

Curso Popular Defensoria

O CONCEITO DE DIREITO EM H.L.A. HART

Prof.^a Amanda Pilon Barsoumian

Quem foi H.L.A. Hart?

- Herbert Lionel Adolphus Hart (Harrogate, 18 de julho de 1907 – Oxford, 19 de dezembro de 1992);
- Estudou história, filosofia e direito na Universidade de Oxford;
- **1932:** advogado nas áreas responsabilidade civil, família, sucessões e tributos.
- **1952-1968:** professor de Teoria do Direito (Jurisprudence) da Universidade de Oxford;
- **Principal obra:** “O Conceito de Direito” (1961).
- Influenciou toda uma geração de juristas, tais como Ronald Dworkin, Joseph Raz e Neil MacCormick.

Situando a filosofia de H.L.A. Hart

- **“Common law”:** modelo vigente especialmente nos países anglo-saxões, que se baseia em um direito não codificado, mas produzido a partir dos precedentes e da filosofia do direito (“jurisprudence”).
- **Positivismo jurídico:** estudo do direito como uma questão de fato. Normas entendidas como decisões postas politicamente e avaliadas como jurídicas (válidas), independentemente de seu mérito ou demérito moral.
- **Filosofia/jurisprudência analítica:** movimento filosófico dominante no mundo anglo-saxão a partir do séc. XX que tem grande preocupação com o método filosófico. Para esse movimento, o filósofo deve dissecar problemas, conceitos e argumentos para encontrar suas características relevantes e averiguar como as coisas são, isoladamente e em conjunto, e como podem ser construídas e reconstruídas.
- **Filosofia da linguagem:** parte do chamado “giro linguístico” para afirmar que a linguagem é o tema central da filosofia e a análise dos conceitos deveria levar em conta o uso corrente e cotidiano das expressões.

*“O jurista verá o livro como um **ensaio sobre a teoria analítica do direito**, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas. Além disso, pode-se dizer que levantei, em muitos passos, indagações que dizem respeito ao **significado das palavras**.”* (Prefácio)

Questões persistentes

Para Hart, a pergunta “**o que é o direito?**” não é suficientemente clara para que possamos respondê-la com precisão. É necessário dissecar essa pergunta em outras perguntas mais úteis para identificar o que efetivamente intriga as pessoas para que se perguntem o que é direito.

Ele propõe, então, **três questões** que indicam temas principais da filosofia do direito:

- 1) **A questão da ameaça de sanção:** a temática da obrigação jurídica é importante para Hart. É a explicitação de certos comportamentos como obrigatórios – ou não – que permite a apreensão do significado do fenômeno jurídico. Nesse sentido, a questão que ele coloca é a seguinte: “Em que sentido, então, podemos dizer que o direito e a obrigação jurídica diferem das ordens sustentadas por ameaças e como se relacionam com estas?”
- 2) **A questão Direito x Moral:** a moral e o direito compartilham vocabulário (obrigações, deveres, direitos) e os sistemas jurídicos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais (ex.: as proibições do direito e da moral, muitas vezes, se confundem). A ideia de justiça parece unir os dois campos. A questão que se coloca, então, é: “Em que a obrigação jurídica difere do dever moral e como se relaciona com este?”
- 3) **A questão das regras:** O que são as regras? O que significa dizer que uma regra existe? Os tribunais realmente aplicam as regras ou apenas simulam fazê-lo?

Leis, comandos e ordens

John Austin (1790-1859): a característica central do direito é o **comando** fundado na **ameaça de força**, em caso de desobediência. A lei, portanto, é o comando do **soberano** suportado pela ameaça de punição se não for cumprido. Estar sujeito a uma obrigação jurídica é igual a estar sujeito a um comando suportado pela ameaça da força. Esse comando é suportado pelo **poder** e finalidade de uma parte comandante em **infligir um mal** ou dor no caso de o desejo ser desconsiderado. Define **soberano** como a pessoa ou entidade cujos comandos são habitualmente obedecidos, mas que não deve obediência habitual a ninguém.

Caso do assaltante: um assaltante armado entra em um banco e diz ao caixa do banco “Entregue o dinheiro ou atiro”. O que diferencia essa frase de um pedido ou uma súplica é o fato do comando estar fundado em uma ameaça de algo nocivo ao caixa.

O que difere esse comando do assaltante do comando do direito?

- 1) **Caráter geral da regra jurídica:** o controle jurídico é exercido por meio de instruções que são gerais em um duplo sentido: indicam um tipo geral de conduta e se aplicam a uma classe geral de pessoas.
- 2) **Caráter permanente da regra jurídica (vigência):** o controle jurídico se exerce ao longo do tempo, de forma persistente. Há uma crença generalizada dos destinatários das regras jurídicas de que a desobediência provavelmente será seguida pela execução da ameaça, não apenas no momento em que a ordem é emitida (promulgação da lei), mas continuamente, até que a ordem seja revogada.

- 3) **Obediência geral:** a maioria das regras jurídicas são mais frequentemente obedecidas que transgredidas pela maior parte dos destinatários, o que Hart denomina de hábito geral de obediência.

Quatro objeções ao modelo imperativista:

1. Conteúdo das leis

As leis não se resumem aos comandos fundados em ameaças de sanção. Há ramos do direito que desempenham função social mais consentânea com outros tipos de regras:

- as regras que **outorgam poderes jurídicos** para criar estruturas de direitos e deveres na moldura coercitiva do direito através de certos procedimentos e sob determinadas condições. Ex.: contratos, testamentos.
- as regras que especificam a matéria e o conteúdo da **jurisdição ou competência** do juiz. Ex.: competência material, competência territorial.
- as regras que definem o **processo legislativo**.

Em que pese tais regras jurídicas não estejam totalmente apartadas da ameaça de sanção, não é essa a sua característica primordial, ou seja, não se faz um testamento pensando na sanção para o seu descumprimento, não se dividem as competências dos juízes com vistas a impedir que cometam atos de improbidade administrativa, e não se definem regras para o processo legislativo com o objetivo de evitar a invalidade da regra.

Nesse ponto, Hart ressalta que a **nulidade não se confunde com a sanção**, já que a sanção é sempre um mal para o indivíduo, enquanto a nulidade nem sempre constitui um mal para a pessoa que a provocou. Ex.: o juiz em relação à nulidade de sua sentença; uma criança em relação à nulidade de um contrato firmado por ela.

Hart também nega que tais regras que outorgam poderes sejam meros **fragmentos de normas**, como defende **Kelsen**. Para Kelsen, as leis autênticas são ordens condicionais dadas às autoridades para aplicar sanções. As demais, são as meras cláusulas condicionais que informam essas leis autênticas.

Para Hart, essa visão é extremamente restrita, pois apenas considera uma parte do fenômeno jurídico, que é aquele do direito aplicado pelos Tribunais, desconsiderando o restante da prática jurídica do dia-a-dia.

“As principais funções do direito como meio de controle social não se explicitam nos litígios privados e nos processos penais, que representam precauções vitais, mas ainda assim subsidiárias, contra as falhas do sistema. Podem ser vistas, isso sim, nas diferentes maneiras com que o direito é utilizado para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais.” (p. 54)

2. Âmbito de aplicação das leis

O modelo imperativista exclui a pessoa de expedir o comando de seu âmbito de aplicação, ou seja, o soberano é aquele cujos comandos são habitualmente obedecidos, mas que não deve obediência habitual a ninguém.

A atividade legislativa na sociedade atual, contudo, tem **força autovinculante** e mais se aproxima de uma **promessa**, já que o promitente também assume um compromisso, impondo obrigações a si mesmo e direitos a outros. Isso porque o ato de legislar pressupõe a existência de certas regras que regem o processo legislativo, assim como na promessa.

3. Origem das leis

Para o modelo imperativista, todas as regras devem sua condição jurídica a um **ato deliberado de criação**, ou seja, a regra só existe a partir do momento em que o soberano a emite.

Essa afirmação não é verdadeira, contudo, em relação às **regras consuetudinárias**, já que elas já existem antes de serem reconhecidas e aplicadas pelos tribunais. Ademais, não é possível dizer que a regra costumeira foi emitida tacitamente pelo soberano, ou seja, que ele optou conscientemente por não intervir contra a criação do costume.

4. Soberano e súdito – a formação da regra de reconhecimento

Esse soberano da teoria imperativista existe, em última instância, ainda que de forma latente sob a variedade das formas políticas, em qualquer sociedade que tenha direito, desde aquelas democráticas, até as monarquias absolutistas. Essa estrutura vertical composta por soberano e súditos é parte essencial de uma sociedade onde haja o direito.

Hart fará uma análise de dois aspectos dessa doutrina:

- I. **Hábito da obediência**: é suficiente para explicar (a) a **continuidade** da autoridade de legislar e (b) a **persistência** das leis por longo tempo?

Dois fracassos da ideia de obediência habitual geral na tentativa de explicar a continuidade do direito:

- a) O mero hábito de obediência às ordens dadas por um legislador **não outorga ao novo legislador o direito de suceder** o antigo e dizer o direito;
- b) A obediência habitual ao legislador antigo **não torna provável ou fundamenta qualquer presunção de obediência** ao novo legislador.

Para que esse direito ou essa presunção existam, é necessário que haja uma **prática social geral mais complexa**, consistente na aceitação da regra segundo a qual o novo legislador tem o direito à sucessão. **A continuidade do direito pressupõe uma regra que estipule quem está apto a dizer o direito, a qual se manifestará não apenas como obediência, mas como reconhecimento.**

Até onde essa descrição da regra de reconhecimento se aplica ao funcionamento do **Estado Moderno**, onde seria difícil pensar que a maioria da população, por mais que obedeça a lei, tenha compreensão clara das regras que especificam a qualificação dos legisladores?

Ele responde afirmando que quem aceita explicitamente essas regras fundamentais que conferem autoridade legislativa são o próprio **legislador** (ao criar leis de acordo com essa regra), os **tribunais** (ao aplicarem as leis criadas de acordo com essa regra) e os **peritos e especialistas** (ao orientarem os cidadãos com base nas leis criadas de acordo com essa regra). Já os **cidadãos** comuns, apenas

manifestam sua aceitação por meio da **aquiescência aos resultados dessas ações oficiais**. Hart, portanto, coloca um grande peso nas **operações de criação, identificação e aplicação das leis** por parte de autoridades e especialistas como forma de legitimação do sistema.

Como pode a lei feita por um **legislador anterior**, falecido há muito, ainda ser lei para uma **sociedade da qual não se pode dizer que lhe obedece habitualmente?** (nem o soberano, nem os súditos são mais os mesmos)

Essa regra de reconhecimento se dirige **tanto ao legislador futuro, como ao legislador passado**.

- II. **Posição ocupada pelo soberano, acima da lei: é necessário à existência** do direito que haja um legislador com poderes **ilimitados** e ilimitáveis? O que seria esse **“soberano” latente/escondido** sob a variedade das formas políticas e jurídicas?

Hart entende que uma Constituição pode estabelecer limites ao poder de legislar, não apenas impondo formas e ritos para legislar, mas **excluindo totalmente certas matérias** do âmbito de sua competência legislativa (**limitações de conteúdo**). Esses limites **não retiram a independência do sistema jurídico** de uma certa sociedade.

Ademais, esses limites **não estabelecem um dever, mas uma inabilitação jurídica**, a ausência de um poder jurídico, cuja consequência é a **nullidade** da lei. **Essas limitações integram a regra que confere autoridade para legislar** e são usadas pelos tribunais para julgar a **validade** dos atos legislativos.

Também não é possível identificar esse soberano ilimitado no povo ou no eleitorado, uma vez que, assim, haverá uma confusão entre súdito e soberano. Ademais, a própria ideia de povo ou eleitorado só existe a partir de uma regra de reconhecimento que define o que é legislar e o que é votar.

“Ser obrigado a” x “Ter a obrigação de”

“a afirmativa de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente às convicções e aos motivos nos quais um ato se baseou. Mas a afirmação de que alguém tinha a obrigação de fazer algo se enquadra em um tipo muito diferente, e há muitas evidências dessa diferença”. (p. 108)

Austin e a teoria preditiva: para o autor, definem a obrigação como a probabilidade de que aquele que tem a obrigação sofra uma punição ou algum mal em caso de desobediência.

Objecção fundamental de Hart: a teoria preditiva ignora o aspecto interno das regras.

Ponto de vista externo: quando o indivíduo se relaciona com a regra como um mero observador, que não a aceita ele próprio.

Ponto de vista interno: quando o indivíduo se relaciona com a regra como membro do grupo que a aceita e a utiliza como orientação para sua conduta.

O ponto de vista externo pode reproduzir aproximadamente a maneira como as regras funcionam na vida de determinados membros do grupo observado, que se expressarão em termo de “ser obrigado a”. Mas não pode reproduzir a maneira como as regras funcionam na vida daqueles que utilizam as regras como orientação para vida em sociedade, sem externar isso em termos de “ser obrigado a” ou sendo punidos ao não cumprirem.

O direito como união de regras primárias e secundárias

Regras primárias: são aquelas que “exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não”.

Regras secundárias: “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”.

Assim, as regras primárias impõem deveres e as regras secundárias outorgam poderes. Um sistema jurídico só se completa com a combinação de regras primárias e secundárias.

Regras secundárias:

- **Regra de reconhecimento** (certeza – validade jurídica): são as que especificam as características que devem estar presentes em uma determinada regra para que seja considerada, de forma conclusiva, uma regra do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este grupo exerce. Ela permite o reconhecimento de que se deve considerar a regra como fonte de autoridade, ou seja, como a maneira correta de esclarecer dúvidas sobre a existência da regra.
- **Regra de modificação:** autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas regras primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar regras antigas.
- **Regra de julgamento** (eficiência): capacitam alguns indivíduos a solucionarem de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma regra primária, bem como definem os procedimentos a serem seguidos.

Os fundamentos de um sistema jurídico

Segundo o autor, é raro que a regra de reconhecimento seja prevista expressamente como regra. Normalmente, **a regra de reconhecimento não é declarada**, mas sua existência se revela ou, nas palavras do autor, “fica demonstrada” pela forma por meio da qual se identificam regras específicas (aspecto interno). A regra de reconhecimento é, pois, utilizada pelos juízes, cidadãos, autoridades, etc, para identificar as demais regras do sistema. Ou seja, as declarações dessas pessoas (juízes, cidadãos, etc) revelam a existência de uma regra de reconhecimento.

Validade jurídica: “Dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema”. (p. 133)

Relação entre validade (enunciado interno) e eficácia (enunciado externo):

“Se por “eficácia” devemos entender que uma norma do direito que exige certo comportamento é mais frequentemente obedecida que infringida, fica claro que não existe ligação necessária entre validade de alguma norma particular e sua eficácia, a menos que a norma de reconhecimento do sistema inclua, entre seus critérios (como ocorre com algumas), a condição (às vezes denominada norma de dessuetude) de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo.” (p. 133)

Alguém que menciona o enunciado segundo o qual a regra é válida (enunciado interno), no geral, **pressupõe** a verdade de um enunciado externo no sentido de que, em geral, o sistema é eficaz, pois o emprego comum dos enunciados internos ocorre, geralmente, no contexto de **eficácia geral**.

A regra de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras regras do sistema é uma **norma última**, pois oferece critérios para avaliação da validade de outras regras, mas ela própria delas difere pelo fato de que não há uma regra que forneça um critério para verificação da sua validade.

Não se trata de uma norma hipotética fundamental (Kelsen). A sua existência é uma **questão de fato**, pois ela existe no funcionamento geral do sistema, ela existe como um **enunciado factual externo**, como uma prática complexa que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios.