

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

F488

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

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

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

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

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

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

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O artigo “Direito e Linguagem na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Coordenadores

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

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

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

**A JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA DESCONSTRUÍDA: UMA ANÁLISE DA OBRA
O CONCEITO DE DIREITO DE HERBERT HART**

**THE ANALYTICAL JURISPRUDENCE DECONSTRUCTED: AN ANALYSIS OF
THE WORK THE CONCEPT OF LAW BY HERBERT HART**

**Moisés João Rech
Susanna Schwantes**

Resumo

O artigo analisa a desconstrução procedida por Herbert Hart, em sua obra O Conceito de Direito, acerca da jurisprudência analítica, em especial da teoria analítica do direito de John Austin. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica da obra de Hart, a edição de 1994 d'O conceito de direito, além de literatura especializada. Os resultados obtidos possibilitaram compreender as principais categorias da teoria analítica do direito e, igualmente, compreender a desconstrução da própria teoria analítica. A conclusão demonstra a impossibilidade de construir uma teoria analítica do direito a partir de categorias como ordens baseadas em ameaças e hábitos de obediência.

Palavras-chave: Jurisprudência analítica, O conceito de direito, Herbert l. a. hart

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the deconstruction preceded by Herbert Hart, in his work The Concept of Law, on the analytical jurisprudence, in particular the analytic theory of law of John Austin. The methodology used was bibliographical research of the work of Hart, the 1994 edition of The concept of law, and theme related literature. The results enabled to understand the main categories of the analytic theory and, at the same time, understand the deconstruction of the analytic theory. The conclusion shows the impossibility of building an analytical theory of law from categories such orders based on threats and habits of obedience.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Analytical jurisprudence, The concept of law, Herbert l. a. hart

1 INTRODUÇÃO

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) foi um dos teóricos britânico do direito mais importante do século XX. Da tradição da jurisprudência analítica, também conhecida como teoria analítica do direito, foi em sua obra capital, *The Concept of Law*, com edição de 1961 e 1994, que ganhou grande expressão do debate jusfilosófico. A teoria hartiana é uma das grandes expoentes jurídicas da filosofia analítica da Escola de Oxford e da própria jurisprudência analítica. A filosofia da linguagem ordinária ou simplesmente Escola de Oxford foi um movimento filosófico derivado, em linhas gerais, dos estudos linguísticos do último Wittgenstein. (ARGÜELLES, 1984, p. 8). Embalada pelo contexto cultural da época, a Escola de Oxford¹ deteve-se em pesquisas relativas à linguagem, lógica simbólica e análise matemática. Por sua vez, a teoria analítica do direito ou simplesmente jurisprudência analítica de Hart enquadra-se principalmente na tradição inglesa de Jeremy Bentham (1748-1821), John Austin (1790-1859) até chegar em Kelsen, onde tal teoria integra-se com o positivismo jurídico, que fundamentalmente se deve a Thomas Hobbes (1588-1678).

O problema de pesquisa aqui proposto é uma investigação da desconstrução procedida por Hart da jurisprudência analítica, ao ponto de rechaçar a tese austiniana de ordens baseadas em ameaças e hábito de obediência para substituí-los pelos conceitos de regra e ponto de vista interno. A teoria analítica do direito coloca os fatos positivos no centro das investigações científicas, mas não se trata de explicar sociologicamente ou psicologicamente os fenômenos jurídicos, mas sim como um sistema conceitual, como um sistema linguístico. As questões empíricas e normativas pressupõem, segundo a teoria analítica do direito, a apreensão conceitual do objeto, pois há a exigência de clareza sobre aquilo que se fala. Para que se analisem conceitos como *direito*, *sanção* e *moral* deve-se ter em mente os fenômenos sociais ali envolvidos.

A imagem da teoria analítica do direito é reconstruída a partir da obra de Hart para justamente desconstruí-la, e no tema central de estudo está a jurisprudência analítica em desconstrução. Desse modo, uma justificativa pode ser elaborada no sentido de afirmar a necessidade de revisitar a teoria analítica, em especial a obra do Hart em vista de sua pouca difusão no âmbito jurídico acadêmico, uma vez que o legado de Hart significa um avanço na

¹ “A filosofia da linguagem inglesa [...] desenvolveu-se em dois centros, Cambridge e Oxford [...]. E trata-se mais de um *movimento* do que de escola. Entre os analistas [...], com efeito, não há um *corpus* unitário de doutrinas e *frequentemente* não há concordância quanto aos resultados obtidos. *O que existe de comum é uma espécie de ofício*, uma mentalidade, um tipo de trabalho, que se exerce sobre a ‘língua’ para ver como funciona a ‘linguagem’, de modo que, entre outras coisas, o mundo [...] nos apareça mais claramente e sempre mais profundamente.” (cf. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. 1990, p. 670). Grifo do autor.

teoria anglo-saxônica do direito ao transportar para o direito a filosofia analítica da Escola de Oxford. Os objetivos apresentados são uma análise da desconstrução da teoria analítica do direito elaborada por Hart, buscando assim um esclarecimento das objeções apresentadas pelo autor às teses austinianas, através da pesquisa bibliográfica das obras de Hart e de comentadores especializados. Neste ponto é possível levantar a seguinte questão: qual é a específica relação entre a filosofia da linguagem e a filosofia do direito de Hart? Segundo Argüelles:

O propósito fundamental da teoria analítica do Direito tem sido – e é – a melhor compreensão do Direito e dos conceitos jurídicos, tendo essa finalidade teórica um importante valor prático. Uma de suas maiores preocupações tem sido a análise dos termos e conceitos jurídicos, tendo em conta que o Direito diz respeito a ações humanas, entendendo estas não como simples processos naturais ou empíricos, senão considerando-os como ações sociais de pensamento e linguagem. O Direito é essencial e irredutivelmente, embora não unicamente, linguístico; suas normas são formuladas e promulgadas mediante palavras, seus atos se articulam em expressões dotadas de publicidade. A formalização e estruturação do amplo número de práticas e atividades que constituem o Ordenamento Jurídico exigem um vocabulário especializado e rigoroso, dentro do âmbito de uma complexa estrutura conceitual. (ARGÜELLES, 1984, p. 16).

Igualmente Kaufmann (2004, p. 54) afirma que a teoria analítica do direito pretende fazer através da análise linguística afirmações que sejam rigorosamente compreensíveis sobre a separação do direito e da moral, assim como entre proposições normativas e empíricas. Nesse sentido, o marco da Escola de Oxford na formação de Hart foi profundo, sua busca foi elucidar a estrutura e a natureza do ordenamento jurídico através da análise linguística. Em um dos seus primeiros trabalhos *The Ascription of Responsibility and Rights* (1948) Hart afirma: “a reponsabilidade e os direitos não são características descritivas dos seres humanos, senão que são adstritas a eles em contextos determinados por regras jurídicas ou outras regras sociais.” (ARGÜELLES, 1984, p. 17 apud HART, 1948-9). Desse modo, nos primeiros capítulos de sua obra *O conceito de direito*, Hart tem como ponto de partida a teoria analítica do direito de John Austin a qual toma como modelo para suas desconstruções analíticas. Especificamente nos capítulos II, III e IV, Hart procede com uma desconstrução do modelo teórico austiniano a fim de construir seu próprio modelo analítico de direito. Não como hábitos de obediência e regras baseadas em ameaças, tese de Austin, mas sim com a ideia de regra e ponto de vista interno que Hart chega a seu conceito de direito, a união de regras primárias e secundárias.

2 UM MODELO DA JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA

O presente item tem como objetivo elaborar uma modelo de jurisprudência analítica, ou seja, reunir as principais teses da teoria analítica do direito para que seja possível, em seguida, efetuar sua desconstrução. O modelo apresentado para desconstrução é o modelo teórico analítico de John Austin, o qual Hart analisa no capítulo II de sua obra *O conceito de direito*, iniciando com a multiplicidade de imperativos de conduta. Contudo, preliminarmente, é necessário proceder a uma observação. A desconstrução que Hart efetua nos capítulos II, III e IV do modelo analítico de direito de John Austin, é, na verdade, uma análise desconstrutiva do modelo paradigmático da jurisprudência analítica, embora em muitos pontos similar com a doutrina de Austin. (HART, 1994, p. 23). Essa é uma nota de esclarecimento que se reputa necessária para não ocorrer confusões posteriores.

Hart toma como início de sua desconstrução a situação de um imperativo proferido por assaltante armado que se dirige a um empregado do banco: “entrega-me o dinheiro ou disparo.” (HART, 1994, p. 24). Essa proposição é uma proposição imperativa, uma ordem ou um comando, para usar os termos de Austin (HART, 1994, p. 25). O imperativo do assaltante ordena que alguém faça determinado ato sendo que a ordem é justamente o desejo do locutor, que se dirige ao ouvinte. Junto à vontade do assaltante, soma-se a ameaça de algum mal que seja mais desagradável que a própria ordem de conduta. O exemplo de uma ordem de um assaltante dirigida a um funcionário de um banco é tomado por Hart para traduzir a teoria analítica do direito, chamando esse exemplo de “modelo simples”, que constitui as principais teses da jurisprudência analítica. (HART, 1994, p. 26).

A primeira tese a ser explorada da jurisprudência analítica é a da generalidade das leis. Tomando o exemplo acima é evidente que a ordem do assaltante é uma ordem individual e concreta. Tal como a sentença de um juiz ou a ordem de um policial, a ordem do assaltante não pode ser concebida como um modelo padrão de funcionamento do direito. Pois, não há condições materiais em que o Estado poderia “arcar com o número de funcionários necessários para conseguir que cada membro da sociedade fosse informado, oficial e separadamente, de todos os atos que lhe exijam que fizesse.” (HART, 1994, p. 26). Desse modo, para Hart (1994, p. 26) a lei deve ser geral em dois sentidos, no primeiro a lei deve indicar um tipo geral de conduta, no segundo sentido, deve dirigir-se a uma categoria geral de pessoas. A generalidade da lei é o primeiro elemento que deve ser acrescentado ao modelo simples do assaltante.

A segunda tese diz respeito à permanência das ordens. No modelo simples o assaltante não emite ordens permanentes na medida em que após cessar a ameaça cessa a ordem. A lei, por outro lado, é permanente no sentido de que a desobediência da lei será provavelmente seguida pela punição do infrator independentemente do momento da infração em relação à existência temporal da lei. A execução da sanção da lei deve ser potencial, seja no momento de promulgação da lei, seja em momento posterior, até que a lei seja revogada independentemente no momento de sua existência. “Esta crença continuada nas consequências da desobediência pode dizer-se que mantém as ordens originais vivas ou permanentes [...]” (HART, 1994, p. 28).

A terceira tese da teoria analítica do direito que está ausente no modelo simples é a suposição de que, a maior parte das ordens é mais frequentemente obedecida do que desobedecida pela maior parte das pessoas afetadas. Como Austin afirmou, deve haver um hábito geral de obediência. (HART, 1994, p. 29). A noção de obediência geral é vaga, mas traz um dos elementos centrais que a jurisprudência analítica elegeu como reprodutor da continuidade dos sistemas jurídicos, ou seja, a continuidade requer um hábito geral de obediência pela maior parte dos indivíduos.

Para além dos três elementos já descritos até aqui como formadores do modelo analítico do direito, há ainda mais dois que estão relacionados à pessoa que emite as ordens. Para Hart (1994, p. 29) “o sistema jurídico de um Estado moderno é caracterizado por um certo tipo de *supremacia* dentro de seu território e de *independência* dos outros sistemas [...]” (grifo do autor). Os dois últimos elementos que caracterizam um sistema jurídico são, portanto, a supremacia e a independência. A supremacia está vinculada à emissão de ordens para um grupo de indivíduos dentro de um território delimitado, e a independência é justamente a não obediência habitual do soberano a outros sistemas jurídicos se não o seu próprio sistema.

Em resumo, no capítulo II da obra *O conceito de direito* Hart parte do que denominou de modelo simples, para demonstrar os cinco elementos constitutivos da jurisprudência analítica, em especial a de John Austin. Resumidamente, as teses são: a) as ordens jurídicas são ordens *gerais*, aplicando-se a um tipo geral de conduta e a uma categoria geral de pessoas; b) as ordens jurídicas são *permanentes*, ou seja, são válidas até que sejam revogadas ou canceladas; c) as normas jurídicas são mais obedecidas do que desobedecidas pela maior parte da população, é o que Austin denominou de *hábito geral de obediência*; d) o sistema jurídico é dotado de *supremacia* dentro de seu território e *independência* em relação a outros sistemas jurídicos. (HART, 1994, p. 26 e ss). Tais teses são elaboradas de acordo com

a teoria analítica do direito a partir de Austin, e que Hart toma como ponto de partida para sua desconstrução.

3 A DESCONSTRUÇÃO DE HERBERT HART

Ordens respaldadas por ameaças não são, contudo, as únicas formas de leis de um sistema jurídico moderno. Os itens que seguem constituem o núcleo de análise desconstrutiva de Hart direcionada à teoria analítica do direito, anteriormente exposta em cinco teses. Dentre as objeções de Hart à jurisprudência analítica, estão a análise das leis que, além de determinar deveres sob sanções, concedem poder legislativo aos particulares para, por exemplo, fazer testamentos e contratos. Além disso, nem todo o direito é legislado no sentido de que nem toda norma tomada como jurídica é fruto de um ato legislativo emanado do Estado, pois o costume também faz parte integrante do direito quando é reconhecido por este. E ainda, a legislação elaborada com base em desejos do soberano não são somente ordens para os outros, mas vinculam até mesmo o próprio legislador, onde as leis promulgadas, mesmo as não desejadas pelos legisladores serão consideradas leis. Essas são as primeiras críticas feitas por Hart ao modelo da teoria analítica do direito, e são críticas essas que darão sustentação à construção de sua teoria do direito e dividem-se em o “conteúdo das leis”, “âmbito de aplicação” e “modos de origem”. (HART, 1994, p. 33).

Em relação ao *conteúdo das leis* Hart (1994, p. 34) distingue leis que impõem deveres aos cidadãos e cujo descumprimento acarreta uma sanção, e leis que, ao contrário de impor deveres, conferem poderes jurídicos aos cidadãos para a realização de seus desejos. Pelo primeiro tipo de lei pode-se fazer analogia com o direito penal, em que a norma jurídica determina deveres sob pena de sanções.² O segundo modelo de leis entende-se a que faculta a criação de testamentos, contratos, casamentos etc. Para o segundo tipo de lei não há sanção oponível ao não cumprimento da disposição, ou seja, caso seja procedida à criação de um testamento cujas testemunhas são insuficientes conforme disposição da lei, o ato de testar é nulo, inválido e, portanto, não gerará efeitos. Mas como bem analisa Hart (1994, p. 35), o não cumprimento da disposição que determina o número mínimo de testemunhas não gera uma infração punível com uma sanção. Enquanto as leis penais afirmam: “faça isto, quer queira,

² “O direito criminal é algo a que obedecemos ou desobedecemos e o que as suas regras exigem é designado como ‘dever’. Se desobedecermos, diz-se que ‘infringimos’ a lei e que o que fazemos é juridicamente ‘errado’, uma ‘violação do dever’ ou um ‘delito’. A função social que a lei criminal cumpre é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente de seus desejos. O castigo, ou a ‘sanção’, que é associado pela lei à infrações ou violações do direito criminal [...] destina-se a fornecer um motivo para a abstenção dessas atividades.” (HART, 1994, p. 34).

quer não” (HART, 1994, p. 36), as leis potestativas “se quiser fazer isto, é deste modo que se deve proceder”. (HART, 1994, p. 36).

Hart (1994, pp. 36-37) distingue ainda, acerca das leis que conferem poderes ou leis potestativas, as do tipo que conferem poderes judiciais e as que conferem poderes legislativos. Poderes judiciais são normas que determinam o objeto e conteúdo da jurisdição de determinado juiz e tribunal, já pelos poderes legislativos entende-se o poder de criar direitos subjetivos e deveres. (HART, 1994, pp. 38-39). Juristas como Austin e Kelsen (ARGÜELLES, 1984, pp. 195-197) tentaram identificar a norma jurídica em um conceito, sem fazer qualquer distinção entre normas que determinam deveres e normas que conferem poderes. Para Hart (1994, p. 39), “[...] há uma diferença radical entre as regras que conferem e definem o modo de exercício dos poderes legislativos e as regra do direito criminal, [...] seria grotesco identificar esses dois tipos gerais de norma.”

A primeira tentativa de unificação da norma jurídica é a tese da nulidade entendida como sanção, defendida por Austin. (ARGÜELLES, 1984, p. 195). Tal tese resume-se em afirmar que, dado o não preenchimento dos requisitos legais para o exercício do poder, a nulidade aí decorrente configurar-se-ia a sanção da norma. Ou seja, do mesmo modo como a norma que impõe deveres e cujo descumprimento decorre a sanção criminal, a norma que confere poderes tem como sanção a nulidade em caso de não preenchimento de todos seus requisitos legais. Existe, de acordo com a concepção de Hart (1994, p. 43) “uma tentativa de mostrar a identidade fundamental entre as regras que conferem poderes e as ordens coercitivas através do alargamento do significado de sanção ou ameaça de um mal.”

A tentativa de unificação da norma jurídica por meio da nulidade como sanção é para Hart (1994, p. 42) fonte de confusão, pois, a nulidade pode não ser um mal para aquele que não preencheu as formalidades legais. Como por exemplo, a parte demandada que descobre não estar vinculada a um contrato em vista de ser menor de idade ou não tê-lo assinado. A nulidade pode não ser vista como uma sanção, pois não tem como objetivo desencorajar as condutas proibidas desejadas, no entanto, a crítica mais contundente é afirmar que embora a nulidade é parte integrante da norma conferidora de poderes, no caso da norma que impõe deveres há a possibilidade lógica de separar o preceito que determina o dever de conduta e o preceito da sanção. O mesmo não é possível com a norma que confere poderes, pois o preceito que confere as formalidades nulificantes é parte integrante da própria norma jurídica. Por exemplo, a assinatura no testamento para fazê-lo validamente. (HART, 1994, p. 43).

A segunda tese para a unificação das normas jurídicas é desenvolvida por Kelsen (HART, 1994, p. 44), que afirma que todas as normas genuinamente jurídicas são as normas

dirigidas aos funcionários públicos para aplicar a sanção.³ Desse modo, as normas que determinam deveres de conduta são classificadas como fragmentos, meros anexos das normas que impõe a sanção. A regra sancionatória é o que Kelsen (1998, p. 86) denominou de genuína norma jurídica, é sua famigerada *norma primária*, e a norma que impõe o dever de conduta é o que Kelsen denominou de *normas secundária*. A tese de Kelsen consiste em afirmar que as normas que conferem poderes (norma secundária) são fragmentos incompletos das normas coercitivas (normas primárias), é dizer, todas as normas genuinamente jurídicas são normas que se destinam aos tribunais para que se apliquem sanções, dessa forma, as normas secundárias – as que determinam os deveres de conduta – são apenas condições sob as quais os tribunais devem aplicar as sanções, ou ainda, estão conditas implicitamente na estrutura das normas primárias. A diferença entre a tese da nulidade consiste em afirmar que não é necessário que haja uma sanção para cada norma jurídica, mas apenas que em toda a norma jurídica genuína prescreva a aplicação de uma sanção.⁴ As normas que conferem poderes são condições sob as quais os tribunais devem aplicar a sanção,⁵ e as regras que conferem poderes legislativos são meras ‘cláusulas condicionantes’ e não regras completas, sob as quais os tribunais aplicam as sanções. (HART, 1994, p. 44-45).

Há ainda a versão moderada dessa tese que consiste em afirmar a existência de ordens baseadas em ameaças dirigidas aos cidadãos, tal como as leis penais que tornam-se leis completas em si mesmas. No entanto, em se tratando das leis que conferem poderes, essas ainda são tidas como fragmentos de leis que determinam a sanção, assim, volta-se à teoria anterior que afirma ser a genuína norma jurídica a norma sancionatória. (HART, 1994, p. 45). “Qualquer das versões desta teoria procura reduzir regras jurídicas aparentemente distintas em uma única forma que, alegadamente, é portadora da quintessência do direito.” (HART, 1994, p. 46). Embora de modo diverso ambas fazem da sanção seu elemento central, e podem ser tidas como errôneas ou incorretas se for demonstrado que uma lei sem sanção é perfeitamente

³ “Que alguém seja juridicamente obrigado a certa conduta significa que um órgão deve lhe aplicar uma sanção no caso de conduta contrária.” (KELSEN, 1998, p. 85).

⁴ “Antes de observarmos os seus defeitos, deve notar-se que, nesta forma extrema, a teoria envolve uma deslocação da concepção original do direito enquanto ordens baseadas em ameaças se sanções que devem ser aplicadas quando as ordens são desobedecidas. Em vez disso, a concepção central é agora a de ordens a funcionários para aplicarem sanções. Deste ponto de vista, não é necessário que uma sanção esteja prescrita para a violação de cada lei; é tão só necessário que toda a lei ‘genuína’ dirija a aplicação de uma qualquer sanção.” (HART, 1994, p. 45).

⁵ “Não há uma lei que proíba o homicídio: o que há é apenas uma lei que encarrega os funcionários de aplicar certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que praticam o homicídio. Deste ponto de vista, o que vulgarmente se concebe como o conteúdo das leis, visando guiar a conduta dos cidadãos comuns, é meramente o antecedente ou a ‘cláusula condicionante’ duma regra não dirigida a eles, mas aos funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, se certas condições tiverem sido satisfeitas. Todas as leis genuínas, deste ponto de vista, são ordens condicionais a funcionários para aplicarem as sanções.” (HART, 1994, p. 44).

concebível. A teoria kelseniana sobre as normas primárias e secundárias tem evoluído em toda sua obra, desde a primeira edição da teoria pura em 1934 até a última edição em 1960, quando não utiliza mais os termos norma primária e secundárias, mas sim normas autônomas e não-autônomas. (KELSEN, 2009, pp. 60-62).

Estas são, portanto, as objeções lúcidas de Hart. O preço da uniformização é o obscurecimento e a distorção das diversas funções sociais que os distintos tipos de regras cumprem. (HART, 1994, p. 46). As regras que conferem poder, entendidas como meros fragmentos de normas principais é, conforme Hart (1994, p. 50) “obscurecer as características distintivas do direito e das atividades possíveis dentro de sua estrutura [...]”, e continua afirmando que “[...] a introdução na sociedade de regras da atribuição de competência aos legisladores [...] e aos juízes [...] não apenas constitui um passo importante; [...] pode mesmo ser considerada como a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.” (HART, 1994, p. 50).

Superado os problemas do *conteúdo das leis* Hart avança em suas objeções ao que chamou de *o âmbito de aplicação* das leis, que trata da questão da obrigatoriedade da legislação para o próprio legislador, ou seja, o caráter auto-obrigatório da legislação. Hart parte do entendimento de que uma ordem baseada em uma ameaça é um desejo de que outros façam ou deixem de fazer algo, e para que o legislador faça parte dos destinatários da lei, Hart (1994, p. 51) lança mão do conceito de *promessa* em oposição à explicação da duplicação da pessoa do legislador, uma pública que dita a norma e uma privada que a obedece. A promessa pressupõe a existência de “regras que assegurem que, se as palavras forem usadas pelas pessoas apropriadas [...], os que a usam ficarão obrigados a fazer as coisas que as palavras designam.” (HART, 1994, pp. 51-52).

A criação de uma lei é pressuposta por regras conferidoras de poder e tais regras de potestade determinam as promessas assumidas pelos legisladores. O promitente, tido como o legislador, faz uso das regras que conferem poderes de criação de leis, mas ao tempo que fazem, admitem (prometem) que se elaborarem leis as obedecerão. (HART, 1994, p. 50). O modelo de ordens coercitivas é objetado por Hart em virtude de que não há necessidade de pensar a dualidade de pessoas no legislador, como anteriormente afirmado, pois a prescrição de uma norma pela personalidade pública do legislador à personalidade privada torna-se desnecessário em vista da possibilidade de explicação da auto-vinculação da lei por meio da promessa.

Quanto aos *modos de origem* a análise de Hart (1994, pp. 53-55) se direciona novamente à objeção da concepção de direito como um simples conjunto de ordens

coercitivas, pois em tal modelo há apenas uma fonte originária do direito. Para além da lei como modo de origem do direito, existem os costumes que igualmente são fonte de direito. (HART, 1994, p. 57). Desse modo Hart (1994, p. 53) pergunta-se: “O costume como tal é direito ou não.” Sua resposta consiste em afirmar que, embora haja costumes em todas as sociedades, muitos não fazem parte do direito, pois não são pela legislação reconhecidos como sendo direito. O segundo problema consiste em saber o real significado do *reconhecimento jurídico* de um costume. Ao determinar através de uma ordem a obediência aos costumes, seja ordem dada pelo judiciário, pelo legislativo ou pelo soberano, implica em determinar uma ordem demasiada abrangente que acaba por desvirtuar a teoria. Uma segunda resposta consiste em afirmar que as ordens do soberano podem ser tácitas, de modo que não haverá intervenção quando da possibilidade de seus subordinados darem ordens aos seus súditos. (HART, 1994, pp. 55-56). A não interferência pelo soberano nas ordens de seus subordinados a seus súditos, nas palavras de Hart, “é um substituto silencioso das palavras que poderia ter empregado.” (HART, 1994, p. 54).

As críticas de Hart a tais concepções de reconhecimento de costumes como jurídicos são as seguintes: a) até a aplicação em um litígio, (no caso de reconhecimento pelo judiciário) os costumes não necessariamente são direito, ou seja, mesmo antes de serem aplicadas pelos tribunais os costumes podem ser caracterizados como direito; e b) em não sendo reconhecido como direito os costumes não aplicados em um litígio, o soberano que não se manifesta (manifestação tácita) pode ser entendido como uma ordem de que se obedeça o direito? A resposta de Hart (1994, p. 57) afirmar que na maior parte dos sistemas jurídicos modernos raramente é possível atribuir caráter de jurídico a uma abstenção do soberano. Mas em que consiste então o reconhecimento jurídico de um costume? Resumidamente, as objeções presentes neste item diz respeito novamente à desconstrução que Hart faz à teoria analítica do direito, direcionada à concepção de ordens baseadas em ameaças. O costume, portanto, objeta Hart, igualmente é fonte do direito embora de modo muito particular, o que contraria a tese da jurisprudência analítica. Para compreender melhor acerca do reconhecimento do costume como fonte de direito, adentra-se nesse instante na teoria da *soberania* em Hart.

A teoria analítica do direito, entendida genericamente como ordens baseadas em ameaças, pressupõe a existência de um soberano que se caracteriza pelo hábito de obediência de suas ordens. Ao analisar a teoria da soberania, a qual fundamenta o sistema jurídico, Hart procura desconstruir a ideia da jurisprudência analítica de hábito de obediência para a ideia de “regra”. Hart procede a uma desconstrução da ideia de hábito de obediência que sustenta dos elementos fundamentais dos sistemas jurídicos, a *continuidade* da autoridade de criação do

direito e a *persistência* para além do desaparecimento do legislador. Portanto, o primeiro e o segundo ponto de análise de Hart é respectivamente o *hábito de obediência e a continuidade do direito* e a *persistência do direito* para depois da extinção do legislador. O terceiro ponto de análise é o modo de relaciona-se do soberano com o sistema jurídico, ou seja, se existem *limitações jurídicas ao poder legislativo* e o último item de análise é o *soberano para além do órgão legislativo*.

Sobre o *hábito de obediência e a continuidade do direito* Hart inicia sua análise a partir de quatro elementos básicos: a) hábito de obediência, da população em relação ao soberano; b) continuidade da autoridade, com a sucessão de diferentes legisladores para criar o direito; c) persistência das leis, ou seja, a permanência das leis para depois da morte de seu criador; e d) caráter ilimitado do poder jurídico do soberano. Ao utilizar a tese de hábito de obediência da teoria analítica do direito, Hart continua com sua desconstrução ao afirmar que meros hábitos de obediência são insuficientes para que a lei seja permanente e contínua. Em havendo, hipoteticamente, uma sociedade cujo soberano (Rex) é obedecido por um longo tempo e, na ocorrência de sua morte, seu filho Rex II será seu sucessor e emitirá ordens gerais tal como seu pai, Rex I. Para essa hipótese Hart (1994, p. 62) assevera que: “O mero facto da existência de um hábito geral de obediência a Rex I, em vida deste, nem sequer torna por si só provável que Rex II virá a ser habitualmente obedecido.” Da obediência de Rex I nada implica que os súditos haverão de obedecer a Rex II, primeiro pelo fato de que o hábito geral de obediência para com Rex I não garante que numa sucessão de legisladores, Rex II tenha o direito de suceder a Rex I e continue a legislar. Segundo, porque a mera obediência a Rex I não pode por si só fazer provável a obediência das ordens do segundo legislador (Rex II). (HART, 1994, p. 68).

Há a necessidade de algo a mais para que a sucessão da soberania seja validada e a continuidade do direito mantida. Trata-se de uma prática social mais complexa do que meros hábitos de obediência, trata-se do elemento *regra*. (HART, 1994, p. 64). Para que exista continuidade do direito deve se ter em mente a existência de um fenômeno social mais complexo, a regra. Hart prossegue em sua análise a partir da diferenciação entre hábitos e regras, consistindo resumidamente em o hábito em dois elementos: a) convergência de fato de determinadas condutas; b) conduta uniforme a que um observador pode registrar. Por outro lado, é possível afirma a respeito das regras: a) além da convergência de conduta, os desvios são considerados como passíveis de críticas, ou seja, há uma pressão social em favor da conformidade; b) a crítica à conduta desviante é considerada como legítima ou justificada; e c) para que exista uma regra, além do ponto de vista externo, deve haver, por parte do grupo

social, uma percepção das regras como pautas ou critérios de conduta a ser seguido por todo o grupo. Esse é o que Hart (1994, pp. 64-65) denominou de *ponto de vista interno*.

Quando um hábito é geral num grupo social, esta generalidade constitui simplesmente um facto relativo ao comportamento observável na maior parte do grupo. Para que haja um tal hábito, não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral ou saiba sequer que o comportamento em questão é geral; ainda menos exige que se esforce por ensiná-los ou que tencionem mantê-lo. Basta que cada um, por seu lado, se comporta da forma que os outros também se comportam efetivamente. Pelo contrário, para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto interno, para além do aspecto externo que partilha como hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar. (HART, 1994, p. 65).

Para tanto, é lícito afirmar que o que diferencia uma regra de um hábito é o ponto de vista interno que consiste na atitude crítica reflexiva e na exigência de conformidade com o padrão de conduta. O grupo social detém uma opinião formada a respeito das regras de conduta, tal opinião “manifesta-se da crítica e nas exigências de conformidade feitas aos outros, quando ocorre ou ameaça haver desvio, e no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e de tais exigências quando recebidas de outros.” (HART, 1994, p. 66). A opinião que manifesta-se na crítica detém uma linguagem normativa: eu devo, tu deves, isto está bom etc. Contudo, o aspecto interno na regra não é uma questão de sentimento de obrigação, a aceitação das regras como vinculativas não torna a questão meramente psicológica, como um sentir. O sentimento de obrigatoriedade não é necessário nem suficiente para a existência de regras que vinculam. (HART, 1994, p. 66). A diferença de hábito geral de conduta para a regra é que para a regra existe a necessidade de uma “atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas.” (HART, 1994, p. 66).

A diferenciação de hábitos de obediência de uma regra consiste na tese em que Hart elabora para justificar a continuidade do direito a partir da transição de um soberano para outro soberano, pois enquanto o hábito de obediência a um soberano (Rex) não garante a continuidade da obediência ao segundo soberano (Rex II) por dois motivos: a) primeiramente, porque os hábitos de obediência não são normativos, e não conferem direito ou autoridade a nada; b) por segundo, os hábitos de obediência, à diferença das regras aceitas, não podem fazer provável a obediência a futuros legisladores. A regra, contudo, faculta a identificação de padrões de comportamento por referência à palavras ditas ou escritas de uma determinada

pessoa. Isso significa afirmar que o soberano Rex terá o direito de fazer direito, e, a partir disso, elaborar regras de sucessão garantindo a continuidade do direito. (HART, 1994, pp. 67-68).

Superada o elemento de continuidade do direito e uma vez estabelecida a diferença entre hábitos de obediência de regras, Hart analisa o segundo aspecto da soberania que se identifica na *persistência do direito*, ou seja, como pode uma lei ser vinculatória mesmo depois de seu criador ser desaparecido. Em suas palavras: “Como pode a lei criada por um legislador anterior, desaparecido há muito, ser ainda lei para uma sociedade de que não pode dizer-se que lhe obedeça habitualmente?” A resposta de Hart (1994, p. 72) consiste na substituição de hábitos de obediência por regras aceitas. Aceitação de uma regra abre a possibilidade de que seja reconhecida uma sequência de pessoas cujas palavras serão padrões de conduta e, dessa forma, as regras de conduta assumirão caráter atemporal. A regra aceita é conferidora de autoridade à legislação de soberanos passados, e é sem dúvida mais complexa e sofisticada que meros hábitos de obediência. Novamente Hart desconstrói a tese da teoria analítica do direito de hábitos de obediência para regras aceitas.

O hábito de obediência foi utilizado como tese tanto de Hobbes como de Bentham e Austin (HART, 1994, p. 72) para sustentar a persistência do direito. Através da ideia de ordem tácita, Hobbes, Bentham e Austin afirmavam que o soberano não interfere nem se pronuncia sobre a legislação de antigos soberanos, o atual soberano reconhece a antiga legislação de forma tácita e não explícita. Hart objeta afirmando que a lei ainda persiste não em virtude de uma ordem tácita, mas sim por que foram “emitidas por pessoas cujos atos legislativos se revestem hoje de autoridade, segundo as regras atualmente aceites, independentemente do facto de tais pessoas estarem vivas ou mortas.” (HART, 1994, p. 73). Resumidamente as três críticas proferidas por Hart são as seguintes: a) as normas passadas cujo criador não existe mais, não são normas jurídicas apenas pelo fato de os tribunais as aplicarem, mas sim porque foram devidamente sancionadas por pessoas com autoridade para tanto; b) a distinção feita pelos tribunais entre leis revogadas e leis vigentes não se baseia em uma ordem tácita de aquiescência do soberano, mas sim em critérios fundamentais identificadores do direito; e c) a terceira teoria consiste afirmar que os tribunais não reconhecem o *status* de jurídica a uma lei enquanto não forem aplicadas em um caso concreto, a aceitação das regras como jurídica é necessária para a permanência delas no sistema.

O terceiro ponto acerca da soberania consiste na *limitação jurídica do poder legislativo*. Pelo modelo analítico de direito o soberano não sofre qualquer limitação jurídica em seus comandos, pois o soberano, para o sê-lo, não poderia obedecer e limitar-se a qualquer

poder legislativo superior. A teoria analítica afirma que o poder ilimitado juridicamente do soberano lhe pertence por natureza, em virtude de que “só pode haver limitações jurídicas ao poder legislativo, se o legislador estivesse sob as ordens de um outro legislador, a quem obedece habitualmente; e, nesse caso, já não seria soberano.” (HART, 1994, p. 75). O soberano cria direito para os súditos e fá-lo a partir de uma posição exterior à esfera jurídica, pois é soberano aquele que não obedece a nenhum outro legislador, e está além de qualquer limitação jurídica. Para a jurisprudência analítica não há nem pode haver quaisquer limites jurídicos ao seu poder de criação do direito. Os atrativos dessa teoria, nas palavras de Hart (1994, p. 76) são, primeiro, a facilidade de identificar o direito de uma determinada sociedade e distingui-lo de outras regras, princípios ou padrões de conduta que a vida dos indivíduos são regidas. Segundo, no campo do direito é possível determinar se os indivíduos estão em um sistema jurídico independente ou meramente subordinado a um outro sistema mais amplo.

As objeções, contudo, à interpretação da soberania como indeterminação do poder legislativo do soberano podem ser resumidas da seguinte maneira: a) a limitação jurídica do soberano não consiste em deveres impostos por outro legislador para que não legisle sobre determinada matéria, mas sim há uma ausência de poder jurídico para disciplinar determinada matéria em uma real incompetência legislativa. Tal ausência de competência é mais bem colocada quando se fala em constitucionalismo; b) em segundo lugar, para identificar um ato legislativo como direito não é necessário voltar-se para a autoridade que o estatuiu, sendo ela ilimitadamente soberana, mas sim, devemos observar se o ato legislativo foi praticado por um legislador habilitado segundo uma regra jurídica para tanto, e que tal regra confira competência necessária para a criação do ato; c) em terceiro lugar, não é necessário que o soberano não obedeça a ninguém e não detém restrições jurídicas para legislar a fim de demonstrar que o sistema jurídico é independente, deve-se apenas demonstrar que a regra que confere poder ao legislador não confere poder para outra autoridade superior em outro território; d) Hart estabelece a distinções entre uma autoridade ilimitada juridicamente e uma autoridade máxima no sistema, embora restringida pela constituição; e) em quinto lugar Hart assinala que, embora a presença ou ausência de regras limitativas do poder do legislador são importantes para a teoria da soberania, os hábitos de obediência do legislador têm uma importância relativa como meio de prova indireta, de que sua autoridade legislativa não está subordinada a de outros, por regras constitucionais ou legais. (HART, 1994, pp. 79-80).

O último item a ser abordado é o *soberano para além do órgão legislativo*, onde afirma que em sistemas jurídicos modernos a tese do soberano com poderes ilimitados torna-

se sem sentido. Na grande maioria dos sistemas modernos há uma constituição que limita os poderes dos legisladores, e tais cláusulas limitativas podem ou não sofrerem modificações por algum corpo legislativo, a depender da natureza da cláusula que a constituição contenha a respeito de sua própria modificação.⁶ Contudo, é normal a possibilidade de reforma constitucional onde de maneira expressa em seu próprio texto abre a possibilidade para modificações. Argüelles (1984, p. 209) afirma que ao elaborar a tese da soberania a que Hart faz crítica, Austin não identificou o soberano com a assembleia legislativa, ou seja, Austin não pensava que quem compunha o corpo soberano era o parlamento, mas sim o eleitorado. Desse modo, o eleitorado é o soberano ilimitado juridicamente, enquanto o parlamento limitado pela constituição. Percebe-se uma incoerência na teoria de Austin, uma vez que o soberano é aquele quem a maioria da população cultiva hábitos de obediência, desse modo, conforme assinala Hart (1994, p. 84), a maioria da sociedade obedece habitualmente a si própria. Esta esquizofrenia, para utilizar expressão de Argüelles, entre os cidadãos é fruto de uma incongruência na teoria de Austin.

Para elucidar tal questão Hart (1994, p. 86) faz referência primeiramente a uma possível distinção entre o corpo dos cidadãos em sua capacidade privada e em sua capacidade oficial ou política. A segunda parte de uma possível resposta é afirmar que os indivíduos em sua capacidade oficial constitua uma outra pessoa que é habitualmente obedecida, porém, para que exista tal pessoa fictícia é necessário que haja regras preexistentes que disciplinem as condições que devem ser seguidas pelas pessoas que levam a cabo uma eleição e a criação de normas jurídicas válidas a tal corpo de indivíduos. Tais regras devem existir antes que haja um corpo de indivíduos com capacidade oficial, nesse caso, para que haja referidas regras é necessária uma autoridade anterior à sua criação. Uma vez que as regras são constitutivas da soberania não é possível que apenas hábitos de obediência constituam um grupo de indivíduos como pessoa fictícia oficial, pois as regras que especificam o procedimento do eleitorado de criarem eles mesmos regras de obediência são impossíveis de serem criadas, uma vez que obedecer “‘a si próprio como eleitorado’ não constitui uma referência a uma pessoa identificável fora das regras.” (HART, 1994, p. 86). Ou seja, é o equivalente a afirmar que os eleitores observam regras na eleição dos seus representantes, mas justamente isso é o equivalente a afirmar que o legislativo, e não o eleitorado, é o soberano. Hart rechaça novamente a ideia de hábito de obediência e ordens como conceitos explicativos do direito.

⁶ Na Constituição brasileira de 1988 tal preceito encontra sua expressão no artigo 60, parágrafo 4º e incisos: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Estes argumentos contra a teoria [...], são fundamentais no sentido de que equivalem à afirmação de que não somente a teoria está errada, nos aspectos de pormenor, como a simples ideia de ordens, hábitos e obediência não é adequada para analisar o direito. O que se exige em vez disso é a noção de uma regra que confere poderes, os quais podem ser ou não limitados a pessoas qualificadas de certos modos para legislar, mediante a observância de certo procedimento. (HART, 1994, p. 86).

Resumidamente, a crítica de Hart (1994) ao modelo de Austin, pode ser expressa nas seguintes teses: a) em relação às normas penais, que embora assemelham-se às ordens baseadas em ameaças, elas aplicam-se a quem as sanciona. Contudo, a função básica da norma não é sancionar, mas estabelecer pautas ou critério de conduta e somente quando tal finalidade fracassa é que a medida sancionatória é levada em conta. Inverter tais termos é deformar o direito como preço de uma uniformidade: as normas de direito penal não tem função de guiar apenas os órgãos que aplicam a pena, mas a todos os cidadãos; b) não há apenas norma de dever, mas norma que conferem poderes. Elas existem nos sistemas jurídicos modernos e tem a função de criar, modificar e extinguir normas de deveres; c) existem regras jurídicas que são diferenciadas por sua origem, como o costume que não provém de um ato consciente de criação do direito; d) limitação do poder do soberano, pois se restringem aos preceitos constitucionais, ademais de sua competência não ser uma questão de dever, mas de faculdades. O soberano é supremo, mas não ilimitado; e) rechaço na identificação da nulidade como sanção; f) rechaço das regras de competência/poder como meros fragmentos de normas jurídicas completas; g) rechaço da dupla personalidade do legislador, pois este utiliza-se de uma ‘promessa’; h) rechaço da ficção de ordem tácita do soberano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconstrução da jurisprudência analítica do direito proporcionou a Hart um modelo ao qual desenvolveu sua própria teoria analítica do direito, ao utilizar as teses de John Austin pôde objetar cada uma, a fim de, em um primeiro momento, desconstruir o modelo analítica de teoria do direito, para que em um segundo momento, construir sua própria teoria analítica a partir dos conceitos de *regra* e *ponto de vista interno*. De fato, as categorias de análise *ordens baseadas em ameaças* e *hábitos de obediência*, desenvolvidas por Austin, foram dissecadas e objetadas em pontos específicos. Ao rechaçar a tese de Austin, Hart elaborou suas próprias categorias de análise, a *regra* e o *ponto de vista interno*.

O conceito de regra é entendido como detentor de um ponto de vista interno, ou seja, ao contrário dos hábitos de obediência proposto por Austin, o que diferencia uma regra de um hábito é o ponto de vista interno que consiste na atitude crítica reflexiva e na exigência de conformidade com o padrão de conduta por parte dos indivíduos do grupo social. Nesse sentido, o conceito de regra desenvolvido por Hart supera a tese de hábitos de obediência proposto originalmente por Austin. A análise da desconstrução da jurisprudência analítica, portanto, possibilita revisitar tanto a teoria analítica austiniana como a própria teoria do direito de Hart, injetando novo fôlego nas pesquisas da filosofia do direito anglo-saxã.

Ademais disso, todas as objeções feitas na desconstrução do modelo teórico de Austin proporciona um melhor entendimento da própria teoria analítica do direito e inclusive seus pontos críticos. Hart proporcionou em sua obra uma análise desconstrutiva profunda acerca da jurisprudência analítica, construindo e desconstruindo item por item para que, em seguida, pudesse retirar o que se tem de melhor e corrigir os erros cometidos. A par disso, está a necessidade de voltar a atenção novamente para a filosofia do direito inglesa e sua riqueza conceitual e sua contribuição para o direito.

REFERÊNCIAS

- ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. *H.L.A. Hart y la teoria analitica del derecho*. Madrid, ES: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FALCÓN Y TELLA, Maria José; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Lições de teoria geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 2.ed. São Paulo: Paulus. 1990.