

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Francisco Kliemann a Campis

Onde o Direito e a Moral se encontram

Introdução hermenêutica ao
Positivismo jurídico inclusivo
de Matthew Kramer

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O DEBATE HART DWORKIN E A CISÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

2.1. H.L.A. HART E O POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

É impossível falar sobre o Positivismo Contemporâneo sem saber sobre que chão ele está firmado, e para isso, os trabalhos de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) são fundamentais. Filho de um alfaiate Judeu Polonês, Hart foi um prolífico aluno de Oxford. Em 1932 foi aprovado no exame de admissão da ordem dos advogados (*chancery bar*) e exerceu a profissão até 1940, quando em razão da segunda guerra mundial ingressou no serviço secreto britânico, o MI5 onde teve contato com outros acadêmicos que também haviam sido recrutados e que instigaram seu apetite pela Filosofia. Com o fim da guerra em 1945, Hart aceitou um convite para lecionar em Oxford como *Fellow* e Tutor. Em 1952 foi eleito para a cátedra de *jurisprudence* de Oxford, no seu trabalho como teórico do Direito foi um divisor de águas na Tradição Anglo-saxônica rompendo com a ideia de que um Direito sancionado para criar uma ideia de um Direito normativo. Neil Duxbury (2005) diz que, entre 1832, quando Austin deixou o posto de professor Teoria do Direito na University College London, e 1952, quando Herbert Hart foi indicado à cátedra de *jurisprudence* de Oxford, poucos foram os avanços na teoria do Direito dignos de nota.

MacCormick (2010, p.25) em sua excelente biografia intelectual do grande positivista do século XX demonstra que “Se Hart não tivesse chamado a nossa atenção de nenhuma outra forma, ele seria uma figura

importante simplesmente por sua contribuição à ideologia da democracia social-liberal.”

A demonstração das visões políticas e da vida de Hart nos permitem ter contato com seus *insights* que motivaram a forma pela qual construiu sua teoria, um deles é que se conseguíssemos descrever o mais claramente o Direito conseguiríamos resolver os problemas decorrentes de sua confusão com a metafísica e a imposição de subjetivismos de caráter metafísico dos julgadores. Permitindo que o Direito – quando a resposta estivesse positivada – fosse decorrente da vontade popular e das instituições democráticas e não um simples voluntarismo dos juizes. Mas além de confrontar a metafísica, Hart buscava superar os escritos de seus antecessores como Austin, para quem o Direito era propriamente Direito por estar sustentado por ameaças, Hart em razão de sua forte proximidade com a democracia via grandes problemas nessas afirmações que também julgava incompletas do ponto de vista analítico, para ele o Direito era mais do que uma ordem sustentada por uma ameaça, para ele, um sistema propriamente jurídico era um sistema normativo, um sistema de regras e não de ameaças, para ele eram as regras (como a constituição) que faziam os soberanos e não os soberanos que faziam as regras.

MacCormick (2010) nos mostra que por esse motivo, é importante enfatizar que a descrição analítica de Hart dos sistemas jurídicos é complementada em grande parte por sua Filosofia Moral Crítica. A obra de Hart, como um expoente dos princípios da democracia social liberal, é a resposta dele às demandas morais de sua posição positivista, segundo a qual o Direito, como ele é, deve estar sempre aberto à crítica e à reforma. Na crítica moral do Direito positivo e ao promover o que, pelos seus princípios morais, eram reformas altamente desejáveis, Hart desempenhou seu papel de teórico com impacto social.

Leituras que afirmam que Hart pregava a inexistência de fatos morais são equivocadas, pois não tem um olhar atento à trajetória e à obra do autor e confundem seu Positivismo Metodológico com um Positivismo Ético.

É importante entender que apesar de a teoria de Hart conter problemas ela era de certa forma motivada por seus ideais sociais democráticos e por suas crenças na filosofia analítica. Sem as construções de Hart é extremamente provável que não teríamos uma Teoria do Direito tão avançada e tão profunda em densidade prática e teórica, pois o que

não foi por ele analisado ou criado, provém de ideias que só poderiam ter se desenvolvido a partir de insights críticos a sua Teoria. Até hoje em dia é considerado o autor mais importante do Positivismo Anglo-saxão dando nome ao mais importante seminário anual de Teoria do Direito mundial realizado na Universidade de Oxford, a *Hart's lecture*.

Quem lê a obra de Hart não pode ignorar que ele viveu na Europa durante a ascensão do nazifascismo e observou, como um intelectual de família de origem judaica, o crescimento e depois a destruição do fascismo e do nazismo e das suas cópias britânicas. Durante o tempo em que atuou como advogado, ele viveu em um meio intelectual em que a maioria das pessoas estava comprometida com tendências rivais de inspiração socialista como uma resposta atraente ao fascismo, à tirania e à injustiça do homem contra o homem. O peso do seu compromisso com certa concepção de liberdade humana deve ser visto diante desse pano de fundo (MacCormick, 2010).

Hart era extremamente próximo de Sir Isaiah Berlin, biógrafos de Hart inclusive afirma que Berlin era seu melhor amigo e sua filosofia também precisa ser vista sobre a forte influência democrática de Berlin.^{23 24}

O compromisso com a ideia de liberdade o levou a ser hostil aos regimes marxistas na década de 1930, antes de muitos de sua geração. Sua aversão ao fascismo e ao conservadorismo moral era igualmente intensa. Ao contrário de outros contemporâneos, como Jenifer Williams, sua amiga e futura esposa, ele nunca foi persuadido pelas virtudes do partido comunista como alternativa à abordagem política da Sociedade Fabiana ou da social-democracia. No entanto, suas crenças e compromissos políticos só se tornaram públicos depois da guerra, apesar de seu trabalho ajudando refugiados alemães durante os anos 1930 e dando seminários sobre brechas fiscais para grupos de trabalhadores do Partido

23. É impossível não lembrar aqui que Dworkin – grande crítico de Hart – nomeou seu livro *Justice for hedgehogs* em uma resposta crítica aos escritos de Sir Isaiah Berlin em específico um artigo em que fala sobre a raposa e o porco espinho em mitos gregos. Parece que a implicância de Dworkin não era apenas com Hart e sim com a dupla de amigos.

24. Berlin defende a existência da pluralidade de princípios e valores, de forma que critica o monismo (unidade dos princípios em torno de um único valor como a liberdade ou a igualdade) em duas frentes: primeiro, a dificuldade de estabelecer uma hierarquia de valores para preservar a unidade; segundo a tendência do monismo em ser abrangente, possibilitando a opressão de muitas pessoas através de ideologias como o nacionalismo, marxismo e fascismo. Em vez de buscar uma ordem hierárquica que una liberdade e igualdade, Berlin defende o pluralismo de valores, reconhecendo a diversidade moral e aceitando a coexistência de valores distintos. Ele acredita que ao abraçar a pluralidade, podemos reduzir a crueldade e opressão humanas. Berlin expressa uma preferência pelo liberalismo político e uma predileção pela liberdade negativa em relação à liberdade positiva.

Trabalhista. Na verdade, as principais declarações sobre suas posições nessas questões só foram publicadas no início dos anos 1960, após a publicação d'O conceito de Direito. (MacCormick, 2010) (Kramer, 2021a).

Longe de ser uma teoria simplista, o Positivismo de Hart possui várias nuances e representa diversos avanços em relação aos seus antecessores, como veremos a seguir.

2.1.1. As críticas de Hart a uma teoria da sanção e a superação de uma teoria sancionadora por uma teoria normativa

“Para Austin e Bentham o soberano faz as regras, para Hart, as regras fazem o Soberano” (Morbach, 2020, p.139).

H. L. A. Hart é amplamente reconhecido por sua significativa contribuição para a evolução do positivismo jurídico, ao redirecionar sua trajetória. Enquanto ele continuou enfatizando a importância de uma clara separação conceitual entre as esferas do direito e da moralidade, isto é, a distinção entre descrever o que é o direito e defender o que deve ser o direito, Hart também passou a criticar as tentativas de uma análise puramente empírica do direito. Nesse sentido, ele acompanhou uma visão em ascensão e influente, que sugeria que as ciências sociais poderiam se beneficiar do uso de técnicas científicas como clareza e precisão, mas que exigiam uma abordagem distinta daquela empregada pelas ciências naturais. A abordagem preconizada para as ciências sociais baseava-se, então, na compreensão não apenas das ações que ocorrem, mas também no entendimento do significado que essas ações teriam para os participantes das práticas ou instituições analisadas.²⁵ Dessa forma, a importância de H. L. A. Hart reside, em parte, em sua habilidade de transformar o positivismo jurídico ao abraçar essa abordagem mais abrangente e contextual (Bix, 2020).

25 Falando sobre a necessidade de uma ciência própria do Direito (interna), “Hart enfatizava a diferença entre regras e hábitos, uma diferença baseada principalmente nas percepções dos participantes sobre aquilo que eles próprios fazem, e nas suas reações a e suas atitudes diante de ações. Quando uma ação é feita “como regra” e não “como hábito”, a regra é dada como uma razão para agir, e é igualmente tomada como base para críticas (inclusive autocrítica) diante de eventuais comportamentos que estejam em desconformidade com as ações prescritas pela(s) regra(s). Em contraste, tendemos a não ter qualquer justificativa à mão (ou explicações de qualquer tipo) sobre nossos hábitos, e certamente não criticamos ou esperamos críticas quando há desvios com relação aos padrões desses hábitos. Uma abordagem puramente científica, “externa”, sobre o direito misturaria ações habituais e ações que seguem regras, e é por isso que, segundo Hart, esse tipo de abordagem perderia, inevitavelmente, aspectos que fazem parte da própria essência do direito.” (Bix, 2020, p.66)

Na principal obra de Hart, o *Conceito de Direito*, vemos uma tentativa de compreender o Direito em nossa sociedade que se assemelha as tentativas dos antropólogos de compreender o funcionamento de sociedades isoladas (o próprio Hart descreve sua teoria como uma teoria sociológico descritiva do Direito). Em vários momentos Hart inclusive se refere a sociedades tribais e a estudos realizados sobre elas. É justamente por ver que nossas complexas sociedades organizadas em torno de ideias da democracia liberal se diferem muito de sociedades como as tribais que Hart critica os escritos de seus antecessores, em especial os de John Austin para quem o Direito era um conjunto de ordens sustentadas por ameaças e sanções. Hart ao olhar para as sociedades contemporâneas, ou até mesmo sociedades antigas como a Romana não conseguia concordar que nessas sociedades o Direito fosse de fato um mero conjunto de normas sustentado por ameaças, ele achava que esta visão era muito simplista e reducionista diante da complexidade destes sistemas e foi partindo dessa percepção que o inglês construiu sua teoria normativa do Direito.

Dworkin (1977) nos explica que Hart foi um poderoso crítico da teoria do comando (de Hobbes, Bentham e Austin), pois ele argumentava que a lei não existe a menos que a população, ou pelo menos a parte da população que administra a lei, aceite uma regra que dê àqueles que exercem o poder a autoridade para fazê-lo. De forma que segundo Hart, na maioria das sociedades não existe apenas uma aceitação de um poder em razão do medo de uma sanção, mas sim um sentimento de que o poder é legítimo porque exercido de acordo com alguma regra constitucional que a população aceita.

Para Hart, “o Direito não é meramente produto da atividade de um soberano, mas algo que, por si, ajuda também a constituir aquilo que conta como soberania” (Bix, 2020, p.62). A ideia Hobbesiana que Bentham e Austin aprimoram, de que o Direito depende apenas de um comando do soberano sustentado por uma sanção, era vista por Hart como descritivamente errada e preocupante, de forma que o autor a compara com o caso de um assaltante que diz ao funcionário de um banco: “entregue-me o dinheiro ou atiro”. Para isso, Hart, com o uso da **filosofia da linguagem**, Hart estabelece diferenças entre ser obrigado e ter uma obrigação. Segundo Bix (2020, p.64):

Sentimo-nos obrigados a agir tal como ordenado por alguém armado porque tememos as consequências se não agirmos assim. Contudo, no momento em que o medo das possíveis consequên-

cias não mais se faz presente, não vemos qualquer razão para agir como ordenado. Ter uma obrigação sob qualquer sistema normativo válido (sejam as regras de um jogo que jogamos, o cânone da religião de alguém, ou as regras jurídicas de uma sociedade) é algo muito mais complexo, psicologicamente falando. Aquele que se sente obrigado age como age porque acredita que deve agir assim, não (somente) porque teme as consequências da hipótese em que aja em contrário.

A Filosofia da linguagem ordinária é um desdobramento da filosofia analítica, escola para a qual ideias claras requerem enunciações claras e não elaboradas construções de sistemas filosóficos. Tem quem argumente que Hart teve como principal façanha ter trazido os elementos da filosofia da linguagem ordinária para dentro do Direito.

NºO conceito de Direito, Hart tem como uma de suas principais preocupação definir, por meio da análise linguística, as delimitações do que seria o Direito. Sua teoria descritiva tinha como finalidade ter um olhar mais atento à justificação do poder e da coação e de certa forma (mesmo falhando) buscava reduzir e conter o número de arbitrariedades dentro do sistema jurídico. Em 1961, ele publicou o livro *O conceito de Direito*. O propósito por trás dessa obra é o desenvolvimento de uma teoria descritiva do Direito, a partir de uma atenção dedicada à linguagem jurídica.

MacCormick (2020, p.25) nos mostra que “embora muitos de seus trabalhos tenham como objetivo serem descritivos ou puramente analíticos (exigindo, assim, um afastamento deliberado de questões de compromisso pessoal em assuntos de moral e política), isso não deve encobrir a seriedade dos compromissos que ele expressa em seus outros trabalhos. Ninguém pode se surpreender com essa seriedade uma vez que se levem em conta as experiências diante das quais os seus compromissos foram firmados. Ter total consciência disso é essencial como um prelúdio à consideração do contexto e da natureza do trabalho analítico de Hart.”

Hart (2009) queria ter um método próprio do Direito, que o separasse das outras ciências. Portanto, um dos principais méritos do Britânico foi o de desenvolver elementos da filosofia da linguagem ordinária no âmbito do Direito. Influenciado pela noção wittgensteiniana de “seguir regras”, Hart argumentará contra a ideia compartilhada por autores como Hobbes e Austin, por exemplo, de que o Direito consistiria em um simples ato de vontade ou mandamento de um soberano detentor

da força. Afinal, como distinguir este conceito de Direito de uma mera ordem de um criminoso seguida de ameaça?

Para Hart, o Direito não consiste apenas em regras que impõem obrigações, mas, também, em regras antecedentes que conferem validade normativa às primeiras. Assim, a estrutura do Direito não está amparada meramente na autoridade. Ela pressupõe a noção de justificação. O fundamento do Direito, nesse sentido, será encontrado em uma regra do segundo tipo, a qual é compartilhada intersubjetivamente. O seu desenvolvimento não se dá de forma pontual ou voluntária, sendo o resultado da interação social e linguística em um sentido muito próximo ao explorado por Wittgenstein a respeito dos jogos de linguagem. Vejamos a seguinte passagem onde esse argumento fica bastante marcado:

Relembremos a situação do assaltante. A ordena a B que lhe entregue seu dinheiro e ameaça atirar nele se não for obedecido. De acordo com a teoria das ordens coercitivas, essa situação ilustra a noção de obrigação ou dever em geral. A obrigação jurídica é coisa idêntica, apenas em maior escala. A é o soberano obedecido habitualmente, e as ordens devem ser gerais, prescrevendo linhas de conduta e não ações isoladas. A plausibilidade da afirmação de que o caso do assaltante exemplifica o significado de obrigação reside no fato de que se trata de um caso em que poderíamos dizer que, se B obedecesse, teria sido “obrigado a entregar seu dinheiro. Entretanto, é igualmente certo que estaríamos descrevendo mal a situação se dissessemos, sobre esses fatos, que B tinha a “obrigação” ou o “dever” de entregar o dinheiro. Assim, desde o início fica claro que precisamos de algo mais para compreender a ideia de obrigação. Há uma diferença, ainda por ser explicada, entre as afirmações de que alguém foi obrigado a fazer alguma coisa e de que tinha a obrigação de fazê-lo. A primeira é frequentemente um enunciado sobre as convicções e os motivos envolvidos em determinado ato: “B foi obrigado a entregar seu dinheiro” pode significar simplesmente, como no caso do assaltante, que ele acreditava que algum mal ou outras consequências desagradáveis poderiam lhe advir se não o fizesse, e ele o entregou para evitar essas consequências. Nesses casos, a perspectiva do que poderia suceder ao agente caso desobedecesse torna menos vantajoso fazer algo que ele de outra maneira preferiria ter feito (conservar o dinheiro). (Hart, 2009, p. 107)

Quando compreendemos o sentido atribuído por Hart à regra de reconhecimento, percebemos que ela não possui uma regra que a anteceda normativamente, carecendo, assim, de justificação. Nesse sentido, o Direito, para Hart, não deixa de ter um fundamento meramente convencional, ainda que este seja distinto da mera vontade ou intenção soberana relacionada a teses positivistas como a de Hobbes ou Austin, acima mencionados.

Por isso, para ele, o que cria o Direito e o diferencia de mera coação é a existência de regras primárias e secundárias. As regras primárias estabelecem deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias indicam como reconhecer as regras primárias existentes (1. regras secundárias de reconhecimento²⁶), como alterá-las (2. regras de secundárias de modificação) e como resolver as pendências que surgem diante da questão sobre se uma determinada regra foi ou não violada (3. regras secundárias de julgamento). Simplificadamente, podemos dizer que as regras primárias são aquelas com as quais o cidadão tem contato direto no dia a dia, como o artigo 121 de nosso código penal, que prevê que matar alguém é um crime passível de pena, essa regra é primária pois tem contato direto com a vida de todos os cidadãos. Enquanto as regras secundárias²⁷ estão previstas em nossa constituição e na legislação processual, e são “as leis sobre as leis”. Hart (2009, p.122) define que “enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias.”

Segundo a análise Sociológica de Hart, nas sociedades modernas, o Direito é muito diferente de mera coação, pois está relacionado com a identidade de uma autoridade legítima, com a introdução das regras secundárias em nossas sociedades, um mero conjunto de normas passa

26. Segundo Bix (2020, p. 66): “A regra de reconhecimento expressa, ou simboliza, aquele que é o pilar básico do positivismo jurídico: a de que há critérios convencionais, sobre os quais os funcionários de um sistema concordam, para a determinação de quais regras fazem parte do sistema jurídico e quais não fazem.”

27. É possível traçar um paralelo entre o Positivismo do alemão Hans Kelsen e o Positivismo de Hart. Os autores possuem semelhanças e diferenças bem acentuadas. As semelhanças consistem no fato de que ambos desenvolvem teorias normativas do Direito (em oposição a Teorias sancionadoras), todavia enquanto para Hart o que diferencia o Direito de mera coação é a presença de normas secundárias para Kelsen o que diferencia é a presença da norma fundamental. As normas secundárias de Hart são construções humanas percebidas empiricamente, enquanto a norma fundamental de Kelsen é algo transcendental inato aos seres humanos que querem viver em sociedade, é uma forma que deriva de um imperativo categórico kantiano na medida que trata de noções básicas de respeito e tolerância que os seres humanos adotam uns com os outros, como não fazer aquilo que não quero que façam para mim, é uma espécie de concordância tácita transcendental. Enquanto Hart tem uma justificativa mais britânica à *la Hume*, Kelsen tem uma justificativa mais germânica à *la Kant*.

a ser aquilo que seria um sistema propriamente jurídico. Hart quer nos mostrar o que separa nossos sistemas jurídicos contemporâneos de sistemas normativas de comunidades primitivas. Para a partir disso nós mostrar o que propriamente significa o direito.

Para Hart é natural em todas as sociedades a existência de regras primárias que limitam o comportamento, em sociedades tribais, como por exemplo as descritas por Freud (1996) em totem e tabu as regras primárias existem, o incesto é punido com morte. Nestas sociedades certas condutas são proibidas e existem penas para quem incidir nessas condutas, mas não existem regras sobre como fazer estas regras, tampouco existem regras para resolver o conflito entre essas regras ou regras sobre como mudá-las tampouco existem regras ditando como o processo de aplicação dessas sanções deve ser feito. Existe, portanto, uma grande diferença entre sistemas tribais de coerção e sistemas jurídicos modernos, e a teoria de Hart foi a primeira a descrever as razões que os diferenciam por meio de suas regras secundárias ou regras de *pedigree*.

Vejamos o que escreveu o próprio Hart (2009, p.105-106) sobre esse tipo de regras:

A ideia de norma não é absolutamente uma ideia simples: [...] a necessidade de discriminar, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, entre dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou (secundárias) em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações.

Esta é para Hart a diferença de um sistema meramente sancionador para um sistema jurídico: as regras secundárias ou regras sobre regras.

Inicialmente, em sociedades primitivas, existem apenas normas primárias, mas com o agravamento de sua complexidade, Hart nos ensina que, **como parasitas** a essas normas primárias, começam a surgir essas regras secundárias e por meio de uma simbiose com estes “parasitas” um sistema meramente sancionador passa a ser um sistema normativo ou um sistema propriamente jurídico. As normas secundárias especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas.

Um sistema de controle social que não possua normas que permitam identificar as normas primárias para Hart, é um sistema arcaico completamente indeterminado e que não pode devidamente ser caracterizado como jurídico. De forma bem sintética, o Direito para Hart (2009, p.122) “pode ser caracterizado como uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias”.

2.1.2. O conceito de Direito de Hart

Nº conceito de Direito, partindo do método analítico e da Filosofia da Linguagem²⁸, Hart (2009) reduz a grande questão de “o que é o Direito?” Em três perguntas essenciais, às quais se esforça em responder: I) O que diferencia o Direito de mera coerção? II) Quais são as relações, semelhanças e diferenças entre obrigações morais e jurídicas? III) O que são regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído? Por meio de seu rigor analítico e métodos sociológicos de análise, Hart entende a moral e o Direito como fenômenos distintos, porém relacionados. Vejamos um esboço das respostas de Hart a essas perguntas:

I) O que diferencia o Direito de mera coerção?

Esta pergunta já foi respondida anteriormente, mas a título de fixação e organização reforçaremos mais uma vez a sua resposta. A ideia de que até então acompanhava a tradição Positivista, de que o Direito depende apenas de um comando do soberano, preocupava muito Hart, que a compara com o caso de um assaltante que diz ao funcionário de um banco: “entregue-me o dinheiro ou atiro”. Compreendendo que nas

28. Essa influência é tão clara que está até no título da obra. MacCormick (2010, p. 26) nos informa que a abordagem descritiva de Hart é a mesma de vários autores discípulos da filosofia analítica, a exemplo do livro “*The Concept of Mind* (O conceito de mente) de Gilbert Ryle, “cujo título se viu ecoado mais tarde no principal livro do próprio Hart, O Conceito de Direito.”

sociedades contemporâneas, o Direito era algo muito diferente de meras ameaças, Hart diferenciava o verbo “*to order*” (“ordenar”) de “*give an order*” (“dar uma ordem”), sustentando que o segundo caso sugere uma espécie de Direito, uma espécie de autoridade ou competência para emitir ordens, o que definitivamente não está presente em meras ameaças. Por isso, para ele, o que diferencia o Direito de mera coação é a existência de regras primárias e secundárias. As regras primárias estabelecem deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias indicam como reconhecer as regras primárias existentes (regras secundárias de reconhecimento), como alterá-las (regras de secundárias de modificação) e como resolver as pendências que surgem diante da questão sobre se uma determinada regra foi ou não violada (Regras secundárias de julgamento). Portanto, em Hart (2009) podemos definir o Direito como um sistema de regras primárias e secundárias de forma que os sistemas jurídicos não consistem apenas em regras, mas são também fundados nelas.

II) Quais são as relações, semelhanças e diferenças entre obrigações morais e jurídicas?

As obrigações morais referem-se a normas e princípios de comportamento que são internalizados pelos indivíduos com base em valores, crenças e ética pessoal. Para Hart, as obrigações morais não dependem de uma autoridade externa ou sistema jurídico. Elas são originadas internamente, a partir da consciência e da sociedade em que a pessoa está inserida.

As obrigações morais são geralmente acompanhadas por sanções sociais ou autocondenação moral, mas não por punições do estado. Quando alguém viola uma obrigação moral, pode sentir culpa ou ser criticado pelos outros membros da comunidade moral. Já as obrigações jurídicas são aquelas impostas pelo sistema jurídico de uma sociedade. Elas fazem parte do direito positivo e são promulgadas pelas autoridades competentes. De acordo com o positivismo jurídico de Hart, as obrigações jurídicas derivam de uma fonte de autoridade reconhecida dentro de uma sociedade. Essa autoridade pode ser o Estado, um legislador ou um sistema jurídico estabelecido. Ao contrário das obrigações morais, as obrigações jurídicas são frequentemente acompanhadas por sanções formais. Isso significa que, se alguém violar uma obrigação jurídica, pode enfrentar punições legais, como multas, prisão ou outras medidas coercitivas.

Ambas as obrigações (morais e jurídicas) tem elementos normativos, ou seja, estabelecem padrões de comportamento. Tanto as obrigações morais quanto as jurídicas influenciam o comportamento das pessoas na sociedade.

A grande diferença é que em sociedades sustentadas por sistemas jurídicos: As obrigações morais são internalizadas e fundamentadas em valores e consciência pessoal, enquanto as obrigações jurídicas são externas e fundamentadas na autoridade legal. As sanções associadas às obrigações morais são predominantemente sociais e baseadas em julgamentos e reações da comunidade moral, enquanto as sanções das obrigações jurídicas são formais e impostas pelo sistema jurídico.

III) O que são regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído?

As regras sociais são normas que regulam o comportamento dos indivíduos em uma sociedade, mas não necessariamente têm a autoridade formal do sistema jurídico. Elas são padrões de comportamento internalizados e aceitos pela comunidade, mas não são impostas por uma autoridade legalmente constituída. As regras sociais podem incluir costumes, tradições, convenções sociais e normas éticas.

Já o sistema jurídico/Direito é composto por regras que têm uma característica especial: autoridade legal. Essas normas são criadas e reconhecidas por uma autoridade legítima, como um governo ou um órgão legislativo, e são aplicadas através de instituições judiciais e mecanismos de cumprimento da lei. O Direito é considerado uma forma mais complexa de normas, que possuem uma sanção formal e uma estrutura hierárquica.

A essência do sistema jurídico está nas regras reconhecidas como tal por meio das regras de reconhecimento, que são parte das regras secundárias que foram mencionadas anteriormente.

Em suma, o Direito é composto principalmente por regras reconhecidas pelas regras de reconhecimento, que são estabelecidas por uma autoridade legalmente competente e aplicadas por meio das regras de adjudicação e sanções formais. Segundo Hart (2009), as regras sociais (como veremos na parte sobre conteúdo mínimo do direito natural) podem influenciar a criação do Direito e serem levadas em consideração em algumas decisões jurídicas, mas, por si só, não constituem nada perto de um sistema jurídico formal.

2.1.3. O mínimo conteúdo do Direito Natural

Alguns comentadores optaram por dar grande destaque a discussão de Hart sobre um “conteúdo mínimo de Direito natural”, tratando-a como uma grande concessão que enfraqueceria tudo que o autor havia dito anteriormente sobre a separação entre direito e moral. Essa visão, contudo, parece-me ser um claro mal-entendido sobre o ponto de Hart” (Bix, 2020, p.73).

Para Hart é natural aos seres humanos, animais sociais o estabelecimento de certas regras básicas de padrões de conduta, como não matar ao outro, mas é algo natural em um sentido científico pois esse mínimo conteúdo permite que a espécie humana consiga conviver em relativa harmonia entre si. Nesse sentido Hart vê uma semente de verdade nas teorias que passaram a ser conhecidas como as teorias do “Direito Natural”. Pois para o inglês há aspectos naturais da existência humana que tornam necessário que os seres humanos (ao menos aqueles que têm o desejo de sobreviver) participem das ordenações sociais. “Isso fornece a base para um conteúdo mínimo de Direito Natural essencial para a sobrevivência coletiva.” (MacCormick, 2010 p. 39)

O argumento específico sobre o conteúdo mínimo de direito natural é que existem fatos contingentes da condição humana que persistem ao longo do tempo, como nossa mortalidade, vulnerabilidade, escassez de recursos e dependência mútua. Embora esses fatos sejam contingentes, ou seja, poderiam eventualmente mudar com avanços científicos, é provável que algumas consequências decorram deles. Por exemplo, Hart especulava que qualquer sistema jurídico ou moral que não oferecesse proteções mínimas contra crimes como assassinato, agressão grave ou roubo, resultaria em um declínio da sobrevivência de pelo menos uma parte da população (Bix, 2020).

MacCormick (2010) também nos chama a atenção para como os valores morais representam compromissos profundos para os indivíduos que os possuem, aqueles que exercem poderes legais de julgamento e alteração em sociedades desenvolvidas podem ver razões para assegurar que o Direito expresse a moral legítima de acordo com a visão deles. De uma forma talvez conflitante, certamente eles verão razões também para evitar afrontar os compromissos morais de qualquer grupo de tamanho considerável entre os cidadãos. Isso pois dessa forma, a eficácia do sistema poderia ser posta seriamente em risco.

“Por isso, mesmo em lugares em que o Direito e a moral se tornaram diferenciados em resultado da evolução de um sistema jurídico, há sempre alguma sobreposição no conteúdo das ordens jurídica e moral, e uma influência recíproca considerável entre elas”. (MacCormick, 2010 p.41)

Por essa razão, o argumento do mínimo conteúdo de direito natural não é estritamente conceitual, mas sim uma descrição razoável a respeito de um conteúdo mínimo para um sistema jurídico existir e ser eficiente. Mesmo considerando o conteúdo mínimo de direito natural como uma concessão aos defensores do direito natural, ele é de certa forma trivial e descritivo, não propositivo. O teste do “conteúdo mínimo” não reflete as principais divergências entre positivistas e defensores do direito natural. Aqueles que sustentam a validade jurídica baseada em critérios morais têm padrões mais rigorosos, que vão além do mínimo moral hobbesiano discutido por Hart. Esses teóricos não considerariam sistemas legais ou regras injustas como efetivamente legais, enquanto sistemas injustos poderiam atender aos padrões mínimos conforme apresentados por Hart.

Sinteticamente, Hart (2009) explica que as crenças morais convencionais afetam o desenvolvimento do Direito, e as ideias sobre como queremos que a sociedade e o Direito funcionem influenciam a interpretação das leis. O conceito de “conteúdo mínimo de direito natural” é uma extensão dessa linha de pensamento, demonstrando como Direito e moral frequentemente se relacionam, embora não haja uma conexão intrínseca entre elas, conforme a divisão delineada por Hart entre positivismo jurídico e teoria do direito natural.

2.1.4. Zona de penumbra, ceticismo de regras, e discricionariedade

“Quando a lei fala de modo universal, então, e surge um caso não coberto pela proposição universal, então é certo, quando o legislador falha e peca pela simplificação, que se corrija a omissão - que se diga o que o próprio legislador teria dito se presente estivesse, o que próprio teria colocado na lei se tivesse conhecimento.” (Aristóteles, 1976, p. 1796)

Hart queria marcar a separação do Direito e da moral para manter a tradição que superou o jusnaturalismo. A discricionariedade diante da zona de penumbra foi o jeito dele de responder à questão, um jeito que inclusive Aristóteles (1976) já havia pensado.

De forma geral pode-se dizer que a Teoria do Direito de Hart representou um enorme avanço em relação à teoria de John Austin superando muitos de seus problemas com suas regras primárias e secundárias, isto já está claro.

Mas ainda assim existem diversas formas pelas quais as regras jurídicas podem deixar lacunas, não abrangendo situações factuais menos comuns que possam surgir. Uma dessas formas foi proposta por Hart, que introduziu o conceito de “textura aberta”. Se os legisladores estabelecem uma regra destinada a lidar com um conjunto específico de circunstâncias, como um juiz deve aplicá-la a uma situação totalmente diferente? Um exemplo dado por Hart é a regra “proibido veículos no parque”, criada para evitar carros na área; no entanto, essa regra se aplica também a motocicletas? E patins? Ou a outros objetos que podem ou não ser considerados “veículos”? (Hart, 2009) (Kramer, 2021)

Hart sustentava que todas as regras gerais possuem um “núcleo de certeza” - casos centrais nos quais a aplicação é clara - e uma “zona de penumbra”, na qual a aplicação da regra é incerta. Isso se deve, em parte, à incompletude ou imprecisão da intenção legislativa. Os legisladores não podem prever todas as situações possíveis, e, mesmo que a intenção deles seja clara, ela não abarca todos os problemas que possam surgir na aplicação das regras. Outra parte do argumento diz respeito à própria imprecisão da linguagem; em muitas ocasiões, pode ser incerto se um termo geral (como “veículo”) é aplicável ao objeto específico em questão (como “patins”).

Com base nessas premissas, Hart concluía que os juízes inevitavelmente devem usar sua discricionariedade para criar direito nas ocasiões em que há “textura aberta” nas regras legais. Ele argumentava que um Judiciário que legisla nas margens é algo positivo, uma vez que considera a necessária flexibilidade na aplicação das regras (Bix, 2020). Esta foi a solução de Hart para evitar a maculação do Direito pela moral.

E Hart, em muitas frentes conseguiu barrar a discricionariedade e a moralidade dos julgadores interviesse no Direito. Pois em suas obras Hart também queria responder aos realistas norte-americanos que estavam em ascensão e que tinham entre suas ideias afirmações como as de que o Direito é o que os tribunais dizem que ele é. Um dos capítulos mais importantes do conceito de Direito, é o capítulo 7 onde Hart responde aos realistas e ao seu ceticismo de regras. De fato, muitas das ideias propostas pelos realistas são catastróficas, mas no conteúdo de

suas obras questionamentos relevantes estavam colocados. MacCormick (2010 p.168) aponta isso:

Alguns absurdos foram ditos pelos realistas jurídicos norte-americanos e por seu ceticismo sobre as regras, e a respeito deles foram ditos mais absurdos ainda. Mas havia uma mensagem simples e central no elemento do ceticismo sobre as regras presente nos abrangentes trabalhos realistas sobre o Direito. Essa mensagem está essencialmente correta. Os formalistas que representam a atividade jurídica como se fosse sempre e apenas uma questão de aplicar regras claras e perfeitamente coerentes aos fatos averiguados de casos específicos apresentam uma visão ideal da ordem jurídica que nunca existiu e nunca existirá em lugar algum. Os realistas que examinaram a prática jurídica e relataram a falsidade de visão formalista estavam certos.

Hart (2009) repreende os realistas por negarem que existem regras jurídicas e afirmarem que o Direito é apenas o que os juízes e outras autoridades fazem para resolver as disputas. Ele argumenta que, obviamente, nenhuma versão forte dessa doutrina tem sentido, pois não poderia haver juízes ou outras autoridades se não houvesse pelo menos algumas regras de julgamento secundárias razoavelmente claras nomeando indivíduos para posições judiciais e outras posições oficiais.

Uma reflexão sobre o papel judicial nos leva, porém, à questão tipicamente hartiana sobre a regra de reconhecimento. Os indivíduos que decidem as disputas consideram a si próprios como obrigados a aplicar *standards* predeterminados ou não? Os outros na sociedade compartilham dessa sua concepção do dever? E essa questão de legitimação é só conversa ou os “juízes” realmente agem, de maneira geral, como exige a concepção publicamente anunciada do seu dever?

MacCormick (2010) nos mostra que para responder a tais questionamentos será necessário examinar também se os juízes geralmente buscam decidir casos aplicando regras estabelecidas. Portanto, é tão importante para Hart quanto para qualquer analista observar não apenas o que os juízes dizem, mas também o que fazem. A passagem a seguir de MacCormick (2010, p.167) é perfeito pois sintetiza de maneira inigualável o grande mérito e o grande problema da Teoria de Hart:

Em O Conceito de Direito, portanto, o trajeto a ser percorrido por Hart exigia complicadas manobras. Por um lado, o seu objetivo