

# UMA ABORDAGEM DO DIREITO EM HART<sup>1</sup>

A presente comunicação<sup>2</sup> - inserida no tema “Estruturas Lógico Linguísticas do Direito” - é fruto do trabalho de pesquisa que vem sendo realizado no curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Este trabalho, na área de Teoria Geral e Filosofia do Direito, tem sido coordenado pelo professor Dr. Leonel Severo Rocha e seu objetivo principal é o de realizar uma leitura dos principais autores da teoria jurídica contemporânea, especialmente Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Herbert Hart e Ronald Dworkin.

O objetivo da mesma é o de realizar uma abordagem do conceito de Direito em Herbert Hart, acentuando a importância do fenômeno lingüístico, uma vez que, para este autor, a chave para a compreensão do Direito reside na compreensão da linguagem normativa.

Segundo Hart, a maior parte das obras de filosofia do Direito tem como preocupação central a elucidação e definição de alguns dos principais termos utilizados do discurso jurídico. Este autor considera que grande parte dos proble-

<sup>1</sup> KATIA KÓZICKI  
Mestranda em Direito-UFSC

<sup>2</sup> Comunicação apresentada ao IV Congresso Brasileiro do Direito, realizado em dezembro de 1990 em João Pessoa - PB

mas relativos à compreensão do fenômeno jurídico tem permanecido sem solução devido a esta “perseguição” de definições precisas. Neste sentido, Hart considera inadequada a definição de expressões gerais e abstratas como as expressões jurídicas, preferindo desvendar o significado de tais expressões a partir de explicações contextuais.

Principalmente na obra “O Conceito de Direito”, este autor revela uma visão do Direito como instituição social. Nesta ótica, segundo Joseph Raz, o Direito para Hart é um fenômeno cultural modelado pela linguagem (Raz, 1986, p.19). Assim, a compreensão dos enunciados normativos coloca-se como ponto central para a compreensão do sistema jurídico.

A compreensão destes enunciados, a partir de uma análise lingüística, permite explicar a aceitação dos mesmos pelos seus sujeitos formuladores e receptores. Ou seja, explica o reconhecimento - por parte destes sujeitos - destes enunciados como padrões de comportamento e guias de conduta. Assim, o seu estudo dentro de um enfoque diacrônico (o qual permite compreender a evolução dos fenômenos lingüísticos através dos tem-pos), possibilita a compreensão do caráter simbólico do discurso jurídico e sua significação social.

A partir do momento em que uma sociedade - em seu sistema jurídico - impõe diferentes regras de conduta, estas regras dão origem a diversos enunciados por parte destes sujeitos a que se destinam. Desta forma, existe o que se chama um ponto de vista interno e um ponto de vista externo de Direito, ambos representando formas relacionadas, mas diferentes de encarar o conteúdo do ordenamento jurídico. Em Hart, tem-se que, para entender o aspecto interno do Direito, é necessário “(...) uma atitude crítico-reflexiva em relação a certos tipos de comportamentos 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, p. 66)

O ponto de vista interno exige, assim, um elemento cognitivo (atitude reflexiva) e um elemento volitivo (atitude crítica). O elemento cognitivo manifesta-se na descoberta da correlação entre certos

atos (e suas conseqüências) e o conteúdo da regra de conduta, expresso em termos gerais. Esta correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo refere-se ao desejo ou preferência de que este padrão se mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros.

Já o ponto de vista externo reflete a atitude de um observador que não aceita as regras, não as concebendo como padrões reguladores de conduta. Este observador (embora sem aceitar) pode ou não agir em conformidade com estas regras. Ele se limita a observar regularidades na conduta daqueles que agem de acordo com as normas, predizendo uma reação hostil ao descumprimento destas. Assim, se ele mesmo agir consoante à regra, o faz por temor à sanção que segue a violação desta, e não por reconhecê-la como instrumento válido de regulamentação de condutas.

Hart identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, as quais denomina normas prioritárias e secundárias. Nesta abordagem, a união destas duas classes normativas representa a chave para a elucidação do conceito de Direito.

Por sua vez, a distinção entre normas primárias e secundárias revela outro traço característico da concepção de Direito em Hart, qual seja, o problema da obrigatoriedade jurídica. Isto porque Hart vincula a existência do Direito à existência de condutas obrigatórias, não-facultativas.

Às regras primárias poder-se-ia chamar “regras de obrigação”, uma vez que impõem condutas ou abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam. Estas regras envolvem ações que dizem respeito a movimentos ou mudanças no mundo físico. (Hart, p. 91)

No entanto, uma sociedade altamente desenvolvida e complexa não pode regular a existência do todo social somente através destas normas. Isto porque estas normas contém “defeitos”, os quais lhe são inerentes. Devido a estes defeitos, a sociedade cria normas secundárias as quais vão atuar como corretivo dos defeitos intrínsecos das normas primárias e, juntamente com estas, vão constituir o sistema jurídico.

O primeiro defeito na estrutura social simples das regras

primárias é a incerteza. O grupo, nesta situação, somente tem regras de obrigação. Daí que, quando ocorrem dúvidas acerca de qual a regra a ser aplicada no caso concreto, ou quanto ao âmbito de uma regra, não exista um processo para dirimir estas dúvidas.

Um segundo efeito é o caráter estático das regras. O único processo de alteração das regras primárias nesta sociedade será o desenvolvimento da mesma, o qual é lento e impreciso. Não existem aqui autoridades capazes de alterar, extinguir ou acrescentar novas regras primárias ao sistema.

Por último, tem-se a ineficácia da pressão social difusa pela qual se mantém as regras. Os castigos pela violação de uma regra não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados ao ofendido ou ao grupo social. (Hart, p. 103)

As regras secundárias situam-se num plano diferente das normas primárias; aquelas sempre dizem respeito a estas. Elas especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma excludente, ou serem criadas, eliminadas ou alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma inequívoca.

Neste sentido as regras primárias seriam formuladas em termos de linguagem objeto e as normas secundárias em termos de metalinguagem (Kalinowski, 1970, p. 191):

(...) il va de soit que les règles secondaires sont formulées dans le langage d'un degré plus élevé que le langage dans lequel sont énoncées les règles primaires. Le langage de celles-ci constitue donc le langage objet par rapport au langage de celles-là.

As regras secundárias são de três espécies: regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento (“rules of adjudication”).

As regras de reconhecimento estabelecem um critério ou critérios segundo os quais uma norma primária é identificada. A existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, empírica; na maior parte das vezes sua existência não é enunciada. Esta regra é distinta das outras regras do sistema e sua natureza vai depender do ponto de vista com o qual se encara o Direito (interno ou externo).

A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. Neste sentido, ela seria a regra última do sistema.

Ao mesmo tempo a existência de uma única regra de reconhecimento caracteriza a existência de um ordenamento jurídico. Ela é concebida como sendo o fundamento deste.

Já as regras de alteração conferem poderes a pessoas ou órgãos para que modifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico. Estas regras têm estreita correlação com as regras de reconhecimento, uma vez que as identifica e valida.

Em terceiro lugar tem-se as regras de julgamento, que são: (...) regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que querem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir. (Hart, p. 106)

Nesta preocupação de Hart com a linguagem na qual se expressam as normas jurídicas, é possível reconhecer a existência de uma “textura aberta” do Direito, em virtude que “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite inerente à linguagem, inerente à sua natureza, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.” (Hart, p. 139)

Esta textura aberta torna, então indispensável a existência no sistema das normas secundárias, as quais vão possibilitar o concreto entendimento das normas primárias de obrigação.

Assim, tem-se em Hart uma análise estrutural do Direito; a união das normas primárias e secundárias reflete a essência do sistema. O sistema jurídico é, então, constituído por enunciados interrelacionados (há uma interação recíproca entre as diferentes normas que constituem o sistema).

O Direito nesta concepção é um sistema aberto e auto-referente. O Direito busca, dentro de um conteúdo de sua própria estrutura - a regra de reconhecimento - a sua identificação. Ao mesmo tempo, ele é um sistema que

se auto-regula, através de normas de alteração e julgamento.

Hart não precisa de forma exata o conceito de Direito, por entender que muitas vezes a busca de definições precisas atrapalha a investigação científica. Ao abordar o conceito de Direito, ele se propõe somente a elucidar algumas das questões mais pertinentes daqueles que investigam o assunto. Desta forma, o que se tem em Hart é um estudo dos grandes problemas do Direito, sem que deste estudo resultem conceitos precisos e acabados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULYGIN, Eugênio. Sobre la regla de reconocimiento. Filosofia y Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1976. vol. 3, p. 31-9.
- GÓMES, Astrid C. Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias. Filosofia y Derecho. Buenos Aires, Astrea, 1976. vol. 3, p. 47-53.
- HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, 308 p.
- KALINOWSKI, Georges. Théorie, métathéorie ou philosophie du Droit. Archives de Philosophie du Droit. Paris, Syrei, 1970, tomeAV, p. 179-95.
- LLOYD, Lord Denis. La idea del Derecho: perversidad represora o necesidad social? Traducción de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat. Madri, 1985, 380p.
- MAcCORMICK, Neil. Regias Sociales. Revista de Ciências Sociais. Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1986, n° 28, p. 297-319.
- RAZ, Joseph. H. L. A. Hart. Revista de Ciências Sociais. Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1986. n° 28, p. 17-31.
- REYES SOTO, Nelson. La teoria de la obligación en el concepto de derecho de H. L. A. Hart. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1986. n° 28, p. 243-69.
- SHAKANKIRI, Mohamed El. Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Benthan à Hart. Archives de Philosophie du Droit. Paris, Syrei, 1970. tomo XV, p. 113-149.