

BREVES NOTAS SOBRE O QUE HART AINDA TEM A NOS OFERECER: O PENSAMENTO JURÍDICO HARTIANO ENTRE A CRÍTICA DA MORALIDADE E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO POSITIVISMO

BRIEF NOTES: WHAT DOES HART STILL HAVE TO OFFER?
THE HART'S LEGAL THINKING BETWEEN THE CRITIQUE OF MORALITY AND
THE CONSTRUCTION OF A NEW POSITIVISM

GEORGE AUGUSTO MENDES E SILVA

Mestrando em Direito

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

georgemendes19@hotmail.com

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

Professor

PUC Paraná

victorsilva.costa@yahoo.com.br

RESUMO. O presente artigo tem por finalidade a análise de dois fundamentais escritos de Herbert Lionel Adolphus Hart, quais sejam: *Positivismo e a separação do Direito e da Moral*, de 1958, e *O Conceito de Direito*, de 1962, em que o designado autor traça as linhas fundamentais de sua teoria e aponta suas divergências com o Positivismo jurídico que até então se sustentava, pugnado principalmente por Bentham, Austin e Kelsen. Traçando-se um panorama geral da teoria do Direito até Hart, passa-se à análise dos primados fundamentais deste e os pontos de rompimento com a teoria antecedente. Procura-se, como objetivo geral, apontar a perene importância de Hart para a Teoria do Direito contemporâneo concluindo-se que, pela quantidade de autores que influenciou, sua teoria ainda encontra respaldo teórico e prático como alternativa à tese pela qual se sustenta o Direito como ordem coativa ou caracterizado pela qualidade imperativa do comando.

PALAVRAS-CHAVE: Hart; conceito do direito; positivismo jurídico; direito e moral; direito público.

ABSTRACT. This article aims to the analysis of two fundamental writings of Herbert Lionel Adolphus Hart, *Positivism and the Separation between Law and Morals* (1958) and *The Concept of Law* (1962), in which the author traces the fundamental lines of his theory and points out their differences with the legal positivism that until then was held mainly by Bentham, Austin and Kelsen. The general picture of the law theory until Hart passes to the analysis of the fundamental primed and break points with previous theory. As a general purpose searching for the perennial point of Hart's importance to the contemporary legal theory, concluding that the amount of authors who influenced his theory still finds theoretical and practical support as an alternative to the thesis, which supports the law as a coercive order or characterized by the mandatory quality of control.

KEY WORDS: Hart; concept of law; legal positivism; law and moral; public law.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Antecedentes ao positivismo hartiano. 3. A posição de Kelsen: Direito como ordem coativa. 4. A posição de Hart: críticas, desenvolvimentos e permanências. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

Não se pode discordar de Ronaldo Porto Macedo Júnior, para o qual, na Apresentação à tradução brasileira da obra de H. L. A. Hart, *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*, afirmou que este foi, sem dúvida, “o mais influente teórico do direito do mundo anglo-saxão da segunda metade do século XX” (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. I).

Para constatar a sua contribuição à Teoria Jurídica contemporânea, basta verificar todos os teóricos do Direito influenciados pelo pensamento do autor ora em comento. Para, sumariamente, citar alguns, podem-se apontar: Brian Barry, John Finnis, Kent Greenawalt, Neil MacCormick, Joseph Raz, Will Waluchow, Genaro Carrió, Ronald Dworkin (MACEDO JÚNIOR, 2010, p. I), Scott Shapiro (SHAPIRO, 2011, p. 79), entre tantos outros.

Sua biografia traduz o amadurecimento de sua obra. Nascido em 1907, filho de pais judeus, Herbert Lionel Adolphus Hart estudou durante um curto período no Cheltenham College, escola de que não gostava, e na Bradford Grammar School, onde teve aguçado seu apetite pela discussão de ideias. Após, ele seguiu para o New College de Oxford, obtendo primeiro lugar nas disciplinas de Estudos Clássicos e em História e Filosofia Antigas no ano de 1929.

Ao brilhante desempenho nas matérias mencionadas acima se seguiu a sua aprovação no exame da ordem inglês, em 1932, tendo Hart advogado até 1940. Nos oito anos de prática legal, Hart viu-se desafiado por questões jurídicas

complicadas, envolvendo matérias tributárias, sucessórias, entre outras.

Com a eclosão da segunda guerra mundial, Hart foi convocado para trabalhar no MI5, órgão responsável pela inteligência britânica, mas nunca perdeu o interesse pela Filosofia do Direito. Como obra do acaso, o serviço prestado no referido órgão de inteligência se deu em departamento conexo ao de dois filósofos de Oxford, Gilbert Ryle e Stuart Hampshire, e suas conversas nos intervalos eram sempre entremeadas por questões filosóficas.

Com o fim da guerra, o New College de Oxford renovou o convite, antes recusado por Hart, para ele ser tutor de Filosofia. Calhou de Hart aceitar o segundo convite, retornando à vida acadêmica em 1945, após mais de uma década de prática legal e a serviço da guerra.

Em uma feliz coincidência, a Oxford para a qual Hart voltou passava por um período de profunda excitação filosófica, dando azo a um momento inovador na sua carreira acadêmica. Segundo MacCormick (2008, p. 5-6), Oxford estava repleta de declarações a respeito da “revolução filosófica”, que se percebia como necessária e se considerava estar em curso.

Em 1952, impelido pelo antagonismo teórico ao modelo positivista de J. L. Austin, Hart já contava com o *status* de respeitado membro da nova escola dos filósofos de Oxford no período pós-guerra e acabou sendo eleito para a cátedra de Teoria Geral do Direito daquela importante instituição, substituindo o professor Arthur Goodhart. Lá permaneceu até o ano de 1968, quando, após sua prematura aposentadoria, foi sucedido por Ronald Dworkin, que mais tarde viria a ser um dos principais opositores à sua teoria.

A sua principal obra foi *O Conceito de Direito*, que, nas palavras de MacCormick (2008, p. 8), oferece uma análise dos conceitos de direito e do sistema jurídico por intermédio da discussão do modo como as regras da conduta humana são usadas como padrões sociais de comportamento.

A sofisticada teoria positivista de Hart, marcada pela filosofia analítica, sofreu críticas tanto de moralistas quanto de seus próprios seguidores, sugerindo o aperfeiçoamento de seus conceitos. Como exemplo da resistência intelectual por ele sofrida, temos a famosa polêmica com representantes do moralismo jurídico, como Lon Fuller e Ronald Dworkin.

Destarte, não há dúvidas do enorme impacto da teoria de Hart – cujos cânones serão analisados no tópico seguinte – sobre o pensamento jurídico contemporâneo, sendo certo que a crítica por ela recebida de pensadores de alta envergadura somente constata a sua importância e sua profundidade.

2. Antecedentes ao positivismo hartiano

Hart descreve a tradição utilitarista de Direito, que o antecedeu e influenciou diretamente, como fundada em três pilares fundamentais: o primeiro deles seria a crença na separação entre aquilo que o Direito é e aquilo que deveria ser, isto é, na separação necessária entre o Direito e a Moral. Em segundo lugar, estaria a tese pela qual o estudo de conceitos jurídicos se daria de forma meramente analítica, por meio do exame da linguagem do Direito para a compreensão da natureza deste. E em terceiro e, quiçá, o que mais aqui interessa, é a tese segundo a qual o Direito caracteriza-se pela imperatividade da lei, ou seja, a doutrina de que a lei é um comando (HART, 2010, p. 62).

No que concerne ao seu trabalho crítico, Hart, em parte acompanhando tal tradição, rejeita a ideia de que o Direito é essencialmente moral; ele afirma que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta da de seu mérito ou demérito moral (HART, 2010, p. 94).

Ao defender a ausência de uma ligação conceitual necessária entre direito e moral, Hart “[...] rejeita os dogmas do ‘direito natural’ propostos por pensadores tão diversos como Aristóteles, Tomás de Aquino, Grotius, Locke, Kant, Stammler, L. Fuller e, mais recentemente, John Finnis”.

Ao assim fazê-lo, Hart se aproxima da linha de pensamento positivista/utilitarista inaugurada por Thomas Hobbes e David Hume. Entretanto a influência mais direta na sua obra advém dos trabalhos de outros dois proeminentes juristas, Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859). Tais autores tinham basicamente duas teses principais, as quais Hart definiu como pontos característicos do positivismo atribuível a eles:

[...] primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de a norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse regra jurídica. (HART, 2010, p. 59-60).

Com efeito, Hart entende que a existência do Direito advém de fenômenos sociais complexos e que as leis estão sempre sujeitas à crítica moral; argumenta que, no entanto, não há nenhum embasamento conceitual que autorize a conclusão de que aquilo que o Direito “é” deve coincidir com o que ele, no plano ideal, “deveria ser”. Assim conclui, a exemplo de Jeremy Bentham e John Austin:

[...] a moralização do conceito de direito defendida pelos naturalistas ou tende para uma forma de conservadorismo extremo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto, toda lei é moralmente obrigatória) ou para o anarquismo revolucionário (se a lei deve ser moral, os governos devem ser desobedecidos ou mesmo derrubados se o que eles propõem como lei não é moralmente justificável). (MACCORMICK, 2008, p. 37).

No entanto, se a crítica à filosofia jusnaturalista e o apreço à ideia de que o Direito deriva de fontes sociais aproxima a teoria de Hart daquelas preconizadas por Bentham e Austin, a caracterização daquelas fontes, por outro lado, afasta-as irremediavelmente (MACCORMICK, 2008, p. 37). E é justamente aqui, na crítica à doutrina desenvolvida por Bentham e Austin, que o trabalho analítico de Hart transparece.

Diferentemente dos seus dois antecessores, que conferem função distintiva à coerção para a identificação do Direito e conceituam a lei como um comando do soberano respaldado pela ameaça de punição em caso de descumprimento, Hart defende a existência de obrigações jurídicas desprovidas de sanção; argumenta ainda que a coerção teria função meramente instrumental (ela não é essencial ao Direito), como melhor se desenvolverá no item 5 do presente artigo.

Para Hart, a fonte da normatividade do Direito não é a ameaça de sanção, mas a aceitação social. Segundo o autor, estar sob uma obrigação jurídica significa a internalização do sistema normativo, e não que se está, necessariamente, sob a ameaça de uma sanção.

3. A posição de Kelsen: Direito como ordem coativa

Em continuidade à inquirição da tradição jurídica anterior a Hart, aqui, ainda, é possível verificar que a doutrina hartiana

não somente se contrapõe ao positivismo de Bentham e Austin – apontando suas imperfeições imperativas –, mas também apresenta importantes distinções em relação à teoria de um dos maiores positivistas de seu tempo, Hans Kelsen.

Para Kelsen, “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana” (KELSEN, 2006, p. 36). Somente determinada conduta humana seria exigível na medida em que o descumprimento de uma obrigação exigida pela norma fosse ligada a um ato coercitivo. Em outras palavras, quer-se dizer que as normas estabelecem critérios de coação executáveis pela comunidade jurídica sempre que a efetivação das normas encontre resistência. Com base nesse fundamento é que Kelsen formula sua teoria da norma, para a qual, em resumida síntese, na norma primária encontra-se a sanção e na norma secundária encontra-se a obrigação ou a proibição. (KELSEL, 1986, p. 68 et seq.).

É a partir de tal cenário que, *mutatis mutantis*, todavia partindo de Austin, que possuía entendimento parecido com o de Kelsen – afirmando que a “chave para a ciência do direito” residia na noção de ordem coercitiva – que Hart começa a tecer suas críticas (HART, 2009, p. 106).

Assinala Neil MacCormick:

Assim, embora concordando que a lei sempre e necessariamente deriva de ‘fontes sociais’, Hart discorda profundamente de Bentham e Austin quanto à caracterização adequada dessas fontes. Sua doutrina aqui também o diferencia do maior dos positivistas legais entre os seus contemporâneos, Hans Kelsen. Para Kelsen, como para Hart, a lei é intrinsecamente normativa; isto é, ela determina o que *deve ser* feito em relação a uma certa forma de ordem social, não o que realmente *é* feito. Como um seguidor de Kant, Kelsen tem isto para dizer que há uma categoria separada

do pensamento humano, a categoria do *dever ser*, que é radicalmente distinta do *é* e daquele princípio da causalidade, que é pressuposto em todo o nosso pensamento sobre processos naturais. Hart discorda. Para compreendermos a normatividade das regras sociais, sejam elas legais, morais ou outras, nós só precisamos refletir sobre as *atitudes* humanas para a ação humana. (MACCORMICK, 2008, p. 37).

A toda evidência, a teoria de Hart dialoga com as obras dos maiores juristas de seu tempo, não havendo dúvidas do seu enorme impacto sobre o pensamento jurídico contemporâneo. Desse modo, a fim de melhor compreender-se a visão do Direito contemplada por Hart, os cânones de sua teoria jurídica serão mais detidamente analisados no tópico seguinte.

4. A posição de Hart: críticas, desenvolvimentos e permanências

Como já visto, S. Shapiro afirmou que a teoria de Hart é capaz de explicar muitas das características comuns dos sistemas jurídicos modernos que estavam obscuras na teoria de Austin (SHAPIRO, 2011, p. 80). Ao contrário deste, a ideia básica de Hart é a de que se devem abandonar as opiniões segundo as quais o sistema jurídico se fundamenta na obediência de um “soberano juridicamente ilimitado” em favor de uma regra de reconhecimento “que confere a um sistema normativo seus critérios de validade” (HART, 2009, p. 142).

O primeiro ponto a se destacar é que Hart considera o centro de um sistema jurídico a união de regras primárias e secundárias. Isso o leva a rechaçar a concepção de que o direito consistiria em um conjunto de ordens coercitivas do soberano, uma vez que essas não seriam suficientes para explicar o fundamento e as características principais de um sistema jurídico (HART, 2009, p. 103).

Em primeiro lugar, quando se afirma que o direito vigente é aquele proveniente da vontade do soberano, via de regra se desconsidera que aquele que edita as leis se submeteria a elas. Em segundo lugar, por esse critério, restam desconsiderados outros tipos normativos que simplesmente outorgam poderes para formular leis ou legislar (HART, 2009, p. 103). Em terceiro lugar, também restam ignoradas normas que não têm origem explícita. E, por fim, ao não se estabelecer um critério de limitação ao soberano legislador, não há explicação para continuidade da competência de legislar. Em sendo o direito um fenômeno social e histórico, as teorias preditivas, em regra baseadas em critérios de lógica tão somente, desconsideram que a lei continua, mesmo que seu criador venha a perecer (GREEN, 2012, p. XX). O grande objetivo de Hart, ao que parece, é o de oferecer critérios de limitação ao poder, ao estatuir preceitos pelos quais se possa identificar o direito sem referência ao argumento puro e simples do poder, nem recorrer à coação como fundamento da exigibilidade do direito.

Nesse sentido é que um sistema jurídico não pode subsistir apenas com regras que impõem obrigações; necessita também de regras que, dizendo respeito às primeiras, isto é, secundárias, estipulem a forma como estas serão introduzidas, modificadas ou extintas e determinadas ou controladas (HART, 2009, p. 105).

As teorias preditivas, como Hart denomina as teses nas quais o direito se fundamenta na coercitividade da ordem jurídica, apresentam determinados erros que serão elucidados a seguir, como forma de se tirar do centro da discussão a ideia de coerção e se colocar a união de normas primárias e secundárias.

Tratando das regras de obrigação, Hart, em primeiro lugar, contrapõe duas situações distintas: a de se sentir obrigado

e a de se ter uma obrigação. Enquanto a primeira se refere a um dado psicológico de se acreditar se ter uma obrigação pelo fato de poder vir a sofrer uma punição caso não a cumpra, a segunda é verdadeira, mesmo que a pessoa acredite que nunca seria descoberta se transgredisse a norma e não tivesse nenhum receio por sua desobediência. Isto quer dizer que a primeira grande crítica às teorias que fundamentam o direito em uma ordem coativa está no fato de esta desconsiderar que o ilícito não é apenas a causa para se prever a reação hostil, mas o próprio fundamento para a aplicação da punição. (HART, 2009, p. 109).

A segunda crítica reside na questão da efetividade da sanção quando esta é aplicada a um número grande de agentes que atuam na ilegalidade. Esse sistema, pois, supõe a confiança nas instituições de aplicação da sanção, o que, em uma sociedade complexa, vislumbra-se indemonstrável, haja vista a existência de acentuado índice da conhecida cifra negra.

Para se compreender a ideia de obrigação, portanto, fez-se necessário, para Hart, o retorno à ideia de norma social, pois esta envolve a combinação de condutas regularmente praticadas com uma atitude característica tomada em relação a essas condutas interpretadas como um padrão (ações-padrão) (HART, 2009, p. 111). São, pois, mais do que meros hábitos. Nesse contexto, diferem-se as normas sociais das normas morais, pois as últimas se fundamentam na culpa ou no remorso de sua transgressão, enquanto, por outro lado, as primeiras se baseiam em sanções físicas. É, portanto, a “seriedade” da coação que determina sua natureza normogenética.

A obrigação baseada no critério da coação apresenta, segundo Hart, uma concepção enganosa. Em primeiro lugar, não há garantia de que a sanção realmente ocorra. Além

disso, pesa contra as teorias preditivas o fato de declararem as reações legais como consequências da infração, e não clarificarem quando uma pessoa terá determinada obrigação (HART, 2009, p. 115).

Trazem-se à baila, nesse momento, as vertentes internas e externas das normas. Sob a perspectiva externa, própria do positivismo de Austin e de Kelsen, o mero observador não se considera sujeito às normas dispostas no sistema, enquanto o integrante do grupo as vivencia, aceitando-as e as praticando no dia a dia. A perspectiva externa, por isso, desconsidera a aceitação da norma pelo grupo social, e a partir disso como determina seu comportamento, apenas baseando-se em “regularidades observáveis” (HART, 2009, p. 116). Apenas a utilização e a aceitação da norma permitem verificar que a sua infração constitui o fundamento da coação e não só sua consequência (HART, 2009, p. 116).

A identificação de regras primárias, contudo, depende do preenchimento de alguns critérios. Em uma sociedade tradicional, como no exemplo dado por Hart, a primeira condição para a existência de tais normas é que contenha “restrições ao uso gratuito da violência” (HART, 2009, p. 118). A segunda é que a quantidade de pessoas que aceitam a norma deve superar a de pessoas que a rejeitam, em prol da manutenção da coação.

Todavia, tais simples critérios não encontrariam acolhida em uma sociedade complexa, necessitando, pois, de um complemento. A tal complemento Hart atribui o nome de regra secundária. O primeiro motivo é a ausência de um sistema, a incerteza quanto a um critério identificador das normas e do âmbito de sua aplicação: Hart soluciona esse defeito com a introdução da regra de reconhecimento (*rule of recognition*), para se identificar a “a maneira correta de escl-

recer dúvidas quanto à existência da norma” (HART, 2009, p. 123). Os critérios oferecidos por tal regra secundária podem ser diversos: a aprovação da norma por órgão específico, seu uso em decisões judiciais, sua aceitação como costume etc., além de estabelecer uma ordem de primazia hierárquica entre diversos critérios em caso de conflito. Em se estabelecendo a identificação de certa norma como autorizada, introduz-se nesse âmbito a ideia de validade jurídica (HART, 2009, p. 123), que mais à frente será melhor explorada.

Da mesma forma, em segundo lugar, padecem tais normas de uma sociedade tradicional do defeito de ser estáticas, dependendo sua alteração de um demorado processo. Como solução, Hart expõe o critério das regras de modificação, que permitem a introdução de novas normas, sua modificação e sua revogação. Tal norma secundária serviria, por exemplo, para elucidar os casos em que o indivíduo estaria desobrigado do cumprimento de determinada obrigação imposta pela regra primária, sendo imprescindível, nesse caso, para o entendimento das causas de exclusão de ilicitude, nos procedimentos de promulgação e revogação legislativa, etc.

Em um terceiro momento, padeceriam as normas de um sistema simples, em que só se encontram normas primárias, da ineficiência da coação difusa. Trata-se, nesse caso, da introdução de regras de julgamento capazes de atribuir “poderes judiciais” (HART, 2009, p. 125) e condições diferenciadas às declarações judiciais, outorgando aos juízes o poder de aplicação de sanções (HART, 2009, p. 126).

A união dessas três regras secundárias às regras primárias formam, segundo Hart, não apenas “o cerne de um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 127), mas um poderoso instrumento para o enfrentamento de muitos problemas que têm intrigado os juristas e teóricos políticos no passar dos anos.

A aplicação de uma norma específica por determinado tribunal importa na aceitação da regra de reconhecimento, por vezes não explicitada. O cumprimento dessa aceitação de normas somente pode ser observado a partir de uma perspectiva interna, pois relacionado diretamente à aplicação do direito e com isso à aceitação de um critério identificador. Nessa perspectiva é que vincula a ideia de validade jurídica, representando essa a observação do preenchimento de determinados critérios demandados pela norma secundária em relação à norma primária, como integrante do sistema (HART, 2009, p. 133).

Hart chama a atenção para o fato de que, por mais que possa parecer trivial, validade não se confunde com eficácia. A segunda categoria diz respeito à observância da norma no tempo, em nada interferindo na sua validade. Enquanto a validade representaria um dado interno do sistema, sua eficácia representaria um “enunciado factual externo” (HART, 2009, p. 135) em relação à simples observação da desconsideração da norma pelo grupo.

Hart percebe na regra de reconhecimento o fundamento último de validade das demais normas. Em sendo fundamento último, sua validade não adviria de uma norma superior pressuposta, como propôs Kelsen (KELSEN, 2006, p. 224 et seq.), pois tal constatação conduziria a um “erro grave” (HART, 2009, p. 139). Em primeiro lugar, a validade de uma norma jurídica depende da aceitação de uma regra de reconhecimento como idônea a identificar determinada lei; em segundo lugar, a regra de reconhecimento não é aceita somente por quem, como segurança, afirma a validade da norma, mas como condição de funcionamento do sistema. Conforme lembra Leslie Green, Kelsen desconsidera a construção social que envolve a aplicação da norma. Por um raciocínio silogístico, a norma deve ser pressuposto da norma

superior para ser válida. O conhecimento do direito não dependeria, portanto, de nenhum aspecto social ou histórico (GREEN, 2012, p. XIX). Em rejeição à teoria de Kelsen, Hart afirma, segundo Green, que o direito é uma construção social que surge do que as pessoas estão pensando e fazendo (GREEN, 2012, p. XIX). A existência das regras de reconhecimento, modificação e julgamento, outrossim, reforça a ideia de não ser o direito apenas uma ordem coercitiva, pois tais normas são desprovidas de sanção. As normas dispositivas de direito privado reforçam a mesma ideia. As normas que conferem poderes não podem ser meros fragmentos do direito como queria Kelsen, mas possuem validade por diferentes razões (GREEN, 2012, p. XXXI).

Para Hart, a validade do sistema não estaria em uma norma pressuposta ou em justificações morais, mas na prática dos tribunais, órgãos oficiais e entes privados (GREEN, 2012, p. XXI). Por isso, são apresentadas duas ideias relacionadas à regra de reconhecimento: o caráter de norma última e o critério supremo na solução no caso de haver diversos critérios hierarquizados (HART, 2009, p. 136). Detenhamo-nos no primeiro critério. Sobre ele esclarece Hart:

Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência aos outros critérios. (HART, 2009, p. 137).

A norma última deve ser entendida como o lugar onde cessam as indagações acerca da validade das outras normas, não existindo norma superior à qual se recorra para derivar logicamente a validade da regra de reconhecimento, por isso tal característica (HART, 2009, p. 138). Esse traço é um dos diferenciais da dinâmica

jurídica de Kelsen, por exemplo. Trata-se, como esclarece Hart, não de uma derivação de validade, mas de um enunciado valorativo da existência última da regra de reconhecimento. A validade só é necessária para identificar normas dentro do sistema, nunca podendo ser questionada sua validade. Seu uso é tido simplesmente como aceito (HART, 2009, p. 140). A existência da regra de reconhecimento é considerada questão de fato, não podendo ser arguida sua validade jurídica, uma vez que depende de sua aceitação e aplicação pelos tribunais, órgãos oficiais e entes privados. (HART, 2009, p. 142).

Abandonada, pois, a ideia de ordem coativa baseada na obediência a um soberano ilimitado, novas questões surgem para ser analisadas. A primeira delas se refere à classificação da regra de reconhecimento no caso de categorias que fogem às usuais. A regra de reconhecimento sendo vista como direito ofereceria os critérios aptos a identificar outras normas no sistema. Mas também pode ser encarada como fato, na medida em que existe na práxis do sistema.

Vencida a classificação, surgem as indagações acerca da existência de um sistema jurídico em determinado grupo ou país. Como já elucidado, diferente da teoria de Kelsen, Hart acredita que um sistema jurídico é social e historicamente determinado. Por isso conclui que a “existência cotidiana do sistema consiste também na criação oficial e na identificação, uso e aplicação oficial e pública das normas jurídicas” (HART, 2009, p. 145). Isso a teoria de Austin de obediência ao soberano é incapaz de explicar, pois ignora “as condições mínimas que uma sociedade precisa satisfazer para possuir um sistema jurídico” (HART, 2009, p. 145). Não se trata mais, pois, de meramente obedecer, mas de aceitar como obrigatória a norma última, isto é, ser considerada sob uma perspectiva interna, como padrão para decisão correta (HART, 2009, p. 149).

Arrematando, sob a ótica de Hart, dois são os requisitos que devem ser preenchidos para se verificar a existência de um sistema

jurídico: “as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas” e “as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos de comportamento” (HART, 2009, p. 150).

5. Conclusão

Segundo se pretendeu demonstrar nas linhas acima, a teoria positivista de Hart é bastante ampla e sofisticada, e, embora não esteja isenta de críticas, posiciona o referido autor entre os grandes filósofos do direito do século XX, cuja obra ainda ecoa no pensamento jurídico contemporâneo. Hart, desse modo, apresenta-se como importante alternativa à teoria segundo a qual se caracteriza o Direito como comando, muito embora ainda dentro de uma perspectiva positivista, em que pese com algumas ressalvas a teoria da separação do Direito e da Moral. A teoria hartiana apresenta o Direito como fenômeno social, uma vez que as regras para o reconhecimento das normas primárias devem ser aceitas como padrões de comportamento. Tal perspectiva ainda tem muito a oferecer à contemporânea Teoria do Direito.

A apresentação de uma estrutura normativa segundo a qual se tenta superar o sistema escalonado da dinâmica kelseniana reveste-se de especial originalidade, principalmente no que toca à estrutura das regras desprovidas de sanção, cuja validade ecoe apenas em caráter procedimental ou em relação à operacionalização da continuidade e da evolução do sistema jurídico. É, sem dúvida, um grande avanço na tentativa de compatibilizar o positivismo jurídico com as demandas do Estado de Direito.

As aplicabilidades prática e teórica da teoria hartiana são evidentes, sendo certo que os seus pontos que sofrem críticas

por parte de outros teóricos podem ser superados com algum aperfeiçoamento. Neil MacCormick, por exemplo, observa em seu livro *H. L. A. Hart*, cuja segunda edição assumiu perspectiva um pouco mais crítica que a primeira em relação à obra *O Conceito de Direito*, chegou a firmar que o método adotado por Hart é bom e sua aplicação condizente com sua base metodológica. Parece-nos que, em que pese o positivismo jurídico, na atualidade, esteja sendo alvo de uma série de críticas em virtude de um suposto engessamento das formas jurídicas, apenas um sistema que ofereça balizas bem definidas sobre a delimitação da ordem jurídica pode oferecer garantias contra arbitrariedades passíveis de ser cometidas pelo poder político. A apresentação, ainda que breve, da teoria hartiana, serve, pois, para nos inserir nessa perspectiva de limitação do poder do soberano, reafirmando a crítica da doutrina segundo a qual o Direito possa ser fruto da vontade do poder.

6. Referências

GREEN, Leslie. Introduction. In: HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, H. L. A. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. de José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. téc. Ronaldo Porto Macedo Júnior e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *O Conceito de Direito*. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4., 1990, João Pessoa. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 12, n. 23, 1991.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *As várias lições de H. L. A. Hart*. In: HART, H. L. A. *Ensaio de Teoria do Direito e Filosofia*. Trad. de José Ghirardi e Lenita Esteves. Rev. téc. Ronaldo Porto Macedo Júnior e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

Artigo recebido em: 02/08/2015.

Artigo aprovado em: 11/03/2017.

DOI: