⁶. Por exemplo, uma alíquota para o imposto de renda baixa ou uma alta proteção ao direito de liberdade de expressão. Nem sugere que alguém percebe os deméritos formais como mais importantes do que os últimos. No entanto, nas palavras de Gardner nenhuma dessas críticas implica dizer que a lei é inválida. Esta somente será assim considerada se violar (LP[★]).

No ponto conclui Gardner que o positivismo jurídico não é uma teoria completa da natureza do direito, apesar de tudo. É uma tese sobre a validade jurídica, “a qual é compatível com inúmeras outras teses sobre a natureza do direito, incluindo as teses de que todo direito válido é por sua natureza sujeito a objetivos e imperativos morais próprios”⁴⁷.

1.2.3 O mito do Juiz boca da Lei

⁴³ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 31.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 33.

O terceiro mito segundo Gardner trata-se do mito do “juiz boca da lei”, que consiste na ideia de os juízes não devem considerar o mérito dos casos quando da decisão, ou seja, estão obrigados a decidir os casos apenas aplicando as normas jurídicas válidas a ele⁴⁸.

Gardner ressalta, contudo, que esta ideia não é compartilhada pelos positivistas jurídicos em geral e, inclusive, severamente criticada e desafiada. Para Gardner, existe uma maneira simples de contrapor tal mito: rebatê-lo com uma obrigação profissional dos juízes, a de não se negar de decidir qualquer caso que lhes é trazido, a saber, de não negar a jurisdição⁴⁹.

Se os juízes são profissionalmente limitados a decidir casos apenas aplicando as normas juridicamente válidas a eles, então existiriam alguns casos que eles devem se negar a decidir, pois existem casos que não podem ser decididos apenas aplicando normas jurídicas. Existem, segundo Gardner, limitações na habilidade dos agentes que criam as normas jurídicas de antecipar todas as possibilidades.

Estas limitações, inerentes ao sistema jurídico, originam as lacunas no direito. Tais lacunas não significam que o direito silenciou em alguns casos, mas que (1) uma norma não é aplicável e nem inaplicável, mas é indeterminada, e (2) nos casos em que há conflito entre duas normas válidas, e não existe uma terceira que esclareça tal conflito.

Estas considerações acarretam a inevitável conclusão de que os juízes devem decidir todos os casos validamente entregues e que eles algumas vezes terão que ir além da mera aplicação das normas positivadas⁵⁰. Não há dúvida de que os juízes não podem negar a jurisdição, e portanto, terão que fazer uso dos méritos do caso e terão que ir além da aplicação direito válido, ou seja, terão que criar direito aplicável ao caso.

Nesse sentido, Gardner afirma que este fato torna os positivistas jurídicos inimigos naturais da mitológica figura do juiz boca da lei, o qual deve decidir os casos sem levar seus méritos ao fazê-lo.

Ao questionar acerca da possibilidade dos juízes decidirem com base em normas baseadas em fontes, Gardner aponta que alguns positivistas como Bentham são entusiastas em limitar o papel dos juízes de desenvolver o direito. Contudo, ressalta o mesmo autor que esta preferência é um fato totalmente independente do positivismo jurídico, pois não faz parte de

⁴⁸ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 34.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 35.

sua tese central de que apenas o legislador pode fazer as leis e de que os juízes devem somente aplicá-las.

Por fim, ressalta Gardner que tanto as normas jurídicas feitas pelos juízes quanto aquelas que provêm do legislativo são positivadas. Isto se deve ao fato de que o direito feito pelos juízes é legalmente válido pois algum juiz ou juízes em algum momento ou local relevantes o anunciaram, o praticaram, o invocaram, o endossaram, o aceitaram ou se algumas forma se engajaram a ele⁵¹.

1.2.4 Juízes são legisladores de meio período

O quarto mito para Gardner é de que os juízes seriam legisladores de meio período. O positivismo jurídico, conforme já demonstrado anteriormente, milita contra a noção de que os juízes deve apenas aplicar regras jurídicas válidas. Esta seria uma razão para que o positivismo fosse abandonado, que é o que defende Ronald Dworkin em uma de suas primeiras críticas à Hart. Dworkin concorda com Hart que os juízes precisam decidir alguns casos com base em seus méritos, entretanto, recusa-se a conceber que isto possibilitaria aos juízes realizar qualquer outra coisa do que aplicar normas jurídicas válidas⁵².

Dworkin defende que os juízes ao efetuarem qualquer outra tarefa do que aplicar as normas jurídicas, seriam legisladores de meio período, o que implicaria em uma grave violação ao princípio da separação dos poderes. Da mesma maneira, implicaria em uma violação ao Estado de Direito já que permitiria a criação de normas retroativas, a serem aplicadas aos casos anteriores à sua criação⁵³.

Diante disso, Dworkin sentiu-se impelido a rejeitar (LP*), concluindo que “a validade de algumas normas jurídicas depende de seus méritos em vez de suas fontes”. Depende, no seu ponto de vista, de seus méritos como justificações morais para outras normas jurídicas (baseadas em fontes)⁵⁴.

⁵¹ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 37.

⁵² *Ibid.*, p. 37.

⁵³ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁴ He famously concluded that the validity of some legal norms depends on their merits, rather than their sources. It depends, in his view, on their merits as moral justifications for other (source-based) legal norms. *Ibid.*, p. 38.

Gardner aponta que o presente mito, juntamente com o exposto anteriormente, pretende deixar os positivistas sem saída: ou eles aceitam que os juízes não devem decidir casos com base em seus méritos (o que é absurdo!) ou eles se tornam comprometidos com a visão de que juízes são legisladores de meio período (o que é intolerável!).

O presente mito, o mito de Dworkin, possui em sua fonte a ideia equivocada de que toda criação de direito é necessariamente legislativa. Os juízes possuem uma obrigação profissional de proferir suas decisões com base em um raciocínio jurídico, sendo que não realizar tal tarefa é uma grave violação a essa obrigação. Mesmo nas situações em que um caso não pode ser decidido apenas aplicando normas jurídicas existentes, é possível utilizar o raciocínio jurídico para se alcançar uma nova norma que constituirá uma decisão para o caso e esta norma é validada como uma nova norma jurídica do sistema⁵⁵.

Nesse sentido, o raciocínio jurídico não é simplesmente um raciocínio sobre o que as normas jurídicas já aplicam ao caso. O raciocínio jurídico terá as normas jurídicas já existentes entre suas premissas maiores, mas as combina com premissas morais ou outras premissas baseadas em méritos com a finalidade de criar uma nova norma jurídica⁵⁶.

Gardner ressalta ainda que se o juiz fizer parte de uma corte suficientemente elevada, então as novas normas podem também se tornar legalmente válidas para os propósitos de casos futuros, sujeito à reformulações de outro juízo.

No entanto, esta validade futura não torna essas novas normas em normas legisladas, ainda que tenham exatamente o mesmo efeito jurídico do que normas legisladas.

Dessa maneira, ao criar novas normas por intermédio do raciocínio jurídico, o juiz possui um papel diferente daquele do legislador. Isto se deve ao fato de que “uma legislatura está autorizada a criar novas normas com base em fundamentos inteiramente não jurídicos”, a saber, “está autorizada a raciocinar sobre um problema puramente com base em seus méritos”⁵⁷.

Dessa forma, com base nos argumentos lançados, e rechaçando os defendidos por Dworkin acerca da divisão dos poderes e do Estado de Direito, Gardner argumenta que:

O que é moralmente importante para o ideal da separação dos poderes não é a separação entre os poderes de criar e de aplicar o Direito, mas a separação entre os poderes legislativos de criação do Direito (isto é, os poderes de criar leis sem

⁵⁵ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 39.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁷ For a legislature is entitled to make new legal norms on entirely nonlegal grounds; ia without having any existing legal norms operative in its reasoning. A legislature is entitled to think about a problem purely on its merits. *Ibid.*, p. 41.

precedentes jurídicos) dos poderes judiciais de criação do Direito (isto é, os poderes de desenvolver o Direito de forma gradual usando os recursos jurídicos existentes)⁵⁸.

Similarmente, no Estado de Direito não é permitida a alteração retroativa em relação à legislação, o que não inclui a alteração por parte das cortes. Enfim, conclui Gardner que a distinção realizada entre o direito produzido pelo legislador e pelo juiz é totalmente consistente com a tese central do positivismo jurídico e não significa concluir que juízes são julgadores de meio período.

1.2.5 Positivistas devem interpretar de maneira literal

O quinto mito proposto por Gardner é aquele sugerido pelos críticos e amplamente difundido entre os estudantes de que os positivistas jurídicos devem possuir métodos de interpretação jurídica específicos, a saber, eles devem utilizar apenas os recursos do próprio texto legal (uma interpretação textual), bem como interpretar por meio da análise da intenção do legislador⁵⁹. A objeção a este mito reside no fato de que as normas juridicamente válidas constantes em (LP*) devem estar articulada (escritas) e intencionalmente (com uma visão de se positivar a norma) positivadas⁶⁰.

Em que pese as teorias de comando propostas por Bentham e Austin admitam essa suposição, Hart buscou se afastar dela, defendendo que em alguns sistemas jurídicos pelo menos algumas normas jurídicas são positivadas, e, por consequência, validadas, ao serem praticadas e usadas, sem necessidade de serem articuladas, e que os usuários destas normas não precisam possuir a intenção de positiva-las⁶¹.

Gardner defende que não fazem sentido as asserções de que a interpretação deve utilizar recursos da própria lei ou de que deve ser analisada de acordo com a intenção original do legislador. Segundo Gardner o ato de positivar que legalmente valida uma norma em

⁵⁸ What is really morally importante under the heading of the separation of powers is not the separation of law-making powers from law-applying powers, but rather the separation of legislative powers of law-making (ie powers to make legally unprecedented laws) from judicial powers of law-making (ie powers to develop the law gradually using existing legal resources. GARDNER, John. *Legal Positivism: 5 ½ Myths*. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 41.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 42.

⁶¹ He argued that in all legal systems at least some valid legal norms are posited and hence validated by being practised or used rather than by being articulated, and that the relevant uses of these norms need not be regarded or intended as norm-positing acts by the relevant users. *Ibid.*, p. 43.

relação a (LP[★]) deve também identificar a norma que é validada. A norma é identificada como aquela que outras, observando os atos de positividade em questão, levaram este ato a ser criado⁶².

Continua afirmando que aos que positivam a norma, por intermédio da prática, não se supõe que possuam a intenção de criar uma norma, dessa maneira, não há sentido para que a interpretação fique restrita a métodos originalistas (analisar a intenção) ou textualistas (analisar as palavras). Desde que o criador da norma consiga prever como os demais vão interpretá-la, é possível que as leis sejam adaptadas e enunciadas para alcançar a interpretação por ele desejada.

Gardner defende ainda que as normas intencionalmente criadas não são produzidas por um único agente em um único momento; dessa maneira a interpretação de uma norma não pode se abster à análise da primeira interpretação, mas deve ser seguida por todos os outros pronunciamentos que se seguiram⁶³.

Ainda, Gardner aponta um erro comum ao se pensar que o ato de interpretar normas jurídicas se restringe ao seu momento de aplicação, em oposição ao momento de criação da norma⁶⁴. A atividade interpretativa tangencia a distinção entre a identificação das normas jurídicas existentes e o seu uso para criar novas normas⁶⁵.

Em que pese as considerações elencadas, Gardner afirma que (LP[★]) não diz respeito ao equilíbrio entre as duas formas de interpretação, bem como a indicar o momento em que a produção do direito termina e a aplicação do direito começa. Dessa maneira, interpretar o Direito pode significar tanto criá-lo ou aplicá-lo, pois o positivismo jurídico não aponta que algum método de interpretação deve ser favorecido⁶⁶.

1.2.6 Não existe conexão necessária entre o direito e a moral

⁶² GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 43.

⁶³ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁵ Interpretative activity straddles the distinction between the identification of oexisting legal norms and the further use of them to make new legal norms. *Ibid.*, p. 46

⁶⁶ *Ibid.*, p. 47.

O sexto e último mito proposto por Gardner consiste na assertiva que (NNC) não existe conexão necessária entre Direito e moralidade⁶⁷. Gardner afirma que tal tese é absurda e que nenhum filósofo do Direito de expressão jamais a endossou dessa forma. Isto porque, afinal de contas, existe uma conexão necessária entre direito e moralidade, se estes são, de alguma forma, semelhantes.

Segundo Gardner, Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz e Coleman se baseiam em pelo menos alguma conexão necessária mais substancial entre Direito e moralidade, ao explicarem os vários aspectos da natureza do direito (ainda que eles não apontem as mesmas conexões)⁶⁸.

Gardner aponta que o presente mito se origina dos primeiros trabalhos de Hart, onde este confundiu o endosso de Bentham e Austin por (LP*) com a afirmação constante na tese (NNC). Na realidade, Gardner defende que ao que parece, o próprio Hart teria endossado tal tese, o que teria negado em algumas páginas seguintes da obra onde isso ocorreu.

Afirma que Hart defendeu a proposta que toda lei necessariamente exibia um mérito moral redentor, o que permitiria que casos iguais fossem assim tratados. Dessa forma, o aparente endosso de (NNC) deve ser interpretado como uma forma preliminar de formular e defender (LP*), a qual como Bentham e Austin ele realmente endossa⁶⁹.

A partir disso, Gardner afirma que a tese (NNC) é diferente da tese (LP*), sendo esta última em dois aspectos é mais ampla e em outros dois mais estreita que a primeira. (LP*) é mais estreita que (NNC) no que se refere apenas às condições de validade. A todas as questões que se referem à presente afirmação, não há uma distinta resposta dos positivistas, porque o positivismo jurídico é uma tese apenas sobre as condições de validade jurídica⁷⁰.

A proposição (LP*) é também mais estreita no aspecto em que restringe sua atenção a uma conexão específica que, por vezes, é defendida entre a validade de uma lei e o seu mérito moral, a relação em que a primeira depende da segunda. Esta seria uma relação de sentido único, pois os positivistas negam que as leis sejam válidas em razão de seus méritos morais. Isso, contudo, não pode ser confundida com a afirmação de que as leis podem ser moralmente meritórias em face de sua validade⁷¹.

⁶⁷ (NNC) there is no necessary connection between law and morality. GARDNER, John. *Legal Positivism: 5 ½ Myths*. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 48.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁷¹ *Ibid.*, 49-50.

Ao mesmo tempo, a proposição (LP[★]) é mais ampla que (NNC) no sentido em que atenta não apenas para a conexão entre a validade de uma lei e seus méritos morais, mas a conexão entre esta validade de uma lei e qualquer de seus méritos. Os positivistas jurídicos, segundo Gardner, devem rejeitar a hipótese de que a validade de uma lei depende puramente de seus méritos. Por fim, diferente de (NNC), (LP[★]) não limita sua crítica às conexões supostamente necessárias entre a validade da lei e seus méritos, no sentido de conexões que derivam da própria natureza do direito.

Gardner afirma que esse tem o mais importante ponto em que os positivistas divergem da interpretação de (LP[★]). Apresentando as diferentes posições dos positivistas inclusivos e exclusivos, Gardner conclui que para preservar tal distinção dentro da teoria positivista a proposição (NNC) não deve separar entre conexões necessárias e contingentes⁷².

1.3 NOÇÕES DA TEORIA HARTIANA

A noção de que o direito é constituído por regras é fato normalmente aceito. A discussão gira em torno da ideia de que alguns autores não aceitam que a noção de regra deve estar no centro do conceito de direito, o que leva à redução do direito a um fenômeno isento de normatividade, que pode ser descrito a partir de conceitos factuais, como o de ordens coercitivas e hábitos de obediência⁷³.

Contudo, o conceito de direito não pode ser reduzido às noções de hábito de obediência e de ordem coercitiva, pois o papel das regras não pode ser subestimado dentro da teoria do direito.

Na obra *The Concept of Law*, Hart constrói sua teoria a partir de um sistema jurídico como um sistema de regras sociais, onde estas regem tanto a conduta dos seres humanos em sociedade, quanto devem sua origem e existência exclusivamente às práticas sociais humanas. Hart afasta as teses de que normas jurídicas devem ser unicamente concebidas como ordens, bem como de que tais regras são a única fonte de direito. Dessa maneira, o direito deve ser entendido como um conjunto de regras que formam parte de um sistema jurídico.

⁷² GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012, p. 50-51.

⁷³ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 107.

A partir da reconstrução da teoria de Austin⁷⁴, Hart aponta que neste modelo todas as regras do sistema jurídico são reduzidas a ordens baseadas em ameaças ou a ordens coercitivas, dando como exemplo a situação do assaltante no banco⁷⁵. Dessa maneira, “as regras do sistema jurídico formam uma unidade, pois todos aqueles que podem proferir ordens coercitivas estão subordinados a uma pessoa ou conjunto de pessoas que constituem o ‘soberano’”⁷⁶. A essência do fenômeno jurídico nesse entendimento é o fato de que as ordens coercitivas do soberano e de seus funcionários são habitualmente obedecidas pela população, gerando um hábito de obediência.

A crítica inicial de Hart é exatamente no sentido de que não se deve reduzir todas as regras a ordens baseadas em ameaças, pois existem outras regras no sistema jurídico que não se enquadram em tal definição. Pode se dar como exemplo as regras que estabelecem as condições de validade de um negócio jurídico ou para realização do testamento, as quais não estão submetidas a comandos. Tais regras não impõem deveres ou sanções quando violadas, mas apenas conferem poderes àqueles que fazem uso de sua disposição.

Para Hart a ideia de hábitos de obediência não explica dois problemas centrais da teoria do direito: como ocorre a continuidade da autoridade legislativa e acerca da persistência do direito. Para compreender tal problema, Hart expõe seu argumento por meio do exemplo de Rex, um monarca absoluto, que não obedece habitualmente a ninguém, mas é obedecido por seus súditos⁷⁷. Dessa forma, as ordens coercitivas por ele emanadas são leis. Durante o governo Rex morre, e é substituído por seu filho, Rex II.

Tal exemplo demonstra que o fato de que Rex era habitualmente obedecido não significa que seu filho também será, até que seja novamente formado um hábito de obediência em relação a Rex II, para seja considerado soberano e suas regras também sejam direito. Dessa forma, a obediência ao direito e a continuidade do poder legislativo, dependem de uma prática social complexa que consiste na aceitação de uma regra, o que não é compatível com a noção de hábito de obediência.

Existe para Hart uma clara distinção entre a noção de hábito e de regra social: a existência de hábito é compatível com uma mera convergência de comportamento, enquanto que para a existência de uma regra social é necessário que alguns membros, pelos menos,

⁷⁴ A teoria austiniana não é objeto da presente dissertação, sendo assim, a reconstrução dela se dará através da obra *O conceito de Direito de Hart* apenas para os fins de apresentar a teoria hartiana.

⁷⁵ O exemplo do assaltante no banco é aquele que dá uma ordem ao caixa para que lhe entregue o dinheiro, ameaçando-lhe de dar um tiro caso não o faça.

⁷⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 108.

⁷⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 61.

vejam no comportamento em questão um padrão geral a ser observado no grupo como um todo⁷⁸.

A regularidade de comportamento é fato comum tanto à noção de regra quanto a de hábito, que pode ser registrada por qualquer observador. O que diferencia as regras é o fato de que estas possuem um aspecto interno, uma atitude crítica reflexiva acerca do comportamento previsto na regra. Sendo que, segundo Barzotto⁷⁹, o comportamento em questão é visto como padrão, e a “crítica a seus desvios, bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça do desvio são vistos como legítimos e justificados”.

A persistência do direito é identificada a partir da ideia de que uma lei é considerada jurídica porque os tribunais e funcionários do sistema possuem uma regra que possui uma referência atemporal da identidade do legislador, a saber, atribui poder legislativo a alguém cujos atos são considerados lei independentemente de estar vivo ou morto. Sendo assim, a noção de hábitos de obediência não esclarece de forma adequada o problema.

Hart propõe, dessa maneira, que as regras possuem um papel muito importante para compreensão do fenômeno jurídico, sendo que do ponto de vista da função que desempenham podem ser de dois tipos, a saber, regras primárias e regras secundárias.

Regras primárias são aquelas que estipulam um dever, que impõem um determinado comportamento a um grupo de pessoas ou a todos de maneira geral. Por sua vez, as regras secundárias são aquelas que estabelecem poderes e dizem respeito à identificação, alteração e aplicação das regras primárias. Esta segunda surge em razão da insuficiência do sistema jurídico de ser atendido apenas por regras primárias.

Hart sugere que se imagine uma sociedade cujo sistema jurídico seja constituído apenas por regras primárias, ou seja, não existe nenhum tipo de poder legislativo ou judiciário, existindo apenas regras de conduta de caráter costumeiro identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade.

Não resta dúvida, portanto, que as regras secundárias são essenciais no sistema jurídico. As regras primárias, por si só, não conseguem identificar a maneira pela qual as regras fazem parte do grupo. Para realizar tal tarefa essencial pra o sistema jurídico a existência da regra de reconhecimento.

Ademais, verifica-se que na ausência de regras secundárias, o único modo de alteração das regras é a evolução gradual dos hábitos do grupo, já que não existem regras indicando

⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 65.

⁷⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 111.

qual a autoridade e qual o procedimento que permitiria incluir novas regras. Tal problema é solucionado através das regras de alteração, as quais permitem a introdução de novos padrões de comportamento.

Por fim, verifica-se que ausente regras de julgamento, que são regras secundárias, não existirá ente investido de poder para aplicar sanções àqueles que violem as regras.

Dessa maneira, o direito se estrutura como uma união de regras primárias e secundárias, as quais, dentro do sistema jurídico, possuem relação direta com a regra de reconhecimento. Segundo Hart, “tal regra [a regra de reconhecimento] traz consigo muitos elementos distintivos do direito” e “introduz, embora numa forma embrionária, a ideia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas”⁸⁰. Nessa operação de análise da regra se possui o aspecto necessário para fazer parte da lista de regras dotada de autoridade, se tem o germe da ideia de validade jurídica⁸¹.

O papel da regra de reconhecimento em uma sociedade simples, como a do rei Rex, é limitado a identificação das declarações de vontade de seu governante, enquanto que em uma sociedade mais complexa, “a regra de reconhecimento faculta uma pluralidade de critérios, que estão dispostos de forma hierárquica, culminando em um critério supremo”⁸². Tal critério seria o de analisar se as regras fazem ou não parte do sistema jurídico.

A regra de reconhecimento não é enunciada de forma expressa, sendo que sua existência se manifesta no modelo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais, quanto por particulares⁸³. A utilização da regra de reconhecimento pode ser reconhecida por intermédio do exame dos enunciados das pessoas que a utilizam.

Conforme afirma Hart, não há dúvida que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios facultados pela regra e o uso que os demais fazem, pois quando os primeiros alcançam uma conclusão concreta, com o fundamento de que uma regra concreta foi corretamente identificada como regra de direito, possui um estatuto de autoridade especial, que é conferido por outras regras⁸⁴.

Nesse ponto, Hart afirma que a regra de reconhecimento é semelhante a um jogo de futebol. Durante o jogo a regra geral que define as atividades que constituem os pontos a

⁸⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 105.

⁸¹ *Ibid.*, p. 105.

⁸² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 114.

⁸³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op.cit.*, p. 113.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 113.

marcar raramente é formulada, em vez disso, é usada pelas autoridades do jogo e pelos jogadores, na identificação da pontuação para análise do vencedor⁸⁵. Neste exemplo, assim como no caso dos tribunais, as declarações das autoridades do jogo (árbitro, marcador) têm estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras.

Para Hart, o uso pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas, para identificar as regras concretas do sistema, é característico do ponto de vista interno⁸⁶. Sendo assim, aqueles os quais usam as regras de reconhecimento desta maneira manifestam através deste uso sua aceitação das regras como regras de orientação e, no que tange a esta atitude, “está associado um vocábulo característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo”⁸⁷.

Nesse patamar, o enunciado típico de alguém que utiliza a regra de reconhecimento é “o direito dispõe que...”, o qual manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usado por quem, aceita a regra de reconhecimento e aplica a regra, ao reconhecer qualquer regra concreta do sistema como válida⁸⁸. Por outro lado, alguém que sem aceitar ele próprio a regra, mas observa de fora a sua utilização em um determinado grupo social, expressa seu ponto de vista externo enunciando que: “no Brasil, reconhecem como direito...”⁸⁹. A primeira afirmação representa uma regra, a segunda representa um fato. A partir de tal diferenciação, Hart introduz a noção de validade jurídica.

A afirmação de validade de uma regra é uma afirmação interna já que significa que a regra passou por todos os critérios por meio dos quais a validade das regras do sistema são avaliadas, que é a regra de reconhecimento⁹⁰. Uma regra existe e é válida quando se reconhece “como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema”⁹¹.

Hart afirma ainda que a regra de reconhecimento é critério supremo do sistema jurídico, já que ela é a última a ser invocada no processo de validação. Por intermédio da regra de reconhecimento é que é possível se verificar a fundamentação da validade das regras jurídicas, pois é ela que concebe os critérios para tanto, sem, contudo, ser possível identificar uma regra à qual a regra de reconhecimento apele validade.

⁸⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 113.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 114.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 117.

⁹¹ *Ibid.*, p. 114.

Isto porque, conforme destacou Hart, não há sentido em se questionar a validade ou invalidade da regra de reconhecimento, pois tal atividade deve ser realizada com as regras contidas dentro do sistema jurídico⁹². Se a regra de reconhecimento é um critério de validade, o termo validade não poder ser a ela aplicado. Nesse ponto, Hart concebe o exemplo da barra de metro padrão em Paris, afirmando que não há nenhum sentido questionar se a barra de metro padrão em Paris está correta, pois ela é o teste último para correção de toda medida métrica⁹³.

Em um mundo social composto por regras primárias de obrigação, afirma Hart⁹⁴, a afirmação de que uma regra existe não significaria mais do que uma afirmação externa de fato, como um observador que não aceitasse as regras poderia fazer e verificar. Tal ato comprovaria se um dado modo de comportamento era aceito como padrão e estava acompanhado pelas características que distinguem uma regra social de mero hábito convergente⁹⁵.

É também nesse sentido que Hart afirma que deve ser interpretada a afirmação de que na Inglaterra existe uma regra, ainda que não seja jurídica, de que ao se entrar em uma Igreja a cabeça deve estar descoberta. Sendo assim, “se tais regras existem comprovadamente na prática real de um grupo social, não há que colocar uma questão autônoma da sua validade, embora evidentemente o seu valor ou o seu caráter desejável possam ser questionados”⁹⁶, ou seja, uma vez estabelecida a existência como um fato não há como se questionar a validade de tais asserções.

Em um sistema jurídico considerado amadurecido para Hart, onde o sistema de regras inclui uma regra de reconhecimento, a palavra existir toma um novo significado, já que agora o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende do fato dela satisfazer os critérios facultados pela regra de reconhecimento. Dessa forma, a afirmação de que uma regra existe não mais necessariamente significa uma afirmação externa do fato de que um certo modo de comportamento era aceito pela prática como padrão, mas pode agora significar “uma afirmação interna aplicando uma regra de reconhecimento aceite, mas não expressa e significando (grosseiramente) nada mais do que válida, dados os critérios de validade do sistema”⁹⁷.

⁹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 120.

⁹³ *Ibid.*, p. 120.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 121.

Sendo assim, a regra de reconhecimento é diferente das demais regras do sistema, ela apenas existe como uma prática complexa, mas concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, os quais identificam o direito por referência a certos critérios. Enfim, Hart afirma que a existência da norma de reconhecimento é uma questão de fato.

Segundo Noel Struchiner, para os legisladores e órgãos administrativos capazes de confeccionar normas, a existência da regra de reconhecimento se manifesta na aceitação de certos poderes que são conferidos a eles e também de certos limites ou imposições que são estabelecidos em relação ao exercício desses poderes⁹⁸. Dessa forma, segundo o mesmo autor, quando legisladores confeccionam certas normas respeitando os procedimentos da Constituição, por exemplo, isso significa que aceitam uma regra de reconhecimento e que conferem autoridade à Constituição, que por sua vez, delega certos poderes e impõe certos deveres no âmbito do seu exercício⁹⁹.

Por fim, importante mencionar que uma das preocupações centrais de Hart é diferenciar sua regra de reconhecimento da norma fundamental de Hans Kelsen. Contudo, como se verá adiante, a norma fundamental de Kelsen é norma pressuposta, enquanto que a regra de reconhecimento não é. A regra de reconhecimento depende de dois elementos, a aceitação por aqueles que realizam o juízo de validade da regra e que tal regra seja aceita pelos funcionários do sistema.

Apresentadas algumas noções centrais da teoria de Hart, passa-se a análise do ponto interno e externo.

1.3.1 O ponto de vista interno e externo de Hart

O contraste entre o aspecto interno e externo das regras, segundo Hart, é o que marca a distinção entre o pensamento, o discurso e as ações humanas, os quais estão coenvolvidos na existência de regras, além de constituir a estrutura normativa da sociedade¹⁰⁰. Tal distinção é

⁹⁸ STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC-Rio, 2005, p. 74.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 74-75.

¹⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 98.

de grande relevância, pois não permite apenas a compreensão do direito, mas de qualquer estrutura social.

Segundo Hart, quando um grupo social possui certas regras de conduta, tal fato possibilita asserções intimamente relacionadas, embora sejam diferentes, por exemplo, ao questionar porque é possível alguém estar preocupado com as regras, seja essa pessoa como um observador que não as aceita ele próprio, seja como um membro de um grupo que aceita essas regras e as utiliza como guia de conduta¹⁰¹. Essas asserções representam os pontos de vista externo e interno, respectivamente.

Hart defende que as afirmações do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Isto porque um observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que um grupo as aceita e pode assim se referir do exterior ao modo pelo qual esse grupo está afetado por elas de um ponto de vista interno. Um observador pode ainda ocupar a posição em que não se refere ao ponto de vista interno do grupo, contentando-se somente com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis “em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos”¹⁰².

Depois de algum tempo, afirma Hart, tal observador pode, com base nessas observações das regularidades, relacionar os desvios e as reações hostis, estando apto a prever com razoável acerto, além da avaliação das probabilidades, de quando um desvio de comportamento normal do grupo será enfrentado como uma reação hostil ou um castigo. Este conhecimento não só revela muita coisa sobre o grupo como permite ao observador viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que seriam esperadas de uma terceira pessoa que não possuísse este conhecimento. Na concepção de Hart este seria o ponto de vista externo extremo.

Dessa forma, se o observador permanecer estrito a tal ponto de vista e não dar-se conta do modo porque os membros do grupo que aceitam as regras encaram seu próprio comportamento regular, a descrição por ele realizada “não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever”¹⁰³. A descrição será feita em termos de regularidades observáveis de condutas, de predições, de probabilidades e sinais, segundo Hart.

¹⁰¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 98-99.

¹⁰² *Ibid.*, p. 99.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 99.

Na ótica de tal observador, os desvios de conduta por parte de um dos membros do grupo é um sinal de que é provável se seguirá uma reação hostil, e nada mais que isso. O ponto de vista deste observador é semelhante ao daquele que após ter observado o funcionamento de um sinal de trânsito por algum tempo em uma rua de grande movimento se limitaria a dizer que quando as luzes estão vermelhas há uma grande possibilidade de que o trânsito pare. Ele trata a luz vermelha como um sinal natural de que as pessoas se comportarão de certo modo, tal como as nuvens escuras seriam um sinal de que irá chover¹⁰⁴.

Ao agir dessa forma, não é perceptível ao observador a dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estas pessoas, a luz vermelha não é apenas um sinal de que os demais irão parar, mas encaram como um sinal para eles mesmos pararem. Encaram como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz está vermelha, em um padrão de comportamento e em uma obrigação¹⁰⁵. Esta atitude significa inserir no relato do observador o modo pelo qual o grupo encara seu próprio comportamento, referindo-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno do grupo.

O ponto de vista externo para Hart reproduz de forma bastante aproximada o modo pelo qual as regras funcionam no que se refere à vida de certos membros do grupo. Especialmente no que tange aqueles que rejeitam as respectivas regras e apenas se preocupam com elas quando e porque consideram que provavelmente se seguirão consequências desagradáveis à respectiva violação¹⁰⁶. Contudo, tais pessoas não utilizarão formas de expressão como “tinha/tens a obrigação”, pois estas são exigíveis apenas daqueles que veem sua própria conduta e a das outras pessoas do ponto de vista interno.

O que o ponto de vista externo não consegue reproduzir é a maneira pela qual as regras funcionam como regras em relação a vida daqueles que são normalmente a maioria da sociedade, pois está limitado à regularidades observáveis de comportamento. Tais pessoas, segundo Hart, são os funcionários, os juristas e os particulares que usam as regras como guias de conduta social, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais da vida, de harmonia com as regras¹⁰⁷. A violação da regra para estas pessoas não significa apenas a predição de que seguirá uma reação hostil, mas uma razão para hostilidade.

¹⁰⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 99.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 100.

Para Maccormick¹⁰⁸, não há dúvida de que a principal questão em relação ao ponto de vista externo extremo é metodológica. A partir deste ponto de vista, o método de observação da conduta, ainda que possa ter utilidade para propósitos científicos, é inadequado para compreender os conceitos dos teóricos do direito e das pessoas em geral que estão ligados a regras e modelos de conduta.

Segundo Michelin¹⁰⁹, a distinção hartiana entre o ponto de vista interno ao sistema jurídico e o ponto de vista externo ao sistema jurídico é uma instância da distinção genérica entre duas maneiras de descrever: a descrição que toma em conta a experiência humana e aquela que pretende representar as coisas como realmente são, independentemente de nossa experiência¹¹⁰.

Nesse sentido, “a descrição do Direito de um ponto de vista externo procura depurar¹¹¹ nossa descrição do fenômeno jurídico daquilo que não podemos referir ao mundo considerado de modo absolutamente objetivo (como realmente é)”¹¹². Por sua vez, a descrição do direito do ponto de vista interno é a que “toma em consideração o modo como as pessoas dão conta dos fenômenos jurídicos e sociais em termos de enunciados jurídicos”¹¹³. Diante disso, Michelin afirma que todo aquele que postula uma concepção absolutamente objetiva das descrições não pode admitir que descrições do ponto de vista interno sejam representativas de um estado de coisas real¹¹⁴.

Dessa forma, existem duas maneiras diferentes de dar conta do fenômeno jurídico: (1) aquela dos que vivem os padrões de comportamento do grupo como pautas de conduta e (2) aquela dos que não levam em conta os padrões de conduta ao descrever o comportamento humano¹¹⁵; que são respectivamente o ponto de vista interno e externo já exposto a partir da teoria de Hart. Segundo Michelin, o “aspecto interno das regras só pode ser percebido do ponto de vista interno”, e por sua vez aquele que possui o ponto de vista externo “só pode

¹⁰⁸ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 57.

¹⁰⁹ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

¹¹¹ Segundo Michelin (*Ibid.*, p. 38), existem duas estratégias para a depuração: (1) “a tentativa de interpretar os termos e enunciados jurídicos que aparentemente não tem referência no mundo real em termos e enunciados que representam estados de coisa no mundo real”; e (2) “a negação de que os termos e enunciados jurídicos que aparentemente não têm referência no mundo real sejam termos ou enunciados representativos”.

¹¹² *Ibid.*, p. 38.

¹¹³ *Ibid.*, p. 38.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 39.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 154.

perceber hábitos sociais (regularidades de comportamento), mas não um comportamento conforme regras”¹¹⁶.

O tipo de enunciado produzido por alguém que possui o ponto de vista interno não é compreendido por quem descreve o direito a partir de um ponto de vista externo, pois termos como “dever”, “direito”, “competência”, “certo”, “obrigatório”, não fazem parte do vocabulário constante em enunciados externos extremos.

Pode-se concluir, então, que a diferença entre os pontos de vista interno e externo (e também para Michelon do aspecto interno e externo de uma regra) é, “em última análise, a diferença entre duas formas de descrever o fenômeno jurídico (ou qualquer outro fenômeno normativo)”¹¹⁷. Isto porque, o ponto de vista interno leva em conta as regras sociais, enquanto que o externo não considera tais regras, mas somente as regularidades de comportamento de um grupo social.

Apresentadas as questões fundamentais da teoria hartiana, em especial a ideia do ponto de vista interno e externo, deve-se passar à apresentação das teorias que serviram como uma espécie de provocação para que Hart introduzisse a noção de regras sociais em sua teoria.

¹¹⁶ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 155.

2 HOLMES VERSUS HART: A TEORIA PREDITIVA E O HOMEM MAU NA TEORIA DO DIREITO

Diante do contexto apresentado no capítulo anterior, pretende-se nesse capítulo reconstruir alguns dos principais argumentos da teoria de Holmes na obra *The Path of the Law*, por intermédio de sua obra e escritos de outros autores, já que como referido anteriormente Holmes não tinha por objetivo a construção de uma teoria completa.

Pretende-se demonstrar que o homem mau de Holmes não possui o ponto de vista interno de Hart, da maneira como este último autor o propôs, sendo que aqueles que fazem tal afirmação não compreenderam o real significado de seguir as regras em face do ponto de vista interno. Primeiramente será analisada a obra de Holmes, *The Path of the Law*, e a noção do homem mau.

2.1 HOLMES E A OBRA *THE PATH OF THE LAW*

A mais famosa frase de Oliver Wendell Holmes Jr. presente em sua obra *The Common Law* revela que para o autor “a vida no direito não tem sido lógica, mas experiência”¹¹⁸. Tal frase pode ser compreendida quando se analisam as ideias de Holmes em seus vários escritos, dando-se especial enfoque à noção do homem mau que o referido autor apresenta para a teoria do direito.

A ideia do homem mau foi introduzida na obra de Holmes no texto *The Path of the Law*, publicado na *Harvard Law Review* em 1897 e apresentada em uma conferência que possui o mesmo título junto à Escola de Direito da Universidade de Boston no referido ano. O enfoque proposto por Holmes provocou uma profunda renovação dos estudos jurídicos da época.

Holmes, dessa maneira, propôs que ao meditar acerca das consequências de uma determinada conduta, seja utilizado o ponto de vista do homem mau, já que o importante seria conhecer se a ação programada acarretará uma reação positiva do Estado. Já no início do texto

¹¹⁸ The life of the law has not been logic: it has been experience. POSNER, Richard A. Introduction. In: POSNER, Richard A. (org.) **The Essential Holmes**: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. Chicago, London: The University of Chicago Press, 1992, p. XX.

o autor esclarece que “um assim chamado dever jurídico não é nada mais do que uma previsão de que se um homem faz ou omite certas coisas, que ele sofrerá desta ou daquela maneira um julgamento pelo tribunal; e assim de um direito”¹¹⁹.

No intuito de elucidar sua teoria, Holmes introduz as noções de homem bom e de homem mau. Segundo o autor, se alguém deseja conhecer o direito e nada mais, deve utilizar o ponto de vista do homem mau, que “só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento [do direito] permite-lhe prever”, e não como um homem bom que “encontra suas razões para agir, seja dentro do direito ou fora dele, nas mais vagas sanções da consciência”¹²⁰. Dessa forma, poder-se-ia dizer que o homem bom endossa valores que estão por trás do direito, enquanto que o homem mau age apenas pelo “dever como dever”. Vale destacar em tal ponto que ainda que as palavras “mau” e “bom” sejam antagônicas, não há a mesma caracterização em relação ao homem bom e o homem mau, ou seja, estes não são figuras necessariamente opostas.

Assim, utilizando a metáfora do homem mau, Holmes introduz sua teoria preditiva, já que o direito é meramente uma predição do que os juízes irão decidir no caso concreto. Dessa maneira, a decisão judicial poderia ser antecipada buscando-se conhecer como os juízes decidiram em outros casos semelhantes. Isso, segundo Richard Posner, “é fruto de sua preferência pragmática em analisar o direito em termos de consequências em vez de abstrações moralmente carregadas, como ‘certo’ e ‘dever’”¹²¹.

Diante disso, percebe-se que a definição de direito para Holmes é uma definição de ciência do direito, pois tal autor entende que a profecia do que os tribunais farão, de fato, e nada mais pretencioso, é o que quer designar como sendo o direito. Sendo assim, pode-se concluir que o objetivo da teoria de Holmes é predizer a incidência da força pública por intermédio dos tribunais.

Segundo Holmes, os direitos e deveres primários com os quais se ocupa a jurisprudência, nada mais são do que profecias. Holmes considera que as respostas devem ser

¹¹⁹ [...] a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right. HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 334.

¹²⁰ [...] cares only for the material consequences which such knowledge [of the law] enables him to predict [...] finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience. *Ibid.*, p. 335.

¹²¹ [...] is a fruit of his pragmatic preference for analyzing law in terms of consequences rather than of morally charged abstractions such as ‘right’ and ‘duty’. POSNER, Richard A. Introduction. In: POSNER, Richard A. (org.) **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.** Chicago, London: The University of Chicago Press, 1992, p. XI.

buscadas junto aos repertórios judiciais e nos repositórios de sentenças produzidos no passado, para ser possível concluir qual será o comportamento do juiz no futuro.

Quando questionado sobre o que constitui o direito, Holmes recorre ao ponto de vista do homem mau, já que “ele não se importa com os axiomas ou deduções, mas o que ele realmente deseja saber é o que os tribunais de Massachusetts ou Inglês provavelmente farão de fato”¹²². Dessa maneira, conclui que o direito é aquilo que as cortes dizem que ele é.

É nessa metáfora ainda que a separação do direito da moral é introduzida por Holmes, já que o direito é visto do ponto de vista das pessoas que não se importam com o dever moral, sendo este um elemento básico de sua teoria. Para Holmes, o direito é até mesmo incapaz de criar obrigações morais.

Nesse sentido Holmes aponta que:

O direito é a testemunha e o depósito externo de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral de um povo. A prática disto, apesar dos gracejos populares, tende a fazer bons cidadãos e bons homens. Quando eu enfatizo a diferença entre direito e moral, faço-o com referência a um único fim, o de aprender e entender o direito. Para esse propósito, você deve definitivamente dominar suas marcas específicas, e é por isso que eu lhe peço para no momento imaginar-se indiferente aos outros e a coisas melhores¹²³.

Desse modo, para que se possa entender e aprender o direito, este deve ser separado da moral, sendo necessário separar o direito de como ele é de como ele deve ser.

A partir disso, é possível notar a importância prática da distinção entre moralidade e direito para Holmes, pois “o homem mau tem tanta razão quanto o homem bom para desejar evitar um encontro com a força pública”¹²⁴. Nesse sentido, “um homem que não se importa com uma regra ética, que é acreditada e praticada por seus vizinhos, é provável que se importe, no entanto, com um bom negócio para evitar ser obrigado a pagar dinheiro, além de tentar se manter fora da cadeia se puder”¹²⁵.

¹²² [...] he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 336.

¹²³ The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men. When I emphasize the difference between law and morals I do so with reference to a single end, that of learning and understanding the law. For that purpose you must definitely master its specific marks, and it is for that, that I ask you for the moment to imagine yourselves indifferent to other and greater things. *Ibid.*, p. 334-335.

¹²⁴ [...] a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force. *Ibid.*, p. 334.

¹²⁵ [...] a man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if he can. *Ibid.*, p. 334.

Dessa forma, o homem mau se importa com o direito em razão das sanções impostas caso este seja violado, ou seja, está apenas interessado nas consequências que sofrerá caso viole a lei¹²⁶. Pode-se concluir a partir disso que o homem mau explora o sistema jurídico para seus próprios fins egoístas.

Para Holmes, o que o direito deve ter como objetivo é a previsão de quais serão as consequências que o indivíduo sofrerá se agir de determinada maneira. Holmes entende que as pessoas não obedecem ao direito em razão da autoridade formal imposta pela regra jurídica emanada pelo Estado, mas simplesmente porque é mais vantajoso não violar uma norma jurídica. Disso pode-se gerar a implicação de que, para o referido autor, as normas jurídicas não possuem nenhum conteúdo normativo para conduzir o modo como age o homem, para além dos custos que elas impõem.

Neste ponto, deve-se fazer uma ressalva em relação a compreensão da expressão “vantagem” para o homem bom e para o homem mau. Não há dúvida de que o homem bom pode visualizar vantagens em seguir o direito, contudo a vantagem observada pelo homem mau é aquela de que seguindo o que prevê o direito, este não sofrerá uma sanção.

Utilizando-se a teoria de Holmes, as sanções previstas pelo sistema jurídico iriam requerer obediência tanto dos homens bons, que seguem a lei por um sentimento social ou obrigação moral, quanto dos homens maus, que seguem a lei simplesmente porque eles querem evitar o pagamento de uma multa ou ir para a cadeia. Diante disso, Holmes acredita que o homem bom e o homem mau agem da mesma maneira, no entanto, possuem diferentes motivações.

Assim, pode-se dizer que o homem mau é egoísta; ele age por auto interesse, não por consideração com a comunidade em geral. Ele não responde a argumentos morais, pois o fato de que determinadas condutas não são éticas ou inconsistentes com as normas sociais não importam para o homem mau, já que o direito seria mero instrumento que não projeta valor moral.

É importante notar, no entanto, que o homem mau não é um criminoso. Da mesma forma que ele também não ignora o direito, embora Holmes indique que o homem mau pode visualizar as sanções como o preço a ser pago pela violação da lei, ele não sugere que o homem mau vai deixar de pagar tal preço.

¹²⁶ POSNER, Richard A. Introduction. In: POSNER, Richard A. (org.) **The Essential Holmes**: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. Chicago, London: The University of Chicago Press, 1992, p. XI-XII.

A análise do homem mau da teoria de Holmes em cotejo com as ideias de Herbert Hart será objeto de estudo nos subcapítulos seguintes, por intermédio da apresentação dos principais argumentos propostos nos artigos de autoria de Stephen Perry e Scott Shapiro que teceram importantes considerações sobre o tema.

A utilização dos referidos autores para construção do debate se dá, pois, primeiramente muitas das conclusões de Holmes são inferidas por outros autores, já que ele por si só não construiu o que poderia se chamar uma teoria do direito completa. Em segundo lugar, pois o debate entre tais autores nunca efetivamente se ocorreu tendo em vista que viveram em épocas muito diferentes, o que torna possível a construção do debate por Perry e Shapiro para adequada compreensão do tema.

2.2 O DEBATE PERRY *VERSUS* SHAPIRO

2.2.1 Holmes na ótica de Perry: o Homem Mau na Teoria do Direito

Perry em seu artigo *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory* busca demonstrar que ambos os autores – Holmes e Hart – pretendem construir o mesmo tipo de teoria, sendo que estas mais se aproximam do que se afastam. Defende, ainda, que o ponto de vista de Holmes é mais forte do que é frequentemente apresentado pelas teorias do direito contemporâneas¹²⁷.

Perry afirma que, na obra *The Path of the Law*, Holmes não indica claramente quais são suas intenções, no entanto, indica que “a questão crucial é, certamente, se podemos ou não construir uma teoria do direito inteligível e coerente a partir de seus vários aforismos e pronunciamentos sobre a natureza do direito, mantendo-se fiel ao que Holmes tinha em mente em avançá-las”¹²⁸.

Acredita tal autor que a teoria do direito construída por Holmes poderia ser descrita como de influência hobbesiana, ressaltando que estas não são iguais. Isso porque é possível

¹²⁷ PERRY, Stephan R. *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 161.

¹²⁸ [...] the crucial question is, surely, whether or not we can construct an intelligible and coherent jurisprudential theory from his various aphorisms and pronouncements about nature of law, while remaining true to what Holmes had in mind in advancing them. *Ibid.*, p. 160.

que as visões de Holmes acerca do direito sejam inspiradas em Hobbes. A preocupação central é se Holmes e Hobbes compartilham uma visão similar da natureza do ser humano, que constitui uma característica fundamental em suas respectivas teorias¹²⁹. No trabalho de Holmes sua concepção de pessoa adquire a forma do homem mau¹³⁰.

Com o intuito de responder a questão se é possível construir uma teoria do direito inteligível e coerente a partir dos pronunciamentos de Holmes acerca do direito, Perry utiliza a obra de Hart – um dos principais críticos de Holmes – como instrumento metodológico para tal fim.

Acerca de tais críticas, Perry afirma que (1) “a crítica Hartiana da posição Holmesiana muitas vezes não consegue encontrar sua marca” e (2) “as proposições Holmesianas andam juntas, de acordo com os próprios pressupostos metodológicos de Hart, como uma distinta e mais ou menos unificada teoria do direito”¹³¹.

As noções metodológicas presentes na teoria do direito de Hart que Perry afirma que podem ser utilizadas na construção da teoria de Holmes são: (1) uma concepção de pessoa (2) uma atribuição ao direito de um ponto ou função e (3) uma compreensão do impacto que o direito tem no raciocínio prático daqueles que estão sujeitos a ele¹³². Tais noções correspondem à estrutura interna de todas as teorias.

A partir disso, Perry argumenta que a concepção do homem mau representa uma outra versão do ponto de vista interno que não pode ser descartada, ao contrário do que Hart implicitamente sugere. Ressalta, por fim, que não deseja defender que nenhum dos autores está certo, até mesmo porque acredita que ambos estão errados no que tange à natureza do direito.

No ponto acerca da predição e o homem mau, Perry destaca que para Holmes o direito é “uma questão de prever a incidência do uso da força pública por meio da instrumentalidade dos tribunais”¹³³. A partir disso Holmes aponta que o direito é caracterizado do ponto de vista

¹²⁹ Diante da complexidade e profundidade de tal discussão, não será objeto do presente trabalho, ainda que existam divergências quanto à comparação entre Holmes e Hobbes realizada por Perry.

¹³⁰ PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 160.

¹³¹ [...] the Hartian criticism of the Holmesian position often fails to find its mark [...] the Holmesian propositions hang together, in accordance with Hart’s own methodological assumptions, as a distinct and more or less unified theory of law. *Ibid.*, p. 161.

¹³² [...] (1) a conception of the person (2) an attribution to law of a point or function and (3) an understanding of the impact that law has upon the practical reasoning of those who are subject to it. *Ibid.*, p. 161.

¹³³ [...] a matter of predicting the incidence of the use of public force through the instrumentality of the courts. *Ibid.*, p. 162.

do homem mau, cujas ações para agir são auto interessadas e a única preocupação com o direito é predizer quando o poder público pode afetá-lo.

Perry indica que Hart é crítico de tal entendimento. Para este último autor, um observador que utiliza seu ponto de vista externo extremo poderia aprender a reconhecer os desvios a partir de certas práticas sociais de um grupo, e a partir disso seria capaz de predizer, com algum sucesso, o comportamento dos sujeitos que são objetos de estudo. No entanto, Hart aponta que o observador por intermédio do ponto de vista externo extremo estará deixando de lado algo importante em sua teoria, a saber, a maneira como os membros do grupo veem seu próprio comportamento.

A teoria de Holmes, segundo Perry, parece utilizar esse ponto de vista externo extremo criticado por Hart em sua obra, porque a objeção de Hart é de que Holmes não considera o ponto de vista interno. O ponto de vista interno é o ponto de vista daqueles do grupo, que são a maioria, que aceitam que a regra é obrigatória para todos os seus membros conforme disposto pelo aspecto interno da regra. Neste ponto, Perry aponta a necessidade de compreender a regra de reconhecimento.

Para ele, a regra de reconhecimento delimita critérios de validade para outras regras no sistema jurídico, e impõe uma obrigação aos julgadores de fazer cumprir as regras válidas. Ocorre que membros da sociedade podem não compartilhar o ponto de vista interno, apesar de que é “um requisito geral para a existência de um sistema jurídico que haja pelo menos um nível mínimo de conformidade geral com as regras do sistema”¹³⁴.

Alguns cidadãos cumprem as regras porque utilizam o ponto de vista interno relativo à regra de reconhecimento, outros apenas dão atenção às regras e as cumprem porque precisam, pois eles creem que consequências desagradáveis ocorrerão em caso de violação. Perry indica que tais pessoas seriam, em tese, o homem mau descrito por Holmes, sendo que Hart os descreve como pessoas que adotam o ponto de vista externo.

No entanto, Perry acredita que não existe tal equivalência entre o homem mau e o ponto de vista externo. O autor crê que a perspectiva teórica de um observador externo que está interessado, cientificamente falando, em predizer o comportamento de uma dada sociedade não implica necessariamente em uma figura como a do homem mau. Ainda que exista uma conexão entre as atividades do observador externo e as do homem mau – os dois

¹³⁴ [...] a general requirement for the existence of a legal system that there be at least a minimal level of general compliance with system's rules. PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 163.

buscariam fazer predições semelhantes –, seus pontos de vista são diferentes¹³⁵. Para Perry, o observador externo está preocupado com o exercício da razão teórica, enquanto que o homem mau com a razão prática¹³⁶.

A preocupação do observador externo é “com a verdade ou falsidade das generalizações comportamentais que ele tenta formular, e com a verdade ou falsidade das predições que ele faz a partir de tais generalizações”¹³⁷. Enquanto que o homem mau “está tentando decidir o que ele deveria fazer, em um sentido prudencial, a fim de evitar receber uma multa, prisão, ou alguma outra forma de desagrado legalmente sancionado”¹³⁸.

Sendo assim, o homem mau não está interessado em formular previsões acerca do funcionamento do direito, mas em encontrar a resposta para aquela que é a questão mais prática: o que devo fazer? O homem mau quer saber o que pode ou não fazer por meio da previsão das punições que não deseja receber.

Segundo Perry, Hart, no entanto, afirma que uma teoria do direito deve levar em consideração o ponto de vista interno, que envolve a aceitação de regras sociais por ao menos algumas pessoas da sociedade, e que os juízes devem, no mínimo, aceitar essa regra social particular que Hart denomina regra de reconhecimento.

Defende, ainda, que tal concepção deve-se ao fato de que qualquer teoria adequada deve essencialmente fazer uso do conceito de regra social. A teoria de Holmes, bem como as teorias externas extremas, são insatisfatórias, pois falham em fazer isso, uma vez que colocam o ponto de vista externo extremo no centro de suas respectivas teorias. Para Hart, “teorias preditivas definem o ponto de vista interno inexistente”¹³⁹.

Perry aponta que este argumento é falho por duas razões. Primeiro porque depende de uma equivocada caracterização do ponto de vista externo. Hart, segundo Perry, confunde o ponto de vista do observador externo – engajado com o exercício da razão teórica (quanto a previsões gerais sobre o direito) – com o ponto de vista do homem mau – engajado com o exercício da razão prática (sobre como agir).

¹³⁵ PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 164.

¹³⁶ Ainda que tal ponto vá ser objeto de análise no tópico a seguir, é importante consignar, desde já, que tal interpretação de Perry não é correta. O homem mau necessita de razão teórica para conhecer as probabilidades de suas ações a fim de avaliar o que lhe é mais favorável. Verifica-se no caso o uso da razão teórica subordinado a finalidades já dadas (de se safar, de buscar vantagem), não sendo, portanto, razão prática. A atividade do homem mau gera, até mesmo, uma distorção do conteúdo do direito.

¹³⁷ [...] with the truth or falsity of the behavioral generalizations that he attempts to formulate, and with the truth or falsity of the predictions that he makes on the basis of those generalizations. *Ibid.*, p. 164.

¹³⁸ [...] is trying to decide what he ought to do, in a *prudential* sense, in order to avoid being visited with a fine, imprisonment, or some other form of legally sanctioned unpleasantness. *Ibid.*, p. 164.

¹³⁹ [...] predictive theories define the internal point of view out of existence. *Ibid.*, p. 165.

Dessa maneira, a conclusão de Hart acerca de tal ponto é incorreta já que a teoria de Holmes não se confunde com o ponto de vista externo extremo que Hart considera como base insatisfatória de uma teoria do direito¹⁴⁰.

Segundo, pois, pressupõe um entendimento restrito do ponto de vista interno. O ponto de vista do homem mau deve ser associado não com o ponto de vista externo do observador, mas sim com o mesmo ponto de vista interno que Hart indica que reside no âmago do direito. Perry, dessa forma, renomeia o ponto de vista interno de Hart – aquele descrito como baseado na aceitação de regras sociais – como o *socialized point of view* (das pessoas que aceitam as normas).

Isso se deve ao fato de que segundo o autor “este rótulo é apropriado porque o ponto de vista em questão é o de uma pessoa que aceitou o pensamento convencional em algum ponto, tal como consagrado na regra social relevante”¹⁴¹. A perspectiva do homem mau pode ser denominada de ponto de vista *prudential* (de alguém que quer evitar as sanções).

A partir de tal terminologia, Perry entende que ambas devem ser caracterizadas como pertencentes ao ponto de vista interno. Segundo tal autor, para Hart, utilizar *socialized point of view* envolve verificar a regra social que constitui a regra relevante de dar a alguém a razão para agir de uma determinada maneira¹⁴². Essas seriam as razões sociais. Duas questões importantes a respeito disso são “se razões sociais para agir realmente existem (ao contrário de ser percebida a existir), e, em caso afirmativo, que tipo de razões são estas”¹⁴³, mas que vão ser analisadas posteriormente.

Segundo Perry, o homem mau também considera as práticas sociais que Hart denomina “regras” como razões dadas (reason giving). Ainda que este (o homem mau) esteja preocupado com um tipo diferente de razões para agir (razões “prudentes”), a natureza e a motivação de tais razões são, de fato, mais evidentes do que no caso das regras sociais.

Ademais, as razões “prudentes” estão associadas com as práticas denominadas por Hart de “regras sociais” desde que um elemento essencial de tais práticas seja que desvios sejam encarados com desaprovação, pressão social para a conformidade e possivelmente exista algum tipo de castigo. É isso que o homem mau tenta evitar¹⁴⁴.

¹⁴⁰ PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 165.

¹⁴¹ [...] this label is appropriate because the viewpoint in question is that of a person who has accepted the conventional thinking on some matter, as embodied in the relevant social rule. *Ibid.*, p. 165.

¹⁴² *Ibid.*, p. 165.

¹⁴³ [...]whether social reasons for action really exists (as opposed to being perceived to exist), and, if so, what kind of reasons they are. *Ibid.*, p. 165.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 166.

Hart estaria correto em afirmar que o homem mau não vê as práticas sociais em questão como regras, já que este está apenas preocupado com o resultado desagradável da ação. No entanto, segundo Perry, Hart critica a teoria de Holmes, pois acredita que *socialized point of view* é o único ponto de vista interno possível.

Acerca de tal ponto conclui Perry que:

De fato, como vimos, a perspectiva do homem mau é melhor compreendida como uma forma distinta de ponto de vista interno. O homem mau, afinal de contas, não é um estrangeiro, muito menos um observador externo; ele é um membro da sociedade, mesmo que não tenha internalizado as práticas da forma como Hart afirma existir em outros membros. Mas o homem mau ainda trata essas práticas como razões dadas, e de acordo com o relato do próprio Hart é razão “givingness”, ou pelo menos percebida razão “givingness”, que é a característica essencial do ponto de vista interno. Na medida em que a teoria do direito está preocupada, a questão importante não envolve uma escolha entre o ponto de vista interno e externo, mas sim uma escolha entre dois pontos de vista que são ambos internos. A questão é, com efeito, que tipo de razão, social ou prudencial, melhor tipifica direito como direito? Para colocar de outra maneira, qual caracterização das práticas sociais relevantes, a que as vê como regras ou a que as vê como exercícios na coerção, capta melhor a natureza do direito?¹⁴⁵

Perry defendeu que a perspectiva do homem mau é interna e não externa, e portanto, possível de ser base para uma teoria do direito e poderia competir até mesmo com a de Hart. Pois, da mesma maneira que aquele que aceita as normas encontra nelas razões para agir (como a luz vermelha da sinaleira dá uma razão para parar o carro), o homem mau também encontra as mesmas razões nas regras. Assim como aquele que aceita as regras procura evitar críticas e pressões para a conformidade, o homem mau também deseja evitar tais consequências.

A descrição inicial do direito como predição proposta por Holmes seria consistente com o que Hart chama de teoria externa extrema, a qual pode ser definida como descritiva e cientificamente orientada. Isso porque o objeto de estudo de Holmes era descobrir regularidades testáveis que permitissem predizer futuros eventos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ In fact, as we have seen, the bad man’s perspective is best regarded as a distinct form of internal point of view. The bad man, after all, is not an outsider, let alone an external observer; he is a member of the relevant society, even though he has not internalized its practices in the way that Hart claims is true of other members. But the bad man still treats those practices as reason giving, and according to hart’s own account it is reason givingness, or at least perceived reason givingness, that is the essential characteristic of the internal point of view. So far as jurisprudence is concerned, the important question does not involve a choice between internal and an external point of view, but rather a choice between two points of view that are both internal. The question is, in effect, which type of reason, social or prudential, best typifies law as law? To put in another way, which characterization of the relevant social practices, the one that sees them as rules or the one that sees them as exercises in coercion, best captures the nature of law? PERRY, Stephan R. *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 166.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 166.

Entende Perry, contudo, que a teoria preditiva não pode ser interpretada de forma científica. Primeiro, em razão de que a introdução de uma noção normativa aberta, como a do homem mau, faz pouco sentido em uma perspectiva científica. Segundo, porque alguém estaria, cientificamente falando, interessado na predição do uso das sanções, e não em outros fenômenos do mundo jurídico, como as atividades do legislativo, das cortes ou do comportamento da população. Terceiro, pois Holmes explicitamente concebe atenção às razões prudenciais para agir e as compara com outro tipo de razões que se aproximam das razões sociais. Perry acredita que a compreensão do direito que Holmes propõe na obra *The Path of the Law* enfatiza o efeito que o direito tem no raciocínio prático das pessoas.

O quarto motivo para duvidar da interpretação científica da teoria preditiva é oriunda do contraste entre esta abordagem e o rígido estudo científico do direito que Holmes descreve em *Law in Science and Science in Law*¹⁴⁷. No entanto, tal perspectiva verdadeiramente externa deve ser distinguida do “prático” e “interno” ponto de vista que Holmes adota em sua obra *The Path of the Law*.

Por fim, a última razão que Perry apresenta para rejeitar a interpretação científica da teoria preditiva é de que Holmes acreditava que em um sentido importante as pessoas realmente são homens maus. Na interpretação de Perry, Holmes crê que as pessoas realmente agem de maneira completamente auto interessada¹⁴⁸, e que como último recurso pode ser esperado que elas usem a força para conseguir o que querem¹⁴⁹.

Dessa maneira, a noção do homem mau, como asseverou Holmes, capturou algo fundamental acerca da natureza humana, e tal tese não poderia deixar de afetar a posição que ele sustenta no que se refere ao caráter teórico do direito. Conclui Perry que “se Holmes conscientemente pretendia, ou não, esboçar os contornos de uma teoria sistemática do direito, nós temos alguma razão para pensar que ele considerava o homem mau tão importante do ponto de vista jurisprudencial”¹⁵⁰.

Para Perry, ao analisar a função do direito, as duas teorias (de Hart e de Holmes) são baseadas nas diferentes visões em que as razões para agir melhor captam a verdadeira natureza do direito. A diferença entre elas é de que as razões do homem mau são prudenciais.

¹⁴⁷ PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 167.

¹⁴⁸ A expressão auto interesse deve ser interpretada com os fins egoísticos que o homem mau possui, já que este busca apenas maximizar sua vantagem e evitar a sanção.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 167.

¹⁵⁰ [...] whether or not Holmes consciously intended to sketch the outlines of a systematic theory of jurisprudence, we have some reason to think that he regarded the bad man as important from a jurisprudential perspective. *Ibid.*, p. 168.

Isso se deve ao fato de que o conceito de direito e dever devem estar restritos ao âmbito moral, porque eles não têm aplicação alguma seja qual for o direito, já que as únicas razões para agir, que possuem algum significado teórico, são razões prudenciais¹⁵¹.

Razões prudenciais são razões para todos, mas razões morais e sociais são para algumas pessoas somente, e o homem mau é o menor denominador comum.

Ainda que Holmes não tenha sido claro acerca do que entende por moralidade, Perry afirma que:

A moral, para Holmes, ou é uma versão socializada de auto interesse do grupo dominante ou, na melhor das hipóteses, um fino verniz social que equivale há um pouco mais do que boas maneiras, e que é incapaz de impedir que as forças do auto interesse operem quando questões fundamentais estão em jogo¹⁵².

Dessa maneira, Holmes está supondo que o direito pode ser eficaz apenas se apelar para razões prudenciais auto interessadas. O homem mau parece, assim, ser um tipo de ideal regulador, em um sentido semelhante que Hart faz com o homem ignorante¹⁵³.

Por outro lado, ao analisar a função do direito para Hart, Perry afirma que sendo tal autor um positivista, que acredita na separação entre direito e moral, é necessário realizar uma distinção entre “substantive and methodological legal positivism” em sua obra. O primeiro nega a necessária conexão entre valor moral e direito, enquanto que o segundo está preocupado em negar a conexão entre valor moral e teorias do direito¹⁵⁴.

Perry acredita, assim, que Hart não é um “methodological positivist”, sendo que sua principal obra (*The Concept of Law*) não é um puro exercício de uma sociologia descritiva como refere. Mas, de fato, implicitamente adotar uma metodologia normativa não impede Hart de utilizá-la para defender uma versão do “substantive positivism”¹⁵⁵. Conclui Perry nesse ponto que:

O argumento implícito seria, grosso modo, que o direito pode servir à função de orientar a conduta somente se houver alguma prática social global que determina

¹⁵¹ PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 184.

¹⁵² Morality, for Holmes, is either a socialized version of the dominant group’s self-interest or, at best, a thin social veneer that amounts to little more than good manners, and that is incapable of preventing the forces of self-interest from operating when fundamental matters are at stake. *Ibid.*, p. 173.

¹⁵³ Nesse ponto importante consignar que o homem ignorante para Hart é aquele que segue o disposto pelas normas pela simples razão delas existirem e reivindicarem uma determinada conduta. No mesmo conceito Hart inclui as pessoas que agem conforme prescrito pelo direito, pois adotam as regras como padrões de conduta. *Ibid.*, p. 173.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 171.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 171.

que as normas servem para fornecer a orientação necessária. Mas o conteúdo dessa prática social - a regra de reconhecimento - é por hipótese determinada socialmente e, portanto, apenas contingentemente sobrepõe-se à moralidade¹⁵⁶.

Apresentada a metodologia utilizada por Hart, segundo Perry, esse crê que o direito tem a função única de guiar a conduta. Hart defende que a principal função do direito, como um meio de controle social, consiste nas formas em que é usado para controlar, guiar e planejar a vida fora do tribunal. Tal afirmação (de que a função última do direito seria o controle social) poderia, em tese, ser apresentada até mesmo por Holmes.

No entanto, este último autor acrescentaria que tal controle pode ser alcançado apenas por intermédio da ameaça da força, sendo que razões sociais e morais (supondo que elas existem e são capazes de motivar pessoas) não são capazes de fazê-lo com o grau necessário para preservar a ordem social. Assim, Perry sugere que a visão apropriada de Holmes acerca da função do direito é manter o controle social por meio da ameaça da força¹⁵⁷.

Por fim, conclui Perry que a impressão deixada por Holmes em sua obra *The Path of the Law* é de que o homem mau vê o direito como uma força “que restringe a ele e, portanto, como algo que não é de seu interesse, e não como uma força que constrange a ele e a todos os outros, e, portanto, como uma instituição que poderia muito bem ser de seu interesse”¹⁵⁸. Sendo assim, o homem mau não teria interesse algum em predições gerais, mas apenas predições de como a força pública vai afetar seu bem estar.

Deve-se destacar, ainda, que Perry diferencia o que é uma predição de uma ameaça, ainda que estas sejam noções relacionadas. Holmes está, na realidade, mais preocupado com a segunda noção (a de ameaça), já que estas são formas de comunicação feitas com a intenção de publicizar uma certa forma de regularidade: faça isso, e nós iremos forçá-lo a pagar, ir para a prisão, entre outros.

Dessa maneira, Holmes não está focado na predição, que não está conceitualmente limitada ao “dogma” do direito, mas em interpretar este dogma como um conjunto de ameaças, as quais apelam para razões prudenciais ao invés de razões morais ou sociais¹⁵⁹.

¹⁵⁶ The implicit argument would be, roughly, that law can serve the function of guiding conduct only if there is some overarching social practice that determines which norms are to provide the requisite guidance. But the content of that social practice – the rule of recognition – is by hypothesis determined socially, and hence only contingently overlaps with morality. PERRY, Stephan R. *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 171.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 174.

¹⁵⁸ [...] that constrains *him*, and hence as something that is not in his interest, rather than as a force that constrains *him and everyone else*, and hence as an institution that might well be in his interest. *Ibid.*, p. 175.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 180.

A versão da regra jurídica de Holmes seria, então, em fazer as ameaças mais racionalmente motivadas possíveis, e, portanto, mais precisas, para que as pessoas sejam capazes de prever mais facilmente quando a força pública estará sobre elas.

Perry aponta que a melhor interpretação de Holmes não é a de que as predições que constituem o direito são produzidas a partir da perspectiva do homem mau. O Estado, por meio do parlamento, das cortes e talvez de outros agentes são aqueles que fazem as predições, as quais estarão consagradas nos livros de direito, uma vez que “as predições não concernem tanto ao que o juiz fará como ao que vai acontecer ao cidadão comum se ele ou ela exceder os limites designados da conduta”¹⁶⁰.

Quando se adiciona o elemento da intenção, alcança-se a ideia de ameaça, e, segundo Perry, se o direito é pensado como uma ameaça, as potenciais dificuldades lógicas desaparecem. Da mesma forma é possível encontrar sentido na expressão de que o direito “vincula” os juízes, ou ao menos, lhes dá razão para agir. Se o Estado está “ameaçando” seus cidadãos e o juiz é um agente estatal, este último tem motivo para dar seguimento às ameaças que o Estado fez no passado¹⁶¹.

Na melhor interpretação de sua teoria, a reivindicação de Holmes é de que “as únicas razões efetivas para agir para as quais o direito dá azo são razões prudenciais de auto interesse, para que estas devam ser conceituadas”¹⁶². Por fim, Perry acredita que a teoria proposta por Holmes é muito mais consistente do que ele mesmo acredita, sendo que as críticas expostas por Hart, ao menos por completo, não conseguem lhe atingir.

No capítulo seguinte, serão analisados os principais argumentos utilizados por Scott Shapiro em seu artigo para desconstruir as críticas apontadas por Stephen Perry às interpretações da obra de Holmes.

2.2.2 Hart e Shapiro: o Homem Mau e o Ponto de Vista Interno

¹⁶⁰ [...] the predictions do not so much concern what the judge is going to do as what will happen to the ordinary citizen if he or she exceeds the designated limits on conduct. PERRY, Stephan R. *Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 189.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁶² [...] the only effective reasons for action to which law gives rises are reasons of prudential self-interest, so that it should be conceptualized. *Ibid.*, p. 190.

Por sua vez, no artigo *The Bad Man and the Internal Point of View*, Scott Shapiro afirma que Perry confundiu o ponto de vista interno proposto por Hart com o ponto de vista dos participantes de uma determinada prática social.

Antes de adentrar no mérito do artigo, devem-se mencionar as considerações realizadas por Hart ao dissertar sobre a influência de Holmes na obra *The Common Law*, reconhecendo este último autor como um historiador, especialmente do direito antigo, que por intermédio de sua obra, marcou uma época¹⁶³.

Hart refere que Holmes tinha por intenção a construção de uma teoria, ainda que suas obras fossem construídas por diversos ensaios e palestras de Holmes, tornando tal tarefa ainda mais difícil. O ponto central da teoria de Holmes, para Hart, era a reverência ao indivíduo e à vontade individual, sendo esta a referência para tudo que fosse problemático ou que necessitasse de justificativa¹⁶⁴.

Para alguns autores, Holmes não possuiu uma teoria, para outros, como Stephan Perry, Holmes a partir de seus escritos conseguiu construir algo significativo, passível de ser reconhecido como uma teoria do direito. Hart acredita que a abordagem utilizada por Holmes ignorava as finalidades e exigências práticas que dão ao direito sua forma e seu corpo vivo¹⁶⁵.

Em sua obra *The Concept of Law*, Hart mostrou que todas as espécies de teorias centradas em ameaças ignoram uma característica fundamental do direito, a qual ele denominou o ponto de vista interno. Ver o direito do ponto de vista interno não é simplesmente sanção-ameaça, direção ou predição, mas sim obrigação-imposição.

Shapiro afirma que o conceito de ponto de vista interno é comumente mal interpretado e confundido com o *insider's point of view*. Ainda, ressalta que a introdução deste conceito por Hart é considerado por muitos o início da virada hermenêutica no direito moderno¹⁶⁶.

Nesse sentido, afirma Shapiro que teorias jurídicas que consideram o ponto de vista interno estão em contraste com aquelas que ignoram as crenças e atitudes daqueles que vivem nos termos do direito. Por outro lado, o ponto de vista interno se refere ao tipo específico de atitude normativa possuída por um *insider*, que, nesse caso, não se confunde com interno, mas com internalizado. De acordo com essa interpretação, “teorias jurídicas que levam em conta o

¹⁶³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 314.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 315.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 316.

¹⁶⁶ SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 197.

ponto de vista interno devem ser contrastadas com teorias que falham em captar a experiência daqueles que reconhecem a reivindicação do direito à autoridade”¹⁶⁷.

Se o ponto de vista interno for o ponto de vista do *insider*, teorias baseadas em sanções são inadequadas, pois elas falham em demonstrar um elemento essencial no entendimento jurídico do *insider*, de que, em cada cultura com um sistema jurídico, praticamente todos respeitam o direito como uma instituição normativa.

Tal situação afeta o raciocínio prático das pessoas, já que fornece a elas razões para agir em formas que o sistema entende aceitáveis, e para não agir em formas que o sistema entende não desejáveis. Dessa maneira, um sistema jurídico adequado, segundo Shapiro, reconhece o que o direito reivindica ser, e é geralmente assim tratado, um criador de obrigações, não simplesmente um mau prenúncio¹⁶⁸.

Nesse ponto, é possível ser analisada a crítica de Perry à teoria de Hart. Perry acredita que o argumento de Hart é ineficaz à teoria do homem mau de Holmes, pois este último autor também considerou o ponto de vista do *insider*, já que o *insider* seria o próprio homem mau cuja “curiosidade sobre o direito é despertada apenas por sua aversão a sanções”¹⁶⁹. Afirma, ainda, Perry que Hart ignorou a possibilidade de que há no mínimo duas maneiras de ver o direito por meio do ponto de vista interno.

De acordo com Perry, ambos os autores (Hart e Holmes) estavam convencidos de que uma teoria jurídica deve adotar uma postura hermenêutica e, assim, entender o direito como uma instituição normativa. No entanto, desenvolveram teorias jurídicas divergentes, pois tinham concepções morais diferentes. Hart enfatizou o ponto de vista daqueles comprometidos com o sistema jurídico não porque ele pensou que a maioria das pessoas trata o direito como obrigação imposta, mas porque ele pensa que elas deveriam. A disputa entre Hart e Holmes seria, em essência, um desacordo moral sobre como as pessoas deveriam agir e como as instituições sociais devem estar estruturadas.

Perry afirma que Holmes privilegiou o papel das sanções no direito porque tal autor acredita que muitas pessoas são más no sentido de serem auto interessadas, e não têm motivos para serem de outra maneira. Sendo assim, a função própria do direito é controlar o comportamento auto interessado por meio de ameaças e sanções.

¹⁶⁷ [...] legal theories that take into account the internal point of view are to be contrasted with theories that fail to capture the experience of those who recognize the law’s claim to authority. SHAPIRO, Scott J. *The Bad Man and the Internal Point of View*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 198.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 198.

¹⁶⁹ [...] curiosity about the law is piqued solely by his aversion to sanctions. *Ibid.*, p. 198.

Shapiro crê que a interpretação de Perry acerca da obra *The Concept of Law* de Hart foi ingênua por duas razões: (a) o papel do homem mau no argumento de Hart e (b) a natureza do ponto de vista interno. Primeiramente, os argumentos apontados por Hart nas seções discutidas por Perry eram dirigidos a autores como Alf Ross e Hans Kelsen, os quais baseavam seu positivismo jurídico em um positivismo lógico¹⁷⁰.

Hart defende que “a redução de obrigações jurídicas a predições de sanções falha em explicar o papel normativo que tais predições desempenham na sociedade na orientação e avaliação da conduta¹⁷¹”. E continua afirmando que: “a reformulação das leis dirigidas aos cidadãos comuns como normas diretas aos oficiais mascara o fato de que as leis, na verdade, moldam a conduta dos cidadãos comuns, bem como a dos oficiais”¹⁷².

Assim, Shapiro refere que Hart apenas introduziu o homem mau na discussão para considerar uma possível defesa dos positivistas, mas, que ainda assim, não seria suficiente para enfraquecer seus argumentos. Teorias baseadas em sanções podem capturar um aspecto da normatividade do direito, e por esta razão Hart incluiu o homem mau em defesa das teorias baseadas em ameaças. Invocou, contudo, o ponto de vista interno no intuito de demonstrar as limitações da perspectiva hermenêutica de Holmes.

Hart concede que teorias baseadas em ameaças podem caracterizar alguns membros da comunidade, no entanto, elas negligenciam pessoas que atendem ao direito porque estão comprometidas a ele, ou seja, veem o direito como impondo uma obrigação e não apenas ameaçando sanções. Dessa maneira, afirma Shapiro que Hart não compreendeu o ponto de vista interno apenas da perspectiva do *legal insider*, mas ele quis se referir à perspectiva do *insider* que aceita a legitimidade do direito.

Teorias como a do homem mau ignoram o ponto de vista interno e, como resultado, não consideram a gama de atitudes normativas que as pessoas podem ter, e de fato têm, em relação ao direito. Assim como Hart define o ponto de vista interno de uma perspectiva daqueles comprometidos com o direito, ele está certo em concluir que as teorias baseadas em sanções (incluindo aqui a de Holmes) são externas¹⁷³.

Por fim, conclui Shapiro no ponto que:

¹⁷⁰ SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 199.

¹⁷¹ [...] the reduction of legal obligations to predictions of sanctions fails to account for the normative role that such predictions play in society in the guidance and evaluation of conduct. *Ibid.*, p. 199.

¹⁷² [...] the reformulation of laws addressed to ordinary citizens as norms direct at legal officials masks the fact that the laws do in fact shape the conduct of ordinary citizens as well as that of legal officials. *Ibid.*, p. 199.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 200.

[...] não há necessidade de se ver a rejeição de Hart das teorias centradas em sanções como repousando em uma concepção moral da pessoa. A queixa de Hart tem como premissa o seu compromisso metodológico com generalidade teórica: teorias de instituições jurídicas devem responder por todas as maneiras em que o direito orienta condutas, não simplesmente se concentrar em uma técnica em detrimento de todas as outras¹⁷⁴.

Segundo Shapiro, a teoria preditiva do direito é inadequada, pois define o ponto de vista interno como inexistente. Hart defende que para se verificar reivindicações acerca da probabilidade de sanções deve-se desconsiderar a forma que os membros do grupo normalmente veem o efeito que o direito possui em seu comportamento. Integrantes de um grupo não veem regras sociais simplesmente como *signs* de que algum mal lhe acontecerá se as desobedecer, mas também como *signals* para obedecer. Do ponto de vista interno, o direito é visto como impondo obrigações e não simplesmente ameaçando sanções.

Referindo-se ao artigo de Perry, já mencionado no capítulo anterior, Shapiro elenca alguns dos argumentos utilizados pelo primeiro autor para desfazer uma caricatura que Hart teria construído da teoria de Holmes.

Segundo Perry, Hart poderia justificadamente condenar a teoria do homem mau, caso não tivesse considerado o *insider's point of view*. Isso porque, como toda teoria jurídica, deve considerar a forma como o direito é visto por aqueles que estão sujeitos a ele, uma teoria do direito puramente comportamental seria inadequada, já que regras jurídicas são razões para – e não apenas causas para – agir.

Perry, na leitura de Shapiro, continua afirmando que, ao contrário da equivocada caracterização de Hart, o homem mau é um autêntico *practical reasoner*, assim como o *puzzled man*¹⁷⁵ de Hart. Isso se deve ao fato de que os dois respondem a razões, embora sejam razões de diferentes espécies, sendo que, dessa forma, o homem mau não deve ser visto como um mero observador externo (*external observer*) de *signs* em vez de *signals*.

¹⁷⁴ [...] there is no need to see Hart's rejection of sanction-centered theories as resting on a moral conception of the person. Hart's complaint is premised on his methodological commitment to theoretical generality: theories of legal institutions should account for all of the ways in which the law guides conduct, not simply focus on one technique at the expense of all others. SHAPIRO, Scott J. *The Bad Man and the Internal Point of View*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 200.

¹⁷⁵ O *puzzled man* de Hart (o homem confuso) é aquele que olha para o direito em busca de informação. O homem confuso não precisa de motivação, ele apenas precisa de informação. Segundo Coleman "the law can guide his conduct not by offering him reasons different from what he already has but by offering him information about what those reasons actually require of him" (o direito pode guiar sua conduta não oferecendo-lhe razões diferentes das que ele já tem, mas oferecendo-lhe informações sobre o que essas razões realmente exigem dele). COLEMAN, Jules. *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 122.

Nesse ponto, conforme já mencionado no tópico anterior, Perry defende que existem duas formas de descrever o direito do ponto de vista interno: o *socialized* ou o *prudential point of view*. Sendo que o *puzzled man* de Hart adota o primeiro – já que “aceita o pensamento convencional no mesmo sentido como consubstanciado na regra social relevante e internaliza a visão "oficial" associada com o sistema jurídico em questão”¹⁷⁶ – por sua vez, o homem mau de Holmes adota o *prudential point of view*, pois sua única motivação para seguir o direito é evitar sanções. A concepção de Hart, conclui Perry no ponto, é limitada já que ignora a possibilidade de que outros podem utilizar o *prudential point of view*.

Em que pese Perry esteja correto ao afirmar que pessoas podem manter diferentes atitudes normativas no que tange ao direito, Shapiro aponta que sua caracterização do *puzzled man* de Hart como possuindo o *socialized* ponto de vista, em oposição do *prudential*, é equivocada, já que Hart explicitamente prevê a possibilidade de que o homem bom possa ser comprometido com o direito por razões de natureza auto interessadas¹⁷⁷.

Segundo Hart, nas palavras de Shapiro¹⁷⁸, estar sujeito a uma regra que impõe deveres apenas indica que existem fortes razões sociais que impedem pessoas de se engajar em atividades proibidas pela regra. Isso não implica que aqueles que reconhecem suas obrigações jurídicas são motivados a agir em razão dessas fortes razões sociais, já que não precisam aceitar o pensamento convencional no ponto ou internalizar a “visão oficial” relacionada ao sistema jurídico em questão.

Shapiro conclui, então, que as pessoas podem ter inúmeras razões pelas quais podem estar comprometidas com o direito. Contudo, para que uma pessoa realmente esteja comprometida é necessário que “ela trate suas regras como regras, que ela esteja comprometida em segui-las, independentemente de suas avaliações dos méritos em um dado momento”¹⁷⁹.

Dessa maneira, aceitar a autoridade do direito, para Hart, é simplesmente tratar o direito como um conjunto de regras obrigatórias. No entanto, isso não tem relação com as razões pelas quais uma pessoa é comprometida com as regras. A principal questão para Hart não é porque as pessoas são guiadas pelo direito, mas como elas são guiadas por ele. Sendo assim, afirma Shapiro que Hart não poderia ter privilegiado o *socialized point of view* em prol

¹⁷⁶ [...] accepts the conventional thinking on same matter as embodied in the relevant social rule and internalizes the ‘official’ view associated with the legal system in question. SHAPIRO, Scott J. *The Bad Man and the Internal Point of View*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 201.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 202.

¹⁷⁹ [...] she treat its rules as rules, that she is committed to following them regardless of her assessments of the merits at any given time. *Ibid.*, p. 202.

do *prudential*, já que isso implicaria escolher uma posição em um assunto que não é a principal preocupação do direito.

As demais objeções de Perry, segundo aponta Shapiro, podem ser esclarecidas quando verificado que a teoria preditiva (*predictive theory of obligation*) pode ser fundamentada de diversas formas, não sendo todas elas Holmesianas. Hart caracteriza a teoria preditiva como um produto “de uma visão de mundo estritamente empirista porque seus alvos eram positivistas lógicos que procuravam um modelo de ciências jurídicas depois das ciências sociais e as ciências sociais após as ciências físicas”¹⁸⁰. Dessa maneira, afirma Shapiro que o alvo das críticas de Hart era Alf Ross e não Holmes, sendo que Hart tinha justificativa em descrever a análise preditiva em termos empiristas cruamente¹⁸¹, conclusão com a qual é possível de se concordar.

Acerca das teorias preditivas afirma Shapiro que:

As considerações empiristas são inadequadas porque elas vêm regras exclusivamente como os motivos para prever, em vez de orientar ou avaliar, agir. Portanto, essas teorias são incapazes de explicar a existência do comportamento governado por regras. Quando uma regra social existe, não é simplesmente o caso de que o comportamento social irá monitorar a prescrição regras. A regra é normalmente considerada como uma razão para criticar os desvios da regra. Teorias preditiva de obrigações, mostrou Hart, reduzem todo o comportamento governado por regras a meros hábitos de grupo.¹⁸²

Importante mencionar, que na visão de Shapiro, Hart admite que a teoria preditiva possa de alguma forma reproduzir a experiência do direito do homem mau. Como o homem mau está apenas interessado nos custos individuais de seus atos, é provável que faça uso extensivo das previsões causais do comportamento oficial.

Argumenta Hart, contudo, que tal defesa da teoria preditiva é inadequada, pois torna o conceito de obrigação inútil, sendo que, se o homem mau utiliza essas generalizações causais em seu raciocínio prático, ele não necessita de conceitos deônticos. Isso porque o homem mau pode descrever sua situação como um estado de estar *obliged*, em vez de *obligated* ao

¹⁸⁰ [...] of a narrowly empiricist world-view because his targets were logical positivists who sought to pattern the legal sciences after the social sciences and the social sciences after the physical sciences. SHAPIRO, Scott J. *The Bad Man and the Internal Point of View*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 202.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 202.

¹⁸² The empiricist accounts are inadequate because they see rules exclusively as the grounds for predicting, rather than guiding or evaluating, action. Therefore these theories are unable to account for the existence of rule-governed behavior. When a social rule exists, it is not simply the case that social behavior will track the rule's prescription. The rule is normally taken to be a reason to criticize deviations from the rule. Predictive theories of obligation, Hart showed, reduce all rule-governed behavior to mere group habits. *Ibid.*, p. 203.

sujeitar-se à lei¹⁸³. Por isso, a teoria preditiva não consegue explicar o papel especial que reinvidicações deônticas têm na vida social da comunidade.

Dessa maneira, aponta Shapiro que Hart estava tentando introduzir a teoria do homem mau como uma forma de defender a teoria preditiva de suas críticas iniciais, substituindo as justificações empiristas por hermenêuticas, já que, de alguma forma, a análise preditiva do diploma legal pode ajudar a entender a forma como alguns agentes veem o direito. Contudo, Hart rejeita tal argumentação, tendo em vista que o problema com esta versão reinterpretada da teoria preditiva é de que implica que todos estão interessados nas leis, pois estas possuem custos associados. Sendo assim, nega que, ao menos algumas pessoas, percebem as regras como padrões legítimos de comportamento público.

Shapiro afirma que quando Hart refere que a teoria preditiva das obrigações jurídicas define o ponto de vista interno como inexistente, ele não estava se referindo ao *insider's point of view*, mas ao ponto de vista interno como um tipo particular de atitude normativa. Complementa afirmando que “o ponto de vista interno foi especificamente definido como a perspectiva daqueles que cumprem as regras, porque eles consideram as regras como legítimos padrões de conduta, isto é, aqueles que respeitam o "aspecto interno" das normas jurídicas”¹⁸⁴.

Dando seguimento às críticas de Perry, Shapiro refere que a primeira aparição que o homem mau faz na obra de Hart é durante a discussão das regras que conferem poderes e das regras que impõem deveres. Segundo Hart, a redução da primeira (regras que conferem poderes) à segunda (regras de impõem deveres) distorce as várias funções sociais que o direito pretende alcançar.

Em tal ponto Hart defende que algumas teorias, como a de Hans Kelsen, realizam uma análise inadequada das regras de impõem deveres. Nesse ponto, contudo, não serão analisados os argumentos discutidos por Kelsen, e descritos por Shapiro, em relação às funções das regras jurídicas, pois será objeto de análise no terceiro capítulo deste trabalho.

Em resumo, Hart defende que a função primordial da regra jurídica é a de guiar a conduta dos cidadãos comuns. O direito concede aos cidadãos regras que eles devem explorar e seguir, sendo que as regras dirigidas aos oficiais são meramente medidas corretivas providas

¹⁸³ SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 203.

¹⁸⁴ [...] the internal point of view was specifically defined as the perspective of those who comply with the rules because they regard the rules as legitimate standards of conduct, that is, those who respect the ‘internal aspect’ of legal rules. *Ibid.*, p. 204.

pela lei quando a função primordial de orientar falhou. A reformulação do direito, que destaca a existência de mecanismos de sanção, retrataria como o homem mau vê o direito.

Hart, segundo Shapiro, rejeita essa sugestão fazendo uma pergunta retórica em sua obra *The Concept of Law* de “por que não deveria o direito se preocupar igualmente, se não mais, com o homem confuso ou o ignorante, que está disposto a fazer o que é exigido se pelo menos lhe disserem o que é?”¹⁸⁵. As principais funções do direito como meio de controle social não podem ser vistas em litígios ou processos individuais (que representam disposições acessórias das falhas do sistema), mas sim, nas diversas formas nas quais o direito é usado para controlar, orientar e planejar a vida fora do tribunal.

Em relação a tal argumento Perry aponta duas críticas. Primeiro, pois acredita que quando Hart reivindica que a função primordial do direito é guiar as condutas dos cidadãos comuns, estaria fazendo uma suposição muito forte e injustificável acerca da natureza humana. Se a principal função do direito é guiar a conduta de cidadãos comuns, e não de oficiais, então se deve inferir que um número significativo de pessoas entenderá que o direito reivindica autoridade.

Em outras palavras, no entendimento de Perry, Hart estaria assumindo que um grande número de pessoas é “boa”, pelo menos do ponto de vista do direito, já que respondem a tal orientação, sem necessidade de ameaças do uso da força. Perry acredita que o argumento de Hart é no mínimo controverso, pelo menos da forma que este último o propõe, pois é altamente improvável que tantas pessoas em todo sistema jurídico respondam à reivindicação de autoridade do direito¹⁸⁶.

Em segundo lugar, Perry argumenta que não apenas Hart fez uma suposição empiricamente inverossímil sobre a natureza humana, como também inferiu uma dedução falaciosa dela. Tal dedução seria a de que Hart não deu nenhuma razão para ser possível concluir que seria melhor construir uma teoria do direito em torno de um tipo de pessoa em prol de outra. Perry defende que Holmes, ao contrário, justificou sua escolha metodológica afirmando que: (a) até mesmo pessoas boas estão preocupadas com as sanções e (b) a maioria, se não todas, das pessoas são auto interessadas e podem ser dissuadidas apenas pelas ameaças de sanções¹⁸⁷.

¹⁸⁵ [...] why should the law not also care about the puzzled man or ignorant man who is willing to do what is required, if only he can be told what it is? SHAPIRO, Scott J. *The Bad Man and the Internal Point of View*. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 205.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 205.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 205.

Para rebater as críticas de Perry, Shapiro examina o que Hart quer dizer quando reivindica que a função primordial da regra é ser guia de conduta. De acordo com Hart, regras autorizam os oficiais a guiar o comportamento indiretamente já que dos cidadãos é esperado que aprendam o que as regras são e a aplica-las a sua própria conduta. Essa maneira indireta é contrastada com o controle direto por ordens frente a frente, pois por intermédio das regras, é possível que o direito guie as condutas de uma distância, dispensando a necessidade de uma multidão de oficiais que controlassem o comportamento em cada turno¹⁸⁸.

Hart caracterizou que o guia de conduta provido pelas regras tem dois componentes: (a) epistêmico, a regra guia condutas quando o agente aprende suas obrigações a partir da regra, e não diretamente de um oficial; (b) comportamental, a regra guia condutas quando o agente está conformado com ela¹⁸⁹. Nesse ponto, Shapiro entende importante notar que não existe um componente motivacional, já que não é exigido que as pessoas estivessem motivadas a seguir o direito, porque o direito exigiria delas isso, sendo possível, até mesmo, que o motivo para conformidade seja a ameaça de sanção.

A reivindicação de Hart de que a função primordial da regra é guiar a conduta do cidadão comum não pressupõe que tais cidadãos tomem o ponto de vista interno em relação ao direito. O direito não está interessado nas razões pelas quais exige conformidade, mas apenas que esses cidadãos aprendam o que é esperado deles e ajam de acordo.

Dessa forma, a afirmação de Perry acerca da percepção da natureza humana de Hart é infundada. A única suposição feita por Hart, defende Shapiro, é de que as pessoas são capazes de aprender o que o direito espera delas e podem se adaptar as suas exigências. Perry apenas estaria correto se Hart tivesse defendido que a função primordial do direito seria garantir que as pessoas adotassem o ponto de vista interno, o que, em nenhum momento, foi argumentado.

A alegação de Perry de que Hart repudiaria o homem mau em favor do *puzzled man* também deve ser afastada, pois “ele simplesmente pensou que a perspectiva do homem mau não deve autorizar que seja distorcido o fato de que o direito está interessado em guiar todos os seus cidadãos, e não apenas os maus”¹⁹⁰.

Sendo assim, a teoria preditiva nas obrigações jurídicas é deficiente porque não considera o fato de que alguns seguem as regras, pois estão comprometidos com elas, já que caracteriza o conceito de obrigação em termos de sanções em vez de regras. Como já dito,

¹⁸⁸ SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 206.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 206.

¹⁹⁰ [...] he simply thought that the bad man perspective should not be allowed to distort the fact that the law is interested in the guidance of all its citizens, not just the bad ones. *Ibid.*, p. 207.

Hart afirma que o direito não deve ser entendido como uma ameaça de aplicação de sanção, mas de fato como impondo uma obrigação. O homem mau não entende o direito dessa maneira, mas como uma forma de prever a aplicação da força por parte dos tribunais.

Assim, o ponto de vista interno não é o ponto de vista do participante, mas daqueles que internalizam as normas, que efetivamente as aceitam como padrões de conduta, adotando uma atitude crítico reflexiva, criticando os desvios e pressionando para a conformidade. No momento em que Perry se equivoca igualando o ponto de vista interno com o ponto de vista do participante, as críticas de Hart em relação à obra de Holmes são mal compreendidas, pois, como já ressaltado, o ponto de vista interno não é o ponto de vista do participante, mas daquele que internaliza as regras e aceita a legitimidade do direito de lhe impor obrigações.

As críticas de Shapiro aos argumentos de Perry são corretas, pois considerar as obrigações jurídicas como um sinal de que a força pública terá incidência é uma forma equivocada de se compreender o direito, já que este não deve ser visto como uma punição (ou a possibilidade desta), mas como algo que deve ser obedecido. Em segundo, a diferença apresentada por Perry entre o *socialized point of view* e o *prudential* é incorreta, pois o homem ignorante de Hart também pode adotar razões prudenciais como de interesse próprio.

2.3 HART E A CRÍTICA À TEORIA PREDITIVA

A partir do debate Shapiro e Perry, percebe-se que o homem mau de Holmes inverte a compreensão do fenômeno jurídico, já que não parte da relação jurídica em si, mas da possibilidade da ocorrência da sanção por seu descumprimento. Tal compreensão está incorreta, tendo em vista que o descumprimento está condicionado à relação jurídica regular, e que a teoria do direito deve explicar o fenômeno de forma completa¹⁹¹.

Para Hart, não é suficiente compreender o que ocorre nos tribunais, ainda que seja importante conhecer como os tribunais utilizam o direito no ato de aplicar suas sanções. Isso se deve ao fato de que as principais funções do direito podem ser observadas nas diferentes maneiras em que o direito é utilizado para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais¹⁹².

¹⁹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 48.

¹⁹² *Ibid.*, p. 48.

Quando apresenta suas críticas à teoria preditiva, Hart refere que “em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras, jurídicas ou não, provavelmente virá a constituir numa tensão”¹⁹³. Essa tensão se dá entre aqueles que “aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim veem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras” e outros que “rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo”¹⁹⁴.

Dessa maneira, uma das dificuldades que confrontam qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos fatos consiste em não se menosprezar a presença de nenhum dos pontos de vista, além de não definir um deles como não existente. A teoria preditiva peca exatamente em tal ponto, ao afastar o ponto de vista interno do sistema jurídico.

Kramer e Grant na introdução do livro em homenagem ao legado de H.L.A. Hart¹⁹⁵ referem que talvez a insistência mais famosa de Hart seja acerca do caráter central dos pontos de vista dos participantes como objeto de investigação para os teóricos do direito¹⁹⁶. Sem nunca perder de vista a importância de outras perspectivas, ressaltam tais autores, que Hart criticou Oliver Wendell Holmes e outros por negligenciarem a forma com que as pessoas que operam os diversos componentes dos sistemas jurídico-governamentais compreendem e utilizam os conceitos jurídicos.

Dessa maneira, qualquer explicação filosófica satisfatória de tais sistemas deve ter em conta não só o privilegiado ponto de vista externo de um observador, mas também o ponto de vista interno de um participante comprometido.

Ao dar destaque a esta última, Kramer e Grant afirmam que Hart enriqueceu a filosofia jurídica e ajudou a destacar as diferenças entre ela e certas variedades de sociologia jurídica. É claro que, ao fazê-lo, Hart nunca disse que os próprios filósofos do direito devem adotar a perspectiva interna de um participante envolvido em um sistema jurídico¹⁹⁷.

Tal tese metodológica tem sido defendida por Ronald Dworkin e seus seguidores, mas o próprio Hart sabiamente a evitou. Hart advertiu que a análise dos filósofos do direito normalmente vem de um ponto de vista externo moderado, no entanto tal posição

¹⁹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 100.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 100.

¹⁹⁵ KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire. Introducción. In: KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (org.). **El legado de H.L.A Hart: Filosofía jurídica, política y moral**. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 21.

moderadamente externa está em consonância com os pontos de vista de pessoas cujas práticas estão sujeitas à investigação filosófica¹⁹⁸.

Dando seguimento à análise da obra de Hart, Kramer e Grant referem que Hart tentou enfatizar a necessidade de compreensão teórica de como o funcionamento das instituições é geralmente percebido pelas pessoas envolvidas nesta operação¹⁹⁹.

Dessa forma, de acordo com Hart, qualquer um “que aspira propor uma exposição filosófica para iluminar as várias dimensões das instituições jurídico governamentais, o que se necessita é de um método hermenêutico que envolva descrever o comportamento governado por regras como se apresenta para seus participantes”²⁰⁰.

Tal afirmação não implica a manutenção da ideia de que os pontos de vista dos participantes de práticas sociais são a única coisa que merece atenção sobre eles. Ao contrário, Hart, segundo Kramer e Grant, estava alerta acerca dos padrões de regularidade na interação do que constitui tais práticas. Estas regularidades, bem como os pontos de vista dos participantes que os moldam e são formados por eles, sempre podem ser abordados através de críticas externas que rejeitam a compreensão dos próprios participantes²⁰¹. Para determinados fins, tais críticas externas são perfeitamente adequadas, contudo nenhuma destas críticas será minimamente satisfatória se ignora o ponto de vista dos participantes²⁰².

Ao lecionar acerca das razões práticas e teóricas, Hart demonstra que é possível existir um ponto de vista meramente teórico, preditivo, que não possui nenhum tipo de engajamento, no entanto que não irá possuir uma razão prática. As razões para agir de todas as pessoas também são razões dadas pela teoria para agir. No entanto, aquela razão só será razão prática quando for assim tomada, ou seja, quando disser respeito à finalidade da própria ação.

O homem mau necessita de razão teórica, necessita conhecer as probabilidades de suas ações para avaliar o que vale mais a pena. Entretanto, o uso da razão teórica subordinado a finalidades já dadas (a de não encontrar a sanção no caso do homem mau), não é razão prática.

¹⁹⁸ KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire. Introducción. In: KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (org.). **El legado de H.L.A Hart: Filosofía jurídica, política y moral**. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 21.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 23.

²⁰⁰ [...] para cualquiera que aspire a proponer una exposición filosófica que ilumine las diversas dimensiones de las instituciones jurídicas gubernamentales, «lo que se necesita es un método “hermenéutico” que implica describir el comportamiento gobernado por reglas tal como se presenta para sus participantes». *Ibid.*, p. 23.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 23.

²⁰² *Ibid.*, p. 23.

Para Hart, quando o teórico do direito usa o ponto de vista externo moderado (aquele que consegue ver que as pessoas estão agindo por regras e que as regras não são apenas sinais que as pessoas vão agir daquela maneira), ele fala de razão teórica pura. O único objetivo que o teórico que utiliza este ponto de vista tem é de descrever corretamente o ordenamento jurídico, pois não tem interesse em agir de determinada maneira. Por sua vez, aquele que possui o ponto de vista interno já é prático desde o início.

Perry ao afirmar que o homem mau possui o ponto de vista interno ignora uma parte importante da compreensão do fenômeno jurídico e sobre a função da regra jurídica. Poder-se-ia dizer que Holmes trata da facticidade e ignora a normatividade do direito, como no exemplo da sinaleira. A teoria preditiva de Holmes, apesar de forma eficaz conseguir separar razões morais de razões jurídicas, se afasta daquilo que é mais sagrado ao direito, seu caráter de prática social.

3 A TEORIA DE HANS Kelsen A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO DE HART

A obra de Kelsen é absolutamente vasta, sendo que não se pretende nesta dissertação discorrer sobre todos os temas presentes em suas obras. Pretende-se demonstrar quais os problemas apresentados por Hart que acarretam a impossibilidade da teoria do primeiro alcançar os propósitos do positivismo jurídico, e, em especial, acerca da função primordial da regra jurídica.

3.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A NORMA FUNDAMENTAL NA TEORIA DE HANS Kelsen

A obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen possui como meta estabelecer o que torna possível o estudo do direito como uma ordem normativa objetiva²⁰³. Kelsen acredita que a definição de direito depende do conceito de base em relação ao qual se acredita poder reconduzir os fenômenos designados sob o nome de direito. Para ele, tal conceito é o de norma.

Para tanto, Kelsen inicia sua obra fazendo uma distinção acerca do significado dos atos, já que é necessário que a pessoa realize uma operação intelectual para compreender o significado do ato que é constituído pelo sentido que o próprio homem atribui a seus atos. Pode se dar como exemplo alguém escrevendo em um pedaço de papel: o sentido subjetivo de tal ato pode ser o de realizar um testamento. Contudo, se esse sentido subjetivo não obedecer à forma necessária para confecção de um testamento não haverá o sentido objetivo do ato, não existindo nenhum significado jurídico.

Segundo Barzotto²⁰⁴, na leitura de Kelsen, “o que torna objetivo, em termos jurídicos, o sentido subjetivo de um ato de vontade é a existência de uma norma jurídica que preveja esse fato e lhe atribua efeitos jurídicos”. Dessa forma, a norma consiste em um sentido de dever ser de um ato humano que está dirigido à conduta de outro.

²⁰³ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42.

²⁰⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 34.

Tal sentido para ser interpretado como jurídico deve ser objetivo, já que este dever ser de um ato de vontade não é necessariamente uma prescrição, mas pode se apresentar como uma autorização ou uma permissão. Dispõe Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, que a norma é o sentido de um ato com o qual se prescreve, se permite, ou em particular, se autoriza um certo comportamento²⁰⁵. Complementa afirmando que “na verdade, a norma é um dever ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”²⁰⁶.

Sendo assim, apenas se estará diante de uma norma quando o sentido subjetivo, o dever ser, coincidir com o objetivo, pois “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”²⁰⁷. Afirma Kelsen que se o direito é concebido como ordem coercitiva, então uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, dessa forma, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção²⁰⁸.

Kelsen acredita que o elemento que realiza a separação do direito da moral é a coerção, pois “só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este pode ser distintamente separado de toda e qualquer outra ordem social”²⁰⁹.

O direito não é composto por uma norma apenas, mas por um sistema de normas que constituem um ordenamento jurídico, sendo que este último se distingue de um sistema moral por ser um sistema dinâmico. Esse rótulo se dá, pois as normas estão ligadas entre si por uma relação de autorização, que ocorre em face da norma ter sido produzida segundo procedimento previsto em outra norma e não de uma derivação lógica, tornando-a válida dentro do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, se uma norma existe é porque ela pertence a um ordenamento e é obrigatória, pois foi produzida de acordo com outra norma que, para Kelsen, é a norma fundamental. A norma fundamental é norma última que não recebe sua validade de nenhuma outra norma. Portanto, a verificação da validade de uma determinada norma deve passar por um retorno à norma fundamental. Por exemplo, uma lei só pode ser considerada válida se foi produzida de acordo com os procedimentos previstos na constituição, sendo que esta última só será uma norma válida se for pressuposta uma norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição, que, na teoria de Kelsen, é o papel da norma fundamental.

²⁰⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 4.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 81.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 38.

A fundamentação do direito positivo para Kelsen não pode ser nem uma norma moral, o que acarretaria uma moralização do fenômeno jurídico, nem um fato, já que Kelsen mantém uma estrita distinção entre as esferas do ser e do dever ser²¹⁰. O fundamento último de validade de um sistema jurídico deve ser uma norma, a norma fundamental de Kelsen. Esta não se trata de norma posta, escrita, mas de norma pressuposta, que é jurídica na medida em que possui funções de relevância jurídica.

Barzotto esclarece que para Kelsen a norma fundamental tem dupla função:

A primeira, de ordem epistemológica: ela é a condição lógico –transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico. É uma hipótese necessária a uma ciência do direito de corte positivista. A segunda, ontológica: a norma fundamental é necessária para fundar a validade do ordenamento jurídico²¹¹.

A validade da norma fundamental deve ser presumida para que esta funcione como fundamento de validade da constituição. Como já referido, o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, sendo que a validade de uma norma deriva do fato desta ter seguido o procedimento estabelecido por outra, que também é uma norma válida. Essa é a norma fundamental para Kelsen, é uma norma que estabelece o procedimento produtor de outras normas.

Nas palavras de Kelsen:

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas - como o particular do geral - normas de conduta humana através de uma operação lógica²¹².

Dessa maneira, ela é, segundo Kelsen, o ponto de partida de criação normativa, contudo, sem estabelecer materialmente o conteúdo das normas que compõem o sistema de forma expressa²¹³.

²¹⁰ Segundo Kelsen: “A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma - e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4-5.

²¹¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 41.

²¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 139.

²¹³ No tópico seguinte será analisado um certo limite material imposto pela norma fundamental.

Por fim, outra função da norma fundamental é servir como um supremo critério de pertinência de uma norma dentro de um ordenamento, uma vez que o sentido subjetivo do dever ser do ato do constituinte e dos demais atos decorrentes deste devem ser interpretados em um sentido objetivo. Além disso, a norma fundamental deve atribuir forma vinculante à constituição e às normas dela decorrentes, sendo o fundamento de obediência às normas do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico proposto por Kelsen é conhecido por sua visão piramidal, em que as normas superiores dispõem sobre a criação das normas inferiores sendo que não pode haver nenhuma norma válida que não tenha sido criada de acordo com uma norma superior dentro do sistema jurídico. Distribuem-se, assim, em camadas hierárquicas, estando ao topo a norma fundamental e ao final as normas individuais prolatadas pelos órgãos competentes.

Dessa forma, “cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo”, pois “a eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem”²¹⁴.

Considerando o acima exposto de que a produção de uma norma válida sempre depende de uma norma válida anterior, Kelsen vê o direito como um fenômeno social em que ocorre que a autoprodução, pois “fonte do direito só pode ser o direito”²¹⁵.

Segundo Kelsen, uma norma contrária a uma norma é uma contradição em termos, já que nem se pode considerar norma jurídica válida aquela norma jurídica à qual fosse possível julgar que não seja conforme a norma que regula a sua produção: seria nula, isto é, não seria de fato uma norma jurídica²¹⁶. Dessa maneira, importante ressaltar que para Kelsen existência e validade são termos equivalentes quando se está falando de normas.

Kelsen apenas aceita a possibilidade de normas que contrariem normas superiores em dois casos: o da sentença ilegal e da lei inconstitucional.

No caso da sentença ilegal, segundo Kelsen, quem autoriza aos tribunais (tanto de primeira, quanto de última instância) a prolatarem normas individuais contrárias às normas gerais, é uma “norma geral preexistente e anterior à sua criação”, a qual determina o conteúdo destas normas jurídicas individuais²¹⁷. Isto porque a norma superior que deve ser considerada não é a norma geral, mas a norma que faculta ao tribunal se conformar ou não a esta.

²¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 173-174.

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 163.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 186.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 187.

Em relação à lei inconstitucional, Kelsen dá uma simples solução ao caso: se o fundamento da validade de uma lei é a constituição, então uma lei inconstitucional é inválida e, portanto, inexistente no meio jurídico.

A eficácia de um ordenamento para Kelsen depende de sua determinação de juridicidade, a saber, depende da pressuposição da existência de uma norma fundamental para ser considerado direito. Tal consideração somente pode ser realizada em relação a ordenamentos eficazes, pois somente estes são válidos. A finalidade das normas jurídicas que prescrevem sanções, para Kelsen, é a de impedir os delitos que são condições da sanção.

Diante da pressuposição de uma ordem jurídica constituída por normas válidas legitimadas pela constituição, a tarefa do jurista, nesse contexto, “diz respeito à cognição jurídica ‘pura’, não tendo nenhuma preocupação com a Sociologia Descritiva, a Psicologia, a Política, a Economia e a Ética”²¹⁸. Dessa forma, a tarefa jurídica seria a de produzir “uma representação racionalmente estruturada de todas as normas do Direito que são válidas de acordo com a norma fundamental pressuposta”²¹⁹.

No final do capítulo 5 de sua obra *Teoria Pura do Direito* no ponto sobre Validade e Eficácia, Kelsen deixa claro que elementos fáticos não estão incluídos em seu conceito de direito:

Assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade. Se no lugar do conceito de realidade - como realidade da ordem jurídica - se coloca o conceito de poder, então o problema da relação entre validade e eficácia coincide com a existente entre Direito e força - bem mais corrente. E, então, a solução aqui tentada é apenas a formulação cientificamente exata da antiga verdade de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, não se identifica com ela. E - no sentido da teoria aqui desenvolvida - uma determinada ordem (ou ordenação) do poder²²⁰.

Para Kelsen, a existência de uma norma implica que algo deve ser, e não que algo seja ou será²²¹. Segundo a teoria kelsiana, se não existir uma distinção entre tais conceitos, não se verá como o direito pode ser contrastado e comparado com uma conduta efetiva, pois ele (o direito) se dirige de um modo normativo à conduta, o que supõe que ele não se identifique com ela²²².

²¹⁸ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 42.

²²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.150.

²²¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 56.

²²² *Ibid.*, p. 56.

Sendo assim, para Kelsen, o direito vem perfeitamente delimitado pelas noções de validade e norma fundamental, podendo-se concluir que esta é a garantia última da distinção entre o mundo do dever ser e do ser, servindo como um mecanismo que isola a normatividade do ordenamento jurídico do mundo dos fatos²²³.

As noções acima delimitadas que demonstram o projeto descritivo de Kelsen podem ser analisadas a partir dos argumentos apontados por Cláudio Michelin para criticar o projeto de Kelsen, em sua obra *Aceitação e Objetividade*, que será analisada a seguir.

3.1.1 O conteúdo dos enunciados jurídicos para Kelsen

Dando-se seguimento à exposição da teoria de Kelsen, Michelin afirma que a obra *Teoria Pura do Direito* oferece uma explicação peculiar ao conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos²²⁴.

Segundo Michelin²²⁵, a chave para compreensão do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos de Kelsen é compreender que sua concepção de objetividade difere da concepção moderna de objetividade (ainda que em alguns momentos Kelsen utilize um conceito ligado ao mundo físico). Dessa maneira, primeiro é necessário analisar a ideia de Kelsen do que é objetividade, para depois se passar à análise de que tipo de objeto os enunciados jurídicos descrevem. A primeira pergunta que Michelin faz é: “os fenômenos jurídicos, descritos nos enunciados jurídicos, pertencem ao mundo exterior ou ao mundo interior?”²²⁶.

Antes de responder à pergunta, necessário esclarecer que os eventos exteriores, para Kelsen, são caracterizados como aqueles que ocorrem tanto no espaço e no tempo, quanto como o conjunto dos eventos sensorialmente perceptíveis²²⁷. Por sua vez, os eventos interiores podem ser caracterizados como aqueles que não se realizam no espaço tempo e que não são perceptíveis pelos sentidos²²⁸. Tal distinção, segundo Michelin, lembra a separação

²²³ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 65.

²²⁴ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

²²⁵ *Ibid.*, p. 92.

²²⁶ *Ibid.*, p. 95.

²²⁷ *Ibid.*, p. 93.

²²⁸ *Ibid.*, p. 94.

cartesiana entre o mundo exterior, onde ocorrem acontecimentos do mundo espaço temporal, e o mundo interior, onde ocorrem os acontecimentos que não pertencem ao mundo espaço temporal. Ainda que a distinção dos cartesianos e de Kelsen não seja exatamente a mesma, já que este inclui elementos que os outros excluem do mundo exterior, a distinção serve para esclarecer a concepção kelsiana de norma jurídica.

Dessa forma, voltando-se à pergunta anteriormente proposta, Michelon aduz que para encontrar sua resposta, necessário esclarecer o que é uma norma jurídica para Kelsen, já que esta é um fenômeno jurídico, que está descrito pelos enunciados jurídicos²²⁹.

A noção de norma para Kelsen, conforme já mencionado no capítulo anterior, é uma noção simples que não pode ser problematizada, pois é considerada um dado imediato da consciência. Por sua vez, a noção de dever ser se assemelha a um evento interior, o qual se apresentaria imediatamente à consciência de quem pensa. Para Michelon, “as diversas normas que existem em um dado sistema jurídico não se apresentam imediatamente à consciência, mas o gênero à qual pertencem (o dever ser) sim”²³⁰. Dessa forma, se existe um problema na compreensão do conceito de norma jurídica, este problema é o significado de dever ser jurídico.

Como já afirmado anteriormente, a norma jurídica, então, é definida por Kelsen como o sentido objetivo atribuído a um ato de vontade. O sentido meramente subjetivo é aquele em que um ato é interpretado como algo mais do que um evento físico. Michelon cita como exemplo o fato de que duas pessoas apertarem as mãos pode ser interpretado meramente como um evento físico, como também dois homens se cumprimentando, quando se atribui sentido ao ato. Conclui, assim, no ponto que “uma atribuição objetiva de sentido tem a simples peculiaridade de que o padrão de interpretação do fato é a norma jurídica”²³¹.

Dessa forma, o sentido objetivo de um ato de vontade, a saber, a existência de uma norma, sempre vai depender de outra norma que servirá como padrão de interpretação de alguns fatos brutos²³². Pode-se citar como exemplo um grupo de pessoas em Brasília em uma sala que ouve a frase, “quem está de acordo permaneça como está”. Tal grupo acaba de

²²⁹ Nesse ponto, Michelon faz uma importante consideração em nota. Segundo tal autor, Kelsen desde seus primeiros escritos diferenciou os conceitos de enunciados jurídicos e norma jurídica. Os enunciados jurídicos são descrições de um dever ser, enquanto que normas jurídicas são um dever ser prescritivo. Tal noção será novamente objeto do tópico seguinte. MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 95.

²³⁰ *Ibid.*, p. 96-97.

²³¹ *Ibid.*, p. 97.

²³² *Ibid.*, p. 97.

aprovar um projeto de lei, pois a Constituição Federal prevê que este é o procedimento para uma lei ser considerada votada e aprovada.

A partir de tal compreensão, Michelin afirma que Kelsen estava certo em afirmar que “a atribuição de sentido jurídico a fatos que ocorrem no espaço e no tempo não é um evento sensorialmente perceptível”, pois a juridicidade de algo não é uma qualidade do mundo espaço temporal²³³. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos, sendo que não é possível que se utilizem fatos do mundo exterior para se compreender a juridicidade de algo.

Dessa forma, a única forma de interpretação dos enunciados jurídicos, em termos de fatos brutos, é a negação de que os primeiros (enunciados jurídicos) descrevem qualquer coisa real²³⁴. Sendo assim, apenas as descrições que são elaboradas a partir de “termos de fato naturais podem garantir que não houve subjetividade na descrição de um estado de coisas”²³⁵. Da mesma maneira Kelsen afirma que enunciados jurídicos descrevem normas jurídicas, sendo que estas são entidades reais²³⁶ ainda que não existam no mundo exterior.

A fim de dirimir qualquer dúvida acerca de sua teoria, Kelsen defende que a norma jurídica é um dever ser objetivo, a saber, o sentido objetivo de um ato de vontade. Se as normas jurídicas fossem entidades subjetivas, as descrições de normas jurídicas não seriam descrições do mundo, o que implicaria que a tarefa do operador do direito seria meramente realizar psicologia social ou sociologia. Dessa maneira, segundo sua concepção, os enunciados jurídicos seriam enunciados sem sentido.

A postura de Kelsen ao defender essas ideias pode ser esclarecida ao se analisar o objetivo de propor sua Teoria Pura do Direito que é o de “oferecer um esquema racional de compreensão dos atos de coação eficazes em uma sociedade”²³⁷. É uma afirmação comum acerca da teoria kelsiana de que este tentava encontrar um estatuto teórico específico para a ciência do Direito e esta foi uma das suas principais contribuições para a teoria do direito.

Não se ignora que a obra de Kelsen é absolutamente vasta, sendo que não se pretende dirimir acerca de todas as questões que o referido teórico se dispôs a estudar. Contudo, se deve ter em mente duas questões fundamentais para compreensão do presente trabalho e do argumento de Michelin: que Kelsen defende o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos,

²³³ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

²³⁴ *Ibid.*, p. 99.

²³⁵ *Ibid.*, p. 99.

²³⁶ Nesse ponto Michelin faz uma nota de rodapé para explicitar que para Kelsen real tem dois significados: (1) realidade como sinônimo de mundo natural e (2) realidade como objetividade. Em relação as normas jurídicas o segundo sentido é o aplicado. *Ibid.*, p. 99-100.

²³⁷ *Ibid.*, p. 101.

bem como que este defende a possibilidade de compreensão dos atos de coerção em uma sociedade de um modo diferente daquele que é proposto pelas ciências da natureza²³⁸. Para tanto, Michelin afirma que Kelsen deve encontrar “um meio de considerar objetivo um fenômeno não-externo” que é “a atribuição de sentido em que consiste uma norma jurídica”²³⁹.

Segundo Michelin, Kelsen não concede uma resposta específica para tal pergunta, mas a partir de seus textos é possível retirar algumas conclusões para compreensão da questão. Como já ressaltado no capítulo anterior, a norma é o sentido objetivo de um ato de vontade na teoria kelsiana, ou seja, o fato de uma norma existir significa ser o sentido objetivo de um ato de vontade²⁴⁰.

Por definição, “a norma é algo objetivo, de modo que o simples fato de ser válida implica sua objetividade”, sendo assim “toda a extensão de normas válidas está contida em dados objetivos”²⁴¹. A validade da norma jurídica é determinada pelo resultado da interpretação de um ato de vontade segundo uma outra norma jurídica, que se sucede a outra norma jurídica e assim por diante, até que se alcançar o fim da cadeia de validação que é também o ponto inicial da imputação dos deveres jurídicos.

Para garantir a validade de todo o sistema jurídico, Kelsen introduz a noção da norma fundamental, já exposta no capítulo anterior, que é ao mesmo tempo o fundamento de validade e de objetividade das normas jurídicas.

Frise-se mais uma vez que a norma fundamental não é norma posta e que não é definida como as demais normas, a saber, como o sentido objetivo de um ato de vontade. Michelin esclarece que esta só pode ser então o conteúdo de um ato de pensamento, a saber, a representação de um estado de coisas no qual existe o dever de obedecer à primeira constituição histórica²⁴².

Tal estado de coisas é fictício, sendo que a validade das normas (e a objetividade do Direito) irá repousar na pressuposição de uma norma fundamental, na pressuposição de uma hipótese ou ficção. Segundo Kelsen a objetividade do Direito depende da opção de postular a norma fundamental, ou seja, não há necessidade de que esta seja postulada.

²³⁸ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

²³⁹ *Ibid.*, p. 102.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 102.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 102.

²⁴² *Ibid.*, p. 105-106.

Contudo, para compreensão de um determinado modo, especialmente do modo jurídico, de atos de vontade humanos a norma fundamental deve ser postulada. Michelon conclui no ponto, então, que “a postulação de uma norma fundamental depende de um evento subjetivo, qual seja a vontade de interpretar alguns fatos físicos como fatos jurídicos”, assim “se desejo compreender o direito, devo postular a norma fundamental”²⁴³.

Dessa forma, a norma fundamental não é meramente condição de inteligibilidade do Direito, mas de objetividade das normas – e do Direito. Esta não apenas oferece um esquema de compreensão das normas, mas também as cria, sendo que o elo de imputação se encerra na norma fundamental²⁴⁴. Não há dúvida de que para Kelsen a postulação da norma fundamental não determina apenas qual o objeto da ciência do Direito, mas concebe que essencialmente este objeto exista.

Dessa forma, a objetividade do direito depende da norma fundamental, e esta última depende da decisão subjetiva de alguém postulá-la, ou não, já que o objeto (a realidade) depende do sujeito. Michelon afirma que:

Devemos ter em mente que o objetivo da Ciência moderna é descrever o mundo independentemente de como nós o vemos, o mundo “como realmente é”. Para Kelsen uma parte do mundo objetivo (o seu aspecto jurídico) depende, em última instância da subjetividade, ou seja, da decisão de alguém assumir um determinado ponto de vista²⁴⁵.

Nesse sentido, a objetividade do direito irá repousar em algo subjetivo, na “vontade de descrever uma série de fenômenos como fenômenos jurídicos”²⁴⁶.

Ao tentar estabelecer objetivos ao conteúdo da norma fundamental, Kelsen estabelece que deve ser analisado se aquele que postula a norma fundamental tem liberdade para determinar seu conteúdo, pois se existir liberdade para tal atividade, podem ser postulados um conjunto infinito de sistemas jurídicos. Dessa maneira, Kelsen propôs que só teria sentido postular uma norma fundamental se através dela fosse possível explicar um conjunto de atos de coação globalmente eficazes²⁴⁷.

Sendo assim, o ato subjetivo que concebe esta objetividade está limitado a descrição de fenômenos como fenômenos, sendo que uma vez feita tal escolha o pesquisador do direito

²⁴³ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 108.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 108-109.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 109.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 110.

não mais poderá influir sobre a objetividade das normas jurídicas²⁴⁸. Michelon esclarece que se deseja entender uma série de fenômenos como fenômenos jurídicos, “necessariamente devo postular uma norma fundamental (não posso conhecer o direito sem postulá-la), mas não posso postular qualquer norma fundamental”²⁴⁹, pois a liberdade para realizar tal tarefa é limitada.

Conclui Michelon no ponto que:

A objetividade de um sistema jurídico decorre de um ato subjetivo, mas essa subjetividade não é absoluta na definição de quais são as normas jurídicas e, conseqüentemente, na definição do sentido dos enunciados jurídicos. Meus direitos não decorrem de minha subjetividade no sentido de que eu decido quais os direitos que tenho, mas no sentido de que o conjunto de normas que me conferem direitos e atribuem deveres depende de uma atitude determinada: a decisão de explicar juridicamente os fatos.²⁵⁰

Diante do exposto, quando Kelsen limita o conteúdo da norma fundamental, resta evidente que a eficácia é condição de possibilidade para que o conjunto de normas seja válido. Dessa forma, a teoria kelsiana nega que a eficácia das normas inferiores à norma fundamental seja determinada por fatos, contudo Kelsen reconhece que o conteúdo da norma fundamental não pode ser escolhido de forma arbitrária e que está limitado à eficácia de todo sistema²⁵¹.

Portanto, ressalte-se mais uma vez que a objetividade das normas jurídicas, ainda que dependa dos sujeitos, não se confunde com subjetividade: as normas dependem dos sujeitos para serem válidas (e existir), mas não se tornam dados subjetivos.

Em resumo, Kelsen teria tentado em sua filosofia erradicar o problema fundamental do positivismo jurídico, uma norma só poderia derivar sua validade de outra norma. A cadeia de validação, sob pena de esbarrar em uma pena de regresso ao infinito, deve encontrar seu termo final em uma norma que, diversamente de cada norma jurídica positiva, não poderia mais ser concebida como o resultado de um ato de produção normativa investido desse caráter por outra norma jurídica, nem mesmo como uma norma de direito dado (como o direito natural) em um ato de produção normativa entre outros²⁵².

²⁴⁸ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 110.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 110.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 110-111.

²⁵¹ Nesse ponto, Michelon apresenta uma crítica à teoria pura do direito de Kelsen, afirmando que a pureza da teoria fica comprometida com tal afirmação. Aduz, que o direito é também determinado por fatos brutos e que faz parte do mundo exterior. Sendo assim, a tentativa de Kelsen de separar o direito dos fatos brutos apresenta problemas. *Ibid.*, p. 111.

²⁵² *Ibid.*, p. 17-18.

Contudo, em que pese os argumentos lançados por Kelsen, verifica-se que a norma fundamental emerge “como uma ficção metodológica” destinada a assegurar a exequibilidade de um discurso que não possui contrapartida na constituição objetiva da realidade²⁵³.

Para se alcançar tal contrapartida, necessário se faz uma nova concepção de objetividade, que é a constatação de que o conceito de objetividade parte, ele próprio, da perspectiva do próprio sujeito. E é a partir dessa nova concepção, diversa da apresentada por Kelsen, que Hart consegue conceber uma teoria em que o Direito é parte da realidade, mesmo que seja impossível reduzir o fenômeno jurídico a fatos brutos. É a partir dessa mesma ideia que Hart consegue apresentar o direito como um dado objetivo que não depende da postulação de uma norma fundamental²⁵⁴.

Dessa forma, os enunciados jurídicos são considerados por Hart boas descrições da realidade, sem necessidade de imaginar tal realidade como um algo constituído por um ato de conhecimento como defendeu Kelsen.

A compreensão destes e outros argumentos que levam Hart a refutar a teoria de Kelsen são analisados a seguir.

3.2 AS OBJEÇÕES DE HART À TEORIA DE KELSEN

Hart, na introdução de sua obra *Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia*, esclarece ao introduzir as ideias de Kelsen que ambos “compartilham a convicção de que a tarefa central da filosofia do direito é explicar a força normativa das proposições sobre o direito”, que se encontra em textos jurídicos acadêmicos, bem como no discurso de juízes e advogados²⁵⁵.

Contudo, destaca que as teorias tomam rumos bastante diferentes, principalmente pois Hart acredita que referências tanto a fatos psicológicos, quanto sociais são, na realidade, indispensáveis para a compreensão dos vários aspectos do direito, pois Kelsen, em sua excessiva objetividade excluiria de sua teoria.

²⁵³ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade:** uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 138.

²⁵⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 20.

Entre tais aspectos, Hart inclui os conceitos de ato ilícito, de obrigação jurídica, sanções jurídicas e sistema jurídico. Adverte Hart, dessa forma, que “nenhuma explicação aceitável da existência de sistemas jurídicos separados ou das relações entre o direito interno e internacional pode ser oferecida quando se excluem tais fatos”²⁵⁶.

Na obra *Kelsen Visitado*, Hart elencou algumas críticas à obra de Kelsen, em especial ao caráter descritivo que este concede ao direito e às normas jurídicas. Para Hart, em passagens da obra *Teoria Geral do Direito* de Kelsen, resta claro que este não estava preocupado com uma avaliação moral ou política do direito, e nem mesmo com a descrição ou explicação sociológica do fenômeno jurídico. O referido autor (Kelsen) está preocupado (tanto em sua teoria pura do direito quanto em sua teoria analítica do direito) com a análise ou elucidação do sentido do direito positivo.

Embora, em alguns momentos na obra de Kelsen fosse possível verificar o que poderia ser interpretado como definições ou análises de expressões (por exemplo, a definição jurídica de delito, em que este seria um comportamento do indivíduo contra quem se direciona a sanção como consequência desses comportamentos), não é esta a principal preocupação da Teoria Pura do Direito.

A principal tarefa da Teoria Pura do Direito seria permitir que juristas interessados em um sistema jurídico específico entendam e descrevam, com o máximo de exatidão possível, aquele sistema de direito positivo, sendo que, para este fim, a teoria fornece os conceitos fundamentais pelos quais o direito de uma comunidade jurídica específica pode ser descrito²⁵⁷. Salienta Hart que a descrição do sistema jurídico específico não seria tarefa da teoria pura do direito, mas da ciência normativa do direito ou da teoria do direito normativa.

Ainda que estas três expressões tenham algumas similaridades (teoria pura do direito; ciência normativa do direito e teoria do direito normativa), como o fato de que todas são ciências e possuem como objeto o direito positivo e de que não estão preocupadas em avaliar ou criticar um objeto em termos morais ou em fornecer descrições factuais, necessária a distinção da primeira em relação as demais, já que para Kelsen estas últimas seriam sinônimas.

Nesse ponto destaca Hart ao falar de Kelsen que

A teoria pura é uma teoria geral que, de fato, diz ao jurista interessado em um sistema jurídico específico como ‘representar’ ou descrever tal sistema; quais tipos

²⁵⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 20.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 326-327.

de ‘conceitos’ ele deveria usar e quais não, e, de maneira geral, qual sua descrição ou ‘apresentação’ do sistema jurídico deve assumir se deseja ser apta de ser considerada a ciência normativa daquele sistema²⁵⁸.

A partir daí, são introduzidas noções que são objeto de crítica de diversos autores, incluindo de Herbert Hart, o que é parte importante para a compreensão e o desenvolvimento do presente trabalho.

Kelsen afirma ao jurista que está envolvido na ciência normativa de um sistema jurídico específico que sua descrição ou representação deve assumir a forma de ‘regras’ ou ‘declarações de dever ser’, mas em um sentido descritivo.

A crítica de Hart em tal ponto é de que o que naturalmente seria esperado de um jurista que se diz estar engajado com a descrição ou apresentação do direito é um “conjunto de declarações explicando qual o sentido das normas conforme se encontram” nas leis de determinado país²⁵⁹. Declarações desse tipo são sobre o direito de tal lugar, no sentido de que indicam o que tais normas significam, “mas não devem, elas mesmas, ser identificadas com as regras cujos sentidos explicam”²⁶⁰. Isso porque, segundo Hart, são declarações de juristas *sobre* o direito e não pronunciamentos legislativos *de* direito.

Hart entende que a partir da distinção entre o *uso* e a *menção* das palavras seria possível entender o que Kelsen quis dizer com a enigmática afirmação de que “as declarações da ciência normativa do direito são, elas mesmas, ‘regras’ e ‘declarações de dever ser’ ainda que ‘em sentido descritivo’”.

Se for aplicada a referida distinção ao direito, pode-se dizer que os órgãos legislativos, ao promulgarem as leis, usam certas palavras, e que o jurista que se encarrega de explicar o que a lei diz, menciona tanto as palavras da lei, quanto outras palavras que são utilizadas para explicação do sentido desta. Sendo assim, conclui Hart que os esquemas seriam preenchidos por palavras mencionadas e não usadas.

Dessa maneira, pode-se dizer que Kelsen “queria dizer que suas declarações, que explicam o sentido de um ato do órgão legislativo, mencionam certas declarações de dever ser ou regras como o equivalente, em sentido à promulgação realizada”²⁶¹. Teriam a forma de “Se B...então A...deveria ser”.

²⁵⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 327.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 327-328.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 328.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 329-330.

Nesse ponto, Hart destaca que Kelsen teria antecipado a distinção entre o uso e a menção das palavras, mas não a teria feito de forma feliz, tendo-a expressado como uma distinção entre o sentido prescritivo e descritivo de palavras como dever ser.

Tratando-se a referida obra de um debate, Hart relata que Kelsen respondeu às suas críticas, rejeitando-as, o que, contudo, fez com que Hart, posteriormente mudasse sua argumentação sobre o tema.

Kelsen afirmou que as declarações da ciência normativa do direito apresentando o direito de um determinado sistema não eram, de forma alguma, paráfrases. Não se tratavam de declarações de segunda ordem sobre o direito em que as palavras eram mencionadas, não usadas, sendo que a terminologia de regras e declarações de dever ser em um sentido descritivo estavam corretas²⁶².

Nesse ponto, Hart muda de ideia acerca de tal crítica, afirmando concordar com Kelsen, quanto este último rejeitou a distinção de uso e menção de palavras em sua teoria, pois seria demasiadamente grosseira para explicar a relação entre as declarações da ciência normativa do direito e o direito do sistema que representam.

Dessa forma, é introduzido o exemplo do general estrangeiro e do intérprete que deve traduzir suas ordens. O intérprete consegue representar as palavras originais do general, sem, contudo, mencioná-las, a saber, “sem fazer ou ser exatamente o mesmo tipo de coisa que os originais”²⁶³. Este faz um uso especial da linguagem, mas não uma menção a ela.

Hart, nesse momento, afirma que é possível dizer que “o intérprete apresenta a ordem original por uma ordem no sentido descritivo e que seu uso do modo imperativo da gramática foi descritivo, não prescritivo”²⁶⁴, ressaltando, entretanto, o perigo no emprego de tais termos.

Essa explicação pode ser transportada para esclarecer a terminologia utilizada por Kelsen em relação ao direito para caracterizar as declarações da ciência normativa que representam o direito. As declarações do jurista, para Kelsen, não possuem correspondência unívoca com as leis do sistema em questão, mas possuem um aspecto de representação do sistema pelo jurista segundo Hart²⁶⁵. A ciência normativa do direito de Kelsen reconstrói “racionalmente as ordens do general” para o direito de um sistema específico, uma vez que as

²⁶² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 330.

²⁶³ *Ibid.*, p. 331.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 331.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 332.

palavras do jurista representando o direito são um tipo de uso específico da linguagem e não uma menção a ela²⁶⁶.

Hart entende que tal característica da atividade do jurista é o motivo pelo qual “Kelsen é relutante em identificar sua representação do direito como meras declarações sobre o sentido das leis ou paráfrases nas quais regras e deveres são mencionados, não usados”²⁶⁷. Contudo, em relação ao ponto, Hart ainda considera incorreta a terminologia empregada por Kelsen de regra e dever ser.

Ao discutir a definição jurídica de delito para Kelsen, Hart tinha por objetivo demonstrar que a Teoria Pura proposta pelo primeiro autor diverge da concepção usual da teoria analítica do direito, bem como sugerir a existência de certas limitações na capacidade da teoria pura avançar no objetivo proposto por Kelsen: de promover a compreensão de um sistema de direito positivo²⁶⁸.

Em resumo, é possível definir que um delito seria simplesmente o comportamento a partir do qual, de acordo com o direito, torna-se aplicável uma sanção ao indivíduo que assim se comporte. Hart entende que em tal conceito não resta claro o que Kelsen pretende ao insistir que “isso seria tudo que uma definição jurídica de delito pode e deve dizer e reconhecer”, bem como que essa definição “pressupõe o caráter socialmente nocivo do delito, embora a ele não se refira, e que só está correta se a condição assim pressuposta for satisfeita”²⁶⁹.

Hart refere que da obra de Kelsen é possível concluir que a Teoria Pura impõe condições restritivas às formas permissíveis de definição, assim como a ideia de que uma ciência do direito que as desconsiderasse não seria, para Kelsen, uma ciência normativa. Tais restrições constituem uma das razões pelas quais não é possível realizar uma identificação simples entre a teoria analítica do direito e a Teoria Pura (ou uma ciência normativa do direito), apesar da existência de algumas semelhanças²⁷⁰.

Diante disso, afirma Hart que:

Em geral, a Teoria Pura insiste que a tarefa classificatória de uma ciência normativa do direito seja realizada com elementos tirados do próprio direito, e que se deve tomar cuidado, ao definir ou analisar conceitos jurídicos, para evitar o uso de

²⁶⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 333.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 332.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 333.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 334.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 334.

elementos morais, políticos ou psicológicos que não são, na expressão de Kelsen, “parte do material jurídico”²⁷¹.

Não é possível encontrar de forma explícita na obra de Kelsen quais os elementos que tais restrições permitem, contudo existem exemplos do que elas excluem. Por exemplo, ao analisar a definição de que “estar obrigado é temer uma sanção”, Kelsen não realiza críticas a este conceito, mas afirma que este é incompatível com os princípios da teoria analítica do direito. Segundo Hart, o argumento de Kelsen é de que, a princípio, não é correto utilizar em uma definição jurídica um conjunto de elementos psicológicos como o medo, ou qualquer outro que não faça parte do conteúdo do direito²⁷².

Para Kelsen a definição jurídica de obrigação afirma que “o dever jurídico é o comportamento por cuja observação se evita o delito, portanto o oposto do comportamento que forma a condição para a sanção”²⁷³. Esta definição estaria correta na concepção de Kelsen, pois atende à condição restritiva, utilizando somente elementos que fazem parte do conteúdo do direito.

Em tal ponto, Hart destaca que ainda que Kelsen rejeite os conceitos propostos por Austin, ele não afasta a possibilidade de tais elementos psicológicos façam parte da definição jurídica, desde que seja apenas nos casos em que o próprio direito torna tais elementos relevantes. Dessa maneira, a sanção se dirige a um delito psicologicamente qualificado²⁷⁴.

Contudo, Hart destaca que não é tarefa fácil entender os motivos pelos quais devem ser observadas as restrições impostas pela Teoria Pura de Kelsen, ou mesmo compreender a forma pela qual os elementos da definição jurídica podem se considerar expressos no conteúdo da norma ou manifestos no conteúdo da ordem jurídica, nas palavras de Kelsen²⁷⁵. No ponto, deve-se mencionar que Kelsen destaca que o desejo do legislador ou o fato de que a conduta delituosa é socialmente nociva ou contrária aos propósitos do direito, não devem fazer parte da definição jurídica. Segundo Kelsen, “a definição jurídica de delito deve ser baseada inteiramente na norma jurídica”²⁷⁶.

Hart, outrossim, vê problema em tal definição, questionando se seria possível que uma definição jurídica de delito pudesse incluir uma referência a fatos sociais, como uma

²⁷¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 334.

²⁷² *Ibid.*, p. 335.

²⁷³ *Ibid.*, p. 335.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 335.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 336.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 336.

declaração explicativa de que as ações às quais a lei associava sanções penais eram consideradas socialmente nocivas e que esta era a razão de serem punidas.

Com base na obra escrita de Kelsen, o próprio Hart conclui que a resposta do primeiro seria negativa, pois “as leis de um sistema real, antes de passarem pelo filtro esclarecedor da ciência normativa do direito, contêm muita coisa irrelevante para essa ciência”²⁷⁷. Isto porque “a representação ou descrição do direito objeto daquela ciência se ocupa apenas de seus elementos estritamente normativos; é por isso que ela é [...] chamada propriamente de ciência normativa e não meramente ciência de normas”²⁷⁸.

Sendo assim, os elementos contidos em uma definição jurídica são declarações de que se tais condições forem cumpridas, então tal sanção deve se seguir. Para Kelsen, essas são as declarações pelas quais a ciência do direito descreve ou representa o direito, pois elas “são julgamentos hipotéticos que associam determinadas consequências a determinadas condições; se A é, B deve ser”²⁷⁹.

Em que pese os argumentos apresentados por Kelsen, Hart acredita que tais definições não possuem propósito útil, bem como geram confusão. Hart dá como exemplo o fato de que as sanções podem assumir a forma de pagamentos compulsórios em dinheiro (multas), como também os impostos podem assumir essa forma. Esclarece o referido autor que:

Em ambos os casos, para usar a terminologia de Kelsen, determinado comportamento do sujeito é uma condição a partir da qual um agente ou órgão do sistema deve exigir um pagamento em dinheiro. Assim, se limitarmos nossa atenção ao conteúdo do direito conforme apresentado pela forma canônica “ Se A, então B deve ser”, torna-se impossível distinguir uma lei penal que puna um comportamento com uma multa de uma lei sobre rendimentos que tribute certas atividades. Tanto nos casos em que o indivíduo é tributado quanto naqueles em que é multado, as determinações do direito, se apresentadas na forma canônica de Kelsen, são idênticas. Ambos os casos são, portanto, casos de delito, a menos que os diferenciemos fazendo referência a algo que escapa à forma canônica pura, i.e. que a multa é uma punição para uma atividade oficialmente condenada, algo que o tributo não é²⁸⁰.

Poder-se-ia, segundo Hart, objetar que um tributo, em que pese consista em um pagamento compulsório de dinheiro, não é uma sanção e que a definição jurídica kelsiana se refere a uma sanção. Isso, contudo, apenas dificultaria já que seria necessário esclarecer quando o pagamento compulsório de dinheiro seria uma sanção e quando não o seria. Para Hart, ao interpretar Kelsen, “trata-se de uma sanção quando tem a intenção ou se supõe que

²⁷⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 336.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 336.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 337.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 337-338.

seja uma punição para desencorajar o ‘comportamento socialmente indesejável’ ao qual ela se associa”, o que, contudo, implicaria na utilização de um elemento que Kelsen considera excluído da definição jurídica do direito²⁸¹.

Kelsen, ciente de tais dificuldades, concederia que a definição jurídica “apenas se mantém válida com base na pressuposição de que o comportamento, que é condição da sanção, seja considerado nocivo à sociedade”²⁸².

Entretanto, Hart entende que tal concessão apenas demonstra que a restrição para definição jurídica a torna extremamente confusa, sendo que diversas definições utilizadas na Teoria Pura na realidade não são definições jurídicas no sentido restrito postulado por Kelsen, como a definição de sanção, já mencionada, e a de norma jurídica. Isso se deve ao fato de que para Kelsen a norma é “uma regra que expressa o fato de que alguém deve agir de certa maneira, sem que isso implique que alguém realmente queira que a pessoa aja dessa maneira”²⁸³.

Hart entende, assim, que embora a norma possa ser a expressão da ideia de que algo deve ocorrer, especialmente de que um indivíduo deva se comportar de um determinado modo, possui elementos em sua definição (“a expressão de uma ideia”) que cabem em qualquer outra descrição de Kelsen do que poderia ser utilizado em uma definição jurídica estrita²⁸⁴.

Dessa maneira, Hart defende que deveriam existir definições metajurídicas que seriam mais fundamentais à Teoria Pura e serviriam à ciência normativa do direito, marcando a distinção entre estas e aquelas definições jurídicas que o jurista realmente utilizaria ao representar o direito de algum sistema específico²⁸⁵. Por exemplo, ao representar determinado sistema jurídico, o jurista já assumiria definições de sanção ou de norma jurídica, mas utilizaria as definições de delito.

3.2.1 A distinção entre Direito e Moral para Kelsen a partir da visão de Hart

²⁸¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 338.

²⁸² *Ibid.*, p. 338.

²⁸³ [...] a rule expressing the fact that somebody ought to act in a certain way, without implying that anybody really ‘wants’ the person to act that way. KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 1949, p. 35.

²⁸⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op.cit.*, p. 339.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 339.

No que tange a relação entre direito e moral, Hart também faz algumas considerações sobre a obra de Kelsen, especialmente nas passagens em que este último autor realiza possíveis relações entre conjuntos de normas válidas e sobre a mesma ideia de validade.

A partir da abordagem proposta por Kelsen, Hart sugere a existência de duas doutrinas: a destrutiva, pois “não pode haver uma relação entre direito e moral de tal modo que uma norma jurídica válida entre em conflito ou, na frase de Kelsen ‘seja contradita’ por uma norma moral válida”²⁸⁶, e a construtiva, que propõe uma explicação da ideia de colisão de deveres buscando reconciliá-la com a noção destrutiva.

Acerca da explicação construtiva, Hart explica que Kelsen observou em sua obra o fato de que existem colisões de deveres (ou conflitos de deveres) como uma possível objeção à teoria de que duas normas contraditórias não podem ser válidas. Contudo, observa Hart que Kelsen ignorou outra situação em que o direito e a moral também se encontram em conflito, no caso da crítica moral ao direito, que busca responder, assim como a colisão de deveres, porque duas normas contraditórias não podem ser válidas ao mesmo tempo²⁸⁷.

A diferença entre as duas, para Hart, é de que o conflito de deveres existe “quando uma pessoa reconhece que uma norma válida do direito de seu país exige que ela faça algo [...] e reconhece também que uma regra ou princípio moral que ela aceita exige que não o faça”²⁸⁸. Por sua vez, na crítica moral ao direito o conflito não necessariamente vai existir entre um indivíduo particular e suas ações. Por exemplo, um cidadão brasileiro pode moralmente condenar a pena de morte prevista na lei americana ou até mesmo na Lei da Roma antiga. Contudo, trata-se de conflito com a lei moral, pois não há dúvida acerca da validade da lei em questão.

A explicação de Kelsen para o conflito de deveres é de que embora se possa inicialmente acreditar que existe conflito entre uma norma jurídica válida e uma norma moral válida, isso não ocorre e nem pode ocorrer. A declaração de uma pessoa de que tem um conflito de deveres, segundo Kelsen, deve ser interpretada como uma referência ao fato psicológico de que ela está sob a influência de duas ideias que a impulsionam em direções opostas, como nas leis da física em que duas forças opostas atuam no mesmo ponto.

Para Kelsen, deve-se atentar ainda que isso não significa que duas normas válidas são simultaneamente válidas, pois, de acordo com a doutrina destrutiva, isso seria logicamente impossível. Da mesma forma, a declaração de uma pessoa que possui um conflito de deveres

²⁸⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 341.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 342.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 342.

não estabelece uma relação entre os sentidos das normas e das declarações de dever ser, pois não se ocupam em compreender o direito ou a moral como normas válidas, já que seu ponto de vista é o da facticidade e não o da normatividade²⁸⁹.

Hart, entretanto, entende que tal argumento é equivocado. Isso se deve ao fato de que para Hart se uma pessoa disser que tem um conflito de deveres jurídicos e morais não é suficiente ela responder que se sente disposta a fazer e a também não fazer algo ou que se sente impulsionada em direções opostas. Hart esclarece que é preciso mais que isso para que alguém esteja em um conflito de deveres morais e jurídicos:

É preciso que uma regra jurídica válida exija que tal pessoa faça algo e que um princípio ou regra moral exija que ela se abstenha de fazê-lo; é preciso, também, que ela acredite que este é o caso e que é impossível para ela atender às exigências tanto da regra jurídica, como da regra moral²⁹⁰.

Ademais, ressalta Hart que se fosse o caso de uma pessoa estar enganada sobre uma regra jurídica válida exigir que faça algo que a regra moral proíbe, não existiria, de fato, um conflito de deveres. Sendo assim, embora a pessoa acreditasse na existência do conflito, na realidade este não existiu, pois estava enganada em relação ao direito, por exemplo, no caso de uma lei que foi revogada.

Portanto, nas palavras de Hart, para se considerar que existe um conflito de deveres, é elemento necessário que as disposições de uma lei válida conflitem com uma regra ou princípio moral. Dessa maneira, Hart descreve que “temos que considerar o sentido da regra jurídica e da regra moral, tratando-as para esse fim (para usar a terminologia de Kelsen) como declarações de dever-ser”²⁹¹, sendo que o conflito apenas existirá se inviável cumprir as duas proposições simultaneamente. No ponto, conclui Hart que uma afirmação acerca da existência de conflito não é apenas uma questão psicológica, mas uma questão “normativa”.

Por sua vez, Hart acrescenta ainda que a explicação para a crítica moral ao direito também deve fracassar diante da análise psicológica de Kelsen acerca do conflito do direito e da moral. Para Hart, um crítico moral que condena o direito de um sistema por este ser contrário a um comportamento exigido pelo princípio moral, não está comprometido com declarações de cunho psicológico em relação a outros indivíduos que estariam sob efeito de forças em direções opostas. Na realidade, tal crítico consideraria o que Kelsen denomina de

²⁸⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 343.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 343.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 344.

declarações de dever ser, as quais são entendidas como normas que estão, em tese, em conflito.

Revedo os argumentos de Kelsen, Hart afirma que este primeiro, ao aplicar sua doutrina destrutiva, entende que normas válidas não podem existir lado a lado nem conflitar por duas razões. A primeira é a de que o jurista não considera a moral como um sistema de normas válidas, bem como o moralista o faz com o direito positivo, sendo assim, sob o ponto de vista de nenhum deles há o referido conflito ou contradição. Kelsen introduz ainda um terceiro ponto de vista, o qual é rechaçado juntamente com os demais por Hart já que segundo este último “nenhum ser humano é apenas um jurista ou apenas um moralista”²⁹². Continua ainda afirmando que “alguns, pelo menos, pensam tanto sobre normas jurídicas como normas morais, e consideram o seu sentido como normas e encontram conflitos entre elas”²⁹³.

Ademais, deve ser rechaçado o argumento de Kelsen de que se abandonando o ponto de vista da normatividade e substituindo-se à facticidade, passaria a se olhar o direito não como normas válidas, mas sob o ponto de vista de um psicólogo, pelas razões anteriormente apresentadas.

O segundo argumento de Kelsen para sua doutrina destrutiva é de que uma declaração de que uma norma jurídica válida e um princípio moral conflitam seria uma impossibilidade lógica, já que equivaleria as proposições simultâneas de que “A pode ser” e “A pode não ser”, sendo A uma ação humana.

Entretanto, novamente Hart aponta que Kelsen está equivocado. Isso porque argumentar que uma regra jurídica é válida apenas significa que as ações as quais elas se referem devem ser realizadas. Hart observa ainda que tal afirmação nem mesmo está correta, pois confunde uma declaração sobre o direito com declarações da lei pelo legislador ou pelo jurista, as quais são uma espécie de representação do direito, uma vez que é necessário observar que a afirmação de que a lei é válida representa mais do que o mero texto legal, mas a todo o sistema jurídico em que ela está inserida.

As proposições sugeridas por Kelsen, afirma Hart, não estão em contradição nem são logicamente impossíveis, contudo podem ser falsas e contrárias, até mesmo porque a contradição de “A deve ser” é “Não é o caso de que A deva ser”. O mais grave erro no argumento de Kelsen é afirmar que existem muitas interpretações que “se poderiam razoavelmente dar às declarações de dever ser que explicariam tanto por que ‘A deve ser

²⁹² HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 345.

²⁹³ *Ibid.*, p. 345.

feito' e 'A não deve ser feito' expressa um conflito entre direito e moral sem, entretanto, constituir uma tentativa de afirmar uma impossibilidade lógica²⁹⁴.

Hart, em sua obra, cita uma possível interpretação que comprova o equívoco da teoria de Kelsen:

Um sentido intuitivamente aceitável para “A deve ser feito” é o de que “há boas razões para se fazer A”. Se atribuirmos a “deve” este sentido, então dizer “A deve juridicamente ser feito e A deve moralmente não ser feito” é equivalente a dizer “Há boas razões jurídicas para fazer A e boas razões morais para não fazer A”. Isto expressa um conflito porque é logicamente impossível para uma pessoa, ao mesmo tempo, fazer tanto A quanto não A. Mas não afirma, até onde posso ver, nada contraditório ou logicamente impossível²⁹⁵.

Ante o exposto, diante das considerações de Hart ao projeto meramente normativo de Kelsen que afasta qualquer influência fática, passa-se à análise da função primordial da regra para Herbert Hart.

3.2.2 A Função Primordial da Regra na Teoria Hartiana

A necessária distinção acerca da função primordial da regra para Hart e para Kelsen é apresentada em diversas obras, sendo que José Reinaldo Lima Lopes a clarifica. Segundo tal autor, para Hart as regras são seguidas “porque as encaramos como guias de ação”, sendo que para Kelsen seguimos as regras “porque tememos as consequências”²⁹⁶.

Confirma tal entendimento afirmando que “a teoria de Kelsen é uma teoria das regras jurídicas centrada no cumprimento por temor”, sendo que Hart consegue distinguir claramente o cumprimento por simples temor da perspectiva interna de quem segue uma regra.

Nesse sentido defende Hart que:

Por isso, uma sociedade com direito abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predições fidedignas do que as autoridades lhe irão fazer, se desobedecerem. Mas também compreende aqueles sobre quem, ou porque são malfeitores, ou simples vítimas impotentes do sistema, estes padrões jurídicos têm de ser impostos pela

²⁹⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 346.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 347.

²⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STOCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). **Norma, moralidade e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre: Linus, 2009, p. 61.

força ou pela ameaça da força; estão preocupados com as regras apenas como uma fonte de possíveis castigos²⁹⁷.

Lopes afirma, então, que Hart distingue duas perspectivas: a interna, de quem aceita a regra, e a externa, a de quem da regra vê apenas a sanção, conforme já foi explicitado no capítulo 1 desta dissertação. Segundo Lopes, a primeira perspectiva consiste em seguir uma regra, sendo que a segunda não, pois esta segunda “consiste em evitar a sanção e não apenas em desobedecer a uma regra para obedecer outra regra que se pode justificar de forma mais adequada”²⁹⁸.

Segundo tal autor, ainda que Hart não tenha tratado a prática social como peça fundamental a sua obra, é por meio dela que é possível se analisar e compreender os demais assuntos aqui tratados. Fazendo uma analogia da prática social com o jogo de xadrez, Lopes afirma que “a prática social, como o jogo de xadrez ou qualquer outro jogo, consiste em formas regradas de ação, embora não formas regradas à maneira do comando ou da ordem”²⁹⁹.

Isso porque tanto na prática social quanto no jogo de xadrez, a figura do soberano, do legislador, é muito menos importante – para não dizer inexistente – pois não pressupõe que estes afirmem o que deve ou não ser feito ou para ficar proferindo ameaças. Conclui no ponto que:

Quem deseja cumprir o direito, nessa perspectiva da prática social, não é um delinquente cuja vida é pautada por fugir das sanções. Quem deseja cumprir o direito é o homem honesto que deseja entrar num jogo. Quer saber as regras do jogo para jogá-lo, não para burlá-las. Você quer entrar no jogo? Bem, isso joga-se assim. Quer fazer parte dessa sociedade democrática, liberal, moderna? É assim que se faz. Dessa perspectiva o direito é uma prática regrada, particularmente regrada, sobre uma área ampla da vida humana. Certamente diz respeito às interações humanas em geral, mas não se aplica a certos níveis de nossa vida. Não nos diz como devemos amar nossos amigos, nossos pais e nossos filhos³⁰⁰.

Dessa maneira, o autor afirma que o que “é relevante é que normas existem como condição necessária de interação, de práticas sociais cuja continuidade é garantida porque são

²⁹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 218.

²⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STOCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). **Norma, moralidade e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre : Linus, 2009, p. 62.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 62.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 63.

práticas regradas”, sendo assim “qualquer um pode entrar no ‘jogo’ e dar continuidade a ele desde que tenha entendido as regras do jogo”³⁰¹.

Segundo Hart a argumentação de Kelsen é inadequada, pois este cindiu a norma fundamental do sistema jurídico de qualquer prática social, ao mesmo tempo em que defendeu a caracterização do sistema jurídico em termos de hábitos de obediência.

A concepção de Kelsen, para Hart, de que a norma fundamental deve ser vista como “uma regra, ‘hipótese’, ou ‘axioma’, a ‘validade’ do que é ‘assumido’ ou ‘postulado’,” traz um conjunto de expressões inadequadas quase-matemáticas as quais “poderíamos de fato adotar se estas fossem as únicas alternativas para descrever os fatos relevantes em termos de ‘hábitos de obediência’”³⁰².

Hart defende que os fatos relevantes não devem ser descritos em termos de hábitos, mas de regras realmente aceitas pelo grupo social. Sendo assim, se um grupo de pessoas se comporta da mesma maneira, aceitando o que o legislador concebe que constitui um padrão de comportamento, então tais pessoas aceitam a regra que deve ser obedecida, e em seguida a regra de que sua palavra é direito vigente³⁰³. Dessa maneira, a função primordial da regra jurídica é servir de guia de conduta.

Para Shapiro³⁰⁴, Hans Kelsen ao dissertar acerca das regras de conferem poderes dentro da teoria do direito, toma um rumo diferente de outros autores. Em vez de estender a noção de sanção a fim de incluir nulidades³⁰⁵, ele restringe a noção de regra. Na visão de Kelsen, as regras que conferem poderes são meros fragmentos de normas jurídicas completas.

Dessa forma, para tal autor o que parece ser uma regra completa conferindo um poder é realmente apenas parte de uma regra muito maior que em última análise direciona um oficial legal a impor uma sanção. Na visão de Kelsen, as normas que conferem poderes do direito constitucional não são leis completas, mas meros fragmentos de outras normas. Na verdade,

³⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STOCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). **Norma, moralidade e interpretação**: temas de filosofia política e do direito. Porto Alegre : Linus, 2009, p. 64.

³⁰² [...] his conception of the basic norm as a rule, “hypothesis”, or “axiom”, the “validity” of which is “assumed” or “postulated” brings in a set of quite inappropriate quase-mathematical expressions that we might indeed adopt if those were the only alternatives to describing the relevant facts in terms of “habits of obedience”. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Legal and moral obligation*. MELDEN, Abraham Irving. (org). **Essays in moral philosophy**. Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 91.

³⁰³ If a group of persons behaves in the same way we have distinguished as accepting what a legislator says as constituting a standard of behavior, then they accept the rule that is to be obeyed, and then the rule that his word is law exists. *Ibid.*, p. 91.

³⁰⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011, p. 66.

³⁰⁵ Nesse ponto na obra de Shapiro há uma referência à teoria de Austin, que por não ser objeto da presente dissertação não será apresentada.

Kelsen pensa que elas são parte de cada norma de seu sistema, sendo que uma lei completa deve incluir todo direito constitucional como condição antecedente³⁰⁶.

Por exemplo, a lei versa sobre testamentos é um inimaginável longo condicional que contém não apenas as regras que conferem poderes sobre a formação do testamento, mas também aquelas as quais tem relação com os poderes constitucionais de cada instituição no sistema jurídico³⁰⁷.

Contudo, Shapiro³⁰⁸ demonstra em seu texto que reconceituar regras que conferem poderes como meras partes de outras normas que impõem deveres, distorce a forma distinta com que essas normas funcionam na vida social. Sendo assim, as normas que conferem poderes são melhor pensadas como instrumentos que se destinam a ser usadas auto conscientemente pelos detentores do poder, ou seja, eles são direcionados para aqueles que possuem o poder, não àqueles que estão sujeitos ao exercício de tal poder³⁰⁹.

Segundo Shapiro, “quando o direito confere um poder a alguém, isso alerta ao detentor de poder de certas consequências de seus atos, assim o detentor de poder pode auto conscientemente trazer essas consequências se assim desejar”³¹⁰. Por tal razão, regras que conferem poderes sempre são acompanhadas com instruções para seu uso, como, por exemplo, as regras que determinam o que deve conter em um testamento para que este seja considerado válido.

O problema com a reformulação de Kelsen, segundo Shapiro³¹¹, é que ele ignora o papel autoconsciente que detentores de poder desempenham no exercício do poder judicial. Dessa maneira, pode-se afirmar, então, que as regras que concedem poderes não são primariamente para guiar oficiais em como eles podem ajudar os detentores de poder, mas elas são instruções para detentores de poderes em como eles podem ajudar a si mesmos³¹². Sendo assim, no exemplo da feitura do testamento, o destinatário da norma é o testador, pois é ele que precisa de instrução.

Tratar os oficiais como o público principal de cada norma legal acarreta uma má interpretação da maneira pelas quais certas regras guiam condutas. Nesse sentido:

³⁰⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011, p. 66.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 66.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 67.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 67.

³¹⁰ When the law confers a power on someone, it alerts the power holder of the consequences of certain of her actions, so that the power holder may self- consciously bring about these consequences if she so chooses. For this reason, power- conferring rules always come with instructions for their use. *Ibid.*, p. 67.

³¹¹ *Ibid.*, p. 67.

³¹² *Ibid.*, p. 68.

Regras que conferem poderes são mini manuais de autoajuda, que não só conferem habilidades, mas instruem os detentores de poder sobre o seu uso adequado. Para ter certeza, regras que conferem poderes são de grande interesse para os oficiais também. Os juízes precisam saber quando, digamos, testamentos são válidos e, portanto, exigíveis³¹³.

Shapiro³¹⁴, dessa forma, afirma que quando o bom cidadão reconhece e responde a seus deveres jurídicos, ele não está sendo motivado pelas dolorosas consequências da desobediência. Tal cidadão não trata as regras que impõem deveres como uma forma de estabelecer as condições em que o direito não irá lhe prejudicar.

Em vez disso, ele toma a distinta contribuição das regras para ser algo completamente diferente: a criação de novas razões morais para agir, que surgem simplesmente em virtude do fato de que o direito exigiu que estas regras fossem obedecidas³¹⁵.

Dessa maneira, enquanto o direito certamente se preocupa em controlar o homem mau (apresentado no segundo capítulo deste trabalho), e por esta razão normalmente utiliza as sanções, também deseja guiar o comportamento do bom cidadão segundo afirma Shapiro.

A ameaça de sanção não apenas é desnecessária para controlar aqueles que respeitam as regras do sistema que conferem poderes e imputam legitimidade para aqueles que agem em conformidade com elas, como também tem um preço caro a pagar³¹⁶. Isto porque, Shapiro afirma veementemente que motivar bons cidadãos através da imposição de deveres jurídicos sobre eles é muito mais eficiente do que ameaçá-los³¹⁷. Conclui no ponto que um regime cujo único meio de persuasão era força rapidamente iria à falência.

Sendo assim, ameaças de sanções seria apenas um tipo de ferramenta que o direito pode usar para motivar um comportamento, sendo que deveres seriam outra, e recompensas um terceiro tipo. Shapiro, por fim, afirma que a teoria geral sobre a natureza do direito deve representar adequadamente todas as técnicas que o direito tem à sua disposição e não de forma míope privilegiar uma em detrimento de todas as outras³¹⁸.

³¹³ Powerconferring rules are mini self- help manuals, which not only confer abilities but instruct power holders on their proper use. To be sure, powerconferring rules are of great interest to legal officials as well. Judges need to know when, say, wills are valid and hence enforceable. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011, p. 68.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 70.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 70.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 71.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 71.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 71.

Portanto, qualquer teoria que privilegie os hábitos e as ameaças de sanções mais do que normas não apenas concede uma explicação pobre acerca das ações de alguns cidadãos, como também não consegue explicar a coerência de seus pensamentos³¹⁹.

³¹⁹ Nesse ponto importante referir o exemplo concebido por Shapiro utilizando a situação do soberano e da manutenção de seu poder: “It cannot explain the fact that they think that the sovereign has the legal right to rule, that the exercise of that power generates legal obligations, that it would be legally wrong to disobey, and that those guilty of breaking the law should be punished for their offense” (Não pode explicar o fato de que eles pensam que o soberano tem o direito legal de governar, que o exercício deste poder gera obrigações jurídicas, as quais seria juridicamente errado desobedecer, e que os culpados de violar o direito devem ser punidos por sua ofensa). SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011, p. 77.

CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado no presente trabalho, alguns autores ao objetivarem conquistar a separação do direito da moral incorreram em um problema que vai além daquele que era o seu objetivo inicial de concretização do projeto positivista.

Ao conseguirem isolar o direito da moral, da política ou de qualquer influência que lhe fosse prejudicial, autores como Oliver W. Holmes e Hans Kelsen acabaram por afastar o caráter de prática social que o direito deve assumir. Como sabiamente defendeu H.L.A. Hart em seus vários escritos a função primordial do direito é ser guia de conduta.

Para defender tal ideia, a presente dissertação foi dividida em três capítulos. Partindo-se do positivismo jurídico, foi apresentado qual era (e é) o projeto positivista de separação do direito da moral, sendo seguido da apresentação dos mitos do positivismo jurídico que foram elencados por Gardner em sua obra *Law as a leap of faith*.

Dando-se continuidade ao presente trabalho, foram expostas as principais questões que permeiam a teoria de Hart no que se refere ao presente assunto, já que Hart foi um especialista em quase todas as áreas as quais se debruçou, em especial em como o sistema jurídico é constituído de regras primárias e secundárias. Apresentou-se ainda a regra de reconhecimento e qual o papel dela dentro do sistema proposto por Hart. Com o intuito de depois desconstruir os pontos das teorias Holmes e Kelsen que dizem respeito ao presente trabalho, foram apresentados os pontos de vista interno e externo na teoria hartiana.

Na sequência, foi apresentada a ideia de homem mau na teoria de Oliver Holmes com a finalidade de demonstrar que este não possui nenhuma outra razão para agir se não para evitar uma sanção. Holmes apresenta uma estratégia interessante ao separar as razões morais das razões jurídicas, já que o homem mau age apenas em interesse próprio e não possui nenhum tipo de razões morais para fazer ou deixar de fazer algo.

Para introduzir o debate com a obra de Hart, utilizou-se do debate entre Stephan Perry e Scott Shapiro, cuja discordância principal é se o homem mau possui ou não o ponto de vista interno. Do exposto, não restou dúvida que Perry estava equivocado, e todos os seus argumentos foram vencidos pelos de Shapiro que não só demonstrou que o homem mau possui apenas o ponto de vista externo, e não o interno, como também que a função da regra

não é a de evitar uma sanção. A obra de Hart conclui o presente capítulo demonstrando que a teoria preditiva de Holmes não consegue representar o fenômeno jurídico por completo.

Por sua vez, no capítulo terceiro, utilizou-se da teoria descritiva de Kelsen, onde sua principal preocupação era com a cadeia de validade das normas e inclusive da norma fundamental, a qual está no topo desta cadeia e que não possui nenhum fundamento fático na sua constituição. Não há dúvida de que a proposta de Kelsen é de uma estrutura formal, sendo que as normas estão ligadas entre si por uma relação de autorização, que ocorre em face da norma ter sido produzida segundo procedimento previsto em outra norma e não de uma derivação lógica, o que lhe concede validade.

Apesar de normativamente a teoria de Kelsen possuir contribuições muito interessantes, não há como ignorar que a questão fática, o indivíduo, o ponto de vista daquele que está inserido no sistema jurídico é completamente ignorado. Através da reconstrução do argumento de Cláudio Michelon e do próprio Hart, buscou-se alinhar as críticas à teoria kelsiana, as quais finalizaram com a apresentação da função primordial da regra jurídica: servir como guia de conduta.

Não há dúvida de que os referidos autores ao apresentarem seus projetos para separação do direito da moralidade trataram o direito do ponto de vista descritivo, o que fez perder a caracterização do próprio direito. Neste projeto de tentar salvar a autonomia do direito, eles descaracterizaram o fenômeno jurídico como uma prática social ou como o jogo de xadrez denomina José Reinaldo Lima Lopes. O jogo de xadrez, assim como qualquer outro jogo, possui formas regradas de ação, as quais não são formas regradas à maneira do comando ou de uma ordem.

A justificativa para utilização dos referidos autores é porque todos eles realizaram contribuições significativas à teoria do direito, ainda que talvez não possa ser considerada uma teoria completa no caso de Holmes.

Tanto Kelsen quanto Holmes apresentam soluções inteligentes ao problema do positivismo jurídico, mas são extremos opostos à teoria de Hart: o primeiro utilizando-se da pura normatividade sem apelo aos fatos, à prática social, e o segundo tratando facticidade sem qualquer normatividade, já que o homem mau apenas age para evitar a sanção.

Hart estava correto em rejeitar que a ideia de que regras são um tipo de comando ou imperativo, ou de que elas podem ser representadas como simples generalizações comportamentais sobre o comportamento humano observáveis de forma externa. Estava certo em rejeitar a ideia de que regras são apenas proposições para predizer como as pessoas irão agir sob certas circunstâncias.

No contexto apresentado, a obra de Hart emerge como uma superação – ou mesmo uma liquidação – do debate entre Kelsen e Holmes que foi desenvolvido na presente dissertação.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **The providence of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

BIX, Brian H. **Diccionario de Teoría Jurídica**. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 99-147.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 ½ Myths. In: GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Essays on Law in General. New York: Oxford University Press, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Legal and moral obligation. MELDEN, Abraham Irving. (org.). **Essays in moral philosophy**. Seattle: University of Washington Press, 1958, p. 82-107.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 2.ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the Law. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr**. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 333-350.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge; Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire. Introducción. In: KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (org.). **El legado de H.L.A Hart: Filosofía jurídica, política y moral**. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STOCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (org.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre : Linus, 2009.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Instituciones del Derecho**. Tradução de Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PERRY, Stephan R. Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.** New York: Cambridge University Press, 2000, p. 158-196.

POSNER, Richard A. Introduction. In: POSNER, Richard A. (org.) **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.** Chicago, London: The University of Chicago Press, 1992, p. IX-XXXI.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. The Bad Man and the Internal Point of View. In: BURTON, Steven J. (org.) **The path of the law and its influence**: the legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 197-210.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC-Rio, 2005.