

Do poder discricionário à crise de reconhecimento das regras secundárias: perspectivas críticas a partir da filosofia de H. Hart

From Discretionary Power To The Crisis Of Recognition Of Secondary Rules: Critical Perspectives From The Philosophy Of H. Hart

LEO PERUZZO JUNIOR¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PR

Resumo: Este artigo pretende mostrar, a partir de uma reconstrução crítica do pensamento de H. Hart, que o debate acerca do poder discricionário e a crise de reconhecimento das normas secundárias estão assentados sobre a instância pragmática da linguagem. Este argumento, entretanto, consiste essencialmente numa crítica ao direito entendido como ordem coercitiva pois, segundo ele, este não seria capaz de explicar o hábito de obediência e a própria continuidade do direito. Inicialmente, neste trabalho, reconstruímos, então, o percurso tipográfico de Hart para mostrar os elementos que sustentam seu conceito de textura aberta para, na sequência, indicar que a crise no reconhecimento das regras secundárias expõe, entre outras coisas, as fronteiras no próprio exercício do poder discricionário.

Palavras-chave: poder discricionário; reconhecimento; regras secundárias; crise; Hart.

Abstract: This paper intends to show, from a critical reconstruction of H. Hart's thought, that the debate about discretionary power and the crisis of recognition of secondary rules are based on the pragmatic instance of language. This argument, however, consists essentially in a critique of law understood as a coercive order because, according to him, this would not be able to explain the habit of obedience and the very continuity of law. Initially, in this paper, we reconstruct Hart's typographical path to show the elements that support his concept of open texture to, in the sequence, indicate that the crisis in the recognition of secondary rules exposes, among other things, the boundaries in the exercise of discretionary power.

Keywords: discretionary power; recognition; secondary rules; crisis; Hart.

INTRODUÇÃO

Um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles.

Hart, *The Concept of Law*, p.273.

¹ Bolsista Produtividade CNPQ (2025-2028). Pós-Doutorado pela Università Ca Foscari, Venezia (Visiting Scholar). Professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e da Faculdade Vicentina - FAVI. Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Santa Cruz (UNISANTACRUZ). Email: leoperuzzo@hotmail.com

Quando Herbert Hart publicou *The Concept of Law*, em 1961, o positivismo jurídico radical estava em pleno vapor e já havia formado uma legião de adeptos e críticos. Hart, por sua vez, não aspirava o radical formalismo de uma ciência do direito, mas pretendia simplesmente “aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos, mas relacionados entre si” (HART, 2009, IX). São exatamente nestes hiatos que residem, segundo o autor, a possibilidade de um pensamento jurídico que, por um lado, permite indagações a respeito do significado das palavras e, por outro, um escrutínio sobre a velha questão sobre a “natureza do direito”. Por isso, responder à pergunta “O que é o direito?”, segundo Hart, exige que se possa adentrar além das convenções existentes que regulam o uso das palavras “direito” e “sistema jurídico”. Pretendemos, ao longo deste texto, reconstruir algumas das posições reformadoras realizadas por Hart no positivismo jurídico.

Uma breve digressão permite, inicialmente, que sejamos capazes de compreender a raiz e o alcance da questão anterior. O texto de H.O. Pappé, *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era*, publicado em 1960, reconstrói um dos casos judiciais que fora o pino da controvérsia entre Hart e Fuller², para o qual o positivismo consiste em demarcar a legalidade, tornando-o diverso de outras formas de ordenação social (FULLER, 1958). A decisão escolhida por Hart foi uma das primeiras decisões judiciais para aplicar o direito penal alemão a um suposto crime realizado na era nazista. Trata-se do caso de uma ré que havia decidido entregar seu marido, então soldado alemão, ao regime nazista. Sem motivos reais, a ré denunciou-o às autoridades porque ele estaria realizando críticas ao Führer. Acusado formalmente, o soldado foi considerado culpado e condenado à morte. Entretanto, sua sentença acabou sendo revogada e o mesmo foi enviado para a realização de trabalhos forçados. Após o fim do regime nazista, sua esposa e o juiz foram processados e julgados segundo o Código Criminal Alemão de 1871, no qual encontrava-se previsão expressa de criminalização à privação ilegal da liberdade: “No

² Fuller, em *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart* (1958, p.630), afirma que quando encontrou “pela primeira vez os pensamentos do Professor Hart, seu argumento me pareceu sofrer de uma profunda contradição interior. Por um lado, ele rejeita enfaticamente qualquer confusão de “o que é” com “o que deveria ser”. Ele não tolerará nenhuma “fusão” de leis e concepções de qual lei deveria ser, mas no máximo uma ‘intersecção’ antisséptica. A comunicação inteligível sobre qualquer assunto ele parece sugerir, torna-se impossível se deixarmos incertos se estamos falando de “o que é” ou “o que deveria ser”. No entanto, foi precisamente essa incerteza sobre o próprio argumento do professor Hart que tornou difícil para mim, a princípio, seguir o fio de seu pensamento”.

recurso para um tribunal alemão de último recurso em casos criminais, considerou que o juiz da sentença deve ser absolvido, mas que a esposa é culpada, pois utilizou de livre escolha uma lei nazista, ao som da consciência e senso de justiça de todos os seres humanos decentes, para causar a morte ou a prisão de seu marido”.³

Segundo Pappé (1960, p.260), ao contrário de construir um caso fictício por causa de um argumento, Hart considerou oportuno ilustrar por meio de uma decisão da magistratura alemã aquilo que membros no período pós-guerra precisaram julgar, ou seja, “uma situação em que questões de direito tiveram de ser revistas após uma reviravolta radical da tradição política e jurídica”. O legalismo, portanto, não é simplesmente uma opção política que possa definitivamente afastar-se de outros interesses sociais. Neste sentido, Hart, ainda em *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), assume que o estatuto nazista era inquestionavelmente lei e que o procedimento pelo qual o marido havia sido condenado a morte era legalmente inquestionável. Assim, a decisão do tribunal do pós-guerra concentrava-se no fato de que as leis em questão eram formalmente inválidas precisamente por sua substância de caráter imoral. Hart, por sua vez, sustentara que o direito é resultado das práticas sociológicas de cada sociedade e, para tanto, as leis criadas durante o nazismo estariam metodologicamente de acordo com um direito válido.

Esse raciocínio foi seguido em muitos casos que foram saudados como um triunfo das doutrinas da lei natural e como sinalizando a derrubada do positivismo. A satisfação desqualificada com este resultado parece para mim ser histeria. Muitos de nós podem aplaudir o objetivo – o de punir uma mulher por um ato escandalosamente imoral – mas isso foi garantido apenas pela declaração de um estatuto estabelecido desde 1934 não ter força de lei, e pelo menos a sabedoria deste curso deve ser duvidado. Claro que havia outras duas escolhas. Uma era deixar a mulher impune; pode-se simpatizar e endossar a visão de que isso possa ter sido uma coisa ruim a fazer. A outra era encarar o fato de que se a mulher fosse punida, deve ser de acordo com a introdução de um direito francamente retrospectivo e com plena consciência do que foi sacrificado para garantir sua punição dessa maneira (HART, 1958, p.619).

A análise realizada por Hart, por conseguinte, continua circundando o positivismo jurídico, muito embora seu trabalho procure substituir a natureza obrigatória do direito e sua aceção de que a legalidade deva ser algo politicamente imposto a uma ordem social. Sendo assim, parte da hipótese de que a característica mais proeminente do direito está no fato de que

³ Cf. *Harvard Law Review*, 1961, pp. 1005-1007 *apud* PAPPÉ, H.O. On the validity of Judicial Decisions in the Nazi Era. In: **The Modern Law Review**, vol. 23, n° 3, may, 1960, pp.261-261.

sua existência se origina sobre condutas humanas que não são mais opcionais, mas obrigatórias em certo sentido, uma vez que a estrutura dos sistemas jurídicos modernos se apoia na “aceitação comum das regras” e não no conceito de dominação. Em outras palavras, Hart pretende atenuar a violência que tradicionalmente esteve associada à estrutura institucional da legalidade liberal valendo-se, para tanto, de uma crítica aos modelos da teoria imperativa do direito (Hobbes, Austin, Marx e Weber). Assim, a *Opus Magnum* de Hart iniciará com uma crítica sistemática à teoria de Austin e, conseqüentemente, sua tentativa de analisar o conceito de direito em termos de comandos e hábitos.

1 LEIS, COMANDOS, ORDENS OU REGRAS?

Ainda nas primeiras páginas de *O Conceito de Direito*, Hart afirma que a posição de Austin não foi capaz de compreender adequadamente a extensão do conceito de legalidade porque sua imagem é aquela de uma pessoa ou grupo impondo sua vontade aos outros. Por isso, enquanto Austin⁴ sustenta, apoiado nos textos de Hobbes e Bentham, que uma lei nada mais é do que um comando que obriga uma pessoa, ou pessoas, a seguir determinadas condutas e, assim, realiza-se numa relação de superioridade, Hart aponta que a Teoria Imperativa não é capaz de explicar por que as leis continuariam válidas após o soberano perder o poder. À primeira vista, a crítica parece simples, porém se analisada com maior profundidade ela revela que Austin não é capaz de explicar o modo como se origina o direito. Opta, no entanto, por afirmar que o poder soberano não é passível de limitação legal, embora deva responder por seus atos perante a moral positiva e às leis de Deus.

Na obra *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada em 1832, Austin defende que o direito é tanto uma criação, por ser estabelecido por dirigentes políticos, soberano e súditos, quando um elemento constitutivo da própria civilização. De qualquer maneira, o direito propriamente dito só passa a existir com a ascensão de sociedades políticas independentes e o surgimento de um soberano, uma vez que a natureza central da lei são as ordens deste soberano. Este, segundo Austin, é definido como uma pessoa que recebe obediência habitual da maioria da população, mas que não obedece a nenhuma outra pessoa ou instituição. Nas suas palavras,

⁴ Austin publicou seu primeiro trabalho no *The Westminster Review*, uma revista criada por Bentham em 1824 e que manteve sua circulação até 1914.

“os comandos são de duas espécies. Alguns são leis ou regras. Os outros não adquiriram um nome apropriado, nem a linguagem oferece uma expressão que os marque breve e precisamente” (AUSTIN, 1995, p.25). De qualquer modo, Austin não estabelece uma diferença entre comandos emanados por uma assembleia soberana deliberadamente ou por um monarca absoluto. Nas duas suposições, a natureza seria a mesma, isto é, não seria uma lei ou regra, mas um comando ocasional ou particular do soberano um ou da assembleia.

Austin é enfático, portanto, ao propor que o soberano se origina de um conjunto de ajustes sociais que são pré-justiça, isto é, o soberano constitui-se por ajustes entre a opinião geral e as máximas que passará a observar. Em consequência, o autor apresenta o argumento de que o soberano ou legislador supremo é o autor de todo o direito, sendo que as leis podem ter diferentes autores. Assim, mesmo que a fonte mais imediata do direito seja a legislação, os juízes poderiam criar um direito jurisprudencial quando adotassem o costume em suas decisões. Resumindo a argumentação anterior: a criação judicial do direito que ocorre nos tribunais, segundo Austin, deveria ser combatida a fim de evitar arbitrariedades. Primeiramente, porque o livre poder discricionário serviria para ocultar a criatividade de um discurso de interpretação e presunção dos juízes; segundo, porque haveria um hiato entre a concepção dos juízes e aquilo que o legislador faria ao agir diretamente; e, por último, porque há uma diferença significativa entre o objetivo da lei e o seu possível distanciamento dos juízes a fim de buscar atingir suas finalidades (AUSTIN, 1995).

À luz de tais argumentos, o positivismo analítico inglês de Austin subscreveu, então, que o soberano é definido como alguém que recebe a obediência habitual da população, porém que não obedece a nenhuma pessoa ou instituição⁵. Isso, obviamente, insuflará uma série de problemas e autores ao longo da tradição filosófica, em especial aqueles interessados em demarcar, por um lado, a legalidade do sistema jurídico e, por outro, o estudo sociológico da prática do direito. Lars Vinx argumenta, em *Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty* (2011, p.473), que os escritos de Kelsen sobre a teoria jurídica de Austin são uma forma que

⁵ É importante notar que Robert Alexy afirma, por exemplo, que é dentro da teoria analítica do direito que os conceitos de direito são orientados para a normatização. Segundo ele, então, Austin “define o direito como a totalidade dos comandos de um soberano que são reforçados por sanções. É praticamente impossível existir uma orientação para a normatização mais forte do que essa. Todavia, os elementos da eficácia também não deixam de ter um papel importante na teoria de Austin, que, assim, combina o elemento da normatização com aquele da eficácia ao definir o soberano como alguém que costumeiramente se obedece” (ALEXY, 2009, p.21).

Kelsen encontrou para mostrar que o positivismo correto seria aquele apresentado na Teoria Pura do Direito. Assim, segundo Vinx, a obra de Hart [The Concept of Law] é, em muitos aspectos, “uma resposta à crítica de Kelsen a Austin”, pois nos capítulos iniciais trata a teoria jurídica de Kelsen como uma variante do positivismo de Austin⁶.

O ataque de Kelsen centra-se na visão de Austin de que as leis são uma espécie de comandos. Kelsen apresenta três objeções gerais que claramente antecipam a crítica de Hart à teoria do comando. A primeira parte da afirmação de que se as leis são comandos, elas devem ser entendidas como comandos obrigatórios ou impositivos, uma vez que a lei é obrigatória ou impositiva. Kelsen observa que Austin parece concordar com essa demanda ao tentar explicar o que significa ser obrigado ou vinculado por uma norma jurídica. Segundo Austin, um comando é a expressão imperativa de uma vontade da parte de uma pessoa que a outra se comporte de uma certa maneira. O que faz um comando vinculativo é o fato de que a pessoa a quem é dirigida estar sujeita a uma sanção em caso de descumprimento (VINX, 2011, p.475).

Evidentemente, a leitura de Kelsen sobre os escritos de Austin concentra-se no argumento de que uma “teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo” (KELSEN, 1934) e, assim, não está em questão *o que deve ser o direito, mas simplesmente o que é o direito*. Em outras palavras, segundo Kelsen, trata-se apenas de uma ciência, e não de uma política do direito⁷, pois a própria busca histórica de justiça social revelou-se impossível na medida em que não há o estabelecimento de uma estrutura concreta de ordenação jurídica. Neste sentido, Kelsen também passa a considerar que o argumento de Austin segundo o qual o direito deve ser um instrumento racional da regra utilitarista não é suficiente sem a adoção de um procedimento formalista. Isso significa, portanto, que “o fato de uma norma pertencer a um determinado sistema de normas, a uma determinada ordem normativa, só pode ser verificado

⁶ Vinx (2011, p.473) ainda afirma, por exemplo, que “a teoria do direito de Hart é uma tentativa de libertar a visão de que a existência do direito é uma espécie de fato social a partir das vulnerabilidades do positivismo austiniano exposto por Kelsen”.

⁷ As primeiras discussões críticas sobre o trabalho de Kelsen podem ser conferidas nos seguintes artigos: STERN, W.B. Kelsen’s Theory of International Law”. In: **The American Political Science Review**, Vol. 30, n° 4, Aug. 1936, pp.736-741; PATTERSON, E.W. “Hans Kelsen and His Pure Theory of Law”. In: **California Law Review**, Vol. 40, n° 1, Mar. 1952, pp.5-11; VOEGELIN, Erich. “Kelsen’s Pure Theory of Law”. In: **Political Science Quarterly**, Vol. 42, n°2, jun.1927, pp.268-276; JANZEN, Henry. “Kelsen’s Theory of Law”. In: **The American Political Science Review**, vol. 31, n° 2. Apr.1937, pp.205-226; BERGMANN, Gustav; ZERBY, Lewis. “The Formalism in Kelsen’s Pure Theory of Law”. In: **Ethics**, Vol. 55, N° 2, jan.1945, pp.110-130; COWAN, Thomas A. “Experimental Jurisprudence and the ‘Pure Theory of Law’”. In: **Philosophy and Phenomenological Research**, Vol. 11, n° 2, Dec.1950, pp.164-167.

ao se determinar que ela extrai sua validade da norma básica que constitui tal ordem” (KELSEN, 1945, p.111).

2 A NORMA DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE JURÍDICA

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a tipografia filosófica de Hart está significativamente assentada sobre Austin e Kelsen: do primeiro, discordando do “modelo simples do direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano” porque ele “não reproduz, em vários aspectos fundamentais, algumas das principais características dos sistemas jurídicos” (HART, 2009, p.103); do segundo, por afirmar que as normas jurídicas devam ser reduzidas apenas aos critérios reconhecidos de validade de um sistema (HART, 2009, p.268). Por isso, quando Hart discute nos dois primeiros capítulos de O Conceito de Direito aquilo que difere a obrigação jurídica de outras formas de obrigação, o autor procura mostrar que o conceito de ordens apoiado por ameaças está mais próximo de uma lei penal sancionada pelo poder legislativo de um Estado moderno do que qualquer outra modalidade de direito. E, de fato, equiparar o direito a ordens coercitivas seria ignorar as variedades de direito que não se adequam a essa descrição, entre os quais, por exemplo, aqueles em que há outras leis positivadas que diferem das ordens na medida em que não exigem que as pessoas façam alguma coisa, mas confere-lhes poderes para isso, isto é, não impõem deveres, mas apresentam dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos (HART, 2009, p.65). A crítica de Hart, portanto, consiste numa crítica ao direito entendido como ordem coercitiva, uma vez que ele não é capaz de explicar o hábito de obediência e a própria continuidade do direito.

Suponhamos agora que, após um reinado bem-sucedido, Rex morra deixando um filho, Rex II, que começa então a dar ordens gerais. O mero fato de ter havido um hábito generalizado de obediência a Rex I durante sua vida não torna sequer provável a obediência habitual a Rex II. Assim, se não tivermos nada além do fato da obediência a Rex I e da probabilidade de que ele continuaria a ser obedecido, não poderemos afirmar sobre a primeira ordem de Rex II, como poderíamos ter dito da última ordem de Rex I, que ela será dada por alguém que é soberano e constituirá, portanto, direito. Não existe ainda um hábito estabelecido de obediência a Rex II. Será preciso esperar para ver se essa obediência será tributada a Rex II como era a seu pai, antes que possamos dizer, de acordo com a teoria, que este é agora o soberano e suas ordens constituem o direito. Não há nada que o torne soberano desde o início. É só depois de sabermos que suas ordens foram obedecidas por certo tempo que poderemos dizer que foi estabelecido um hábito de obediência (HART, 2009, p.71).

A passagem do hábito de obediência à continuidade do direito e, por conseguinte, na aceitação da norma, é explicada por Hart a partir de três razões: a primeira deve-se ao fato de que a convergência de comportamento entre os membros não é suficiente para caracterizar a existência da norma. Os desvios são vistos como lapsos ou erros sujeitos à crítica e sofrem pressão no sentido da obediência. A segunda razão é que a censura aos desvios é encarada como legítima ou justificada, pois tanto aqueles que as fazem como aqueles a quem são dirigidas tomam-nas como necessárias. E, terceiro, consiste na distinção entre normas sociais e hábitos: os hábitos podem ter existência sem que nenhum membro do grupo pense no comportamento em geral, enquanto as normas dependem que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como padrão geral a ser respeitado por todo o grupo. Assim, segundo Hart, mesmo que muitas pessoas simplesmente obedeçam às regras primárias por hábito, o sistema jurídico continuará funcionando porque aquilo que realmente conta é a concepção interior das autoridades.

Talvez a mais controvertida ideia na filosofia de Hart seja aquela derivada do conceito de “regra”, em parte derivada da concepção de linguagem ordinária de Wittgenstein e das insinuações dos herdeiros e críticos do próprio Hart. Em *O Conceito de Direito*, o autor vagamente explora o filósofo vienense e, quando o faz, rapidamente indica-o em duas notas dos capítulos I e VII. Na primeira, ao apontar para os vários usos de um termo geral: “Sobre a noção de ‘semelhança de família’: ver Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, i, §66-76. (...) O conselho de Wittgenstein é pertinente para a análise dos termos jurídicos e políticos (...)” (HART, 2009, p.360). Na segunda referência, um apontamento indireto a Wittgenstein resgatada do trabalho de Peter Winch, *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, publicado em 1958: “Wittgenstein, em *Philosophical Investigations* (esp. i, ss.208-38), faz muitas observações importantes a respeito das noções de ensinar e seguir normas. Ver a discussão sobre Wittgenstein em Winch, *The Idea of a Social Science*, pp.24-33, 91-3” (HART, 2009, p.380).

A respeito da primeira referência a Wittgenstein, Hart parece ter intuído corretamente a ideia de que o exame das palavras nos mostra que seu significado exhibe as práticas sociais que estão inseridas. Aliás, o uso da expressão “jogo de linguagem” quer justamente atacar a concepção essencialista para o qual a linguagem deveria procurar uma essência ou entidade à qual as palavras devam se remeter. Diz Wittgenstein: “O conceito filosófico de denotação está

alojado numa concepção primitiva do modo e da maneira como a linguagem funciona” (WITTGENSTEIN, 1995, §2) e, mais adiante, que “considera, por exemplo, aos processos aos quais chamamos ‘jogos’. Quero com isto dizer os jogos de tabuleiro, os jogos de cartas, os jogos de bola, os jogos de combate, etc. o que é que é comum a todos eles? Não respondas: ‘Tem de haver alguma coisa em comum, senão não se chamariam jogos’ – mas olha, para ver se têm alguma coisa em comum. – Porque, quando olhares para eles não verás de facto o que todos têm em comum, mas verás parecenças, parentescos, e em grande quantidade” (WITTGENSTEIN, 1995, §66). Por isso, quando Hart dirige sua atenção ao conceito de Direito⁸, reluta exatamente contra a tendência da tradição jurídica em procurar o uso das expressões jurídicas além do seu uso cotidiano na linguagem. Assim, “juntamente com Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, Herbert Hart, que considerar a indeterminação do Direito como produto da limitação da linguagem a qual, em alguns casos advém da vontade do criador ou intérprete do texto legal, também está entre os precursores do positivismo jurídico no século XX” (PERUZZO JÚNIOR, 2018, p.153).

3 DAS REGRAS PRIMÁRIAS ÀS REGRAS SECUNDÁRIAS: UM POSITIVISMO SUAVE

O fato é que da análise do conceito de regra, Hart não pretendeu, assim como Wittgenstein, cair em um retrocesso infinito para encontrar suas origens. As regras, sejam elas do sistema jurídico ou não, só podem ser compreendidas a partir de sua inserção na sociedade. Sendo assim, concordar com essas regras significa ser capaz de usá-las e, conseqüentemente, reconhecê-las dentro de nossos jogos de linguagem cotidianos. As regras, portanto, só podem ser justificadas no contexto das próprias sociedades e porque são a reserva estrutural de seu próprio funcionamento. Entretanto, a concordância na prática destas regras, como advogam

⁸ A observação de Hart ao conceito de Direito parece ser uma clara referência ao parágrafo 11 de *Investigações Filosóficas*, na qual Wittgenstein apresenta a metáfora da caixa de ferramentas e denuncia a ânsia metafísica da concepção tradicional de filosofia: “Pensa nas ferramentas numa caixa de ferramentas: lá está um martelo, um alicate, um a serra, uma chave de parafusos, uma régua, um frasco de cola, cola, pregos e parafusos. Tao diferentes quanto são as funções destes objectos são a função das palavras. (E há semelhanças em ambos os casos). O que nos confunde nas palavras é a sua aparente identidade quanto à forma, quanto as ouvimos ditas ou as encontramos escritas ou impressas. Então a sua aplicação não nos aparece tão claramente. E em especial quando fazemos Filosofia!” (WITTGENSTEIN, 1995, §11)

alguns críticos de Hart, não é suficiente para determinar se à elas deve-se também obediência moral. Segundo Wittgenstein, por exemplo, não é necessária nenhuma leitura fundacionista para explicar seu reconhecimento: “‘Como é que eu posso seguir uma regra?’ – Se isto não é perguntar pelas causas, então é perguntar pela justificação do meu procedimento. Se esgotei as justificações, então, é porque já estou a escavar na rocha, e a minha pá entorta-se. Estou então inclinado a dizer: ‘Eu procedo assim’”. (WITTGENSTEIN, 1995, §217). Seguir uma regra, portanto, é o reconhecimento de um contexto de justificação e, conseqüente, a existência de um sistema de referências para o comportamento humano, seja geral ou não (Cf. BARATELLA; PERUZZO JÚNIOR, 2021).

Wittgenstein não estava preocupado em fechar as lacunas do pluralismo dos jogos de linguagem ou com a possibilidade de pensarmos a “forma de vida” humana em seu sentido comum. Ao contrário, trata simplesmente de mostrar que “o paradoxo dissolve-se apenas se cortarmos radicalmente com a ideia de que a linguagem funciona sempre de uma certa maneira, serve sempre a mesma finalidade: transmitir pensamentos, sejam estes pensamentos acerca de casas, de dores, do bem e do mal, etc.” (WITTGENSTEIN, 1995, §304). Não há nada além de uma terapia sobre a natureza conceitual dos problemas filosóficos (ou jurídicos) e, por isso, a meta em Filosofia é “mostrar à mosca o caminho para sair do caça-moscas” (WITTGENSTEIN, 1995, §309). Hart, por sua vez, procura consolidar a narrativa da existência do direito e sua base estrutural social de regras primitivas a partir do surgimento de um segundo e diferente tipo de regras⁹. Enquanto as regras primárias “exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não” (HART, 2009 p.105), as normas secundárias

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 (HART, 2009, p.105).

⁹ Ao afastar-se da orientação de Hart, Alexy (2009, p.22) afirma que “segundo Hart, o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento ou de reconhecimento (rule of recognition)”. Assim, completa, “a função dessa regra corresponde à da norma fundamental de Kelsen. Todavia, conforme veremos em detalhes mais adiante, seu status é de um tipo completamente diferente” (ALEXY, 2009, pp.22-23).

Ao introduzir a concepção de regras secundárias, Hart procura enfatizar que o funcionamento de uma estrutura jurídica não poderia manter-se apenas com uma concepção interna das regras primárias. Por isso, numa sociedade desenvolvida faltar-lhe-ia coerência nos limites de aplicação das regras e, portanto, na regulação da manutenção da vida social. Uma das consequências diretas desta questão seria o problema da incerteza social quanto à posição de determinadas regras e, então, à própria força da obrigação imposta aos cidadãos. Assim, Hart estabelece que as regras secundárias possuem a função de remediar os litígios e o fato de as regras primárias serem infringidas e encontrarem uma forma de processo de julgamento reconhecido. Fuller, a este respeito, discorda da resposta de Hart e afirma que ele deixa “completamente intocada a natureza das regras fundamentais que tornam o próprio direito possível, voltando sua atenção, em vez disso, para o que ele considera uma confusão de pensamento por parte dos críticos do positivismo” (FULLER, 1958, p.639).

Evidentemente, o trabalho de Hart pretende enfatizar que são as regras secundárias que permitem aos indivíduos e às autoridades públicas critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação. Neste sentido, as regras secundárias são dispostas em *regra de reconhecimento* [determina o que é ou não uma regra primária válida para a sociedade e as limitações processuais de sua criação], *regras de alteração* [indicam como as regras primárias podem ser alteradas ou criadas] e *regras de julgamento ou prestação jurisdicional* [indica os instrumentos pelos quais se pode tomar decisões sobre a violação das regras primárias]. É justamente nesta intersecção entre regras primárias e secundárias que encontramos o caráter essencial do direito e, assim, a distinção entre um mundo pré-jurídico e jurídico.

A ideia de uma união entre as normas primárias e secundárias, à qual se atribui lugar tão importante neste livro, pode ser considerada um meio-termo entre extremos jurídicos. Pois a teoria jurídica tem às vezes buscado a chave para a compreensão do direito na ideia simples de uma ordem sustentada por ameaças e, outras vezes, na noção complexa de moral (HART, 2009, p.275).

No “positivismo suave” de Hart, a validade das regras jurídicas, portanto, dependem da satisfação aos critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento. É assim que Tom Campbell (2011, p.36), por exemplo, descreve a posição apresentada por Hart em seu *Post-Scriptum* ao tratar da “escolha entre positivismo “duro” e “suave”, isto é, entre excluir ou incluir critérios morais na regra de reconhecimento”. A questão crítica, argumenta Campell, não será apenas o

fenômeno dos regimes jurídicos maléficos que elimina o impulso prescrito das análises de Hart, uma vez que ele aceitaria a aplicação da moralidade no direito, concordando com o princípio do dano de J. S. Mill, apenas se a conduta efetivamente causasse danos aos outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É no interior desse cenário, então, que Hart verá o problema da incompletude da lei e a possibilidade de que a discricionariedade judicial possa ser identificada em seu sentido forte¹⁰. Essa posição acabou suscitando severas críticas e objeções, advindas especialmente de Dworkin, as quais foram respondidas posteriormente em outros textos e mesmo no *Post-Scriptum*: “(...) minha teoria não é uma teoria positivista ‘dos simples fatos’, já que admite valores entre os critérios do direito, e não apenas ‘simples’ fatos. (...) Na verdade, acho totalmente inútil buscar qualquer objetivo mais específico ao qual o direito como tal possa servir, além daquele de constituir um guia para a conduta humana e oferecer critérios para a sua crítica” (HART, 2009, p.321).

É inegável indicar, por fim, que uma das características do positivismo jurídico de Hart consiste em colocar na regra de reconhecimento o *locus* que qualifica a existência de um sistema jurídico. Por isso, quando afirma que uma fórmula do tipo “Tudo o que for aprovado no Parlamento será lei”, está elaborando uma estrutura formal e estabilizadora para a resolução de interesses e conflitos em sociedade. Neste ponto, então, mesmo que a textura aberta das leis signifique que sua regulamentação deva ficar a cargo dos tribunais e autoridades, o espaço do poder discricionário depende da própria extensão determinada pela regra de reconhecimento. Isso permite evitar, por exemplo, que as lacunas sejam espaços conflitantes ou carentes de poder regulamentador. Assim, nas palavras do autor, “a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas de comportamento nos quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio

¹⁰ A este respeito, o trabalho de Daniela R. Ikawa, Hart, Dworkin e discricionariedade, procura mostrar que Hart e Dworkin admitiam uma forma fraca de discricionariedade, embora com visões opostas à existência deste dever. Assim, afirma a autora, “a questão da discricionariedade ou da existência ou não de um dever legal do juiz de decidir de determinada forma remete à questão da completude ou incompletude da lei. Essa segunda questão abraça, por sua vez, três outras, concernentes à regra social de reconhecimento, à teoria bifásica ou monofásica da lei e à natureza dos princípios (...)” (IKAWA, 2004, p.100).

entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso (HART, 2009, p.175). O formalismo de regras, portanto, mostra-se um velho fantasma metafísico.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BARATELLA, Ângelo Fernandes; PERUZZO JÚNIOR, Léo. “A penumbra do direito e a questão normativa das regras”. In: **Revista Perspectiva Filosófica**, Vol. 48, nº1, 2021, pp.265-289.
- CAMPBELL, Tom. “Rewriting Harts Postscript: thoughts on the development of legal positivismo”. In: **Problemata: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, nº 5, 2011, pp.23-52.
- FULLER, Lon. “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. In: **Harvard Law Review**, Vol. 71, Nº 4, 1958, pp.630-672.
- HART, Herbert. “Positivism and the separation of Law and Morals”. In: **Harvard Law Review**, Vol.71, Nº 4, 1958, pp.593-629.
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- IKAWA, Daniela. “Hart, Dworkin e Discricionariedade”. In: **Lua Nova**, nº 61, 2004, pp.97-113.
- KELSEN, Hans. “The Pure Theory of Law – Its Method and Fundamental Concepts”. In: **Law Quarterly Review**, 1934.
- KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. New York: Russell & Russell, 1945.
- PAPPE, H.O. On the validity of Judicial Decisions in the Nazi Era. In: **The Modern Law Review**, vol. 23, nº 3, may, 1960, pp.260-274.
- PERUZZO JÚNIOR, Léo. “Language and Open Texture of Law in the Philosophy of Herbert Hart”. In: **Revista Peri**, Vol. 10, nº 1, 2018, pp.151-164.
- VINX, Lars. “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty”. In: **The Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, Vol. 24, Nº 2, July 2011, pp.473-490.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.