



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

BRUNO MENONCELLO CEDANO

DIREITO E MORAL

ANÁLISE DO DEBATE JUSFILOSÓFICO ENTRE

HERBERT HART E LON FULLER

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Mara Regina de Oliveira

SÃO PAULO

2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

BRUNO MENONCELLO CEDANO

**DIREITO E MORAL: ANÁLISE DO DEBATE JUSFILOSÓFICO ENTRE
HERBERT HART E LON FULLER**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Teoria Geral e Filosofia do Direito, sob orientação da Profa. Dra. Mara Regina de Oliveira.

SÃO PAULO

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo de Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cedano, Bruno Menoncello

Direito e Moral: Análise do Debate Jusfilosófico entre Herbert Hart e Lon Fuller / Bruno Menoncello Cedano. – São Paulo, 2021.

167 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2021.

Orientadora: Profa. Dra. Mara Regina de Oliveira.

1. Direito. 2. Moral. 3. Vinculação. 4. Separação. 5. Positivismo. 6. Direito Natural. 7. Jusnaturalismo. 8. Rule of Law.

Nome: Bruno Menoncello Cedano

Título: Direito e Moral: Análise do Debate Jusfilosófico entre Herbert Hart e Lon Fuller

Dissertação de Mestrado, apresentada à
Banca Examinadora do Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade de Di-
reito da Universidade de São Paulo.

São Paulo, ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora

Orientador:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à memória de minha avó Flávia e a todos os momentos em que pude fazê-la feliz (in memoriam).

AGRADECIMENTOS

Antes de entrarmos no conteúdo deste trabalho propriamente dito, gostaria de fazer alguns agradecimentos àqueles que me ajudaram e estiveram ao meu lado durante esse processo de estudo e reflexão.

Primeiro, gostaria de agradecer ao meu pai, por sempre me dar todo o apoio, amizade e sempre acreditar em mim. Agradeço também ao Astor, meu grande amigo e companheiro, que esteve aos meus pés a cada palavra que escrevi.

Agradeço à Isabela, por estar ao meu lado em todos os momentos deste trabalho e aos meus amigos Alexys, João e Rafael por com compartilharem comigo alguns dos melhores momentos que vivi.

Agradeço também à minha orientadora, Mara Regina de Oliveira, por tudo que me ensinou e por sempre instigar profundas reflexões tanto no campo do direito, quanto das artes. Transmito minha gratidão ao Professor Luiz Olavo Baptista, ainda que não esteja mais conosco, por ter sido meu mestre e ter ajudado a formar minha visão como jurista. Agradeço também aos colegas do Toledo Marchetti pela amizade e por tudo que me ensinaram e ainda ensinam.

A todos, meu mais sincero obrigado.

“For there is but one essential justice which cements society, and one law which establishes this justice. This law is right reason, which is the true rule of all commandments and prohibitions. Whoever neglects this law, whether written or unwritten, is necessarily unjust and wicked.”

— **Marcus Tullius Cicero**

CEDANO, Bruno Menoncello. Direito e Moral: Análise do Debate Jusfilosófico entre Herbert Hart e Lon Fuller. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. 174 p.

Resumo. O presente trabalho busca analisar como duas diferentes correntes do direito oferecem respostas à dualidade entre direito e moral. De um lado, teorias positivistas propugnam a tese da separação, de outro as teorias jusnaturalistas propõem a vinculação entre direito e moral. Para realizarmos nossa análise, adotaremos como enfoque teórico a ideia de que a principal divergência entre essas correntes se resume, basicamente, em um debate sobre a validade do direito e quais os melhores parâmetros para essa avaliação, se deve ou não ser incluído um critério moral. Adotaremos como paradigma para essa análise o debate travado entre H.L.A. Hart e Lon Fuller. Para tanto, analisaremos cuidadosamente a obra desses autores expondo e contrapondo seus argumentos e buscaremos identificar a resposta mais adequada para esses critérios. Ao final, proporemos a análise de algumas situações concretas de modo a verificar a adequação de cada uma dessas teorias.

Palavras-chave. Direito. Moral. Vinculação. Separação. Positivismo. Direito Natural. Jusnaturalismo. *Rule of Law*.

CEDANO, Bruno Menoncello. Law and Morals: Analysis of the Jusphilosophical Debate between Herbert Hart and Lon Fuller. Masters – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2021. 174 p.

Abstract. This work seeks to analyze how two different currents of law offer answers to the duality between law and morality. On one hand, positivism advocate the separation thesis, on the other, the natural law proposes a connection between law and morality. To perform such analysis, we will adopt as a theoretical focus the idea that the main divergence between these currents involves a debate about the validity of the law and what are the best parameters for this assessment, whether or not a moral criterion should be included. We will adopt as a paradigm for this analysis the debate between H.L.A. Hart and Lon Fuller. Therefore, we will carefully analyze the work of these authors, exposing and opposing their arguments and seeking to identify the most appropriate answer to these criteria. At the end, we will propose the examination of some concrete situations in order to verify the adequacy of each one of these theories.

Keywords. Law. Morals. Connection. Separation. Positivism. Natural Law. Jusnaturalism. *Rule of Law*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. A PROBLEMÁTICA DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	13
2.1. A Origem do Debate Pós-Positivista: Posições Fundamentais do Positivismo Jurídico sobre a Tese da Separação	13
2.2. O Debate Contemporâneo da Teoria do Direito: A Leitura Moderna do Direito Natural	31
3. O CONCEITO DE VALIDADE E OS ASPECTOS FORMAIS DO DIREITO....	38
3.1. Regra de Reconhecimento	38
3.2. Os Oito Desiderata.....	57
3.3. A Caracterização Formal do Direito.....	71
3.4. Autoridade da Lei	79
3.5. Direito e Linguagem	105
4. O RULE OF LAW	116
4.1. A Definição do Rule of Law	116
4.2. O Valor Moral do Rule of Law e do Estado de Direito	129
5. LEGALIDADE E EXCEÇÃO	136
6. CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	155

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história do pensamento jurídico, diversas questões têm sido levantadas visando encontrar uma correta conceituação do que é o direito e quais critérios garantem sua validade. Em todas essas indagações sempre esteve presente uma dúvida: o direito e a moral possuem alguma conexão? Em caso afirmativo, essa conexão seria necessária ou apenas contingente? Mais além, o direito deve considerar a moral em seu conteúdo e em seus critérios de validação?

Mesmo que muitas vezes estas questões estivessem implícitas, elas estavam presentes desde os primeiros debates sobre a conceituação do direito e da justiça. Saber se a moral integra o direito envolve conhecer sua própria definição.¹ Podemos afirmar que isso é relevante, e não somente do ponto de vista acadêmico: saber se o direito inclui critérios morais gera amplas implicações práticas.²

A principal delas, e a que trataremos mais atentamente aqui, é compreender como um modelo de validade jurídica se relaciona com a aplicação do direito aos casos concretos, e quais as implicações práticas que temos ao responder essas perguntas de diferentes modos, como por exemplo, ao considerar se o direito deve possuir uma correspondência moral.

Como ponto de partida, adotaremos a hipótese de que a principal questão de divergência, entre as diferentes interpretações sobre o que é o direito, é precisamente identificar quais normas devem ou não ser aplicadas, ou seja, sua validade. Nesse sentido, os diferentes modelos teóricos sobre o direito tentam entender, não somente questões mais profundas sobre a natureza do direito, mas, em última instância, quais normas devem ou não ser aplicadas.³ Como salienta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “o saber jurídico gira em torno de um conceito básico que permite a identificação do direito: a validade”.⁴

Quando uma teoria jurídica nos fornece essas repostas, esta oferece alegações sobre o que torna algo "direito", sobre como traçar os limites entre o que é "direito" e entre o

¹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 6.

² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 99.

³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. 4th ed. Edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 14-15. (IF 23); MCGINN, Marie. **Routledge Philosophy GuideBook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1997. pp. 52-59.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 285.

que não é "direito". Essa é a principal questão que uma teoria do direito buscará responder. Nas palavras de Brian Bix, essa é a função dos teóricos do direito:

When conventional analytical legal theorists offer theories of law, they are offering claims about what makes something “law” or “legal,” about how to draw the boundary lines between “law” and “not law.”⁵

Tércio também discorre sobre essa função da dogmática. Cabe a ela a identificação do regramento jurídico que será aplicável àquela determinada comunidade, bem como quais as normas que compõem aquele sistema.⁶ Ou seja, qual o direito que regula aquela sociedade. Uma teoria jurídica deverá oferecer os critérios e métodos que permitam essa identificação ou descrição. Para tanto, ela deverá estabelecer critérios comuns e gerais capazes de realizar essa análise da melhor forma possível.

Esse objetivo revela a função central que levará o jurista à formulação de um sistema teórico. No meio social existem diferentes tipos de normas, de várias naturezas, que se inter-relacionam e, inclusive, que podem entrar em conflito. Caberá à teoria jurídica formular modelos para distinguir aquelas que possuem caráter jurídico ou não. Para isso, o “princípio da inegabilidade dos pontos de partida exige a postulação de normas preponderantes que, em caso de conflito, devem prevalecer”.⁷

As normas que terão seu caráter jurídico atestado serão aquelas identificadas, por determinado critério, como prevalentes sobre as demais. “A teoria dogmática do direito pressupõe que essas normas preponderantes serão consideradas jurídicas”.⁸ Na acepção de Tércio, para essa identificação, o jurista deve ser capaz de identificar o grau de institucionalização da norma a partir da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa.

Para Tércio, essa identificação passa pela compreensão das relações envolvidas na emissão e recepção do comando, para identificarmos sua normatividade teremos que examinar a noção de norma-comunicação, de modo a identificar a mensagem e o cometimento da norma. A relação entre os sujeitos da comunicação será baseada em uma relação de complementariedade entre eles. A reação à mensagem normativa revelará o seu caráter, mostrando se existe alguma forma de controle do emissor sobre o receptor e

⁵ BIX, Brian. **Form and Formalism**: The View from Legal Theory. Ratio Juris, v. 20 n. 1, p. 45–55, mar. 2007. p. 48.

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁷ Ibid., p. 80.

⁸ Ibid., p. 80.

permitindo identificar se a emissão daquela norma envolve uma relação de comando e autoridade entre os sujeitos.

Por exemplo, atos de confirmação e atos de contestação, apesar destes segundos irem contra os mandamentos legais instituídos, irão reforçar a autoridade daquele que emitiu a norma. Mesmo no caso de uma infringência explícita à norma, ainda que se mostre desobediência, encontra-se implícito que os agentes reconhecem aquele poder como instituído e que, portanto, configura uma autoridade. Em contrapartida, atos de descon-firmação da norma irão enfraquecer a autoridade, pois não reconhecem aquela autori-dade como legítima.⁹

Portanto, sua essência será a natureza dessa relação metacomplementar entre quem emi-te o comando e seu receptor, que revelará a caracterização da autoridade e, consequen-temente, se as normas emitidas por ele constituem um sistema jurídico.¹⁰ Desse modo, como Tércio coloca: “O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela garantia do consenso geral presumido de terceiros que a ela conferem prevalência”.¹¹

Como conclusão lógica dessa análise, observamos que a teoria do direito buscará des-crever os critérios pelos quais uma norma deve ser considerada válida ou não pelo re-ceptor da norma-comunicação. A melhor interpretação sobre o fenômeno jurídico será aquela capaz de definir com maior clareza quais são os critérios adotados para que uma norma seja válida e aplicável a um determinado grupo social. A acepção que melhor cumpra essa tarefa será aquela a explicar objetivamente quais os requisitos para a apli-cação de uma norma e, consequentemente, aquela que fornece a melhor conceituação para identificarmos o que é o direito o que não é o direito.

Como vimos, uma das principais controvérsias relacionadas a essa investigação envolve saber se esses critérios de validade deverão, ou não, incluir parâmetros morais. Ou seja, deve o direito incluir um critério sobre moralidade para sua validação como tal? Tere-mos como objetivo entender melhor como essa pergunta influenciou o debate jurídico.

⁹ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à Autoridade da Lei: A Relação Existente entre Poder, Obediência e Subversão**. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2015.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81.

¹¹ *Ibid.*, p. 82.

Ao longo da história do pensamento jurídico diferentes respostas foram oferecidas. Apesar de diversas teorias apresentarem respostas com fundamentações distintas, podemos sintetizar essas posições em dois polos: aqueles que defendem que o direito inclui critérios morais de validade e aqueles que excluem qualquer relação necessária entre direito e moral.¹² A alternância entre o raciocínio puramente jurídico normativo e raciocínio moral marca o debate da teoria do direito. Desde a filosofia grega do período clássico essa discussão se apresentava com notável relevância.

Os pensadores gregos do século V, antes de Cristo, se indagavam se o justo estava correto apenas por sua natureza ou pela promulgação de estatutos. Nas cidades-estados gregas a lei diferenciava-se de um controle social geral como sua forma normal e mais eficaz. Com isso, ela atraiu a atenção dos pensadores por exigir uma base mais segura de obrigação do que o mero hábito de obediência.¹³

Como Simone Goyard-Fabre o enxerga, o pensamento desse período era dividido em duas vertentes: a natureza e a convenção. Os sofistas, adeptos da ideia do convencionalismo, enxergavam o direito como uma convenção entre os homens definida segundo uma convergência de interesses. Para eles a justiça era relativa, uma vez que cada indivíduo tinha uma concepção do que era justo.¹⁴

Por sua vez, a vertente naturalista era representada pelos pensadores gregos clássicos. Em *A República*, Platão defendeu que a justiça consistiria em uma incumbência individual em relação à coletividade, sendo que as leis teriam a função de manter a convivência pacífica e defender o bem-comum.¹⁵ Seu discípulo, Aristóteles, desenvolveu a ideia da existência de um direito natural independente do Estado. Em todos os momentos, o direito positivo deveria corresponder ao direito natural. Isso fundamentaria a ideia de equidade.

Por esse ângulo, a filosofia grega clássica considerava que as leis feitas pelos homens eram inferiores às leis da natureza. Ainda que as próprias leis da natureza determinas-

¹² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

¹³ POUND, Roscoe. **Law and Morals**. I. The Historical View. Oxford University Press. *Journal of Social Forces*, v. 1, n. 4, p. 350-359, mai. 1923. p. 351.

¹⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 1-40.

¹⁵ PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

sem que os homens vivessem em sociedade, as leis criadas pelos homens para regular essas comunidades sempre estariam condicionadas às leis naturais.¹⁶

Na *República*, a finalidade da lei é tripla: confere unidade; cria ordem; e estabelece um vínculo indissolúvel entre moral e política. Para ela não era possível compreender a ordem jurídica sem reportá-la à sua função ontológica e ao seu teor axiológico, e sempre há uma relação entre o direito e seu valor. Cabe à lei unificar os cidadãos, constituir a forma e a estrutura da sociedade, assim “não há Cidade ou República sem uma Constituição sob a qual se desenvolve o conjunto das leis e das regras”.¹⁷

Há, portanto, um profundo laço do direito com um horizonte transcendente de inteligibilidade pura e de valor essencial. Ele funciona como um intermediário, entre o mundo das Ideias e o mundo da experiência. Nessa formulação já estava clara a relação entre lei positiva e lei natural.¹⁸ O direito natural dos antigos torna-se um modelo de ordem justa; cujo Bem é o indicador da lei natural. A observância do direito natural garante a coesão, a unidade e a ordem da comunidade.¹⁹

A teoria do direito natural defende não só uma profunda conexão entre o direito e a moral, mas a própria fundamentação jurídica com base na moral. A validade do direito não é simplesmente adquirida por sua disposição em textos legais. Se elas não atenderem a determinados critérios morais de validade não poderão ser consideradas direito.

Toda teoria do direito natural afirma existir uma conexão essencial entre o direito e moral.²⁰ Representa essa linha de pensamento a máxima ‘uma lei injusta não é uma lei verdadeira’. Como consequência lógica desse postulado, se a lei não for verdadeira, não precisa ser obedecida.²¹

Até a modernidade e, especialmente ao longo da idade média, a doutrina do direito natural foi bem recebida, sem qualquer inovação criativa ou crítica dos preceitos legais pelos padrões morais que ela implicava. Não havia necessidade de uma nova teoria.²² As idei-

¹⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 1-40.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 20-21.

¹⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹ *Ibid.*, p. 37.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 114.

²¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio**. Lisboa: Europa-América, 2003. p. 289.

²² POUND, Roscoe. **Law and Morals**. I. The Historical View. Oxford University Press. *Journal of Social Forces*, v. 1, n. 4, p. 350-359, mai. 1923. pp. 351-352.

as filosóficas da idade média foram usadas da mesma maneira. O dever moral foi transformado em dever legal e colocado em primeiro plano. O ser humano individual, como unidade moral, tornou-se a unidade legal. O princípio moral, simplesmente como tal, foi adotado como regra básica. Em todos os sistemas jurídicos, a característica distintiva desse estágio é o sentimento de que o jurídico deve ser feito para coincidir com a moral em todos os pontos.²³

Foi somente a partir da revolta filosófica da modernidade que o direito passou por diversas ondas de dessacralização, que começaram a dissociar cada vez mais o direito da moral.²⁴ Para melhor sistematizar esse movimento, Simone Goyard-Fabre aponta três ondas da modernidade.

A primeira onda por ela descrita ocorre ao longo do Século XVI. Nesse momento surge uma tendência à cientificidade, a qual se traduz na tentativa de sistematização do direito através de um esclarecimento do termo direito. Nesse momento, o conceito de direito está dividido. De um lado, busca-se a codificação racional das normas visando sua homogeneização; do outro, ainda resistem fortes feições regionais na sociedade. Assim, impõe-se uma relação ambígua e antagônica.²⁵

A segunda onda, já no século XVIII, busca compreender a noção de obrigação que envolvia a norma. Aos pensadores daquele momento, dos quais se destaca Immanuel Kant, “para esclarecer o conceito de direito, tornava-se necessário interrogar-se sobre o dever-ser que a regra impõe. Essa interrogação iria provocar a autonomia do direito em relação à moral”.²⁶ Segundo Kant, apesar de o direito e a virtude terem um mesmo princípio, estes não têm a mesma natureza. Apesar de o direito e a moral se articularem em torno de três conceitos comuns de dever, obrigação e imputação, eles não se confundem: enquanto as regras morais comandam o homem internamente, as regras do direito o comandam externamente.²⁷

A terceira onda tem origem no século XIX e se estende até a contemporaneidade no movimento normalmente identificado como “positivismo jurídico”. O axioma básico do positivismo jurídico se resume a dois postulados: “o legicentrismo estatal e a neutrali-

²³ Ibid., p. 357.

²⁴ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XX.

²⁵ Ibid., pp. XX-XXI.

²⁶ Ibid., p. XXV.

²⁷ Ibid., p. XXV.

dade axiológica do direito”.²⁸ Sua intenção metodológica é clara: o positivismo quer ser uma teoria do direito positivo. Por essa função, ele postula uma indiferença por qualquer horizonte metajurídico a fim de possibilitar seu tratamento científico. A teoria positivista do direito descreve o direito tal como ele é estabelecido pela lei.²⁹

Tradicionalmente colocado em contraposição ao direito natural, o positivismo jurídico enfatiza a separação entre direito e moral. De acordo com pensadores dessa corrente, leis são feitas pelo homem e positivadas por meios institucionais. Enquanto os adeptos do direito natural defendem que uma lei que não possui fundamentação moral não deve ser obedecida, apelando a princípios metafísicos, os adeptos do Positivismo defendem que o dever de obedecer à norma existe até que esta seja substituída, continuando a ser válida independente de seu conteúdo. O Positivismo considera o Direito como um sistema de normas, sendo elas definidas a partir de regras ou práticas sociais que identificam certas normas ou leis.³⁰

Todas estas formas de positivismo tem em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a *ciência* jurídica) deve cultivar métodos objetivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pelas ciências "duras", dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais).³¹

Como alguns dos marcos mais importantes dessa corrente, John Stuart Mill e Jeremy Bentham propuseram o princípio do Utilitarismo, pelo qual toda lei deve ter como objetivo sempre produzir a maior quantidade de bem-estar.³² Para Bentham, o princípio da utilidade reconhece que o homem sempre está sujeito à autoridade e assume-a como fundamento desse sistema, cujo objetivo é criar o tecido da felicidade pelas mãos da razão e da lei:

Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. They govern us in all we do, in all we say, in all we think: every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it. In words a man may pretend to abjure their empire: but in reality he will remain subject to it all the while. The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law. Systems which attempt to

²⁸ Ibid., p. XXVII.

²⁹ Ibid., p. XXVII.

³⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 17.

³¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio**. Lisboa: Europa-América, 2003. p. 375.

³² MILL, John Stuart Mill. **Utilitarianism**. 1. ed. Kitchener: Batoche Books, 2001.

question it, deal in sounds instead of sense, in caprice instead of reason, in darkness instead of light.³³

Bentham pensou que as pessoas eram os melhores juizes de seus próprios interesses, mas que nem sempre foi assim. Portanto, era necessário que a ética privada mostrasse aos homens quando os interesses individuais e gerais coincidissem. Mas ele não achava que uma harmonia entre eles era sempre necessária. Eles poderiam divergir e, quando o fazem, a conformidade poderia ser assegurada não por argumento ou persuasão, mas apenas pela ameaça de sanções legais ou sociais que fariam o interesse do indivíduo conformar-se.³⁴

Posteriormente, esses conceitos foram mais bem desenvolvidos por John Austin que definiu a noção de lei conforme comandos baseados em ameaças, fundamentados por uma noção de autoridade.³⁵⁻³⁶ Já no século XX esse debate ganha outros contornos, uma das mais notáveis contribuições sobre essa relação parte das reflexões de Herbert Lionel Adolphus Hart, cuja obra teceu todo o fundamento do debate pós-positivista.³⁷

Em *O Conceito de Direito*, Hart busca definir os alicerces para sua teoria e compreender o direito como um sistema normativo. Para isso, ele parte da concepção normativa de Austin de que as normas seriam comandos baseados em ameaças e emitidos por uma autoridade soberana.³⁸ De fato, Hart não diverge do caráter normativo do direito estabelecido por Austin, contudo, aos poucos ele desconstrói a ideia de que todas as normas seriam baseadas em sanções e do conceito de autoridade empregado pelo autor.³⁹ Para Hart, o direito ainda é baseado na concepção normativa por ser composto de normas jurídicas,⁴⁰ é um sistema de normas Primárias e Secundárias.⁴¹

³³ BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislations**. Oxford: Clarendon Press, 1907. Parágrafo I.

³⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Bentham by Ross Harrison**. Oxford University Press, Mind, New Series, v. 94, n. 373, p. 153-158, jan. 1985. pp. 154-155.

³⁵ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998.

³⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 21.

³⁷ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 4.

³⁸ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998.

³⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 25.

⁴⁰ RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 2.

⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 91.

Hart acredita ser necessário um determinado padrão para os indivíduos saberem quais são as normas integrantes do sistema e poderem identificá-las. Para cumprir esse papel, ele descreve a “norma de reconhecimento”.⁴² Esta seria o parâmetro adequado para cada um, inclusive as autoridades, identificar quais normas integram ou não o sistema jurídico. Essa norma especificaria quais são as características que, se e presentes em determinadas normas, farão com que estas sejam consideradas normas do grupo. Não somente isso, a norma de reconhecimento também garantiria que as demais normas e o sistema jurídico fossem apoiados pela pressão social.⁴³ Para Hart, esse é o referencial para se considerar o conceito e a validade do direito.⁴⁴

Em sua concepção normativa, Hart nega que a moral tenha um papel estrutural no direito, limitando-a a um papel contingente. Por isso, ele critica concepções naturalistas do direito com base na polissemia da palavra “lei”; usada ora para definir leis descritivas da ordem universal, ora para definir leis prescritivas e abstratas características dos mandamentos jurídicos e apontado o papel teleológico que essas doutrinas costumam adotar.⁴⁵

Ainda que Hart reconheça que sempre existe um conteúdo mínimo do direito natural, ligado a questões específicas e bem delimitadas, essa coincidência seria apenas relativa ao conteúdo das normas. Ele não julga que deva existir uma ligação necessária uma vez que um conceito de direito que inclua a moral simplificaria demasiadamente as questões sobre a obediência das normas e a legalidade. O conceito de direito que ele defende propõe que normas iníquas possam integrar o sistema.

O argumento de Hart talvez marque uma das mais relevantes posições do positivismo jurídico. Veremos mais detalhadamente seus argumentos e as principais influências de sua obra, mas, por hora, basta evidenciar a forte relação que seu positivismo estabelece com a separação entre o direito e a moral.

O que observamos nessa breve recapitulação é que, ao longo da história do pensamento jurídico, aqueles que se aventuraram em fornecer os critérios para conceituação do direito e para se definir os parâmetros de validade do direito se alternaram entre duas po-

⁴² *Ibid.*, p. 102.

⁴³ *Ibid.*, p. 102.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 113-114.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 204-205.

sições fundamentais: de um lado a vinculação, e do outro a separação, entre o direito e a moral. Robert Alexy define com simplicidade e precisão esse dilema:

O principal problema da polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista.⁴⁶

Assim, podemos, dentro de linhas argumentativas distintas, identificar dois polos definidos que discutem essa questão: os positivistas, normalmente identificados com um normativismo que defende a separação entre direito e moral; e os não positivistas, mais identificados com a tese jusnaturalista de vinculação entre direito e moral.

Com efeito, numa abordagem já clássica, a filosofia do direito manteve-se por muito tempo equidistante das teorias jusnaturalistas e juspositivistas. Não podemos ignorar o conflito dogmático desses dois tipos de doutrinas, cujo enfrentamento nos leva ao “cabo de tormentas” da filosofia do direito.⁴⁷

Para ambas essas posições, os autores de cada uma delas tenderão a seguir duas linhas argumentativas distintas, mas concomitantes. Tanto a tese da separação, quanto a tese da vinculação, podem ter seus argumentos divididos em dois grupos: o analítico e o normativo.⁴⁸

Como primeiro polo desse debate, Alexy define que as “teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais”.⁴⁹

Para o positivista o argumento analítico é “que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”.⁵⁰ Em oposição, o não positivista pode desconsiderar a essa linha argumentativa, afirmando que existe de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral ou renunciar a ela, estando livre no plano dos argumentos analíticos.⁵¹ Já em relação ao argumento normativo, tanto a tese da separação quanto a da vinculação disputam que a “inclusão ou não de elementos morais do conceito de direito é necessária para que se alcance determinados objetivos ou para que se cumpra determinada norma”.⁵²

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁴⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XIV.

⁴⁸ ALEXY, Robert. op. cit., pp. 24-25.

⁴⁹ Ibid., p. 1.

⁵⁰ Ibid., p. 25.

⁵¹ Ibid., p. 25.

⁵² Ibid., p. 26.

O positivismo visa explicar certas características familiares das sociedades em que o direito existe e propõe fazê-lo analisando o próprio conceito de direito. Hart emprega um método de análise que ele chama seu projeto de “sociologia descritiva”, buscando entender a sociedade e suas instituições. A análise conceitual é simplesmente a principal ferramenta que o Positivismo emprega para esse fim.⁵³ Para tanto, as teorias positivistas do direito distinguem-se por duas teses gerais a seguir: (i) a tese social, pela qual o que conta como direito em qualquer sociedade em particular é fundamentalmente uma questão de fato social; e (ii) a tese da separabilidade, pela qual o que direito é e o que o direito deve ser são questões separadas.⁵⁴ Essa última questão implica na tese da separação entre direito e moral.

Por sua vez, como vimos, “as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação”.⁵⁵ Essa é a tese e comum às diferentes versões do jusnaturalismo. Além disso, podemos sistematizar algumas ideias centrais dessa doutrina, quais sejam que: (i) existe um direito natural; (ii) esse direito está presente em todos, podendo ser encontrado por todos; e (iii) ele é constituído por normas precisas, gerais, certas e claras.⁵⁶

A conclusão preliminar que tiramos aqui, e que será adotada como base para nossa reflexão, entende que a divergência entre a tese da separação e a da vinculação é basicamente um debate sobre a validade do direito. Cabe à teoria jurídica avaliar quais os parâmetros adotados para fazer essa avaliação e, aquela que melhor suceder nessa tarefa, apresentará um modelo mais adequado para explicar esse fenômeno.

Tendo esses pressupostos teóricos definidos, poderemos prosseguir na análise da divergência doutrinária entre as posições da vinculação e da separação do direito e da moral. Para tanto, adotaremos como referencial teórico o debate travado entre Herbert Hart e Lon Fuller, onde seremos capazes de entender como a definição de um conceito de direito está ligada a seus critérios de validade.

Para tanto, no Capítulo 2, a seguir, descreveremos de modo breve o cenário histórico e os pressupostos que se relacionam ao debate contemporâneo da teoria do direito, bem como às posições adotadas por esses dois autores.

⁵³ LEITER, Brian. **Positivism, Formalism, Realism**. Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok. Columbia Law Review, v. 99, n. 4, p. 1138-1164, mai.1999. p. 1140.

⁵⁴ Ibid., pp. 1141-1142.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁵⁶ HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio**. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 304-305.

A partir desse ponto de partida, no Capítulo 3, faremos a exposição detalhada dos argumentos e controvérsias que envolvem o debate travado entre Herbert Hart e Lon Fuller, especialmente os paradigmas da “norma de reconhecimento” e dos “oito desiderata”. Além disso, lidaremos com algumas questões relevantes e argumentos associados à suas posições, inclusive tratadas por autores correlatos.

No Capítulo 4, utilizaremos a base teórica já bem definida no tópico anterior para compreender como as teorias formuladas por esses dois autores explicam e se relacionam com o fenômeno e a figura institucional do *Rule of Law*. Buscaremos entender como cada modelo de validade nos fornece diferentes estruturas e garantias para caracterização desse sistema, bem como aquela que indica com mais precisão seus atributos.

Finalmente, no Capítulo 5, passaremos à análise de como cada um desses modelos teóricos, novamente contrapondo a posição dos dois autores, são capazes de explicar relevantes e singulares experiências históricas que fogem aos padrões de legalidade, tais como regimes e tribunais de exceção.

Finalmente, após todo esse percurso, buscaremos formular nossas conclusões sobre qual modelo aparenta oferecer uma resposta satisfatória para a questão da validade e conceituação do direito.

2. A PROBLEMÁTICA DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

2.1. A Origem do Debate Pós-Positivista: Posições Fundamentais do Positivismo Jurídico sobre a Tese da Separação

Antes de falarmos do debate contemporâneo sobre os critérios de validade do direito, cabe fazermos algumas notas sobre seus precedentes e origem. Em grande medida, desde o final do século XVIII e no início do século XIX, preponderam posições teóricas identificadas com o pensamento utilitarista, que definem o direito em função de seu caráter normativo.

Como principais representantes dessa corrente, Bentham e Austin, insistiram constantemente na tese fundamental de se distinguir “o direito como ele é” do “direito como ele deveria ser”. Nessa posição fica evidente a oposição às correntes naturalistas do direito.⁵⁷ Com isso, desde logo, eles se opõem a qualquer posição que dite a existência de um conteúdo necessário para um sistema legal, sem o qual não faria sentido.⁵⁸

Na definição de Austin, o positivismo baseia-se, primeiro, no comando ou na teoria imperativa do direito - que é o direito estabelecido pela autoridade política devidamente constituída - e que somente isso é direito. Do comando, a teoria do direito deriva de uma proposição normativa de que os juízes não criam direito. Abaixo, destacamos algumas posições fundamentais defendidas por Austin:

These, then, in summary fashion, are the points to be noted in any evaluation of Austin's thinking on judicial legislation:

(1) Austin in his own writings repeatedly asserted the existence of judicial legislation.

(2) Bentham and Austin reconciled the fact of judge-made law with their view that laws are sovereign commands by reasoning that those judicially established principles which the sovereign leaves intact he approves and inferentially asserts.

⁵⁷ “At the close of the eighteenth century and the beginning of the nineteenth the most earnest thinkers in England about legal and social problems and the architects of great reforms were the great Utilitarians. Two of them, Bentham and Austin, constantly insisted on the need to distinguish, firmly and with the maximum of clarity, law as it is from law as it ought to be. This theme haunts their work, and they condemned the natural-law thinkers precisely because they had blurred this apparently simple but vital distinction. By contrast, at the present time in this country and to a lesser extent in England, this separation between law and morals is held to be superficial and wrong. Some critics have thought that it blinds men to the true nature of law and its roots in social life” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 594).

⁵⁸ Ibid., p. 623.

(3) Bentham, Austin, and Mill joined in holding law to be an empirical, not a rational, science. The Utilitarians in fact denied that there are any rational sciences at all.

(4) The definition "law is a command of the sovereign" is presented by the Utilitarians not as a logical postulate from which substantive propositions of law can be analytically deduced but rather as a connotation of the word "law" in terms of empirical facts.

(5) Austin's notion of general jurisprudence as an exposition of principles of law is inconsistent with the empirical foundations upon which the pre-dominant part of his theory is based. Much that appears in the very chapter introducing this view is in conflict with it. Austin's belief in necessary principles, notions and distinctions, moreover, should not be taken to be an implication of his expository jurisprudence. More probably, this belief followed from his grounding in the propria of scholastic logic, for which J. S. Mill worked out an empirical interpretation.

(6) Thus understood, Austin's affirmation of necessary principles, notions and distinctions involved neither the assertion that all legal principles and classifications follow from the nature of law nor even the view that any principles or classifications are authoritatively prescribed for the judge by the nature of law.⁵⁹

Em suma, no positivismo analítico de Austin a existência da lei é uma coisa e seu mérito ou demérito, é outra. Uma lei, que realmente existe, é uma lei. Basta a mera enunciação de uma norma para que se caracterize como direito.⁶⁰ Trata-se de uma definição bastante simples e direta para o direito, identificando-o com seu caráter normativo.

Foi na simplicidade dessa definição que Herbert Hart encontrou a limitação do positivismo jurídico clássico e o espaço para uma inovação que marcaria todo o debate pós-positivista. Em grande medida a posição de Hart está ligada à compreensão distinta de como funciona a linguagem e qual seu papel perante a atividade de interpretação e aplicação da norma.

De modo sucinto, a primeira geração dos pensadores do positivismo jurídico inspirou-se na pretensão filosófica do movimento do positivismo lógico-filosófico. Para definir os contornos gerais desse movimento, aqui adotamos como seu principal expoente o *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein. Neste trabalho o autor se mostra comprometido com o projeto logicista da filosofia da linguagem, já desenvolvido por autores como Gottlob Frege e Bertrand Russel.

⁵⁹ MORISON, W. L. **Some Myth about Positivism**. The Yale Law Journal, v. 68, n. 2, p. 212-233, dez. 1958. pp. 229-230.

⁶⁰ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998. p. 184.

A aproximação entre a linguagem e o mundo ocorre através da formulação de proposições dotadas de sentido. A linguagem e o mundo compartilham uma mesma forma. Para isso, busca esclarecer os elementos essenciais de cada linguagem que nos permitiriam exprimir a realidade.

Essa concepção leva a rejeitar a linguagem ordinária e a buscar a criação de uma linguagem artificial ideal, através do atomismo lógico.⁶¹ Isso implica em mostrar que a solução para esses problemas poderia ser encontrada na linguagem. Os problemas filosóficos consistiriam, antes de tudo, em problemas de linguagem.⁶²

O mundo que concebemos seria composto pelas possibilidades do espaço lógico. Tudo o que é fato já estava no âmbito de possibilidades do espaço lógico e aquilo que está fora deste espaço não pode sequer ser pensado, não podendo ser descrito. O atomismo lógico intenciona estabelecer as bases fundamentais para que qualquer linguagem descreva de modo significativo.⁶³ Para isso, Wittgenstein busca a construção da Forma Lógica, partindo de uma crítica aos modelos anteriores formulados por seus predecessores, Russel e Frege.⁶⁴

Ambos os autores acreditam que a propriedade da função proposicional é independente de seu referencial. Para Wittgenstein a função proposicional é espacialmente anterior ao conceito denotado. O sentido da proposição é decorrente da posição espacial que a relação entre a função e o argumento ocupa. A função deve manter a relação espacial conforme a realidade.⁶⁵

Para que os elementos da proposição possam ser conectados, de modo a construir uma sentença com sentido, eles devem obedecer a uma determinada relação. Um pensamento é verdadeiro caso os objetos designados pelo pensamento estejam relacionados na mesma ordem e com os mesmos nomes da realidade. Assim, é possível construir proposições de modo a traduzir descrições da realidade, sem incidir em tautologias ou constru-

⁶¹ HACKER, P. M. S. **Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy**. Oxford: Blackwell, 1996. pp. 12-21.

⁶² SCHMITZ, François. **Wittgenstein**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 47.

⁶³ *Ibid.*, pp. 83-86.

⁶⁴ HACKER, P. M. S. **Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy**. Oxford: Blackwell, 1996. pp. 12-21.

⁶⁵ SCHMITZ, François. **Wittgenstein**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. pp. 76-81.

ções que não possuam significado. Toda proposição é o preenchimento de uma determinada função por um argumento.⁶⁶

É fácil perceber como essa descrição neutra e objetiva do fenômeno da linguagem influenciou autores do positivismo analítico dentro do campo jurídico. Desde já podemos compreender que, assim como Wittgenstein fez com a linguagem, esses autores buscaram empregar o mesmo procedimento para a norma. O auge dessa argumentação é a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Em sua obra, Kelsen postula teoria pura do direito, na qual procura estabelecer um direito livre de interferências externas e definir os contornos do sistema jurídico.⁶⁷

De modo semelhante à Kelsen, o Positivismo Lógico buscava a objetivação das ciências sociais através da aplicação do método científico e da eliminação da metafísica das ciências sociais. Essa tradição estava preocupada com a sistematização de métodos rigorosos de análise que buscassem uma descrição empírica da realidade.⁶⁸

Kelsen, assim como Wittgenstein, buscava a sistematização de um método lógico que fosse capaz de descrever a linguagem por seus próprios fundamentos. Com isso, buscou a sistematização de uma ciência jurídica independente. Em sua mais notória obra, Teoria Pura do Direito, o autor propugna uma ciência jurídica livre de quaisquer condicionantes externas, como política e moral.⁶⁹ Desde logo, Kelsen se compromete com um projeto descritivo do Direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.⁷⁰

Kelsen considera as ciências jurídicas como o ato descritivo e não constitutivo. A Teoria Pura do Direito é “uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto”.⁷¹ Similarmente, Wittgenstein, realiza uma investigação descritiva da linguagem, pela qual a proposição visa meramente descrever um fato do mundo. A teoria pictórica

⁶⁶ Ibid., pp. 76-79.

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

⁶⁸ HACKER, P. M. S. **Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy**. Oxford: Blackwell, 1996. pp. 39-66.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962. p. 1.

⁷⁰ Ibid., p. 1.

⁷¹ Ibid., p. X.

nos diz que “A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo de realidade tal como pensamos que seja”.⁷²

Ambos os conceitos se orientam dentro de um mesmo projeto ao qual Kelsen reivindica fazer parte. O uso da linguagem científica, em Kelsen, segue o mesmo padrão de Wittgenstein no *Tractatus*. Nessa contraposição, ambos os autores buscam a realização de uma análise metodológica desprendida de fatores externos. A este propósito, a “teoria pura” do direito descreve:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.⁷³

Wittgenstein, por sua vez, define como seu objeto de estudo as propriedades internas da linguagem, deixando de fora qualquer elemento externo à sua própria descrição,⁷⁴ sendo que para “conhecer um objeto, na verdade não preciso conhecer suas propriedades externas – mas preciso conhecer todas as suas possibilidades internas”.⁷⁵ Assim como Wittgenstein busca por uma produção “pura” de conhecimento através da linguagem,⁷⁶ Kelsen define uma ciência jurídica que não inclua análises morais e políticas.

Sua “teoria” vem acompanhada do adjetivo “pura” porque procura excluir do direito positivo todos os elementos estranhos a ele. Os limites de sua cognição devem ser claramente fixados em duas diretivas: a ciência específica do direito (a disciplina geralmente chamada jurisprudência que deve ser distinguida da filosofia da justiça); e a sociologia.⁷⁷ Como ele próprio define:

The "purity" of a theory of law which aims at a structural analysis of positive legal orders consists in nothing else but in eliminating from its sphere problems that require a method different from that appropriate to its own specific problem. The postulate of purity is the indispensable requirement of avoiding syncretism of methods, a postulate which traditional jurisprudence does not, or does not sufficiently, respect. Elimination of a problem from the sphere of the Pure Theory of Law, of course, does not imply the denial of the legitimacy of this problem or of the science dealing with it. The law may be the object of different sciences; the Pure Theory of Law has never claimed to be the only possi-

⁷² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp, 2001. p. 165.

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962. p. 1.

⁷⁴ SCHMITZ, François. **Wittgenstein**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 45.

⁷⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. op. cit. p. 137 (TLP 2.01231).

⁷⁶ SCHMITZ, François. **Wittgenstein**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004. p. 45.

⁷⁷ KELSEN, Hans. **The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence**. Harvard Law Review, v. 55, p. 44-70, 1941. p. 44.

ble or legitimate science of law. Sociology of law and history of law are others. They, together with the structural analysis of law, are necessary for a complete understanding of the complex phenomenon of law.⁷⁸

Com isso, a teoria pura do direito restringe-se a uma análise estrutural do direito positivo, com base em um estudo comparativo das ordens sociais que realmente existem e existiram na história sob o nome de direito. A Teoria Pura do Direito trata do direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos.⁷⁹ Por sua vez, norma é um significado específico de que algo deve ou não deve ser feito, embora na verdade não possa ser feito.

De acordo com uma norma os homens devem se comportar de certa maneira. A norma é criada ou postulada por um ato de vontade, então é uma norma positiva. A lei como sistema de normas criadas por atos de vontade humana é lei positiva. A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo.⁸⁰

Ao definir o direito como uma ordem coercitiva, a Teoria Pura do Direito concebe o direito como uma técnica social específica. Essa técnica é caracterizada pelo fato de que a ordem social tenta provocar certo comportamento nos homens, a qual o legislador considera como desejável e fornece atos coercitivos, como sanções, em caso de comportamento oposto. Isso não significa que a ideia que os homens têm da lei exerça coerção psíquica sobre eles, coagindo-os a conformar seu comportamento à lei.⁸¹

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law**. The Yale Law Journal, v. 57, n. 3, p. 377-390, jan. 1948. p. 383.

⁷⁹ “The Pure Theory of Law restricts itself to a structural analysis of positive law based on a comparative study of the social orders which actually exist and existed in history under the name of law. Hence the problem of the origin of the law—the law in general or a particular legal order—meaning the causes of the coming into existence of the law in general or of a particular legal order with its specific content, are beyond the scope of this theory. They are problems of sociology and history and as such require methods totally different from that of a structural analysis of given legal orders. The methodological difference between a structural analysis of the law on the one hand, and sociology and history of law on the other hand, is similar to that between theology and sociology or history of religion. The object of theology is God, presumed to be existing; the object of sociology and history of religion is men's belief in God or in gods, whether the object of this belief does or does not exist. The Pure Theory of Law deals with the law as a system of valid norms created by acts of human beings. It is a juristic approach to the problem of law.” (Ibid., p. 382.).

⁸⁰ Id. **On the Basic Norm**. California Law Review, v. 47, p. 107-110, 1959. p. 107.

⁸¹ Id. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law**. The Yale Law Journal, v. 57, n. 3, p. 377-390, jan. 1948. p. 378.

Se a coerção é um elemento essencial do direito no sentido aqui apresentado, então toda ordem jurídica, considerada do ponto de vista técnico, deve ser apresentada como um complexo de normas nas quais medidas coercitivas são decretadas como sanções.⁸²

The legal order, by attaching a sanction to this conduct and thus characterizing it as delict, seeks to induce the opposite conduct, that which will not invoke the sanction. To say that one has a legal duty to behave in a certain way means that he is threatened with a sanction in case of contrary behavior, that is, in case of a delict. The relation established by the legal norm between delict and sanction is the fundamental relation of the law, insofar as this is regarded in a state of rest. It is the fundamental relation of the statics of the law.⁸³

Todos os outros fatos aos qual o ordenamento jurídico se aplica são considerados apenas como condições da sanção. A técnica específica da lei – a técnica da motivação indireta – consiste no próprio fato de atribuir a certas condições certas medidas coercitivas como consequências.⁸⁴

Exatamente nesse ponto que Kelsen, à semelhança de parte de seus contemporâneos, distingue o Positivismo Jurídico do Direito Natural. Enquanto o primeiro se sustenta somente com base no direito positivo, o segundo recorre a aspectos externos para sua sustentação:

Uma vez que a ideia de um Direito natural é uma ideia de uma ordem "natural", segue-se que as suas regras, diretamente, tal como fluem da natureza, de Deus ou da razão, são imediatamente evidentes como as regras da lógica e, desse modo, não requerem qualquer esforço para serem percebidas como reais. Este é o segundo ponto no qual o Direito natural se distingue do Direito positivo. O Direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção. Ao contrário das regras do Direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza da sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto evidência imediata. O conteúdo das regras do Direito positivo carece da necessidade "interna" que é peculiar às do Direito natural em virtude da sua origem. As regras do Direito positivo não estabelecem uma determinação definitiva das relações sociais. Elas levam em conta a possibilidade de que essas relações também podem ser determinadas por outras regras do Direito positivo, seja subsequentemente, por regras da mesma autoridade jurídica, seja simultaneamente, por regras de outra autoridade jurídica. Não se pode pressupor que aqueles cuja conduta é regulamentada desse mo-

⁸² Sobre a identificação do direito como exercício proposicional, ver: "The characteristic thesis of positivism, as the term will be here understood, seems to run something like this: " A set of words purporting to express a factual proposition P is significant only if it is possible to deduce or infer from it, in combination if necessary with other premises, some proposition or propositions (at least one) Q1, Q2, Q3 . . . etc., the truth or falsity of which it would be logically possible to verify by direct observation. If no such directly verifiable deductions from P are possible, then the set of words purporting to express P is non-significant, and P is not really a proposition at all, but a pseudo-proposition." I shall call this the Positivist Principle, and I shall refer to any philosophy which maintains it as positivism." (STACE, W. T. **Positivism**. Mind, New Series, v. 53, n. 211, p. 215-237, jul. 1944. p. 215).

⁸³ KELSEN, Hans. **The Law as a Specific Social Technique**. The University of Chicago Law Review, v. 9, n. 1, p. 75-97, dez. 1941. p. 87.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 87.

do adquiram, com essas regras, também a convicção da sua retidão e justiça. Obviamente, é possível que a sua conduta efetiva seja diferente da que é prescrita pelas regras do Direito positivo. Por este motivo, a coerção torna-se parte integral do Direito positivo. A doutrina que declara a coerção como característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito positivo.⁸⁵

Em comparação às normas positivas, as normas morais apenas orientam a conduta não coercitivamente. Essas normas “apenas surgem na consciência de homens que vivem em sociedade”.⁸⁶ Elas adotam um papel de regulação social e, mais precisamente, regulação dos impulsos individuais, não como uma regulação jurídica propriamente dita.

Contudo, a partir de Hart, muito influenciado por uma nova fase do pensamento de Wittgenstein, a posição teórica sobre a relação entre o direito e a linguagem se alterou. Essa mudança fez com que o próprio positivismo jurídico superasse uma conceituação do direito como um sistema normativo baseado em sanções. A partir desse ponto, o positivismo ganhou novas feições e passou a incluir elucidações mais sofisticadas sobre a funcionalidade de uma norma em ambientes sociais.

De modo geral, essas novas posições, que se mantiveram vigentes durante grande parte do debate contemporâneo da teoria do direito, foram largamente influenciadas pelo livro *Investigações Filosóficas*. Alguns anos após a publicação do *Tractatus*, Wittgenstein voltou a se debruçar sobre os problemas da filosofia da linguagem. No período em que esteve afastado da vida acadêmica, seu trabalho foi alvo de diversas críticas e comentários, que o levaram a reformular seu pensamento como um todo.

Nessa obra, desaparece a ideia de que haveria uma forma lógica da função proposicional pela qual qualquer sentença poderia ser expressa, juntamente da noção da existência de um sentido inequívoco expresso pela linguagem que traduz a realidade. Agora, ele passa a considerar que o sentido de uma proposição se revela nos usos que fazemos dos nossos instrumentos linguísticos. Para determinar o significado devemos retomar o uso das expressões na vida cotidiana.⁸⁷

A função da filosofia deixa de ser o buscar uma descrição da realidade baseada de uma forma lógica e passa a ser o compreender o funcionamento da linguagem em sua vida cotidiana. Para isso, Wittgenstein busca uma investigação gramatical, de modo a desfa-

⁸⁵ Id. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 559.

⁸⁶ *Ibid.*, p.114.

⁸⁷ MCGINN, Marie. **Elucidating the Tractatus**: Wittgenstein's Early Philosophy of Logic and Language. Oxford: Clarendon Press, 2006. pp. 50-61.

zer confusões e mal-entendidos do pensamento filosófico, em um processo que ele considera uma “terapia”. Em sua compreensão, esses erros consistem na adoção de uma atitude teórica que busca respostas para perguntas conceituais sobre a natureza das coisas. Para ele, esse tipo de pensamento representa uma má interpretação de nossas formas de linguagem. Nesta perspectiva, a filosofia é vista como uma atividade terapêutica que dissolve as perplexidades filosóficas.⁸⁸

Wittgenstein usou o termo "jogo de linguagem" para designar formas de linguagem mais simples do que a totalidade de uma linguagem completa. O conceito de jogo de linguagem remete a totalidade dos proferimentos linguísticos entrelaçados uns aos outros e às atividades linguísticas. Essas formas são empregadas em situações simples da convivência cotidiana. Para ele, “a expressão ‘jogo de linguagem’ deve enfatizar aqui que o falar de uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida”.⁸⁹

Nas Investigações Filosóficas, o jogo de linguagem aparece primeiramente relacionado às práticas de ensino, mostrando como as crianças aprendem a linguagem, não por um processo de definição ostensiva, mas pelo uso cotidiano das palavras. Assim, o significado de uma palavra não é um objeto que a sucede, mas é determinado pelas regras que norteiam seu funcionamento. O significado não deve mais ser compreendido como algo fixo e determinado, mas sim como algo que a linguagem exerce em um contexto específico e com objetivos específicos.⁹⁰

Wittgenstein insiste nisto ao dizer que a linguagem é uma coleção de jogos de linguagem, mostrando que ela não tem uma única essência que pode ser desenterrada e declarada em termos de uma teoria unitária.

Essa ruptura desfaz os próprios pressupostos lógicos do *Tractatus*, que propunha descobrir a estrutura lógica através de proposições de uma linguagem que deveria refletir a natureza das coisas. A filosofia, como Wittgenstein agora concebeu, consistia na dissolução de problemas filosóficos. A filosofia não deve produzir novos conhecimentos,

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 22-26.

⁸⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen**: Edição Bilingue Alemão/Português. Tradução de João José R. L. de Almeida. WT Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanalisefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. p. 22.

⁹⁰ MCGINN, Marie. **Elucidating the Tractatus**: Wittgenstein’s Early Philosophy of Logic and Language. Oxford: Clarendon Press, 2006. pp. 52-59.

mas apenas elucidacões gramaticais que desvendam o entrelaçamento de nossas reflexões filosóficas. Para isso, a linguagem deve ser vista em seu contexto usual.⁹¹

Com base nessa posição teórica, Herbert Hart distancia-se da concepção de linguagem adotada pelo positivismo jurídico de Austin e Kelsen. Em contraposição à posição desses autores, Hart define sua concepção linguística como possuidora de uma textura aberta, permitindo que as regras sejam aplicadas de acordo com as especificações de cada contexto.⁹²

Influenciado por Wittgenstein, ele enfatiza que a linguagem pode ter diferentes significados a depender do contexto e das situações em que se inserem, oferecendo uma alternativa para pensar o direito a partir do uso que é feito das normas jurídicas de acordo com os casos específicos.⁹³

Como fundamento, Hart considera o significado da linguagem a partir dos contextos específicos em que as palavras são usadas, de modo que é possível realizar os juízos da forma mais correta.⁹⁴ O direito não deve ser visto somente como a aplicação de decisões, mas como o conjunto de padrões juridicamente aceitos e estabelecidos socialmente.⁹⁵ As regras do direito devem ser entendidas como diretrizes reguladoras de condutas socialmente estabelecidas.

Com isso, Hart considera que as regras não são apenas modos prescritivos, elas são compreendidas e estabelecidas socialmente através de nossas práticas contextuais cotidianas. Como Hart propõe:

[O] nosso comportamento de cumprimento da regra é frequentemente uma resposta directa a uma situação concreta, não medida por um cálculo em termos de regras. A prova de que tais acções são verdadeiras aplicações da regra reside na sua situação concreta em certas circunstâncias. Algumas destas precedem a acção em concreto e outras seguem-se-lhe; e outras são afirmáveis apenas em termos gerais ou hipotéticos. O mais importante desses factores, que mostram que,

⁹¹ Ibid., pp. 56-66; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen**: Edição Bilingue Alemão/Portugês. Tradução de João José R. L. de Almeida. WT Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. IF 33.

⁹² BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the “open texture” of language**. Law and Philosophy, v. 10, n. 1, p. 51-72, Feb. 1991.

⁹³ MICHELON JÚNIOR, Cláudio. **Aceitação e Objetividade**: Uma Comparação Entre as Teses de Hart e do Positivismo Precedente Sobre a Linguagem e o Conhecimento do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁹⁴ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão técnica de Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 100.

ao agirmos, aplicamos uma regra, consiste em que, se o comportamento for posto em causa, estamos dispostos a justificá-lo por referência a regra: e a genuinidade da nossa aceitação a regra pode ser manifestada não só nos nossos reconhecimentos gerais dela, passados e futuros, e na conformidade com a mesma, como também na nossa crítica ao nosso próprio desvio ou ao dos outros relativamente a ela.⁹⁶

Nessa conceituação, a compreensão das normas está condicionada a seu exercício em contextos sociais determinados.⁹⁷ Uma regra somente faz sentido se for exercida dentro de uma prática social na qual ela é aplicável.⁹⁸

Inspirando em Wittgenstein,⁹⁹ Hart considera que um determinado enunciado somente possui significado normativo se em sua prática social for verificada como parte do ordenamento jurídico e servir como padrão de conduta para aqueles que a consideram. A este propósito serve sua regra de reconhecimento: identificar se um determinado texto legal é reconhecido e se pode ser utilizada como uma norma dentro da convivência cotidiana.

Para Wittgenstein, uma palavra apresenta diferentes significados que somente podem ser compreendidos observando-se as regras que acompanham sua aplicação em diferentes jogos de linguagem. Assim, as regras que acompanham a aplicação da linguagem, em um determinado contexto, se tornam o critério para afirmar se uma determinada palavra da linguagem foi empregada de acordo com seu uso estabelecido naquele jogo de linguagem.¹⁰⁰

A ligação entre uma regra e sua aplicação está no fato de que há uma prática de aplicá-la. A gramática do conceito de regra a conecta a um padrão característico de atividade ou forma de vida, e não a um processo que ocorre na mente daqueles que usam a regra. O conceito de uma regra está ligado à prática de usá-la, e não aos acompanhamentos psicológicos característicos de a seguir ou estar sob seu controle. Não são os acompanhamentos psicológicos que fazem com que a sigamos, nem eles que constituem o ato

⁹⁶ Ibid., p.153.

⁹⁷ MCCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon, 1978. Cap. 5.

⁹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 99.

⁹⁹ “Por isso, ‘seguir a regra’ é uma prática. E acreditar que se segue a regra não é: seguir a regra. Portanto, não se pode seguir a regra ‘privadamente’, porque, caso contrário, o próprio acreditar que se segue a regra seria como seguir a regra”. (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen**: Edição Bilingue Alemão/Português. Tradução de João José R. L. de Almeida. WT Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. p. 141 (IF 202)).

¹⁰⁰ MCGINN, Marie. **Elucidating the Tractatus: Wittgenstein’s Early Philosophy of Logic and Language**. Oxford: Clarendon Press, 2006. pp. 43-60.

de obedecê-la. A ideia de que obedecer a uma regra parte de um domínio puramente privado da mente, separada do campo de prática, não faz sentido pois o conceito de uma regra é, no final, o conceito de uma certa forma de prática. Seu conteúdo está na existência de uma forma particular de prática.¹⁰¹

Um exemplo que bem demonstra essa relação entre Wittgenstein e Hart é o jogo de xadrez. Wittgenstein descreve que o ato de mover uma peça no tabuleiro somente pode constituir uma jogada dentro do jogo de xadrez. Nessa ocasião, pois existe uma circunstância que o qualifica como tal - movimentos anteriores e posteriores, uma série de regras empregadas pelos participantes e até a linguagem utilizada por eles fazem com que o ato de mexer uma peça se torne um movimento de xadrez:

Seria o que chamamos de “seguir uma regra” algo que só um homem, apenas uma vez na vida, poderia ter feito? – E isso é, naturalmente, uma observação para a gramática da expressão “seguir a regra”. Não se pode, uma única vez, só um homem ter seguido uma regra. Não se pode, uma única vez, ter sido feita uma comunicação, uma ordem dada, ou ter sido compreendida etc. – Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são costumes (usos, instituições). Compreender uma frase significa compreender uma língua. Compreender uma língua significa dominar uma técnica. Naturalmente, é possível imaginar duas pessoas, em uma tribo que não conhece o jogo de xadrez, que se sentam junto a um tabuleiro e executam os lances de uma partida; e, claro, com todas as manifestações mentais concomitantes. E nós veríamos isso de modo que diríamos que eles estavam jogando xadrez. Mas imagine agora uma partida de xadrez traduzida, segundo certas regras, numa série de ações que não costumamos associar com um jogo, – talvez emitir gritos e bater com os pés. E aqueles dois devem agora, em vez de jogar o que para nós é a forma corrente do xadrez, gritar e sapatear; e, na realidade, de tal modo que, de acordo com regras apropriadas, esses processos se permitem traduzir numa partida de xadrez.¹⁰²

Do mesmo modo, Hart utiliza a figura de um jogo para explicar o conteúdo normativo dos textos e enunciados legais:

No decurso do jogo, a regra geral que define as atividades que constituem os pontos a marcar (corridas, golos, etc.) raramente é formulada; em vez disso, é usada pelas autoridades do jogo e pelos jogadores, na identificação das fases particulares que contam para a vitória. Também aqui as declarações das autoridades (árbitro ou marcador) têm um estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras. Mais ainda, em ambos os casos há a possibilidade

¹⁰¹ Ibid., p. 105.

¹⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen**: Edição Bilíngue Alemão/Português. Tradução de João José R. L. de Almeida. WT Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. pp. 139-140 (IF 199-200).

de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige, segundo os seus termos.¹⁰³

Portanto, Hart, assim como Wittgenstein faz com a linguagem, considera que o conteúdo normativo de um determinado texto legal somente pode ser apreendido no momento em que uma norma foi aplicada ou obedecida dentro de um determinado contexto social. Assim, é possível saber o que a regra ordena, bem como a abrangência de sua aplicação, dado seu contexto de utilização.¹⁰⁴

Decorre disso que, assim como existe uma mudança na concepção filosófica de Wittgenstein no *Tractatus* para suas *Investigações Filosóficas*, a mesma ruptura acontece em Hart, quando comparado ao positivismo jurídico clássico. Esses autores, Kelsen em particular, estavam preocupados em realizar uma descrição do Direito, destacando-o de quaisquer práticas sociais e influências externas.¹⁰⁵ Hart, por sua vez, passa incluir as práticas sociais como critério de validade do direito. Um determinado comportamento reiterado e regulado por uma norma somente é considerado direito se seus praticantes assim o reconhecem como tal.

Portanto, em qualquer sistema jurídico, segundo Hart, as regras fornecem poderes legais de diferentes tipos, que podem ser exercidos por palavras faladas ou escritas em determinadas circunstâncias: quando usadas por pessoas devidamente qualificadas em circunstâncias apropriadas, as palavras têm certo efeito legal. Elucidar esse uso da linguagem não é apenas apontar um fato sobre as palavras, mas é também caracterizar um tipo de atividade que é muito central para a vida do direito. Isso força nossa atenção ao quão superficial é aquela visão das regras legais, que concebe o direito como a teoria tradicional o concebeu, como consistindo em regras que são simplesmente obedecidas ou aplicadas, ou usadas como bases da previsão. O que temos no uso operacional das palavras

¹⁰³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p.113.

¹⁰⁴ BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory**. Southern Methodist University Law Review, Dallas, v. 52, p. 167-199, 1999.

¹⁰⁵ “The analytical purists, on the other hand, regarded the science of law as wholly self-sufficient. Instead of seeking to deduce a system from the nature of man, or to deduce an ideal body of principles from some assumed or metaphysically demonstrated first principle, they sought to take legal precepts exactly as they were as one of them put it, to take the “pure fact of law” to analyze actually existing legal institutions, and to obtain in that way the materials for a universal science of law. In practice they by no means succeeded in confining themselves to “the pure fact of law.”” (POUND, Roscoe. **Law and Morals**. II. The Analytical View. Oxford University Press. *Journal of Social Forces*, v. 1, n. 5, p. 528-537, set. 1923. p. 528.).

é algo diferente e revelador sobre a forma de vida representada pelo uso da lei como meio de vida social.¹⁰⁶

Em suma, uma teoria sobre a natureza da lei deve dar conta do ponto de vista interno. Conforme consta do positivismo, ela deve explicar o sentido em que os participantes consideram a lei a razão de sua ação e quais são os tipos de propósitos ou valores que tornariam essas razões inteligíveis.¹⁰⁷

O conceito dinâmico de Hart difere do conceito de direito definido como norma coercitiva. De acordo com ele, o direito é algo criado por um determinado processo. Hart mostra como é possível que as normas possam ter caráter jurídico sem que tenham uma "essência" intrínseca ou algo que as torne distintamente legais, exceto o fato de elas pertencerem a um sistema legal.¹⁰⁸

A importância deste argumento é a de criar uma distinção entre conteúdo e forma, entre fonte e mérito. Sua consequência é que esta teoria marca o terreno para avaliar qualquer norma conforme suas condições de validade. Assim, se supusermos que todas as condições de validade jurídica são baseadas na fonte, estaremos limitados a críticas à lei baseadas na fonte; se aprovarmos condições formais de validade jurídica, estaremos limitados a críticas formais.¹⁰⁹

Hart, ao identificar o fenômeno jurídico a partir do ponto de vista interno, localizou e analisou uma dimensão das regras que Austin negligenciou: as dimensões não coercitivas do direito.¹¹⁰ Como Frederik Schauer bem expõe, Austin ignora diversas dimensões do direito em prol de uma simplificação:

Hart exposed a host of deficiencies in the Austinian account, some of which are orthogonal to my central point here. It is true, for example, that Austin's (but not Bentham's) alleged attention only to duty-imposing and not power-conferring rules sees law entirely on the model of the criminal law, in which a superior gives orders to an inferior and threatens sanctions for non-compliance. But this exclusive focus on law in its vertical and duty-imposing guise ignores an important variety of legal rule, important precisely because of the omnipres-

¹⁰⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century**: A Reply to Professor Bodenheimer. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 105, n. 7, p. 953-975, mai. 1967. p. 962.

¹⁰⁷ MARMOR, Andrei. **Legal Positivism**: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 683-704. 2006. p. 704.

¹⁰⁸ GARDNER, John. **The Legality of Law**. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, p. 168-181, 2004. pp. 169-170.

¹⁰⁹ Id. **Legal Positivism**: 5 ½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, p. 199-227 2001. pp. 209-210.

¹¹⁰ SCHAUER, Frederik. **Was Austin Right After All?** On the Role of Sanctions in a Theory of Law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 1, p. 1-21, mar. 2010. p. 2.

ence in all advanced legal systems of power-conferring rules that enable people to enter into contracts, make wills, create corporations, and engage in numerous other forms of law constituted behavior. When the law permits suits for breach of contract, for example, it does not tell citizens whether or not they should enter into contracts in the first place.¹¹¹

A partir Hart, a noção de norma passa a ter uma compreensão mais larga, indo além de somente comandos baseados em sanções. Passam a integrar a esfera jurídica noções como deveres e direitos legais. Direitos são interesses protegidos na medida em que indivíduos possuem um direito legalmente estabelecido e, se e somente se, um interesse dele é motivo suficiente para manter outra pessoa sujeita a um dever.¹¹² Se uma regra legal cria um direito legal, suas consequências são que outras pessoas têm direitos para proteger o interesse do titular do direito. Tais deveres são as consequências de um direito no sentido de justificar legalmente esses deveres.¹¹³

Inobstante Hart apresentar inovações à diversas posições tradicionais do positivismo jurídico, como veremos de modo mais detalhado, o autor mantém uma das principais premissas dessa corrente de pensamento: a tese da separação entre direito e moral. Ele não sustenta uma relação necessária entre o direito e a moral, contudo, dado a natureza humana e as condições da vida humana, ele considera que existe um conteúdo mínimo ao direito natural. Nenhum sistema jurídico poderia ser estável sem fornecer alguma proteção à vida e à propriedade.¹¹⁴

Evidente que o autor não afirma que a moral não possa influir diretamente nos juízos jurídicos. Sua premissa principal consiste em tecer uma distinção entre as regras e obrigações morais e as regras e obrigações jurídicas.¹¹⁵ Em determinados casos, Hart até argumentou com sinceridade que os juízes têm discricção em casos difíceis, onde as regras legais não têm mais aplicação clara e determinada.¹¹⁶

Esse argumento pode ser explorado mais cuidadosamente. Começamos com uma indagação: faria sentido os positivistas insistirem na determinação descritiva e moralmente neutra das regras, se essas regras não estivessem conectadas de maneira direta e substancial às decisões tomadas pelos juízes sob o nome de lei? A própria fórmula de Hart

¹¹¹ Ibid., p. 5.

¹¹² RAZ, Joseph. **Legal Rights**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 4, n. 1, p. 1-21, 1984. p. 12.

¹¹³ Ibid., p. 14.

¹¹⁴ Id. **About Morality and The Nature of Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 48, p. 1-15, 2003. p. 3.

¹¹⁵ ENDICOTT, Timothy. **The Subsidiarity of Law and The Obligation to Obey**. The American Journal of Jurisprudence, v. 50, p. 233-248, 2005. p. 235.

¹¹⁶ BIX, Brian. **Positively Positivism: Legal Positivism in American Jurisprudence** by Anthony J. Sebok. Virginia Law Review, v. 85, n. 5, p. 889-923, ago. 1999. pp. 908-909.

sustenta que os juízes têm autoridade substancial de mudar a lei. Contudo, como Lon Fuller observou, um sistema no qual as regras que se comportem conforme essa definição, mudam tão rapidamente que os cidadãos não serão mais capazes de orientar o seu comportamento.¹¹⁷

Uma segunda percepção do positivismo jurídico, rotulada de tese social, sustenta que o direito é um fenômeno social e, portanto, é basicamente uma questão de fatos sociais. Os primeiros positivistas jurídicos pensavam que os tipos relevantes de fatos sociais que determinam o que é a lei são os fatos sociais gerais sobre soberania política. A partir do século XX, passou-se a repudiar esse foco na soberania política e a substituí-lo por uma ênfase nas regras sociais. Em toda sociedade, existem certas regras sociais que determinam o que é a lei, como deve ser identificada, criada e modificada, e essas regras sociais basicamente determinam o que é a lei nessa sociedade.¹¹⁸

Essa forte conceituação em torno de uma definição de direito baseada em regras, bem como as distinções sobre a natureza da obrigação moral e jurídica, leva o positivismo jurídico a propor, de modo mais sofisticado, a tese da separação. Há muita confusão sobre o significado preciso da tese de separação. Existe uma versão mínima da tese de separação comum a todos os positivistas e uma versão de alcance mais extenso.

O conteúdo mínimo da tese da separação consiste na afirmação de que o direito não depende necessariamente, ou conceitualmente, de considerações morais ou outras de avaliação sobre o que o direito deveria ser. A principal controvérsia é sobre uma versão adicional e ampliada da tese de separação. O positivismo jurídico inclusivo sustenta que considerações morais e outras considerações avaliativas podem determinar certos aspectos contingentes do direito, como é o caso que vimos em Hart.¹¹⁹

Por sua vez, o chamado positivismo jurídico exclusivista nega qualquer possível dependência do direito a considerações morais. Ele sustenta que as considerações morais, ou outras considerações avaliativas sobre o que o direito deveria ser, não podem, como uma questão conceitual, determinar o que é o direito.¹²⁰

¹¹⁷ Ibid., p. 910.

¹¹⁸ MARMOR, Andrei. **Legal Positivism**: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4. p. 683–704. 2006. p. 686.

¹¹⁹ Ibid., pp. 686-687.

¹²⁰ Ibid., pp. 686-687.

Cabe aqui esclarecer, em linhas gerais, o que caracteriza o positivismo inclusivo de Herbert Hart e o positivismo exclusivista, considerando que ambos definidos a partir da tese da separação sustentada pelos positivistas, como um todo.

Além disso, desde já, é importante esclarecer o que a tese da separação não significa. Primeiro, o positivismo jurídico não tem razões teóricas para negar que o direito é uma coisa boa e que temos boas razões para ter um sistema jurídico. Se o direito tem algum valor intrínseco, isto pode ser controverso, mas o positivismo certamente admite que a lei tem um valor instrumental considerável e, portanto, que o direito é instrumentalmente valioso.¹²¹

Em segundo lugar, o positivismo jurídico não tem motivos para negar que o conteúdo do direito se sobrepõe, necessariamente, à moralidade. Pode ser que todo sistema legal, por mais imoral ou perverso que seja, tenha necessariamente algum conteúdo moralmente aceitável ou que necessariamente promova alguns bens morais.¹²²

Especialmente no pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart oferece o positivismo jurídico inclusivo como a resposta adequada ao desafio proposto a ele por Ronald Dworkin. Ele concorda que os juízes geralmente são legalmente obrigados a aplicar princípios morais que não possuem fontes sociais e que, quando os juízes agem sobre eles, eles estão aplicando a lei existente. No entanto, Hart também acreditava que tal posição era consistente com o positivismo jurídico, pois não via razão para que a regra do reconhecimento não pudesse validar uma norma baseada em suas propriedades morais. Uma regra de reconhecimento não valida necessariamente uma norma com base em seu conteúdo moral.¹²³

Hart aceita que a regra do reconhecimento possa incorporar critérios morais de validade legal, ou seja, critérios que exigem conformidade com princípios e valores morais.¹²⁴ De acordo com Hart, o direito é composto de uma regra de reconhecimento e de padrões válidos porque atende aos critérios postos por ela.¹²⁵ Hart vê a regra do reconhecimento como um remédio para a incerteza de um sistema que se consiste simplesmente em regras primárias de comportamento. Assim, ela marca a transição da incerteza de um sis-

¹²¹ Ibid., p. 687.

¹²² Ibid., p. 687.

¹²³ SHAPIRO, Scott. **Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?** Ratio Juris, v. 22, n. 3, p. 326-338, set. 2009. P. 334.

¹²⁴ MITROPHANOUS, Eleni. **Soft Positivism.** Oxford Journal of Legal Studies, v. 17, p. 621-641, 1997. p. 622.

¹²⁵ Ibid., p. 623.

tema pré-jurídico para um sistema jurídico. Parece que Hart está realmente comprometido com uma regra de reconhecimento cujos critérios garantem certeza na identificação de leis e que, de fato, a certeza é uma marca registrada de um sistema jurídico.¹²⁶

Dentro do positivismo, a distinção entre positivismo exclusivo e inclusivo é a divisão mais importante da relação entre lei e moralidade. O positivismo exclusivo sustenta que a moralidade é necessariamente excluída do conceito de lei. O positivismo exclusivo está em uma relação de contrariedade com o não-positivismo, que afirma que a moralidade é necessariamente incluída no conceito de direito, ou seja, necessariamente não excluída.¹²⁷

De modo geral, a diferença entre os positivismos inclusivo e exclusivo é um desagrado do que pode ou deve estar incluído na regra de reconhecimento. Essa diferença é entre aqueles que afirmam que todos os sistemas legais têm certas características e aqueles que afirmam que pelo menos alguns sistemas legais podem não ter essas características. Joseph Raz, na linha exclusivista, defende que, para todos os sistemas jurídicos, o conteúdo das normas legais pode ser determinado sem recorrer à avaliação moral. Ou seja, os critérios de validade dados pela regra de reconhecimento não contêm termos morais, apenas critérios moralmente neutros. Por outro lado, o inclusivismo defende que os sistemas legais podem ter termos morais em sua regra de reconhecimento, tratando-se esse de um fato contingente.¹²⁸

O argumento de Raz se baseia em parte nas regras legais poderem ser autoridades para os cidadãos. Para ele, a regra de reconhecimento não poderia conter padrões morais de identificação das normas. Esses opositores apontam que, se o objetivo de ter uma lei é resolver questões sobre o que a moralidade exige, para que os membros da comunidade possam atingir certos objetivos e valores seria equivocado se a maneira de determinar a existência dessas leis fosse se engajar no raciocínio moral.¹²⁹

Por sua vez, Jules Coleman sustenta que o argumento de Raz funciona apenas se a regra de reconhecimento tiver uma função de identificação. Na medida em que a função de identificar a lei também pode ser desempenhada de alguma outra maneira, o argumento

¹²⁶ Ibid., p. 627.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **On the Concept and the Nature of Law**. Ratio Juris, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008. p. 285.

¹²⁸ BIX, Brian. **Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 12, p. 17-33, 1999. p. 19.

¹²⁹ SHAPIRO, Scott. **Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?** Ratio Juris, v. 22, n. 3, p. 326-338, set. 2009. p. 327.

de Raz da autoridade parece enfraquecido. Coleman argumenta que a função principal da regra de reconhecimento é a validação, não a identificação: pela formulação de Hart, a Regra é destinada a funcionários, não a cidadãos e é usada por eles para validar, não para identificar. Embora os cidadãos precisem de um meio de identificação, esse papel não precisa ser preenchido pela regra de reconhecimento.¹³⁰ Com isso, ele distingue as funções epistêmicas de validar e identificar a lei.¹³¹

Apesar dessas oposições terem apresentado importantes considerações dentro do positivismo jurídico, não são exclusivamente elas que trouxeram à baila questionamentos sobre a possibilidade de o direito incluir critérios de validação moral. De modo muito mais sensível, as oposições formuladas nas obras de Hart, muitas vezes, fornecem material para um amplo debate envolvendo essas questões, porque foram capazes de trazer uma nova visão da pesquisa científica do direito. A partir desse momento, conforme será visto adiante, vários autores passaram a discutir amplamente a obra de Hart, inclusive se opondo à tese da vinculação.

2.2. O Debate Contemporâneo da Teoria do Direito: A Leitura Moderna do Direito Natural

As inovações de Hart não se limitaram à mera adoção de um posicionamento teórico distinto e a rupturas dentro do próprio positivismo jurídico. Sua nova forma de compreender a interação da linguagem com o direito trouxe um embasamento diferente para todo o debate metodológico da teoria do direito.

O método de Hart aborda a natureza do direito por meio de um estudo hermenêutico. Não há aí, portanto, comprometimento com o estudo de seus valores e objeto. Ele se limita a adotar uma descrição moralmente neutra da natureza do direito. Contudo, esse raciocínio não leva à consequência necessária de que a tese da separação seria válida. Mesmo no raciocínio de Hart se mantém a possibilidade de relações estruturais entre o direito e a moral.¹³²

¹³⁰ BIX, Brian. **Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate.** *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 12, p. 17-33, 1999. p. 26.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 26-27.

¹³² GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals.** *New York University Law Review*, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. pp. 4-5.

Essa possibilidade é um dos principais pontos de debate que leva às discussões modernas sobre a tese da separação e da vinculação. Não é possível criar uma perfeita identidade entre a tese da separabilidade com o argumento de que a existência e o conteúdo do direito dependem de suas fontes e não de seus méritos.

Como o próprio Joseph Raz observa, a tese de Hart exclui apenas a dependência entre a lei com a moralidade, mas deixa em aberto se existem outros tipos de relações necessárias entre elas. Com isso, ele exclui dos critérios para identificar o direito não apenas a moralidade, mas também quaisquer méritos, ou seja, quaisquer considerações avaliativas que argumentariam a favor de se uma norma integra ou não o direito.¹³³

Hart admite que pode existir sobreposição entre normas legais e morais, especialmente em sua famosa tese do "conteúdo mínimo". De acordo com esse argumento os sistemas legais não podem ser identificados apenas por sua forma ou estrutura, mas deve ter um conteúdo necessário, contendo regras sobre a violência, a propriedade e a sobrevivência. Também em sua tese sobre a forma, segundo a qual sistema jurídico faz pelo menos justiça administrativa ou "formal", Hart sustenta que, necessariamente, todo sistema jurídico contém regras gerais e que não podem existir a menos que sejam aplicadas com alguma constância e que essa constância é ela mesma um tipo de justiça.¹³⁴

Hart pensou em seu "conteúdo mínimo" como algo bastante restrito. Os bens humanos protegidos por sua definição se limitavam a condições mínimas de sobrevivências, sem, contudo, oferecer condições mais complexas de convivência, um mínimo existencial, especialmente em resposta às diferentes oportunidades e às exigências de eficiência e justiça na resolução de disputas sobre o conteúdo e a aplicabilidade das regras em sociedade.¹³⁵

Em contrapartida, para a teoria moderna do direito natural, o direito é uma modalidade de autoridade, disponível em comunidades políticas específicas, que age de modo reativo na defesa de determinados valores e ideais de justiça que estão envolvidos no Estado de Direito.¹³⁶

¹³³ Ibid., p. 6.

¹³⁴ Ibid., pp. 10-11.

¹³⁵ FINNIS, John. **Natural Law Theory: Its Past and Its Present.** The American Journal of Jurisprudence, v. 57, p. 81-101, 2012. p. 94.

¹³⁶ "In modern natural law theory, law (in its central cases) is a modality of authority, available in specifically political communities, a modality responsive in its form to the "procedural" values and justice that (as Fuller showed in illustrating and systematizing scattered observations of Aquinas) are involved in

Ainda que haja um tipo de relação entre direito e moral em Hart, sua indicação é que nenhum destes estabelece um dever moral de obedecer à lei ou que, do mesmo modo, possam existir normas que violem a moral. Mesmo atendendo aos critérios definidos pelo conteúdo mínimo, um sistema pode estar acompanhado por imoralidades graves.¹³⁷

Esse raciocínio demonstra que, para a tese da separabilidade, o conceito de leis imorais é coerente. Se não é a moralidade de uma norma que estabelece seu status legal, é possível que existam normas legais que não sejam morais, assim como poderiam existir normas morais que não são leis. Nesse caso, as leis imorais são possíveis e, se forem, o conceito de leis imorais é coerente.¹³⁸

Em contraposição, a crítica moderna do direito natural se opõe à ideia de que possam existir leis manifestamente imorais. O direito deve nos dizer o que devemos fazer, não apenas o que seria vantajoso, exigindo um determinado comportamento a partir de um conteúdo moral.¹³⁹ No geral, essas teorias insistem no caráter essencialmente moral do direito,¹⁴⁰ pelo qual ele possui virtudes e vícios necessários, marcando uma relação intrínseca entre o direito e a moralidade.¹⁴¹

Esses pensadores questionam como a mera existência de uma regra de reconhecimento, que não inclui um critério moral, pode funcionar como critério de validação do direito. Hart sustenta que o sistema jurídico se baseia em normas sociais costumeiras, seguidas por juízes e outros funcionários: normas que reconhecem outras normas como pertencentes ao sistema e normas que preveem a aplicação e alteração das normas primárias do sistema. Para ele, esse é o critério de validade do ordenamento jurídico¹⁴²

Contudo, poderíamos assumir que a regra de reconhecimento é uma prática social difundida e aceita, mas apesar de ser praticada e aplicada em atividades oficiais, sua existência não pode ser efetivamente atestada. O que não nos permite concluir que os tribu-

the Rule of Law, a form of governance which Plato and Aristotle contrasted and, in all but the most exceptional circumstances, preferred to the legally unrestrained rule of a ruler. Its account of deviant forms—abuses—of law is as rich as any positivist’s, and richer because its critical understanding of them is unrestrained by fears of over-stepping the bounds of “positivism.” (Ibid., p. 100).

¹³⁷ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. pp. 10-11.

¹³⁸ COLEMAN, Jules. **The Architecture of Jurisprudence**. The Yale Law Journal, v. 121, p. 2-81, 2011. p. 11.

¹³⁹ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. p. 13.

¹⁴⁰ Ibid., p. 16.

¹⁴¹ Ibid., p. 19.

¹⁴² Id. **Positivism and Conventionalism**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 12, p. 35-52, 1999. p. 35.

nais sigam a regra de reconhecimento ou que a usem como critério de validade simplesmente porque ela é geralmente praticada. O motivo pelo qual isso acontece é um assunto aberto à investigação.¹⁴³ Assim, a regra de reconhecimento falharia em fornecer razões pelas quais funcionaria como critério de validade.

Para lidar com isso, Hart notoriamente lutou para explicar a natureza das obrigações mesmo diante da imposição de uma norma. Essa pergunta envolvia saber os motivos pelos quais os indivíduos obedecem ao comando normativo. Contudo, Hart não conseguiu lidar bem com uma distinção: a possibilidade de se usar uma norma como um guia para o comportamento e de, ao mesmo tempo, se aplicar uma norma sem que esta seja um guia para o comportamento.¹⁴⁴

Hart não conseguiu registrar essa distinção ao estabelecer aquilo que chamou de “internal point o view”. Para ele, é impossível explicar como uma norma legal poderia ser usada, exceto por aqueles que estavam diretamente comprometidos com ela. Ele enfatizou que o compromisso por parte dos usuários da norma jurídica não deve ser um compromisso moral.¹⁴⁵ Normalmente, essa obediência poderia estar ligada a outros motivos.

Assim, o problema da normatividade pode ser traduzido na dificuldade de se estabelecer o parâmetro para obediência das normas. Conforme Hart questionou: se uma norma é tal que sua existência ainda não implica que tenhamos motivos suficientes para nos envolvermos com ela, em que sentido é uma norma?¹⁴⁶

A tradição do direito natural encara essa questão de frente. De modo geral, para pensadores dessa corrente, como John Finnis, o fato de uma lei ser moralmente obrigatória faz parte da natureza do direito. Trata-se essa de uma proposição que precisa ser defendida por argumentos morais. Ele argumentou que o modo distinto de contribuição da lei para seu objetivo moral reside na coordenação da conduta daqueles a quem ela regula e que essa contribuição coordenativa possa ser feita apenas na medida em que as normas legais sejam cumpridas:

To boil it down, he argues that law's distinctive mode of contribution to its moral objective lies in its coordination of the conduct of those whom it regulates, and that this coordinative contribution can be made only to the extent that legal norms are treated as morally binding by virtue of their membership in a legal

¹⁴³ Ibid., p. 39.

¹⁴⁴ GARDNER, John. **Nearly Natural Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 52, p. 1-23, 2007. p. 8.

¹⁴⁵ Ibid., p. 9.

¹⁴⁶ Ibid., p. 8.

system even when they would not qualify a morally binding taken one at a time.¹⁴⁷

Esse é um ponto comum normalmente aceito pelos defensores do direito natural. Cabe esclarecer que o nome “direito natural” pode ser mal interpretado. A definição em referência à natureza encoraja a busca por algum tipo ilusório de naturalidade na existência de leis e sistemas legais humanos. Pode haver algum sentido em que as leis e os sistemas legais humanos sejam naturais, mas certamente não são naturais no mesmo sentido em que a moralidade é natural. De acordo com o jusnaturalismo, a moralidade é natural no sentido que o compromisso com as normas morais é uma parte inevitável da natureza humana. Como John Gardner bem coloca:

There may be some sense in which human laws and legal systems are natural, but they are certainly not natural in the sense in which morality is natural. Morality is natural in the sense given by (IM): engagement with moral norms is an inescapable part of human nature. By this criterion, law is decidedly unnatural. As (EL) says, engagement with legal norms is not an inescapable part of human nature. Concerning legal norms the question always arises, as it does not concerning moral norms, of why I should obey them. Contrary to the impression given by its name, this is acknowledged and indeed emphasized in the natural law tradition. Natural law, in the tradition of that name, is not the same thing as human law. Natural law is the same thing as morality. It is the higher thing to which human law answers. We may regret that members of the tradition seem to feel a need to present morality as a kind of law, which it is not. For a start, morality is not a system (and is not made up of systems) and nor does it make claims, pursue aims, or have institutions or officials, all of which features are essential to the nature of law. Nevertheless, even as we resist the idea that morality is a kind of law, we should endorse the idea that morality is entirely natural. It binds us by our nature as human beings, while law binds us, to the extent that it does, only by the grace of morality.¹⁴⁸

Portanto, a defesa do direito natural geralmente envolve o argumento de que a responsabilidade pela moralidade faz parte da própria natureza do direito.¹⁴⁹ A partir disso, a ideia de que existe uma obrigação moral de se seguir um ordenamento pode ser mais bem explorada. Talvez a principal dificuldade deste argumento, assim como foi para Hart, seja conciliar o costume da obediência às leis a uma obrigação moral de as obedecer. Esse próprio autor compreendeu que o mero costume não é suficiente para fundamentar o critério de obediência à lei. Nesse ponto ele apontou a existência de uma visão crítica perante a lei, que o levou a conceituar seu “internal point of view”.

A existência de uma moralidade depende não apenas de um grau de conformidade comportamental, mas também das crenças e atitudes reais que prevalecem em uma comuni-

¹⁴⁷ Ibid., p. 20.

¹⁴⁸ Ibid., pp. 22-23.

¹⁴⁹ Ibid., pp. 22-23.

dade de pessoas. As normas de moralidade social dentro dessa comunidade só mudam quando essas crenças e atitudes mudam.¹⁵⁰

Para os pensadores do direito natural, tal como John Finnis, a moralidade tem como objeto modelar as escolhas e ações de alguém pelas razões básicas de sua ação. As regras morais escolhem maneiras pelas quais, por exemplo, certas escolhas são consideradas certas ou erradas, como, por exemplo, se essa escolha visa a destruição, dano ou impedimento de um bem humano básico na vida de uma ou mais pessoas. As regras morais, assim, escolhendo tipos de atos que são excepcionalmente errados, identificam esses atos por seus objetos. Como exposto pelo autor:

Ethical thought, morality itself, has as its shaping object the good of being directed in all one's choices and actions by the basic reasons for action, undeflected by sub-rational motivations that would, without reason, cut back on the directiveness of each and any of those basic reasons. That good of practical reasonableness has as its propositional core the master principle of morality (or ethics): that one have a will open to integral--one could say universal-human fulfillment, the fulfillment of all human persons and groups. Specific moral principles, such as the Golden Rule, have their intelligibility and force as specifications of that master principle: for example, just as one cannot have a will open to integral human fulfillment if one is willing to inflict harm on others for the sake of harming them, so one cannot have such a will if one is willing to do to others what one is not willing for others to do to you. More specifically still, moral rules pick out ways in which, for example, kinds of choice are wrong because, for example, such a choice intends the destruction, damaging or impeding of a basic human good in the life of one or more persons. Moral rules thus picking out kinds of act that are exceptionlessly wrong identify those acts by their objects, that is their close-in objectives, not by reference to their consequences or other circumstances. Such rules are thus exceptions to the generalization' that moral reasoning becomes less certain as its propositions descend from high-level universal principles towards specific conclusions about particular options available in complex and imperfectly foreseeable or controllable circumstances.¹⁵¹

Assim, de acordo com o direito natural, um juiz deve decidir esses casos tomando decisões criativas, de acordo com uma coerência institucional. Em vez de começar em uma nova direção, como se começasse do zero, ele deve ser capaz de ler o que outros juízes no passado escreveram. Isso não se trata somente de conhecer o que aqueles juízes disseram, mas saber interpretar o espírito e os valores com os quais decidiram.¹⁵²

¹⁵⁰ GREEN, Leslie. **Should Law Improve Morality?** *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, p. 473–494, 2013. p. 479.

¹⁵¹ FINNIS, John. **Reason, Revelation, Universality and Particularity in Ethics.** *The American Journal of Jurisprudence*, v. 53, p. 23–48, 2008. p. 33.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 168.

Essa divergência entre o positivismo jurídico e o não positivismo tem, no entanto, consequências práticas não apenas em casos difíceis, mas também na vida cotidiana do direito. A vida cotidiana da lei está cheia de casos difíceis que não podem ser decididos simplesmente com base no que foi emitido com autoridade. Se as decisões legais se basearem somente no fundamento da autoridade que promulgou a lei, então, quando as razões de autoridade acabarem, as razões das decisões legais deverão incluir razões não ligadas a ela.¹⁵³

Todos os elementos que vimos acima revelam que a controvérsia entre o positivismo e o não positivismo é uma disputa sobre a relação entre lei e moralidade, bem como sobre quais os critérios que devem ser considerados na validade do direito. Todos os positivistas defendem a tese da separação. Em sua forma mais geral, a tese diz que não há conexão necessária entre a lei como ela é e a lei como deveria ser. Numa versão mais precisa, afirma que não há conexão necessária entre validade jurídica ou correção legal e méritos e deméritos morais ou correção e incorreção moral. Por outro lado, todos os não-positivistas defendem a tese da conexão, que diz que há uma conexão necessária entre validade legal ou correção legal e méritos e deméritos morais ou correção e incorreção moral.¹⁵⁴

¹⁵³ ALEXY, Robert. **On the Concept and the Nature of Law**. Ratio Juris, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008. p. 283.

¹⁵⁴ “The controversy between positivism and non-positivism is a dispute about the relationship between law and morality. All positivists defend the separation thesis. In its most general form, the thesis says that there is no necessary connection between the law as it is and the law as it ought to be. In a more precise version, it states that there is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other. By contrast, all non-positivists defend the connection thesis, which says that there is a necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other.” (Ibidem., pp. 284-285.)

3. O CONCEITO DE VALIDADE E OS ASPECTOS FORMAIS DO DIREITO

Como vimos, a principal controvérsia no pensamento jurídico ocidental envolve, especialmente no que se concerne a vinculação de direito e moral, identificar critérios para avaliar a validade e a aplicabilidade das normas.¹⁵⁵ No tópico anterior enfatizamos a origem do debate contemporâneo do direito e algumas das principais contribuições no pensamento jurídico.

Tendo esse cenário bem definido, podemos passar a uma análise mais concreta algumas das principais contribuições da teoria jurídica: aquelas oferecidas pelo debate entre Herbert Hart e Lon Fuller. Enquanto o primeiro é um dos principais representantes do positivismo analítico, o segundo formulou importantes objeções à sua teoria e apresentou uma nova versão para os fundamentos do direito. Novamente, aqui enfatizaremos como essas contribuições estão ligadas a fornecerem critérios para validade do direito. Assim, em um primeiro momento passaremos a uma exposição mais completa da teoria de Hart para, então, contrapor-la aos argumentos de Fuller.

3.1. Regra de Reconhecimento

Talvez uma das principais contribuições do pensamento jurídico, que visa fornecer um critério para identificação da validade de uma norma, seja a “norma de reconhecimento”. Para fundamentar essa formulação, H.L.A. Hart revisita diversos paradigmas do pensamento jurídico, principalmente a teoria de John Austin, e recorre à importante distinção entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”. Hart insistiu que palavras como “obrigação” têm um significado jurídico diferente do significado moral.¹⁵⁶

Como ponto de partida, Hart ofereceu uma série de críticas à teoria de Austin. As críticas de Hart incluíam: (1) que, contrariamente à teoria de Austin, a lei contém uma vari-

¹⁵⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 285.

¹⁵⁶ “Hart insisted that words such as “obligation” have a different meaning in law from their meaning in morality. He never said what that distinct meaning is; instead, he pointed out that people use such terms to display an attitude, and he thought that the mere existence of such an attitude explained the normativity of law. But the existence of an attitude to an obligation does not explain the nature of the obligation (not even if the obligation depends for its existence on the attitude and the stable dispositions that the attitude supports)” (ENDICOTT, Timothy. **The Subsidiarity of Law and The Obligation to Obey**. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 50, p. 233-248, 2005. p. 235).

idade muito maior do que no modelo de leis baseadas em sanções; (2) que a teoria de Austin não pode distinguir um sistema legal legítimo de um governo de bandidos ou terroristas; (3) que as teorias que equiparam a lei ao comando de um soberano não podem dar conta do status legal dos costumes e também podem ter problemas para contabilizar a jurisprudência; e (4) que muitas comunidades não têm nada que poderia ser definido como "soberano" no sentido usado por Austin, um poder que não teria limites ou restrições.¹⁵⁷

A partir disso, ele apresenta uma crítica à noção imperativista de obrigação de Austin e ao modelo de autoridade como soberano. O conceito imperativista parte da noção de que normas são sempre comandos baseados em ações. Isso se caracteriza pela punição de uma infração à lei, uma violação do dever ou delito, com um castigo ou penas legalmente previstas.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

Esse modelo seria insuficiente para explicar todos os fenômenos normativos. Normas que conferem poderes ou normas jurídicas que descrevem a realidade não impõem deveres ou obrigações.¹⁶⁰ Situações como essas colocam em descrédito a explicação de formular normas como comandos baseados em sanções. O modelo formulado por Austin é incapaz de dar conta de todas as complexidades do fenômeno normativo.

Hart mostra que não se sustentam argumentos como aqueles que: (i) afirmam identificar todas as normas como pertencentes a ordens coercivas, pois incidiria sobre elas a nulidade que resulta do não preenchimento de uma condição essencial para o exercício do poder;¹⁶¹ e os que (ii) consideram que as regras que conferem poderes são fragmentos de leis, visto que a lei é caracterizada por uma cláusula condicionante que obriga a imposição de uma consequência pela violação.¹⁶² Diferentemente da sanção imposta em consequência à violação de uma norma, tanto a nulidade quanto as condições às quais

¹⁵⁷ BIX, Brian. **John Austin and Constructing Theories of Law**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 24, p. 431-440, 2011. pp. 432-433.

¹⁵⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 34.

¹⁵⁹ FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply To Professor Hart**. Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 633.

¹⁶⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 35.

¹⁶¹ Ibid., p. 41.

¹⁶² Ibid., pp. 45-46.

uma norma está condicionada já são características que fazem parte das próprias regras que impõem deveres.¹⁶³

Com isso, Hart foi capaz de apontar um defeito grave no modelo de Austin. Buscando uniformizar toda a teoria normativa do direito em torno da ideia de que as normas seriam comandos garantidos por sanções, teóricos como Austin “distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem”.¹⁶⁴ Essa formulação tem um importante impacto na conceituação da soberania. Nesse modelo, o soberano é concebido como aquele que emite as regras. Visando discutir essa questão, Hart propõe o seguinte exemplo:

Iremos supor que existe uma população que vive num território em que reina um monarca absoluto (Rex) durante um período de tempo muito longo; ele controla o seu povo, através de ordens gerais baseadas em ameaças, as quais lhes exigem a prática de diversos actos que, de outro modo, não executariam e a abstenção em relação a outros que, de outro modo, praticariam; embora tivessem ocorrido perturbações nos primeiros anos do reinado, as coisas tinham-se resolvido há longo tempo e, em geral, pode confiar-se em que o povo lhe obedeça. Visto que é frequentemente oneroso o que Rex exige e a tentação da desobediência, bem como o risco de castigo, é considerável, dificilmente se pode supor que a obediência, embora geralmente prestada, seja um «hábito» ou «habitual» no pleno sentido daquela palavra ou no seu sentido mais usual. Os homens podem, na verdade, adquirir de forma praticamente literal o hábito de acatarem certas leis: conduzir pelo lado esquerdo da via constitui talvez um paradigma, para os ingleses, de um tal hábito adquirido. Mas quando a lei vai contra inclinações profundas como, por exemplo, sucede com as leis que exigem o pagamento de impostos, o nosso acatamento eventual dessas leis, ainda que regular, não tem a natureza isenta de reflexão, sem esforço e enraizada, de um hábito. Todavia, embora à obediência tributada a Rex falte muitas vezes este elemento de hábito, terá outros elementos importantes. Dizer de uma pessoa que tem o hábito, por exemplo, de ler um jornal ao pequeno-almoço, implica que o faz desde há bastante tempo e é provável a repetição no futuro de um tal comportamento. Sendo assim, será verdade que a maior parte das pessoas da nossa comunidade imaginária, em qualquer altura, passado o período inicial de perturbação, obedece em geral às ordens de Rex e é provável que o continue a fazer.¹⁶⁵

Em Austin, o poder do soberano se manifesta na contínua obediência prestada pelos súditos, limitando e criando limitações para os outros. Independentemente de essa visão ser aceitável a primeira análise, ela toma outras proporções quando discutimos o hábito de obediência em um governo de transição.

Suponhamos agora que, após um reinado bem sucedido, Rex morre, deixando um filho, Rex II, que começa então a emitir ordens gerais. O mero facto da existência de um hábito geral de obediência a Rex I. em vida deste, nem sequer tor-

¹⁶³ Ibid., p. 43.

¹⁶⁴ Ibid., p. 46.

¹⁶⁵ Ibid., p. 61.

na por si só provável que Rex II virá a ser habitualmente obedecido. Portanto, se não dispusermos doutra coisa para continuarmos, para além do facto da obediência a Rex I e da verossimilhança de que ele continuaria a ser obedecido, não poderemos dizer da primeira ordem de Rex II, como poderíamos dizer da última ordem de Rex I, que foi dada por quem era soberano e era, por conseguinte, direito. Não há, por enquanto, qualquer hábito firmado de obediência a Rex II. Teremos de aguardar, para ver se uma tal obediência será prestada a Rex II, como tinha sido a seu pai, antes de podermos dizer, de acordo com a teoria, que ele é agora soberano e que as suas ordens constituem direito. Não existe nada que o torne soberano desde o início. Apenas depois de sabermos que as suas ordens foram obedecidas durante um certo tempo, estaremos aptos a dizer que se firmou um hábito de obediência. Então, mas não antes, poderemos dizer de qualquer outra ordem que é já direito, mal seja emitida e antes de ser obedecida. Até que este estádio seja atingido, haverá um interregno em que não será criado nenhum direito.¹⁶⁶

A continuação do exemplo mostra que na transação entre os soberanos não fica claro se existe um costume de obediência. Teríamos que aguardar para verificar se esse hábito se manifesta na segunda situação, demonstrando que apenas o hábito da obediência não explica a força do poder soberano. Uma sociedade aceitar uma regra em certo momento não garante que sua existência continuará. Serão necessários outros elementos que garantam sua vinculação como regras. Essas observações levam a cabo uma importante distinção para Hart, a de que o hábito de obediência não se confunde com a continuidade e com a vinculação do direito.¹⁶⁷

Regras, por sua vez, serão caracterizadas por um elemento distinto. Para a existência de uma regra social, deve ser possível observar no comportamento dos indivíduos um padrão geral que se repete no grupo: “Uma regra social tem um aspecto «interno», para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comporta-

¹⁶⁶ Ibid., p. 62.

¹⁶⁷ “Um tal estado de coisas é evidentemente possível e tem ocasionalmente ocorrido em tempos tumultuosos: mas os perigos de descontinuidade são óbvios e usualmente não são tidos em devida conta. Em vez disso, é característico de um sistema jurídico, mesmo numa monarquia absoluta, assegurar a continuidade ininterrupta do poder de criação do direito, através de regras que servem de ponte na transição entre um legislador e outro: estas regulam a sucessão antecipadamente, designando ou especificando em termos gerais as qualificações e o modo de determinar o legislador. Numa democracia moderna, tais qualificações são altamente complexas e dizem respeito à composição da assembleia legislativa, cujos membros mudam frequentemente, mas a essência das regras exigidas pela continuidade pode ser apreendida em formas mais simples, apropriadas à nossa monarquia imaginária. Se a regra atribui a sucessão ao filho mais velho, então Rex II tem um título para suceder ao pai. Ele terá, por ocasião da morte de seu pai, o direito de passar a criar direito e, quando emitir as suas primeiras ordens, poderemos ter boas razões para dizer que elas constituem já direito, antes de qualquer relação de obediência habitual entre ele, pessoalmente, e os seus súbditos, ter tido tempo de se firmar. Pode mesmo nunca vir a estabelecer-se uma tal relação. Porém, a sua palavra pode ser lei; porque Rex II pode morrer ele próprio a seguir à emissão das suas primeiras ordens; não terá vivido o tempo suficiente para ser obedecido, contudo pode ter tido o direito de criar direito e as suas ordens serem direito”. (Ibid., p. 63.)

mento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar”.¹⁶⁸ Novamente, essa distinção é explicada com um exemplo, agora em um jogo de xadrez:

Este aspecto interno das regras pode ser ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo. Os jogadores de xadrez não têm apenas hábitos semelhantes de movimentar a rainha da forma idêntica que um observador externo, ignorante em absoluto da atitude deles em relação aos movimentos, pode registrar. Para além disso, têm uma atitude crítica reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo. Cada um deles não se limita apenas a movimentar a rainha dum certo modo, mas <<tem opinião formada>> acerca da correção de todos os que movimentam a rainha dessa maneira. Essa opinião manifesta-se na 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.¹⁶⁹

Com base nessas formulações, Hart é capaz de contrapor o modelo básico de Austin que concebe normas em referências a comandos e sanções. Como vimos, a teoria de Austin não é capaz de formular uma conceituação adequada para a conceituação de obrigação. A definição básica formulada por ele encontra dificuldades, por exemplo, ao distinguir entre uma ordem legítima emitida por uma autoridade estatal e uma situação onde recebemos uma ordem de um assaltante armado,¹⁷⁰ já que em ambos os casos estão presentes ordens e eventuais sanções no caso de descumprimento. Como alternativa, Hart encontra a chave para a resolução desse conflito na distinção entre "ser obrigado a" e "ter a obrigação de".

No primeiro caso, o indivíduo estaria coagido a agir de determinada maneira, ou induzido a agir de tal modo devido a um conjunto de crenças.¹⁷¹ Em contrapartida, no segundo caso, há a declaração de uma situação cujo objetivo pode ou não se realizar. Essa formulação não explicita nenhum caráter normativo do enunciado.¹⁷² Desse modo, a ideia de “ter uma obrigação” será um caráter distintivo do fenômeno normativo:

A afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra; todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação. «Ele tinha o dever de ter» e «ele tinha a obrigação de» nem sempre são expressões mutáveis entre si, mesmo se são semelhantes por conterem uma referência implícita aos padrões de conduta existentes ou são usadas para extrair conclusões, em casos particulares, de uma regra geral. As regras de etiqueta ou de fala correcta são certamente regras: são mais do que hábitos convergentes ou regras de comportamento; são ensinadas e fazem-se es-

¹⁶⁸ Ibid., p. 65.

¹⁶⁹ Ibid., pp. 65-66.

¹⁷⁰ Ibid., p. 92.

¹⁷¹ Ibid., p. 93.

¹⁷² Ibid., p. 94.

forços para as manter; são usadas para criticar o nosso próprio comportamento e o comportamento de outras pessoas no vocabulário normativo característico: «Tinhas o dever de tirar o chapéu», «E errado dizer « tu fostes»». Mas o uso das palavras «obrigação» e «dever» em conexão com regras deste tipo induziria em erro, não seria apenas estranho do ponto de vista estilístico. Descreveria erradamente uma situação social: porque embora a linha de separação das regras de obrigação das outras seja em certos pontos vaga, todavia a razão principal da distinção é razoavelmente clara.¹⁷³

Com estas constatações Hart é capaz de superar o conceito imperativista da obrigação de Austin, o qual trabalha a obrigação somente a partir da previsão de um castigo.¹⁷⁴ Sem a necessidade de recorrer à sanção, a expressão “ter uma obrigação” indica as obrigações decorrentes do sistema.¹⁷⁵ O fundamento dessa distinção se encontraria no aspecto subjetivo que cada uma dessas situações traz. Na esfera psicológica, o ponto de vista interno se relaciona ao modo como os cidadãos sentem que as leis os sujeitam, enquanto o ponto de vista externo descreve por que as regras funcionam como tais:

O contraste seguinte em termos de aspecto «interno» e «externo» das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para a compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os «pontos de vista» respectivamente «interno» e «externo».¹⁷⁶

Com essa fundamentação, Hart identifica a estrutura do sistema jurídico em duas classes de normas: as normas primárias e as normas secundárias. As regras primárias impõem condutas ou a abstenção de certos atos, elas envolvem ações que dizem respeito a movimentos ou mudanças no mundo físico. Por sua vez, as secundárias especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas, criadas, eliminadas ou alteradas. Elas são mais bem definidas pelo próprio autor:

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas" ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos

¹⁷³ Ibid., pp. 95-96.

¹⁷⁴ Ibid., p. 95.

¹⁷⁵ Ibid., 96.

¹⁷⁶ Ibid., pp. 98-99.

que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.¹⁷⁷

As regras secundárias são divididas em três espécies distintas: as regras de alteração, voltadas para a modificação do sistema normativo; as regras de julgamento, de atribuição de competência para a tomada de decisões e de poder aos indivíduos para proferir determinações; e a mais importante, a regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento caracteriza a presença de um sistema jurídico em uma determinada sociedade. Sociedades ditas “primitivas” são muitas vezes dotadas de uma maior incerteza normativa, onde não estão claros quais são os critérios adotados para a identificação de uma lei como obrigatória. Muitas vezes, existem dúvidas em relação às autoridades competentes e aos meios de adjudicação.¹⁷⁸

A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma «regra de reconhecimento». Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência I uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas. Pode, como no direito primitivo de muitas sociedades, não ser mais do que o facto de se encontrar numa lista ou texto das regras, dotados de autoridade, num documento escrito, ou gravados em qualquer monumento público. Sem dúvida e enquanto questão de natureza histórica, esta passagem do pré-jurídico para o jurídico pode ser executada por estádios distintos, dos quais o primeiro é a pura e simples redução a escrito das regras até então não escritas. Este não é em si o passo crucial. embora seja muito importante: o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação.¹⁷⁹

Para solucionar esse problema, a regra de reconhecimento estabelece os critérios segundo os quais uma norma é identificada. A existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, empírica, e não possui um conteúdo definido ou mínimo, estando diretamente relacionada à validade do sistema e funcionando como a regra última do sistema.

Com a norma reconhecimento Hart busca fornecer um parâmetro adequado para que os cidadãos e oficiais possam identificar as normas integrantes do sistema. A norma de

¹⁷⁷ Ibid., pp. 90-91.

¹⁷⁸ Ibid., pp. 101-102.

¹⁷⁹ Ibid., p. 104.

reconhecimento busca oferecer um critério concreto para que todos possam identificar a validade de uma norma.¹⁸⁰

A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo. Estas ideias do carácter último da regra de reconhecimento e da supremacia de um dos seus critérios merecem alguma atenção. É importante destrinchá-las da teoria, que rejeitámos, de que algures, em cada sistema jurídico, ainda que se oculte atrás de formas jurídicas, deve existir um poder legislativo soberano que é juridicamente ilimitado.¹⁸¹

Do mesmo modo como vimos anteriormente, a regra de reconhecimento funciona, em última análise, como um critério concreto para se identificar a norma aplicável em uma situação e em um determinado sistema. Nesse caso, ele adota o *internal point of view* (ou “ponto de vista interno”) dos integrantes dessa comunidade para identificar quais normas são válidas e deverão ser aplicadas.¹⁸²⁻¹⁸³

Hart considers the most distinctive feature of law as a type of social institution the acceptance of a ‘rule of recognition’: that is, a rule providing criteria by which other rules of the system may be identified, perhaps in reference to their source of enactment. A rule of recognition exists in so far people (most importantly, the official of the system) take ‘the internal point of view’ towards the rule: that is to say, they must regard the rule a common standard that ought to be complied with.

(...)

Thus, legal validity is neither a matter of the law’s efficacy nor its moral bindingness, but is a distinct concept that only has application within the context of a rule of recognition: propositions about the validity of rules draw conclusions about the applicability of the rule of recognition.¹⁸⁴

O ponto de vista interno é mantido quando a posição de um agente dentro de uma instituição afeta os pressupostos das declarações ou das ações dele próprio. Em contrapartida, se um agente está fora do sistema, as suas afirmações sobre a prática poderão ser sobre ele, mas ainda serão externas e não terão efeito em sua atuação. Isso caracteriza o ponto de vista externo.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Ibid., p. 115.

¹⁸¹ Ibid., p. 117.

¹⁸² RAZ, Joseph. **Legal Rights**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 4, n. 1, p. 1-21, 1984. p. 15.

¹⁸³ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. pp. 16-17.

¹⁸⁴ Ibid., p. 22.

¹⁸⁵ SCHAUER, Frederick. **Fuller's Internal Point of View**. Law and Philosophy, v. 13, n. 3, Special Issue on Lon Fuller, p. 285-312, ago. 1994. p. 286.

Ao explicar melhor a ideia de um ponto de vista interno, Hart caracterizou o orador com o ponto de vista interno como alguém que aceita o sistema do qual está falando. De fato, a noção de aceitação é importante para entender por que Hart achava que era uma condição necessária para a existência de um sistema jurídico e como a maioria dos juízes mantinham um ponto de vista interno em relação a esse sistema.¹⁸⁶

Apresentamos as linhas gerais da Teoria de Hart, todavia, ainda que ela seja uma das principais contribuições da teoria jurídica do século XX, muitas vezes ela não apresenta uma resposta satisfatória no sentido de fornecer um critério de validade dentro de um sistema jurídico.

Para entender uma forma normativa de discurso, devemos localizá-la dentro do ponto de vista interno dos participantes. Contudo, ao acreditarem que as leis devem ser seguidas, os participantes que adotam o ponto de vista interno não precisam considerar a lei moralmente vinculativa, mas podem estar fundamentados no seu prudencial interesse.¹⁸⁷ Essa formulação dá ensejo a diversas linhas de argumentação.

Hart considera que a característica mais distintiva do direito é a aceitação de uma regra de reconhecimento, isto é, uma regra que fornece critérios pelos quais outras regras do sistema podem ser identificadas. Uma regra de reconhecimento existe na medida em que as pessoas adotam o ponto de vista interno em relação à regra e consideram o direito como um padrão comum que deve ser cumprido.

Assim, a validade jurídica não é uma questão da eficácia da lei nem da sua vinculação moral, mas é um conceito distinto que só tem aplicação no contexto de uma regra de reconhecimento.¹⁸⁸

Hart constrói um conceito de direito em termos de um conjunto mínimo de condições necessárias para a existência de um sistema jurídico. Nesse processo, ele conta uma história sobre como os sistemas legais podem ter surgido e descreve os elementos que o distinguem de um sistema “pré-teórico”. Os componentes da teoria do direito resultante

¹⁸⁶ Ibid., p. 287.

¹⁸⁷ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. pp. 16-17.

¹⁸⁸ Ibid., p. 22.

são mais ou menos abstratos e não abrangem nada mais do que a regra do reconhecimento.¹⁸⁹

Podemos verificar algumas objeções clássicas formadas à regra de reconhecimento: inicialmente, uma das objeções argumenta que a mera definição proposta por Hart não indica o conteúdo mínimo que essa regra deverá abranger.¹⁹⁰ Assim, ela é incapaz de fornecer um conceito de validade concreto. Por esse motivo, a norma de reconhecimento pode, em alguns casos ser indeterminada e vaga:

In *The Concept of Law*, Hart views the rule of recognition as a remedy for the uncertainty of a system consisting simply of primary rules of behavior. It thereby marks the transition from the uncertainty of a pre-legal system to a legal system. It would seem from this that Hart is indeed committed to a rule of recognition whose criteria secure certainty in the identification of laws and that in fact certainty is a hall-mark of a legal system. However, Hart is ambiguous on this point for in other places he accepts that the rule of recognition can be indeterminate and vague.¹⁹¹

O fato da regra de reconhecimento ser vaga é extremamente sensível para sua conceituação. Não é possível basear o juízo de validade de um sistema na completa falta de critérios concretos. Com isso, e por não apresentar nenhuma referência ou conteúdo, a regra de reconhecimento não propõe uma alternativa adequada para julgar exatamente o que ela se propõe a julgar.

Ainda mais enfaticamente, a regra de reconhecimento enfrenta problemas com sua validade, a despeito de se propor a fornecer um critério para a validade do sistema, ela deixa de fornecer um critério para sua própria validade.¹⁹²

Em resposta à regra de reconhecimento, Simmonds argumenta que “We can’t meaningfully inquire into the rules’s legal validity, as it provides the ultimate criterion of legal validity”.¹⁹³ Portanto, não é possível indagar se a própria norma de reconhecimento é juridicamente válida,¹⁹⁴ sendo assim, Hart trata a validade de uma norma apenas como

¹⁸⁹ CANE, Peter. **Public Law in The Concept of Law**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 33, n. 4, p. 649–674, 2003. p. 651.

¹⁹⁰ Cf. MITROPHANOUS, Eleni. **Soft Positivism**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 17, pp. 621-641, 1997. p. 627; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; CARRIÓ, Genaro R. **Professor Dworkin’s View on Legal Positivism**. Indiana Law Journal, v. 5, n. 2, p. 209-246, 1979-1980. p. 233.

¹⁹¹ MITROPHANOUS, Eleni. op. cit., p. 627.

¹⁹² Ibid., p. 623.

¹⁹³ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 125.

¹⁹⁴ Ibid., p. 126.

decorrente da regra de reconhecimento, sem que ela própria possa ter sua validade questionada, tornando a regra de reconhecimento, em si, uma tautologia.¹⁹⁵

Mais além, a regra de reconhecimento, diferente do que entende Hart, não é capaz de fornecer poder justificatório para as decisões. Inicialmente, os oficiais encarregados da aplicação da norma não passam por um processo racional e inteligível envolvendo a regra de reconhecimento. Mais além, uma vez que, para Hart, a qualificação de normas como leis a partir da regra de reconhecimento somente pode ser aplicada dentro de um sistema jurídico, esse paradigma deixa de oferecer uma explicação, em termos de justificação, para o sistema integralmente. Assim, o status das normas perante o sistema como um todo deixa de integrar a racionalidade da justificação.¹⁹⁶

Isso demonstra que, para normas serem integrantes de um determinado sistema, elas não devem estar de acordo com uma norma de reconhecimento, mas sim dependem da aproximação desse sistema de regras à ideia abstrata de direito.¹⁹⁷

De modo mais geral, uma importante objeção formulada à norma de reconhecimento é sua falta de conexão com os valores sistêmicos do ordenamento jurídico. A existência de uma regra de reconhecimento em si não garante que o sistema em questão é lei, nem precisa que os valores políticos aceitos pelos funcionários tenham qualquer conexão necessária com a natureza da lei, muito menos com status desse estado de direito.¹⁹⁸

As we have seen, the presence of a rule of recognition does not itself guarantee that the system in question is law, nor need the political values accepted by MacCormick's officials have any necessary connection to nature of law. Their invocation of an individual rule as justification for the ordering of sanctions would therefore itself be unrelated to the status of that rule of law. Consequently, a Hartian theory amended along lines MacCormick proposes would still fail to capture the second of the two settled understandings from which my argument began: the understanding that, in the adjudicative justification of sanctions, the status of the relevant rules as law plays a key part.¹⁹⁹

Essas objeções refletem na própria conceituação que os autores têm do direito. Enquanto Hart defende o direito como um tipo de estrutura social empiricamente visível e socialmente manifestado, outra concepção irá definir o direito com outras nuances:

The nature of this fundamental divergence may be expressed in these terms: I have insisted that law be viewed as a purposeful enterprise, dependent for its

¹⁹⁵ Ibid., p. 126.

¹⁹⁶ Ibid., p. 130.

¹⁹⁷ Ibid., p. 130.

¹⁹⁸ Ibid., p. 133.

¹⁹⁹ Ibid., p. 133.

success on the energy, insight, intelligence, and consciousness of those who conduct it, and fated, because of these dependence, to fall always somewhat sort of a full attainment of its goals. In opposition to this view it is insisted that law must be treated as a manifested fact of social authority or power, to be studied for what it is and does, and not for what it is trying to do or become.²⁰⁰

Sob a abordagem de Hart, todos os sistemas têm uma regra de reconhecimento, que define os critérios pelos quais se determina quais normas fazem parte desse sistema legal. Em sua definição, está implícito que cada sistema jurídico possui apenas uma destas regras de reconhecimento. Joseph Raz argumentou que não há razão para supor que esse seja realmente o caso e que os sistemas legais poderiam muito bem ter duas (ou mais) regras de reconhecimento.

Por outro lado, Ronald Dworkin argumentou vigorosamente que os sistemas jurídicos têm, além de regras, princípios, padrões legais que não podem ser correlacionados com o tipo de critério associado a uma regra de reconhecimento.²⁰¹

Ele usa o exemplo do caso do caso *Riggs contra Palmer* no qual o herdeiro nomeado no testamento de seu avô foi justamente quem o matou, de modo que poderia receber a herança.²⁰² Esse exemplo define que na ausência da lei, o juiz pode decidir com base em padrões morais e políticos intitulados de princípios. Dworkin defende que não há um exercício de poder discricionário (em sentido forte) por parte dos juízes, como quer Hart, mas sim eles decidem com base em padrões já estabelecidos pelo direito.²⁰³

Na prática dos tribunais, o juiz não deverá recorrer a um poder discricionário para criar uma lei de decisão de um caso difícil.²⁰⁴ Diante dessas situações, ele poderá recorrer a juízos morais para decidir o caso. Como decorrência desse raciocínio, Dworkin acredita serem inválidas as normas injustas. A moralidade condiciona a validade das normas.

Para Dworkin, os princípios também estão incluídos no sistema jurídico e a norma de reconhecimento falha ao excluir essa possibilidade.²⁰⁵ Ainda que as convicções morais dos magistrados possam influenciar as decisões judiciais proferidas pela corte, mesmo em casos difíceis eles estão vinculados a estes princípios. Diferentemente das regras, eles são aplicados em maior e menor medida, relativamente a graus de peso. Essa posi-

²⁰⁰ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. p. 145.

²⁰¹ BIX, Brian. **John Austin and Constructing Theories of Law**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 24, p. 431-440, 2011. p. 434.

²⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

²⁰³ *Ibid.*, p. 42.

²⁰⁴ *Id.* **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 9.

²⁰⁵ *Id.* **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 33.

ção é fundamentalmente uma compreensão moral do direito, em que neste complexo os princípios são a fundamentação moral do sistema jurídico.²⁰⁶

As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida.²⁰⁷

No caso das regras, se houver alguma forma de conflito entre elas o ordenamento conferirá critérios para que uma delas seja aplicada e a outra não, uma delas não pode ser válida.²⁰⁸ Os princípios agem de forma distinta:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é.²⁰⁹

Portanto, também a racionalidade da subsunção de um caso sob uma regra foi contestada. Aqui um progresso considerável foi feito ao distinguir a estrutura formal da subsunção das argumentações substanciais aduzidas na aplicação da lei.²¹⁰

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.²¹¹

Para tanto, Robert Alexy formula o princípio da proporcionalidade que permite julgar colisões entre princípios, esse parâmetro, que - implícita ou explicitamente - é aplicado em quase todos os lugares em que os poderes constitucionais de revisão são exercidos, é de considerável complexidade interna. De modo muito sucinto, ele compreende três

²⁰⁶ Id. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁰⁷ Id. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

²⁰⁸ Ibid., p. 42.

²⁰⁹ Ibid., pp. 42-43.

²¹⁰ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison**. Ratio Juris, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003. p. 433.

²¹¹ Id. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 93-94.

subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade no sentido estrito.²¹²

A distinção entre regras e princípios é uma distinção lógica.²¹³ De acordo com a definição padrão, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado no mais alto grau legal e possível. Os princípios são, portanto, comandos de otimização, eles podem ser preenchidos em diferentes graus: o grau obrigatório de cumprimento depende não apenas de fatos, mas também de possibilidades legais. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, e se uma regra é válida, ela exige que se faça exatamente o que demanda, nada mais e nada menos. As regras compreendem, portanto, uma decisão nos campos das possibilidades reais e legais, são comandos definitivos. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é uma diferença de qualidade e não apenas de grau.²¹⁴

Assim, esta distinção gira em torno do caráter do ato normativo prescrito: as regras prescrevem atos relativamente específicos; princípios prescrevem ações altamente inespecíficas. Um ato é altamente inespecífico se puder ser realizado em diferentes ocasiões através de muitos atos genéricos heterogêneos.²¹⁵

Toda a crítica de Dworkin ao positivismo repousa sobre essa distinção.²¹⁶ Diferente do que Hart argumenta, muitos dos padrões que os juízes aplicam em casos difíceis são princípios morais, ademais, Dworkin observa que os juízes não tratam esses padrões como opcionais, mas sim como princípios inerentes ao ordenamento jurídico.

Decorre disso que: (1) se os princípios são leis jurídicas, não pode ser verdade que todas as leis são regras e, neste caso, o modelo de regras falharia; (2) se tais normas são leis, seu status depende do conteúdo, isto é, do fato de expressarem uma exigência ou dimensão de justiça ou equidade, assim, sua legalidade não depende de serem identificadas como tal por uma regra de reconhecimento e, assim, a regra do reconhecimento também falharia; (3) se os princípios morais são ou podem ser normas legais, então não poderia haver o tipo de separação de lei e moralidade que a tese da separabilidade prevê

²¹² Id. **On Balancing and Subsumption**: A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003. p. 436.

²¹³ RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972. p. 834.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000. p. 295.

²¹⁵ RAZ, Joseph. *op. cit.*, p. 838.

²¹⁶ LYONS, David. **Principles, Positivism, and Legal Theory**. *Taking Rights Seriously* by Ronald Dworkin. *The Yale Law Journal*, v. 87, n. 2, p. 415-435, dez. 1977. pp. 418-419.

e, neste caso, a tese de separação também falharia; (4) finalmente, se os princípios morais podem ser vinculativos para os juízes, isso sugere que, onde os positivistas veem discricionariedade, na realidade existiria um princípio vinculativo, assim, a tese da discricionariedade não poderia ser sustentada.²¹⁷ Em resumo, se aceitarmos esse raciocínio, todos os quatro princípios do positivismo seriam abandonados.²¹⁸ Jules Coleman explica esquematicamente o raciocínio de Dworkin:

1. Every rule of recognition will be controversial with respect to its scope and, therefore, with respect to the nature and scope of the obligations it imposes.
2. Nevertheless, in resolving disputes involving controversial aspects of the rule, judges are under an obligation, as they are in the uncontroversial cases, to give the right answer.
3. The social rule theory which requires convergence of behavior as a condition of an obligation cannot account for the obligation of judges in 2.
4. Therefore, positivism cannot account for judicial obligation in 2.
5. Therefore, only a normative theory of law in which the duty of judges depends on moral argument rather than convergent practice can account for judicial duty in 2.²¹⁹

A decorrência do argumento de Dworkin é que uma teoria geral sobre como a lei válida deve ser identificada não é uma descrição neutra, mas uma interpretação que visa não apenas descrever, e sim justificar. Nesse caso, a própria teoria jurídica se apoia em julgamentos e convicções morais e éticas.²²⁰ A própria alegação de que a autoridade da

²¹⁷ Colocado de outro modo, Jules Coleman também afirma: “The fact that moral principles have the force of law, because they are appropriate, true, or accepted even though they are not formally enacted, establishes for Dworkin that: (1) the positivist’s conception of law as rules must be abandoned; as must (2) the claim that judges exercise discretion - the authority to extend beyond the law to appeal to moral principles-to resolve controversial cases; and (3) the view that the law of every community can be identified by use of a noncontroversial or pedigree test of legality.

The first claim of positivism must be abandoned because principles, as well as rules, constitute legal norms; the second because, while positivists conceive of judges as exercising discretion by appealing to moral principles, Dworkin rightly characterizes them as appealing to moral principles, which, though they are not rules, nevertheless may be binding legal standards. The third tenet of positivism must be abandoned because the rule of recognition in Dworkin’s view must be one of pedigree, that is, it cannot make reference to the content or truth of a norm as a condition of its legality; and any legal system that includes moral principles among its legal standards cannot have as its standard of authority a pedigree criterion.” (COLEMAN, Jules. **Negative and Positive Positivism**. The University of Chicago Press, *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 139-164, jan. 1982. p. 144.)

²¹⁸ Id. **Beyond Inclusive Legal Positivism**. *Ratio Juris*, v. 22, n. 3, p. 359–494, set. 2009. p. 366.

²¹⁹ Id. **Negative and Positive Positivism**. The University of Chicago Press, *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 139-164, jan. 1982. p. 158.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, p. 1-37, 2004. p.2.

regra de reconhecimento é uma questão de sua aceitação pelos funcionários, e não um princípio normativo, é uma prática convencional da moralidade crítica.²²¹

Novamente, a regra de reconhecimento falha em sua atividade de fornecer parâmetros amorais para o critério de validade. A tese da separabilidade é a alegação de que existe pelo menos uma regra de reconhecimento aceitável que não especifica a verdade como um princípio moral entre as condições de verdade para qualquer proposição de lei. Consequentemente, uma regra de reconhecimento pode especificar um princípio moral como uma condição de validade para algumas ou todas as proposições de lei, sem violar a tese da separabilidade.²²²

Também, a tese da regra de reconhecimento tem sérias limitações para lidar com questões envolvendo o direito público e a formação do estado. Os elementos que Hart considera necessários para a existência de um sistema jurídico fornecem uma contagem do direito público que difere significativamente das contas padrão do direito público nos sistemas jurídicos de direito comum. A conta que Hart faz do direito público em geral e, como veremos, do *Rule of Law*, se concentra no papel de criação e no empoderamento de funcionários e dá pouco ou nenhum espaço ao seu papel de restrição do poder.²²³

Como vimos, na formulação clássica de Hart, supõe-se a existência de um governante cuja norma de reconhecimento pode ser formulada como: tudo e apenas o que o tirano Rex ordenar expressamente é lei.²²⁴

Esse exemplo apresenta uma situação onde a regra de reconhecimento seria plenamente aplicável apesar de o sistema apresentar falhas tão graves que este mal poderia ser considerado direito.²²⁵ De modo geral, esse é um dos grandes defeitos da regra de reconhecimento. Ao apresentar uma formulação completamente vazia de conteúdo e sem nenhum referencial ou critério concreto, a norma de reconhecimento pode levar a situações graves onde uma população reconheça o sistema como juridicamente válido, mas as normas não possuam nenhuma possibilidade real de aplicação.²²⁶

²²¹ COLEMAN, Jules. op. cit. pp. 139-140.

²²² Ibid., pp. 141-142.

²²³ CANE, Peter. **Public Law in The Concept of Law**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 33, n. 4, p. 649-674, 2003. pp. 654-655.

²²⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 60-64.

²²⁵ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. p. 39.

²²⁶ MITROPHANOUS, Eleni. **Soft Positivism**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 17, p. 621-641, 1997. p. 627.

Para melhor compreender esse fenômeno, passamos à análise de uma situação proposta por Bertold Brecht, na peça teatral *Círculo de Giz Caucasiano* (do alemão, “*Der kaukasische Kreidekeis*”), escrita entre 1943 e 1945.²²⁷ Essa obra traz a descrição de uma figura caricata responsável pela administração da justiça de Nukha, na Grússia: o juiz Azdak.

O personagem aparece como uma figura burlesca e, muitas vezes, corrupta. Após um golpe de estado no qual o Grão-Duque do reino é destronado e acaba por fugir, Azdak o ajuda a se esconder de seus persecutórios sem saber de sua verdadeira identidade. Após descobrir que o homem que havia ajudado era o antigo governante, Azdak decide se entregar ao juízo local.

Quando chega ao tribunal, descobre que o antigo juiz fora enforcado. Para a escolha do substituto é feita uma acareação entre Azdak e o sobrinho de um dos recém-empossados príncipes do reino. Pela vontade dos ali presentes, Azdak passa de escrivão da aldeia para juiz. Azdak desempenha suas novas funções de modo pitoresco. O “Código das Leis” é usado somente como almofada para o assento do juiz e ele sempre faz questão de recolher as custas processuais adiantadamente.²²⁸

Em um primeiro caso de erro médico do qual resultaram um Inválido e um Capenga, mesmo diante da evidente falha no tratamento, a sentença obriga o Invalído ao pagamento de uma multa, com direito a tratamento no caso de eventuais problemas futuros, e dá ao Capenga, como indenização, uma garrafa de conhaque francês.

No caso de um Chantagista que extorquiou um latifundiário para não expor os crimes do sujeito, o Chantagista acaba por inocentado, mas não sem dividir metade de seus ganhos com o tribunal. Em outro caso, em que paira dúvida sobre um possível adultério ou um abuso sexual, Azdak realiza uma série de procedimentos duvidosos até concluir pela existência da violência. Para concluir o caso condena o agressor a entregar ao tribunal o belo alazão que havia desencadeado os acontecimentos.

Mais adiante, julga um caso de roubo de alguns objetos de Fazendeiros locais. Nesse caso, o Ladrão havia roubado os objetos dos Fazendeiros e entregue a sua Avó, que ale-

²²⁷ BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano**. In: BRECHT, Bertolt. Teatro completo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. v. 9.

²²⁸ “Alguma coisa para meu traseiro! *Schauwa* traz o *Cdigo eajeita-o no assento da cadeira de Juiz. Azdak senta-se*. Já estou recolhendo as custas” (BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano**. In: BRECHT, Bertolt. Teatro completo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. v. 9. p. 285).

ga um milagre para aquelas coisas terem aparecido em sua casa. Por não acreditarem nos milagres, Azdak condena os fazendeiros a pagarem uma mula ao tribunal.

Contudo, o principal momento de Azdak coincide com o desfecho da dramaturgia. O juiz se vê prestes a perder sua toga,²²⁹ ao mesmo tempo em que deve julgar a posse de uma criança: o filho abandonado e herdeiro do antigo Governador que havia sido resgatado por Grusche, uma camponesa que o cria como filho, e está sendo reclamado por sua mãe biológica.

Nesse julgamento salomônico às avessas, Azdak propõe que ambas as mães tentem puxar a criança para fora de um círculo de giz caucasiano desenhado ao chão. No momento em que Grusche não é capaz de machucar seu filho, o juiz lhe dá a guarda da criança e decide que os bens do governador passem à propriedade do município para a construção de um parque: o “Jardim de Azdak”.²³⁰

A saga do juiz Azdak revela algumas questões importantes para nossa investigação. A principal delas é a indagação sobre a existência de um sistema jurídico nessa realidade. Se o magistrado julga os casos conforme sua própria conveniência (muitas vezes em interesse próprio), como podemos dizer que há um sistema jurídico válido nesse local? Mesmo diante de um suposto inconformismo em relação às sentenças, suas decisões são respeitadas e acatadas pela população.

Como podemos observar ao longo do enredo, em nenhum momento os oficiais, representados pelos funcionários do tribunal, ou muito menos a população sujeita aos juízos de Azdak questionam sua autoridade. Apesar de todos os julgamentos não possuírem fundamentação legal alguma e ignorarem completamente a lei (que é usada como assento), os cidadãos do povoado aceitam passivamente suas determinações.

Mesmo o juiz Azdak proferindo julgamentos sem qualquer lastro legal e ignorando os mais basilares critérios de legalidade, a regra de reconhecimento se vê obrigada a reconhecer este como um sistema jurídico como válido e operante, uma vez que atende a as suas condições, bem como os cidadãos e oficiais se submetem ao seu juízo.²³¹

²²⁹ No enredo do espetáculo Azdak mantém a magistratura após ter sido revelado que salvou a vida do Grão-Duque, novamente empossado no governo.

²³⁰ BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano**. In: BRECHT, Bertolt. Teatro completo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. v. 9. p. 295.

²³¹ HILL, Linda. **The Love of Life, Justice, and Scandal: Azdak in Brecht's "Der Kaukasische Kreidekreis"**. German Studies Review, v. 2, n. 3, p. 317-330, 1979. p. 323.

Mais além, nesta conceituação está evidente um paradoxo com o qual Hart é incapaz de lidar. Ao mesmo tempo em que o juiz se defasa completamente da lei e do ordenamento, a população o aclama como um redentor. Enxergando nele a sua aproximação com a justiça, desmente todo pensamento de que a excelência em julgar só pode ser alcançada por juízes que seguem as regras forjadas da prática judicial.²³²

From this perspective, Judge Azdak's unorthodox ways of deciding cases do not seem so far afield. He possessed an acute sense of veracity that pierced the testimony of witnesses and the representations of lawyers, permitting an uncanny ability to evaluate evidence and arrive at the truth. His decisions turned quite obviously on his own biases, sympathies, and passions, the whole panoply of subjective factors that Judge Frank thought should be acknowledged and brought into the open.²³³

Com essa descrição, essa peça deixa evidente que o poder judicial é inerentemente arbitrário. A segurança dos indivíduos em sua liberdade e propriedade, portanto, exige a promulgação de leis que restrinjam a conduta e regulem o poder de decisão dos juízes, e não somente estejam sujeitas a um critério de validade de reconhecimento.²³⁴

Azdak julgou de maneira deliberadamente corrupta, governando sem considerar a lei positiva. Ele exerceu um julgamento intuitivo desvinculado de considerações da prática judicial. Ainda assim, devido ao conteúdo de seus julgamentos, foi continuamente aclamado pelo povo por promover algo que se considerava justiça.²³⁵ Esse último fato deixa evidente que a norma de reconhecimento propugnada por Hart estaria em completo acordo com a situação descrita na peça. Tanto os cidadãos quanto os oficiais do estado enxergam as proclamações de Azdak como juridicamente válidas.²³⁶ Seus julgamentos estão em plena conformidade com aquilo que Hart define como a existência de uma “obrigação” e com suas definições de ponto de vista interno e externo. Essa situação se torna um paradoxo na medida em que nem o próprio Hart reconheceria essa situação como um ordenamento jurídico plenamente válido, a despeito de estar em conformidade com a regra de reconhecimento.

Desse modo, o mérito desta obra de Bertold Brecht é lançar luz a uma aproximação do mundo real, em nossos valores, em nossas leis, em nossas instituições; em contraposição, há situações fictícias onde situações absurdas podem existir. Quando a ficção pode

²³² LIND. Douglas. **Azdak, The Rascal Judge**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 12, n. 2, p. 223-252, 1999. pp. 223-224.

²³³ Ibid., p. 243.

²³⁴ Ibid., p. 242.

²³⁵ Ibid., p. 248.

²³⁶ Ibid., p. 248.

parecer tão real, devemos começar a nos perguntar se a chamada realidade é outra que não a fictícia.²³⁷ Quando um determinado modelo explicativo aplicável à realidade passa a tornar possíveis e aceitáveis situações fictícias que beiram o absurdo, sua validade deve ser questionada.²³⁸

Isso mostra, mais uma vez, que a regra de reconhecimento não apresenta uma resposta satisfatória para julgar os critérios de validade de um determinado sistema. Ademais, torna evidente uma contradição: ao mesmo tempo em que a norma de reconhecimento pleiteia a tarefa legítima de identificar quais normas integram o sistema, no caso em questão ela reconheceria a validade de normas, proferidas pelo juízo, que de modo algum poderiam ser consideradas integrantes ao sistema, sob o risco de desfigurar completamente o direito.

3.2. Os Oito Desiderata

Uma das mais importantes oposições ao pensamento de Herbert Hart e à sua conceituação de validade das normas é encabeçada por Lon Fuller. Os dois autores travaram um amplo debate acadêmico onde se disputava abertamente entre a separação ou vinculação do direito à moral. Novamente, em Fuller, está presente a questão dos critérios de validade da norma. O debate entre Hart e Fuller demonstra as visões opostas do positivismo e da lei natural, particularmente no contexto das leis nazistas.

O discurso de Gustav Radbruch, depois de ver as atrocidades perpetradas pelo regime nazista, encorajou Hart a iniciar sua obra sobre a lei e a moralidade. Essa posição foi defendida em sua palestra intitulada “Positivism and the Separation of Law and Morals”, publicada na Harvard Law Review em 1958.²³⁹ Em resposta a essa publicação inicial, Fuller escreveu um artigo intitulado “Positivism and Fidelity to Law”.²⁴⁰

Já em um estágio mais avançado, Hart escreveu o livro O Conceito de Direito, em 1961, como uma réplica ao artigo de Fuller. Novamente, Fuller decidiu responder em 1964 publicando seu livro, “The Morality of Law”. Sobre essa obra, Hart escreveu uma revi-

²³⁷ HILL, Linda. op. cit., p. 325.

²³⁸ FREEMAN, Michael. **Truth and Justice in Bertolt Brecht**. Cardozo Studies in Law and Literature, v. 11, n. 2, p. 197-214, 1999. p. 209.

²³⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

²⁴⁰ FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958.

são em 1965, publicada na *Harvard Law Review*,²⁴¹ à qual Fuller respondeu publicando a segunda edição de seu livro em 1969.

Neste debate fica claro que, enquanto o positivismo defende que para ser uma lei válida somente é necessário que ela tenha sido emitida por um legislador competente após seguir o processo prescrito, a teoria da lei natural sustenta que existem certos princípios ou valores ideais aos quais a lei deve corresponder para ser considerada genuína.

Esse debate pode ser evidenciado na discussão tida entre os autores sobre o caso do *Grudge Informer*,²⁴² no qual a esposa de um alemão delatou seu marido à Gestapo por criticar a conduta de guerra de Hitler. O marido foi julgado e condenado à morte, mas teve sua sentença convertida em serviço como soldado na frente russa. O marido sobreviveu à guerra e, após esse episódio, instaurou um processo legal contra a esposa.²⁴³ Em breve conclusão, a Corte considerou a esposa responsável por ter agido de maneira contrária ao senso de justiça e aplicou a lei criminal.

Nesse caso, Hart argumenta que a decisão dada pela Corte foi equivocada. Em sua visão, não importava o quão hediondas ou moralmente reprováveis as leis nazistas fossem, uma vez que elas eram legalmente previstas deveriam ser obedecidas como tal.²⁴⁴ Em contrapartida, Fuller aceitou o veredicto da Corte porque cria o respeito pela lei e pela moralidade, tornando ilegais as leis ilegítimas e alcançando a fidelidade à lei. O regime nazista era tão prejudicial à moralidade, que não havia nada no sistema que pudesse ser qualificado como lei.²⁴⁵

Ainda que a regra de reconhecimento de Hart permita a existência de uma moralidade mínima, para justificar seu argumentos de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral ele postula que há um núcleo mínimo nas normas que, mesmo em casos de penumbra, deve ser respeitado e seguido pelos tribunais. Em sua visão, a intercone-

²⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Morality of Law by Lon L. Fuller**. *Harvard Law Review*, v. 78, n. 6, p. 1281-1296, 1965.

²⁴² Id. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958; FULLER, Lon. op. cit.

²⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 619.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 622.

²⁴⁵ FULLER, Lon. op. cit., p. 632.

xão entre o que o direito é, e o que o direito deveria ser na penumbra, não descreve como ele realmente funciona.²⁴⁶

Fuller desafiou a ideia de Hart de que sempre há uma linguagem determinada no núcleo de regras legais. Ele argumenta que não é possível determinar se uma regra se aplica a uma dada situação sem entender o propósito a que a regra deveria servir, para isso, devemos nos referir aos objetivos de disposições completas da lei, em vez de procurar encontrar significado das palavras individuais.²⁴⁷ Assim, enfatiza que a fidelidade à lei só pode ser alcançada se ela estiver em consonância com a moral em todos os estágios, seja no momento de fazer a lei ou em sua aplicação pelo tribunal.²⁴⁸

O direito, tal como algo que merece fidelidade, deve representar uma conquista humana e não pode ser um simples ato de poder ou um padrão repetitivo discernível no comportamento dos funcionários do estado. O respeito que devemos às leis humanas certamente deve ser algo diferente do respeito que damos à lei da gravitação, e se as leis, mesmo as más leis, reivindicam nosso respeito, então a lei deve representar uma direção geral do esforço humano que possamos entender e descrever, e que possamos aprovar em princípio, mesmo no momento em que parece que não o percebamos.²⁴⁹ A fidelidade ao direito pode se tornar impossível se não aceitarmos as responsabilidades mais amplas que acompanham uma interpretação proposital do direito.²⁵⁰

O argumento de Fuller defende que, para compreensão do conceito de direito, a alegação de que a moralidade é uma condição necessária para a legalidade facilitaria compreender situações em que cidadãos e funcionários se recusariam a obedecer a diretrizes moralmente iníquas, mesmo quando emanassem de uma autoridade ostensivamente oficial. Para Fuller, as falhas do positivismo jurídico residem na forma como uma compreensão positivista do direito facilitou uma obediência a todas as diretivas vestidas com adornos legais, não importando quão iníquas fossem.²⁵¹

Embora o debate entre Hart e Fuller seja sobre a conveniência normativa do positivismo jurídico, este não envolve somente saber se a aceitação do positivismo jurídico é uma

²⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 209-210.

²⁴⁷ FULLER, Lon. op. cit., p. 647.

²⁴⁸ Ibid., p. 653.

²⁴⁹ Ibid., p. 632.

²⁵⁰ Ibid., p. 670.

²⁵¹ SCHAUER, Frederick. **The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 25, n. 3, p. 439-501, 2005. p. 494.

questão normativa. Existem alguns teóricos para quem a natureza do direito é de caráter ontológico, mas esse entendimento não caracteriza nem Fuller nem Hart. O próprio Fuller elogia esse aspecto de Hart no parágrafo final de "Positivism and Fidelity to Law". Fuller e Hart parecem igualmente comprometidos com a crença de que compreender a natureza do direito não é uma questão de descoberta, mas uma construção guiada normativamente, sendo o melhor entendimento da natureza do direito aquele capaz de definir sua função como um modo de servir objetivos normativos mais profundos. Assim, Hart e Fuller concordam que a categoria "direito" não é uma categoria primária de ontologia moral, - não que eles neguem haver categorias primárias de ontologia moral, mas o "direito" não seria uma delas - portanto, não há nada de desagradável ou indecoroso em que ele tenha um caráter normativo.²⁵²

O ponto de discordância entre ambos se encontrava em como, então, poderia existir um juízo moral sobre o direito e se qualidades morais influiriam na validação do sistema. Enquanto Hart acreditava que nenhum imperativo moral poderia estar associado à aplicação da norma, Fuller se empenhou em mostrar a existência de uma obrigação moral em seguir o direito:

Hart's position (and implicitly that of numerous other positivists) in the debate is well-known. He maintains, or so I interpret him, that we need a term to refer to organized and rule-based systems of governmental control backed by force, that the directives produced by such systems are often immoral, that the word "law" has traditionally served this identifying purpose, and that incorporating moral criteria into the criteria for the word's proper use would only serve to suggest that many systems now called "law" have passed a sort of moral inspection, when in fact no such moral imprimatur can rightly be associated with the existing application of the term. Hart's central point was that the following of immoral laws would be fostered rather than impeded by loading the word "law" with moral baggage.

Fuller, of course, disagreed. Contra Hart, he argued, again as I interpret him, that most people believe that there is an obligation to obey the law, and that this belief ought to be treated as a fixed datum in the project of trying to choose the criteria for the proper use of the word "law". Thus for Fuller the starting point, the *raison d'être* of the enterprise, was to give "coherent meaning to the moral obligation of fidelity to law." And with this fixed point, then it followed for Fuller that the word "law" should be defined so that the feeling of obligation it necessarily attracted, and that the actual obligation it was the task of the legal theorist to explain, would not attach in any case in which the obligation was morally unjustified. If feelings of obligation inevitably went along with application of the word "law," and if whatever was denominated law in fact carried with an obligation of obedience, then it was important to define the word "law"

²⁵² Id. **Fuller's Internal Point of View**. *Law and Philosophy*, v. 13, n. 3, Special Issue on Lon Fuller, p. 285-312, ago. 1994. pp. 289-291.

in such a way that the word would be properly applied only in those cases in which the obligation was in fact morally justified.²⁵³

Para formular sua objeção ao conceito de Hart, Fuller discute o exemplo do Rei Rex, em que este rei proporia uma reforma legislativa. Em meio a essa especulativa reforma, Fuller apresenta diversas situações em que os mandamentos de Rex, mesmo que emitidos por um soberano abarcado pela regra de reconhecimento, falhariam em constituir o direito.

Em um primeiro caso, o Rei Rex decide revogar todas as leis existentes e julgar as controvérsias caso-a-caso. Essa primeira tentativa falha ao ser impossível definir um padrão para o ordenamento, considerando o limitado conhecimento jurídico de Rex. Assim, ele tenta aprimorar seus conhecimentos sobre a aplicação da lei, mas seus súditos novamente não se sentem confortáveis em serem julgados por normas que desconhecem.

Surpreso com essa situação, Rex decide julgar todos os casos em bases periódicas, publicando suas conclusões para servir como justificativa para suas decisões. A população, novamente desconfortável, objeta que eles devem conhecer as normas a serem aplicadas antes dos casos e não somente quando forem julgados.

Rex então percebe que não haveria escapatória senão publicar um digesto completo das normas que seriam aplicadas a seus súditos, assim, ele busca sistematizar um código contendo padrões legais gerais que devem ser observados. Contudo, o grau de generalidade é tamanho que esse código e sua aplicação se tornam demasiadamente obscuros e quase incompreensíveis, buscando corrigir esse erro, Rex propõe uma reforma no código, especificando as normas cada vez mais. Novamente, o resultado não foi o esperado e diversas normas apresentadas após a reforma eram contraditórias entre si e, por isso, não tinham como ser aplicadas.

Já irritado com seus súditos, Rex, em uma nova reforma, buscou puni-los pelos atos mais triviais, tal como a aplicação de uma pena de prisão de 10 anos por tossir ou espirrar, evidentemente tal situação quase chegou a gerar uma revolução, pois as normas exigiam atos que estavam além do controle das pessoas.

Diante dessa situação, Rex, novamente, propôs uma reforma no código. Contudo, assim que o código foi publicado, a realidade daquele povo já havia mudado, fazendo com que emendas diárias fossem necessárias e levando a mudanças legislativas constantes. Como

²⁵³ Ibid., pp. 292-294.

resultado de todas essas falhas, Rex decidiu concentrar, nele mesmo, todos os poderes adjudicatórios e decidir todos os casos ele próprio e, novamente, essa experiência não deu certo, por várias vezes Rex proferia sentenças que não eram congruentes com o código que havia elaborado.

Com base nas constantes falhas de Rex, Fuller elabora aquilo que irá chamar de “oito desiderata”: oito requisitos mínimos de conformidade que o sistema terá que observar para ser considerado direito, estes são revelados pelos equívocos do Rei:

The first and most obvious lies in the failure to achieve rules at all, so that every issue must be decided on an ad hoc basis. The other routes are: (2) a failure to publicize, or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe; (3) the abuse of retroactive legislation, which not only cannot itself guide action, but undercuts the Integrity of rules prospective in effect, since it puts them under the threat of retrospective change; (4) a failure to make rules understandable; (5) the enactment of contradictory rules; (6) rules that required conduct beyond the power of the affected party; (7) introducing such frequent changes in the rules that the subject cannot orient his action by them; and, finally, (8) a failure of congruence between the rules as announced and their actual administration.²⁵⁴

Dentro dessa objeção, Fuller insiste que seus oito desiderata são requisitos morais para a legalidade, que tais requisitos são válidos em todos os sistemas legais possíveis e que nenhum recurso baseado na regra de reconhecimento pode ser uma condição suficiente para o reconhecimento do direito, porque somente um padrão baseado na fonte não incorporaria requisitos morais.²⁵⁵

Com isso, Fuller rejeita radicalmente a abordagem positivista do direito. Ele enxerga no direito uma pretensão de conformidade com uma moral aspiracional, pela qual a atividade legislativa possuiria formas e meios para alcançar o mesmo fim da sociedade.²⁵⁶

Para ele, nem todos os mandamentos que têm o poder de obrigar podem ser legitimamente tratados como lei. Somente aqueles que obedecem a alguns critérios mínimos de validade podem ser considerados como tal.²⁵⁷ Os oito desiderata definidos pelo autor são mais bem sistematizados por Nigel Simmonds:

For we can proceed by adopting Fuller’s account of eight ‘precepts’ or ‘desiderata’ of what he called the ‘inner morality of law’. According to Fuller, for a legal system to exist, there must be (i) rules, and the rules must be (ii) published, (iii) prospective, (iv) intelligible, (v) free from conflict and contradiction; (vi)

²⁵⁴ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. p. 39.

²⁵⁵ SCHAUER, Frederick. op. cit., p. 295.

²⁵⁶ FULLER, Lon L. op. cit., pp. 5-6.

²⁵⁷ Ibid., p. 39.

possible to comply with, (vii) not constantly changing, and there should be (viii) congruence between the declared rule and official action. Fuller's argument, which is frequently misunderstood, is better understood as consisting of two steps. In the first step, he claims no social ordering will count as a legal system if it fails entirely in respect of any one of the eight desiderata: that is to say, if it has no rules. Or if all the rules are kept secret; or if all rules are retrospective; and so forth. Legal system count as such by how closely they approximate to the situation of total compliance with all eight. This state of total compliance, however, is never attained by any legal system.²⁵⁸

Segundo Fuller, cada um dos oito critérios deve ser considerado para determinar se uma lei é válida ou não. Ainda que ele não recorra a concepções naturalistas, o autor nega a tese da separação, ele argumenta que alguns parâmetros mínimos devem integrar o conceito de direito e apenas as leis que cumpram esses parâmetros serão consideradas leis genuínas e, em razão disso, existiria uma moralidade inerente ao direito. Os oito desiderata são condições que normas devem cumprir para serem genuínas: as normas devem ser: gerais, públicas, prospectivas, claras e inteligíveis, sem contradições, constantes, possíveis de serem obedecidas e administradas de modo não diverso do aparente.²⁵⁹

Na tese de Fuller a aproximação do direito com a moral decorre de uma aproximação com uma moralidade aspiracional e não com uma moralidade do dever.²⁶⁰ A moralidade aspiracional estaria evidenciada no grau de aproximação do direito com os oito desiderata:

The second step of his argument then claims that the eight desiderata, when taken collectively, are recognizable as a moral aspiration. Putting the two steps together, we have the thesis that, since instances of law count as such by their degree of approximation to a moral aspiration, law is intrinsically moral phenomenon.²⁶¹

Para melhor descrever essa conceituação, Nigel Simmonds identifica a visão aspiracional com a noção de lei estruturada conforme arquétipo, no qual o grau de aproximação de um sistema garante a ele, em maior ou menor medida, sua caracterização como direito. A aproximação é uma propriedade que pode ser exibida em vários graus.

The aspirational view is best thought of as composed of two separable theses: first, the claim that the notion of law is structured by an archetype; and, second, the claim that the archetype is intrinsically moral idea. The essential hallmark of an archetypal concept is the fact that instantiations of the concept count as such resemblance or approximation to the archetype, such resemblance or approximation to the archetype, such resemblance or approximation being a property that can be exhibited to varying degrees. It does not follow from this that the ar-

²⁵⁸ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 65.

²⁵⁹ FULLER, Lon L. op. cit., p. 39.

²⁶⁰ Ibid., pp. 41-43.

²⁶¹ SIMMONDS, Nigel. op. cit., p. 65.

chetype must function as a guiding ideal for the practices that instantiate the archetype; nor does it follow that the archetype must be intrinsically moral in character.²⁶²

Para Simmonds o conceito de direito não pode ser entendido em termos de um conjunto de características exibidas em todas as instâncias dos sistemas jurídicos, mas em termos de um arquétipo intelectual, ao qual as instâncias reais da lei apenas se aproximam em vários graus. Esse pensamento, por sua vez, abre uma série de possibilidades, incluindo a de que o direito poderia fornecer tanto o critério geral pelo qual as instâncias de lei contam como tal, quanto um ideal norteador a partir de cuja referência tais exemplos devem ser moralmente julgados.²⁶³

Assim, fica claro que a visão de Fuller era de que os sistemas jurídicos particulares podem ser considerados como tais em virtude de sua aproximação à ideia de cumprimento integral dos oito desiderata. E esse ideal, sim, é intrinsecamente moral.²⁶⁴

Fuller's view was that particular legal systems count as such in virtue of their approximation to the idea of full compliance with the eight *desiderata*. This ideal, he argued, is an intrinsically moral idea. (...) The necessary connection between law and morals that Fuller sought to delineate is grounded in the fact that instances of law count as such by their approximation to an archetype that constitutes a moral ideal.²⁶⁵

O significado moral do arquétipo fulleriano deve ser encontrado no fato de que, onde a lei satisfaz os oito princípios, ela consiste em regras que podem ser seguidas e em que os cidadãos desfrutam de certas áreas de conduta ideal. Essas áreas de conduta receberão alguma proteção contra interferências e sua existência será independente da vontade de qualquer pessoa, sendo dependente apenas do conteúdo do direito.²⁶⁶

Com isso, Lon Fuller explica que a moralidade interna do direito garante que leis injustas não sejam aprovadas. Para isso aponta que normalmente as leis injustas irão se distanciar completamente dos oito desiderata.²⁶⁷ Ele busca demonstrar que, para normas serem integrantes de um determinado sistema, elas não devem estar de acordo com uma norma de reconhecimento, mas sim dependem da aproximação desse sistema de regras da ideia abstrata de direito.²⁶⁸

²⁶² Ibid., p. 54.

²⁶³ Ibid., p. 52.

²⁶⁴ FULLER, Lon L. op. cit., p. 43.

²⁶⁵ SIMMONDS, Nigel. op. cit., p. 81.

²⁶⁶ Ibid., p. 163.

²⁶⁷ FULLER, Lon L. op. cit., p. 159.

²⁶⁸ SIMMONDS, Nigel. op. cit., p. 130.

Em uma importante complementação a esse modelo, Nigel Simmonds defende que o direito pode ser definido em referência a um arquétipo, entendido a partir de um referencial moral. Ideias como liberdade e independência fundamentariam o direito e seriam parte de seu poder de justificação, e esses princípios não seriam contingentes, mais intrínsecos ao caráter do direito.²⁶⁹

O modelo de normas elaborado por Fuller e expandido por Simmonds, em referência aos oito desiderata, tem como conceituação central a ideia de validade do direito. Os oito critérios desenvolvidos por ele representam o parâmetro pelo qual irá se julgar se uma norma integra o sistema jurídico e o direito, deste modo, os aspectos formais e a legalidade passam ao ponto central do debate sobre o direito e a moral:

It is a word not prominent in Fuller's vocabulary: *legalism*. This is a vice that is law's very own. It has various dimensions, including neglect of the virtues that law neither promotes nor presupposes, as well as the alienation of law from life. Without law, social order requires considerable buy-in from the population: they are regulated by norms that are more or less accepted or at least tolerated. With the emergence law, however, they are also regulated by norms that meet the system's criteria of validity, which criteria are largely in the hands of the official class and enforced by specialized agents.²⁷⁰

O conceito de Fuller da “*inner morality of law*”, ou como aqui chamaremos “moralidade interna do direito”, está intimamente ligado com seus oito desiderata e com os aspectos formais do direito. Como já mencionamos, para ele essa moralidade está associada com uma noção de moral aspiracional, em contraposição à moral do dever e, em sua origem, esta moralidade aspiracional se relaciona com o exercício da vivência:

The morality of aspiration is most plainly exemplified in Greek philosophy. It is the morality of Good Life, of excellence, of fullest realization of human powers. In a morality of aspiration there may be overtones of a notion approaching that of duty.

(...)

Where the morality of aspiration starts at the top of human achievement, the morality of duty starts at the bottom. It lays down the basic rules without which an ordered society is impossible, or without which an ordered society directed toward certain specific goals must fail of its mark.²⁷¹

A ideia de aspiração se traduz em uma dimensão ascendente, na qual se parte de um existencial mínimo social, e evolui em direção à excelência humana. Para Fuller, os

²⁶⁹ Ibid., p. 143.

²⁷⁰ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. p. 22.

²⁷¹ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. pp. 5-6.

degraus inferiores dessa escala representam a moralidade do dever e os superiores a moralidade da aspiração.²⁷²

A moralidade da aspiração funciona em referência ao grau de aproximação do direito aos oito desiderata. A moralidade interna da lei é, nesse sentido, uma versão processual da lei natural que indica que estamos preocupados, não com os objetivos substantivos das regras legais, mas com as maneiras pelas quais um sistema de regras deve ser constituído para governar a conduta humana.²⁷³ Como exposto:

I have described the internal morality of law as being chiefly a morality of aspiration, rather than of duty. Through these morality may be viewed as made up of separate demands of “desiderata” – I have discerned eight – these do not lend themselves to anything like separate and categorical statements. All of them are means towards a single end, and under varying circumstances the optimal marshalling of these means may change. Thus an inadvertent departure from one desideratum may require a compensating departure from another; this is the case where a failure to give adequate publicity to a new requirement of form a demand for its cure a retrospective statute.²⁷⁴

Essa moralidade interna da lei se constitui em uma exigência que haja regras, que elas se tornem conhecidas e que sejam observadas na prática pelos encarregados de sua administração.²⁷⁵ Essas demandas podem parecer eticamente neutras no que diz respeito aos objetivos externos da lei, no entanto, assim como a lei é uma pré-condição para o bom direito, agir de acordo com regras conhecidas é uma pré-condição para qualquer avaliação significativa da justiça da lei.²⁷⁶ Assim, “Every departure from the principles of the law’s inner morality is an affront to men’s dignity as a responsible agent”.²⁷⁷

Essa formulação permite que Fuller encontre uma conceituação do direito em referência à sua aspiração e pretensão à regularidade formal: “law is the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules”.²⁷⁸ E complementa: “Unlike most modern theories of law, these views treats law as an activity in regards a legal system as the

²⁷² Ibid., p. 27.

²⁷³ Ibid., p. 97.

²⁷⁴ Ibid., p. 104.

²⁷⁵ Id. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply To Professor Hart.** Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 651.

²⁷⁶ “The internal morality of the law demands that there be rules, that they be made known, and that they be observed in practice by those charged with their administration. These demands may seem ethically neutral so far as the external aims of the law are concerned. Yet, just as law is a precondition for good law, so acting by known rules is a precondition for any meaningful appraisal off the justice of law. “A lawless unlimited power” expressing itself solely in unpredictable and patternless interventions in human affairs could be said to be unjust only in the sense that it does not act by known rules”. (FULLER, Lon L. **The Morality of Law.** London: Yale University Press, 1965. p. 157-158).

²⁷⁷ Ibid., p. 162.

²⁷⁸ Ibid., p. 107.

product of a sustained purposive effort”.²⁷⁹ Assim, a definição de direito oferecida é bastante familiar: o direito é a empreitada de se sujeitar a conduta humana ao governo de regras.

O direito pode ser visto como uma atividade intencional, tipicamente acompanhada por certas dificuldades que ela deve superar para conseguir alcançar seus fins. Essa instituição pode ser definida como “the existence of public order”.²⁸⁰ A moralidade interna da lei não é algo adicionado ou imposto sobre o poder da lei, mas é uma condição essencial desse poder em si, assim, a lei é uma pré-condição do bom direito.²⁸¹

A moralidade interna do direito não é algo adicionado ou imposto, mas é uma condição essencial desse poder em si.²⁸² Assim como o direito é uma pré-condição para o bom direito, agir de acordo com regras conhecidas é uma pré-condição para qualquer avaliação significativa da justiça.²⁸³

Complementando Fuller, Nigel Simmonds define que o direito não pode ser entendido em termos de um conjunto de características exibidas por todas as instâncias e sistemas jurídicos, mas em termos de uma inteligência, um arquétipo intelectual ao qual as instâncias reais da lei se aproximam em vários graus.²⁸⁴ Para definir o arquétipo ele propõe um exemplo: “The concept of a ‘triangle’ is an example of what I shall call an ‘archetypal’ concept. (...) triangles do not constitute triangles by satisfying a set of criteria, but by approximating to an ideal archetype”.²⁸⁵

As características que compõem o arquétipo são os critérios formais defendidos por Fuller. O significado moral do arquétipo é encontrado no fato de que, quando a lei satisfaz os oito desiderata, os cidadãos gozarão de certas áreas de boa conduta, essas áreas de conduta receberão alguma proteção contra interferências indevidas e sua existência será independente da vontade de qualquer pessoa, sendo dependente somente do conteúdo da lei.²⁸⁶ Com isso, a legalidade e a justiça são dois valores distintos, mas que ape-

²⁷⁹ Ibid., p. 107.

²⁸⁰ Ibid., pp. 117-118.

²⁸¹ Ibid., p. 155.

²⁸² Ibid., p. 155.

²⁸³ Ibid., pp. 157-158.

²⁸⁴ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 52.

²⁸⁵ Ibid., p. 52.

²⁸⁶ Ibid., p. 163.

nas podem ser totalmente realizados em conjunto um com o outro. Somente a união de legalidade e justiça é uma ideia plenamente realizável.²⁸⁷

Law represents the only possible set of conditions within which one can live in community with others while enjoying some domain of entitlement that is secure from the power of others. When a government pursues its objectives through the rule of law, it governs consistently with those conditions. To show that a rule is law is to show that it forms part of a system of universality, necessity and independence: that is to say, a system of general rules and principles (universality) that are given peremptory force and reliably enforced (necessity) as the only way in which political expression can be given to the idea of peremptory force (given circumstances of the real world). Such a system of reliably enforced rules represents the only conditions within which one can live in political community and nevertheless enjoy a degree of freedom (independence). The existence of such a domain requires that law be enforced and therefore the value of such a domain justifies the law's enforcement.²⁸⁸

A visão aspiracional é mais bem idealizada como composta de duas teses separáveis: a afirmação de que a noção de direito é estruturada por um arquétipo; e a afirmação de que o arquétipo é uma ideia intrinsecamente moral. A marca essencial de um conceito arquetípico é o fato de que as instanciações do conceito contam como semelhanças ou aproximações ao arquétipo, sendo este uma propriedade que pode ser exibida em graus variados.²⁸⁹

Dentro desta concepção, Fuller oferece à filosofia jurídica uma análise sobre as excelências internas da e as virtudes inerentes à lei. A sua moralidade interna está conectada com a observância de certos valores traduzidos em exigências formais,²⁹⁰ assim, se reconhece que a lei pode ser moralmente deficiente de duas maneiras: seus fins podem estar errados, e/ou seus meios podem falhar em viver de acordo com a moralidade interna da lei.²⁹¹

Do mesmo modo que Fuller definiu que todo sistema de regras deve ter um mínimo de conformidade com os desiderata e com o legalismo para ser considerado direito, aqui iremos propor a interpretação de que esses princípios definidos por ele se traduzem no que é conhecido como “o caráter formal do direito”.

Buscamos demonstrar que as características formais do direito, ou pelo menos algumas delas, são os critérios externos que garantem a conformidade de um sistema de normas

²⁸⁷ Ibid., p. 198.

²⁸⁸ Ibid., p. 143.

²⁸⁹ Ibid., p. 54.

²⁹⁰ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. p. 15.

²⁹¹ Ibid., p. 16.

com o os requisitos de sua validade. Ou seja, somente quando há respeito aos procedimentos formais e às formalidades legais em um determinado sistema, pode-se dizer que ele está em conformidade com os oito desiderata.

By "the formal character of law," I mean first, that rules and other legal precepts, basic functional elements of law such as legislatures and courts, and the legal system taken as a whole, are all formal in the sense that, in their very existence, they conform to accepted conceptions of their essential forms. (...) But beyond this most fundamental sense of "formal" in which legal phenomena at least minimally satisfy their defining essential forms as accepted in the society, these phenomena are formal in still other ways.²⁹²

Na teoria de Lon Fuller, fica claro que os oito desiderata possuem como ponto fulcral garantir que a lei seja exposta com clareza a todos os cidadãos, que se garanta transparência e conformidade ao procedimento e que haja previsibilidade quanto a sua aplicação.²⁹³ Não por outro motivo os oito desiderata são expostos por Fuller na forma de hipóteses em que a lei perde completamente sua clareza,²⁹⁴ para ele, essas características indicam que as leis são justas na medida em que preservam garantias básicas a todos.²⁹⁵

Para melhor elucidar esse raciocínio, podemos retomar a reflexão interdisciplinar ligada aos Juízos proferidos pelo Juiz Azdak, na peça *Círculo de Giz Caucasiano*. O raciocínio aqui empregado se assemelha àquele já feito por Lon Fuller em relação às reformas legislativas propostas pelo Rei Rex. Como já vimos, a regra de reconhecimento é incapaz de explicar, e garantir estabilidade jurídica, tanto nas reiteradas reformas legislativas propostas pelo Rei Rex, quanto os deturpados juízos proferidos por Azdak.

Azdak, em determinado momento, passa a não julgar com base em leis estabelecidas, mas sim em bases caso-a-caso. Além disso, ele emite juízos instáveis, retroativos e contraditórios. Ainda assim, tanto Azdak quanto suas decisões são amplamente reconhecidas pelas partes, oficiais e cidadãos de Nukha.

Isso nos mostra que a norma de reconhecimento não basta à complexidade dessa análise. Em situações como a proposta por Brecht, o critério de validade oferecido por Hart estaria contemplado, contudo, o sistema presente nessa comunidade não apresenta alguns critérios e características mínimos necessários para se configurar como um ordenamento jurídico.

²⁹² SUMMERS, Robert. **How Law is Formal and Why it Matters**. Cornell Law Review, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997. pp. 1166-1167.

²⁹³ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. pp. 47; 97.

²⁹⁴ Ibid., p. 39.

²⁹⁵ Ibid., p. 47.

Por sua vez, o modelo dos oito desiderata apresenta uma resposta mais satisfatória para enfrentar a complexidade desse exemplo. Ao nos oferecer critérios que impedem juízos sem lastro legal, ou vedar decisões retroativas, o modelo proposto por Lon Fuller passa a questionar a legitimidade jurídica de determinados sistemas que se afastem daquilo que conhecemos como direito, ou que sejam guiados por impulsos eminentemente arbitrários.

Cada um dos critérios elaborados por Lon Fuller busca exatamente nos propor critérios de validação que, em oposição à regra de reconhecimento, possuem conteúdo substantivo. Com isso, uma vez que os juízos de Azdak não seriam capazes de atingir esses critérios, seu governo judicial não pode ser considerado parte integrante do direito.

Mais uma vez, a partir desses critérios, a moralidade interna garante que determinados sistemas, desprovidos de critérios mínimos de justiça, sejam considerados como sistemas jurídicos. Assim, os critérios oferecidos por Lon Fuller, diferente do que propõe Hart, são capazes de descreditar os juízos de Azdak.

Ao requerer que haja leis sejam publicadas, a moralidade interna do direito repele a postura arbitrária de Azdak. Ao exigir prospectividade, ausência de contradição e congruência entre a lei e a ação oficial eliminam-se os juízos casuísticos de Azdak.

O tribunal de Azdak, quando em face aos oito desiderata, não passa aos testes necessários para que seja considerado um exemplo válido e legítimo de direito. Isso nos revela que, diferente da regra de reconhecimento de Hart, pela qual a mera postura dos oficiais e cidadãos em relação às regras é suficiente para validade o sistema, os critérios substantivos da moralidade interna do direito impedem que situações como a de Azdak sejam consideradas como um sistema jurídico válido.

Portanto, é somente a partir dos critérios dos oito desiderata oferecidos por Lon Fuller que uma situação de flagrante antijuridicidade, e que mesmo assim passa pelo critério da norma de reconhecimento, pode ser criticamente julgada reputada como não integrante do direito.

3.3. A Caracterização Formal do Direito

As hipóteses descritas pelos oito desiderata, bem como os valores a que buscam proteger, se refletem em cada ordenamento jurídico pelos aspectos formais e pelo atendimento a seus requisitos. Como Simmonds bem expõe, os aspectos formais da lei buscam garantir a observância de certos objetivos moralmente protegidos:

Professor Fuller thought that this emphasis on what officials have done (and are therefore likely to do) neglects essentials. We should focus on what they were and are trying to do - on purposes and goals. To Fuller, every form of law, properly conceived, consists of both words and objectives, whether or not explicit.²⁹⁶

Aspectos como a irretroatividade da lei e sua regular divulgação, a sua compreensão e não contradição, bem como o fato de serem possíveis, relativamente congruentes e estáveis são aspectos que somente podem ser garantidos pela observação dos procedimentos formais legislativos e pela observância procedimental das normas:

Prescriptiveness, and some degrees of generality, definiteness, and completeness are defining features of rules. Yet, in rules actually created, such features typically go beyond the essential definitional minimum. Such defining features and their extra-essential elaborations and variations are also formal in the further basic sense that they are structural. These features together structure the form and content of a rule. But some formal features of rules are not defining features. For example, the degree of simplicity (or complexity) of a rule is not a defining feature. Yet, it is a formal feature in the sense that it, too, is structural. Rules are also formal in their mode of encapsulation: some take common law form, some statutory form, some constitutional form, and so on. Thus, features of rules are formal in the foregoing three senses: "essentially," structurally, and encapsulatorily.²⁹⁷

A forma do direito pode ser definida como o arranjo organizacional e pode ser mais bem analisada em termos de tipos de formas como estrutural, processual, metodológica, composicional e outras. Robert Summers tenta melhor explicar como os parâmetros fornecidos pelos oito desiderata se traduzem na caracterização formal do direito. Para tanto, ele primeiro expõe o que significa o adjetivo "formal":

On this view, the adjective "formal" means: "of or pertaining to (1) the organizational arrangement of the institution or other functional unit, or (2) an organized dimension, or (3) an organized feature." Thus, we might summarize concisely as follows: Form means organizational arrangement, and formal pertains to organizational form, organized dimension, or organized feature. Moreover,

²⁹⁶ SUMMERS, Robert. **Professor Fuller's jurisprudence and America's dominant philosophy of law.** Harvard Law Review, v. 92, p. 433-449, 1978. p. 439.

²⁹⁷ Id. **How Law is Formal and Why it Matters.** Cornell Law Review, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997. p. 1167.

institutional form may be further analyzed in terms of such types of form as structural, procedural, methodological, compositional, and more.²⁹⁸

Em suma, algumas características podem ser definidas de modo que representem os critérios para que uma lei possa atender seus requisitos formais, conforme os oito desiderata de Lon Fuller:

(1) exhibit at least the defining features of the essential form of rules, including especially

-prescriptive content,

-minimum generality,

-minimum completeness, and

-minimum definiteness;

(2) exhibit features of structural form either within, or beyond, minimum defining prescriptiveness, generality, completeness, and definiteness continuous with those defining features, and exhibit structural form in non-continuous features such as simplicity or complexity;

(3) exhibit features of expressional form;

(4) exhibit features of encapsulatory form; and

(5) in some rules, exhibit form that prescribes the organizational form-organizational formality of content-of basic functional elements such as elections, legislatures, courts, criteria of validity, interpretive methodology, or of organizational aspects of the system as a whole, or prescribe features of structural, expressional, or encapsulatory form.²⁹⁹

Fica claro que a forma é indispensável à existência e operação das normas e do sistema, elas definem a forma de operação das instituições, o modo como as próprias normas são criadas e até seus próprios critérios de validade:

In sum, if we are to give due credit to form, then we must take account of how form is indispensable to the existence and operation of institutions required for the very creation and recognizability of rules that are valid law. The same is true with respect to the place of form in implementive institutions, too.³⁰⁰

O conceito de norma deverá de todo o modo ser definido em referência aos seus aspectos formais. Normas são formais na medida em que suas características definidoras estão presentes, isto é, na medida em que elas tomam a forma essencial mínima de regras legais que garantam sua própria validade. Assim como uma regra que falhe completa-

²⁹⁸ Id. **The Place of Form in the Fundamentals of Law**. *Ratio Juris*. v. 14 n. 1, p. 106-129, mar. 2001. pp. 108-109.

²⁹⁹ Id. **How Law is Formal and Why it Matters**. *Cornell Law Review*, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997. p. 1180.

³⁰⁰ Id. **The Place of Form in the Fundamentals of Law**. *Ratio Juris*. v. 14 n. 1, p. 106-129, mar. 2001. p. 114.

mente em atender a um dos oito desiderata não é uma regra, uma “regra” totalmente sem forma – uma que não prescreva, uma que seja totalmente incompleta, ou totalmente indefinida, ou totalmente particular – não seria uma regra:

Thus, ordinary legal rules are, first of all, formal insofar as their defining features are present, that is, insofar as they take what I call at least the minimum essential form of legal rules. It might be objected that this is only to say that such rules are rules, a mere tautology, empty of all significance. But if this be a tautology (which it is not), then it is one worthy of explicit formulation. A totally formless "rule"-one that fails to prescribe, one that is totally incomplete, or totally indefinite, or totally particular-would not be a rule. An extended analysis here would further our understanding of the essential form of legal rules, of their defining features, of the types of policies and values these features may serve, and of how appropriately formal features shape the form and content of rules in the course of their creation. When I say the formal features of rules shape the form and content of rules, what I mean can be readily understood if we imagine varying formulations of a rule having the same general subject matter, such as the regulation of speed on highways.³⁰¹

Sendo assim, o sistema jurídico como um todo também é formal em seu grau de conformidade com os princípios do estado de direito. As formas jurídicas básicas e outros aspectos formais podem ser encontrados em toda a lei, em todas as suas realidades institucionais, metodológicas e preceptivas sistêmicas do sistema. Não somente os critérios formais servirão para determinar a validade de uma norma, mas também para, com um critério de coerência, garantir seu pertencimento a um determinado sistema jurídico.

The legal system as a whole also takes a distinctive form. It is structurally formal and is also methodologically formal in its operational techniques. These techniques include the penal, the grievance remedial, the administrative regulatory, the public benefit conferring, and the private arranging. These “technique forms” incorporate, integrate, and co-ordinate institutional and other functional units into operational wholes. The legal system as a whole is also formal in its degree of conformity to system-wide principles of the rule of law. The system as a whole is formal in its overall coherence of content, as well. In sum, basic legal forms and other formal aspects are to be found all over the law, in all of its institutional, methodological, preceptive, systemic and other reality.³⁰²

Com isso, fica evidente que a função dos aspectos formais do direito, bem como dos critérios de validade enunciados pelos oito desiderata, não são meros requisitos de verificação da norma, mas critérios de validade para elas e para todo o sistema.

Aqueles que defendem uma visão instrumentalista rejeitam o formalismo: para eles, o direito não poderia ser visto como um sistema formal, mas como uma atividade dirigida

³⁰¹ Id. **How Law is Formal and Why it Matters**. Cornell Law Review, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997. p. 1176.

³⁰² Id. **The Place of Form in the Fundamentals of Law**. Ratio Juris. v. 14 n. 1, p. 106-129, mar. 2001. p. 111.

a um objetivo, destinada a resolver problemas sociais. Assim visto, o direito seria muito mais do que uma fonte de questões estruturais ou conceituais sobre as quais os juristas da escola analítica podem empregar suas ferramentas.³⁰³

Fuller rejeita essa forma de enxergar dos instrumentalistas. Em sua visão, as metas para os usos da lei não devem ser determinadas unicamente à luz de problemas específicos e direcionadas somente a solução de conflitos. Noções gerais e mais amplas do direito devem ser consideradas nas decisões judiciais.

Para os adeptos do instrumentalismo, o direito serve simplesmente como meio ou instrumento para realizar objetivos concretos. Nesta visão, o instrumentalista busca estabelecer metas e encontrar meios para alcançá-las. Fuller, no entanto, argumenta que isso equivoca as relações entre meios e objetivos, para ele, os objetivos podem orientar e disciplinar a análise apenas quando relacionados aos meios disponíveis. Os instrumentistas tendem apenas a pensar que os objetivos determinam os meios, contudo, podemos facilmente afirmar que os meios também ajudam a tornar as metas determinadas.³⁰⁴

Sendo assim, seria errado conceber as leis como meros instrumentos a serviço de objetivos externos e, em vez disso, as leis seriam conjuntos de objetivos e metas estabelecidos para realização da finalidade última do estado. As instituições e processos legais também não poderiam ser vistos simplesmente como meios.³⁰⁵

The law, then, is not like a mere datum of nature, such as a stone or a twig. And to the extent a form of law fails to fulfill its goals, it is less truly law - just as a steam engine that fails to fulfill its characteristic function is to that extent less truly a steam engine. Nor are there compensating gains from confining law merely to authoritative past actions (or predictions based thereon) without any reference to law's goals. It is sometimes argued, for example, that such gains would include more "fidelity to law" and more social peace. But positivism may actually disserve the cause of order. The order-minded tend to neglect the needs of good order, and this can lead ultimately to disorder, if not anarchy.³⁰⁶

As regras são os principais instrumentos jurídicos para a incorporação de diversos tipos de políticas promovidas pelo estado, são também o principal meio de incorporar com autoridade ao sistema valores políticos fundamentais como a autoridade legítima, justiça interpessoal e liberdades básicas. Além disso, utilizamos regras para incorporar valores

³⁰³ Id. **Professor Fuller's jurisprudence and America's dominant philosophy of law.** Harvard Law Review, v. 92, p. 433-449, 1978. p. 435.

³⁰⁴ Ibid., pp. 437-438.

³⁰⁵ Ibid., p. 438.

³⁰⁶ Ibid., p. 440.

jurídicos gerais como certeza e previsibilidade, bem como para implementar as políticas e valores oficialmente incorporados.³⁰⁷

As regras são de importância especial, elas são os principais meios que usamos para registrar os recursos organizacionais internos e o assunto de elementos funcionais básicos para criar e implementar leis, elementos como processos eleitorais, legislaturas, tribunais e metodologias interpretativas. Assim, as regras preveem e limitam a autoridade legislativa, judicial e executiva. As regras também estabelecem e limitam os poderes de pessoas e entidades privadas para firmar e fazer cumprir contratos, fazer testamentos e adquirir propriedades. Elas especificam critérios de validade do direito, definem e regulam o método interpretativo, governam a imposição de sanções e muito mais.

As regras são os principais instrumentos legais para a concretização autorizada, não apenas de políticas cívicas essenciais, como paz, ordem e segurança da comunidade, mas de todos os tipos de políticas específicas de problemas, que vão desde o reforço da família até a facilitação do fluxo de tráfego e a regulamentação de alimentos e drogas, e assim por diante. As regras também são o principal meio de incorporar autoritariamente ao sistema valores políticos fundamentais como autoridade legítima, justiça interpessoal e liberdades básicas, que incluem não apenas a liberdade política, mas a liberdade de celebrar contratos, possuir propriedades, fazer vontades, formar associações para negócios e outros fins, e muito mais. Além disso, usamos regras para incorporar valores legais gerais como certeza e previsibilidade, dignidade e eficiência da autodireção do cidadão sob a lei, igualdade perante a lei, liberdade de arbitrariedade oficial, prevenção de disputas, solução de controvérsias e vários outros valores.³⁰⁸

Assim, as regras legais comuns são, em primeiro lugar, formais na medida em que seus recursos definidores estejam presentes, isto é, na medida em que adotem pelo menos a forma mínima essencial de regras legais. Pode-se objetar que isso significa apenas que tais regras são regras, uma mera tautologia, vazias de todo significado. Mas se essa é uma tautologia, então é digna de formulação explícita: uma “regra” totalmente sem forma, uma que não prescreve ou que seja totalmente incompleta ou totalmente indefinida ou totalmente particular, não seria uma regra.³⁰⁹

³⁰⁷ Id. **How Law is Formal and Why it Matters**. Cornell Law Review, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997. pp. 1173-1174.

³⁰⁸ Ibid., pp. 1173-1174.

³⁰⁹ Ibid., p. 1176.

A relação geral entre forma e substância não é antagônica, mas de complementaridade. Todas as características formais do direito se manifestam de alguma forma em conteúdo substantivo, por esse motivo, qualquer análise geral do caráter substantivo do direito deve levar em conta essa impressão.³¹⁰ A formalidade, então, é uma característica fundamental do direito a ser analisada em seus próprios termos.³¹¹

The general relationship between form and substance in the content of legal phenomena, and in the content of a legal system as a whole, is not a bi-polar or dichotomous relationship but one of complementarity. All formal features of law manifest themselves in some way in complementary substantive content. For example, I noted that the formal attribute of definitiveness must show up in complementary substantive content of the rule. The formality of legal validity manifests itself in the complementary content of criteria of validity specifying that valid law must duly derive from an authoritative source. (And other applicable criteria may specify substantive requirements of validity.) The formality of strict interpretive method manifests itself in complementary ordinary, technical or special meanings attributable to the content of particular statutes. The formality manifest in complementary substantive content does not ordinarily exhaust the whole of that content. We saw, however, that this formality backed by second-level rationales can even override countervailing first-level policy considerations to some extent in the overall content of a rule.

The relation of form to substantive content in law is not merely like the relation of a container to the thing contained. Form also imprints itself on substantive content. Any general analysis of law's substantive character must therefore take account of this imprint. Whole essays wait to be written here on the varied and complex fusions of substance with form, and on the homage that substance must pay to form, in a well designed legal order.³¹²

Essas observações são triviais. Uma vez que concluímos no tópico anterior que a função última do pensamento jurídico era encontrar a melhor interpretação sobre quais deverão ser os critérios adotados para que uma norma seja válida e aplicável, nossa interpretação deixa de ser uma busca por uma definição inequívoca do direito, mas sim uma investigação por seus critérios de validade.

Diferente do que queria Hart, o pensamento de Fuller nos mostra que ele percebeu que o melhor modelo explicativo das normas não deveria se preocupar com definir um conceito, mas sim identificar quais os critérios de validade mais apropriados para definir se uma norma deve ser aplicada ou não. Tanto os oito desiderata como os critérios formais nos trazem a essa conclusão.

³¹⁰ Id. **The Formal Character of Law**. The Cambridge Law Journal, v. 51, n. 2, p. 242-262, jul. 1992. pp. 259-260.

³¹¹ Ibid., p. 260.

³¹² Ibid., pp. 259-260.

Ao focar em uma definição sobre quais são os requisitos para que uma norma seja válida em um sistema, ele altera o eixo da discussão. Reconhecendo essa realidade, Fuller passa a enxergar sob uma nova óptica, deixando de fazer as perguntas erradas.³¹³ Não se formulam mais questões explicativa sobre a natureza do direito ou das normas, ou muito menos se busca definir uma resposta inequívoca para a pergunta “o que é o direito?”.

When conventional analytical legal theorists offer theories of law, they are offering claims about what makes something “law” or “legal,” about how to draw the boundary lines between “law” and “not law.” To say that certain elements or attributes are essential to law is not to say (merely) that this is the only interesting thing that can be said about law, or even that these are elements that are common to all legal systems (what is essential must be universal, but what is universal need not be essential: see Raz 1998, 273, n. 38).³¹⁴

Isso nos faz perceber que Fuller e Simmonds não se limitam a apresentar um contraponto ao modelo positivista, mas propõem uma nova interpretação completamente distinta sobre o problema: eles buscam compreender como o direito funciona na prática e quais são, efetivamente, as práticas e regras que regem a vida do direito.³¹⁵ Com isso, o direito passa a ser contextualizado dentro de sua prática e, fazendo as perguntas corretas,³¹⁶ é possível promover uma ruptura no modelo do pensamento jurídico. A discussão deixa de ser sobre “o que é o direito” e passa a ser sobre quais são os critérios de validade e aplicação de uma norma.

Vemos com isso que Lon Fuller é um exemplo paradigmático de pensamento que avança a visão de que existe uma moral associada ao direito, ele se refere a tal como a moralidade interna do direito: a moral que torna o direito possível. Ela é definida por oito cânones que incluem os requisitos de que as regras devem ser expressas em termos gerais, publicamente promovidos, prospectivos. Na opinião de Fuller, os desiderata expressam requisitos morais e é necessário satisfazer a cada um deles (até certo ponto) para fazer o direito e quanto mais plenamente os cânones estiverem satisfeitos, melhor

³¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen*: Edição Bilingue Alemão/Português. Tradução de João José R. L. de Almeida. WT Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. p. 47. (IF 89); MCGINN, Marie. **Routledge Philosophy GuideBook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1997. pp. 16-19.

³¹⁴ BIX, Brian. **Form and Formalism**: The View from Legal Theory. *Ratio Juris*, v. 20 n. 1, p. 45–55, mar. 2007. p. 48.

³¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. 4th ed. Edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 11. (IF 19); MCGINN, Marie. **Routledge Philosophy GuideBook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1997. pp. 50-51.

³¹⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. op. cit., p. 47. (IF 89); MCGINN, Marie. op. cit., pp. 16-19.

será a substância do direito. Para Fuller, esses cânones representam uma moralidade distinta da governança legal e constitutiva da própria ideia de legalidade.

A visão de Fuller foi amplamente criticada, os críticos resistiram às alegações de Fuller de que os oito desiderata representam um ideal moral. Hart, por exemplo, argumenta que eles declaram normas de eficiência, isto é, são ferramentas que devem ser seguidas para elaborar leis que provavelmente funcionarão, mas não critérios morais.

Estes críticos talvez tenham sido rápidos demais em descartar sua afirmação de que os oito desiderata constituem critérios morais. O fato de os cânones expressarem normas de eficiência não significa que eles também não declarem requisitos de justiça. Indiscutivelmente, a justiça também dita que a autoridade coercitiva do Estado só pode ser imposta aos indivíduos por não cumprirem normas que são, entre outras coisas, claramente expressas, capazes de serem cumpridas e articuladas previamente.

Mesmo que Fuller esteja enganado ao pensar que os oito desiderata constituem a moralidade intrínseca à governança por lei, a questão mais profunda que ele apresenta é se há uma moralidade distinta dessa que está ligada ao direito. Fuller pode ou não estar certo ao identificar o conjunto particular de princípios que são distintos da governança jurídica, mas ele, sem dúvidas, está certo ao pensar que parte do que distingue o direito é um conjunto de ideais e valores morais.³¹⁷

A grande contribuição de Fuller para a filosofia jurídica foi oferecer a primeira análise abrangente das excelências internas do direito: as virtudes inerentes ao seu caráter de direito, sua moralidade “interna”. Se essas características existem ou não é uma questão aberta a dúvidas, mas a verdadeira dificuldade é explicar corretamente sua relação com as condições de existência dos sistemas jurídicos e em manter seu valor em perspectivas adequadas.³¹⁸

³¹⁷ COLEMAN, Jules. **The Architecture of Jurisprudence**. The Yale Law Journal, v. 121, p. 2-81, 2011. pp. 29-30.

³¹⁸ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. p. 15.

3.4. Autoridade da Lei

Tendo esclarecido com maior completude a caracterização dos oitos desiderata, passamos agora a buscar uma teoria da autoridade que seja coerente com as reflexões de Lon Fuller e a moralidade interna do direito. A questão da autoridade da lei é um dos principais pontos de debate envolvendo a validade das normas e, como veremos posteriormente, o *Rule of Law*. Diferentes teorias postulam diferentes modelos de autoridade para explicar como uma lei pode gerar obrigações e quais são as figuras institucionais competentes para aprová-las.

De modo mais profundo, é possível adotar uma visão mais prática e indagar-se: o que dá autoridade e força à lei? Essa definição irá depender do modelo normativo que elegermos para nossa reflexão. Teorias jurídicas mais tradicionais escolhem figuras concretas como a fonte de autoridade, algumas correntes do jusnaturalismo, por exemplo, elegem fundamentações teológicas como fonte de autoridade e do outro lado, algumas correntes positivistas elegem a figura estatal como fonte de autoridade.³¹⁹

Aqui nós iremos propor uma alternativa a essas visões. Partiremos da hipótese que a autoridade da lei se encontra nos textos legais e no aspecto de sua comunicação legal, não nos autores da lei.³²⁰ Para isso, inicialmente iremos adotar como ponto de partida uma das mais bem-acabadas teorias que definem a autoridade em uma acepção associada ao positivismo de Hart, aquela defendida por Joseph Raz.

Como ponto principal de sua teoria, Joseph Raz defende que alguns tipos de regras, no caso as regras categóricas e permissivas, são razões para ações de um tipo especial, e que as outras regras, as regras autorizantes, estão logicamente ligadas a tais razões. Essa distinção compreende as razões de primeira ordem e as razões de segunda ordem.³²¹ Razões para a ação têm uma dimensão de força, algumas são mais fortes, ou carregam

³¹⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 6-7.

³²⁰ HURD, Heidi M. **O Combate Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 211-212.

³²¹ “Aqui temos uma teoria dos tipos de razões que considera mais forte que ou tão forte quanto como estando no domínio das razões de primeira ordem e como único fator determinando a validade de inferências que envolvem a razões de primeira ordem. Ao mesmo tempo, a teoria introduz um segundo tipo de razões, razões de segunda ordem, que, entre elas, são novamente governadas pela relação de força. Assim, temos os dois tipos de razão que precisamos. Ao interpretar as razões de segunda ordem na forma como fizemos, um tipo de avaliação fica subordinado a outro sem que o caráter separado de cada um dos tipos seja destruído”. (RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 36).

mais peso, do que outras e, em casos de conflito, a razão mais forte supera a mais fraca.³²²

Para definir esses conceitos, ele propõe um exemplo e o analisa, no caso são as razões para ação de um filho, quando recebe comandos de seu pai. Quando o pai ordena seu filho que obedeça a sua mãe ele está dando a ele uma razão para o filho agir por uma razão, ou seja, uma razão de segunda ordem. Em contrapartida, quando o pai ordena ao filho a não obedecer a sua mãe, o pai está dando ao filho uma razão para não agir por uma razão, ou seja, estaria diante de uma razão excludente.³²³

O ponto central da exposição das razões para ação é o conceito de razões de segunda ordem, também chamadas de razões excludentes. A razão de segunda ordem é pensada como se em um status superior de hierarquia, uma razão de segunda ordem não é uma razão para preferir uma ação em vez de outra, mas sim preferir uma razão. “Uma razão excludente pode excluir todas ou apenas certa classe de razões de primeira ordem. O escopo de uma razão excludente é a classe de razões que ela exclui”.³²⁴

Ela não pode ser posta junto com as razões de primeira ordem em uma ponderação, mas ela indica qual razão deve ser determinante. Portanto, uma razão de segunda ordem não participa de um balanço com a razão de primeira ordem. As razões de segunda ordem são chamadas por Raz de razões excludentes, pois excluem da consideração as possíveis razões contrárias.³²⁵ Como ele bem coloca:

[R]azões de primeira e segunda ordens para a ação e que os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força relativa das razões conflitante, mas isso não corre quando do conflito entre razões de primeira e segunda ordem”.³²⁶

Essa caracterização mostra que as razões têm uma dimensão de força, algumas razões são mais fortes, ou carregam mais peso, do que outras. Em casos de conflito, a razão mais forte supera a mais fraca.³²⁷

Para Raz, decidimos agir com base em razões para ação.³²⁸ Ele explica que as razões desempenham uma tarefa teórica e prática: na função teórica elas se prestam a explicar

³²² Ibid., p. 17.

³²³ Id. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 17.

³²⁴ Id. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38.

³²⁵ Ibid., p. 38.

³²⁶ Ibid. pp. 27-28.

³²⁷ Ibid. p. 17.

um determinado comportamento, enquanto na função e prática elas são utilizadas para valorar e guiar o comportamento dos indivíduos. O ponto relevante para as normas é a função prática. Indivíduos possuem diferentes razões para ação de diversas naturezas e todas os levam a agir de determinada maneira e fazer escolhas, nesse caso, a existência de uma norma funcionará como um motivo para que uma pessoa pratique ou deixe de praticar uma determinada ação prescrita em lei.³²⁹ Normas funcionam como razões para ação excludentes e protegidas:

I will define normative power as ability to change protected reasons. More precisely, a man has normative power if he can by an action of his exercise normative power. An act is the exercise (sic.) of a normative power if there is sufficient reason for regarding it either as a protected reason or as cancelling protected reasons and if the reasons for so regarding it is that it is desirable to enable people to chance protected reasons by such acts, if they wish to do so.³³⁰

Esse modelo de normas se fundamenta nas razões para deliberação e no comportamento de uma pessoa, elas seguem a norma na medida em que são fornecidas razões para ação. O papel da regra em seu raciocínio prático é sempre o mesmo: orientar seu comportamento como uma razão para ação.

As normas impositivas, no geral, cumprem o papel de decisão no raciocínio prático daqueles que a seguem. Uma “pessoa segue uma norma impositiva apenas se ela acredita que a norma é uma razão válida para que ela realize a ação normatizada” e “quando ocorrem as condições para sua aplicação e que ela é uma razão válida para desconsiderar razões conflitantes, e se a pessoa age com base nessa crença”.³³¹

Assim, falamos de normas quando temos, e esperamos ter, ocasião de nos referir ao conteúdo da norma regra ou ordem, desconsiderando as circunstâncias particulares que deram origem à norma: o ato de dar uma ordem, o fato de que a norma é praticada ou as circunstâncias que a justificam. Quando não esperamos ter ocasião de nos referir ao conteúdo da razão, independentemente das circunstâncias de que depende sua existência, não falamos dela como sendo uma norma.³³²

Essa estrutura normativa irá guiar todo o entendimento teórico de Raz sobre a validade das normas e a fundamentação da autoridade. Inicialmente, para ele, a validade da norma está amplamente ligada com esse conceito e com sua capacidade de orientar o comportamento:

³²⁸ Ibid . p. 56.

³²⁹ Ibid . pp. 31; 72.

³³⁰ Id. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 18.

³³¹ Id. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. pp. 67-68.

³³² Ibid., p. 73.

Uma norma é válida se, e somente se, os sujeitos da norma estão justificados em orientar por ela seu comportamento sempre que ela se aplique, isto é, sempre que ocorram as condições de sua aplicação. A questão da validade da norma deve ser claramente diferenciada de outras questões de justificação. Uma norma pode ser válida e, ainda assim, um sujeito pode não estar justificado, em determinadas circunstâncias, a realizar a ação normatizada, pois podem estar presentes, nessas circunstâncias, outras razões conflitantes não excluídas pela norma, e que devem prevalecer.³³³

Mais além, a própria noção de autoridade será ligada à figura capaz de emitir comandos que forneçam razões excludentes para a ação. Tal conceito, em Raz, assume o contorno da autoridade prática.

One who issues a command thus purports to be a practical authority. The reasons for action provided by a practical authority are thought to be what Joseph Raz has called "protected reasons": they are both content-independent and exclusionary.³³⁴

Esse modelo de razões para ação será a base para a formulação do conceito de autoridade de Raz. Em sua formulação uma autoridade deve possuir poder permanente e generalizado sobre um grupo de pessoas em relação a várias esferas de atividade. Para ele, o poder é a capacidade de criar razões protegidas para as ações. Poder sobre os outros é autoridade sobre os mesmos:

A person is an authority if he has relatively permanent and pervasive authority over persons, that is, either authority over a large group of people or with respect to various spheres of activity, or both.

Since power is the ability to change protected reasons for action and as a reason for action are reasons for some person or others, we can divide powers into powers over oneself and power over others. The most important species of power over oneself is the power to undertake voluntary obligations. Power over others is authority over them. There is one exception to this characterization. Sometimes we say that a person has authority over himself. This is a degenerated case of authority: as extension by analogy from the central cases of authority over others.³³⁵

Assim, a conceituação de Raz de autoridade é eminentemente prática, se justificando no conhecimento e na experiência, ou em exigências de coordenação social.

Authority is a practical concept. This means that the questions of who has authority over whom are practical questions; they bear on what one ought to do. In other words, statements that some person has authority may serve as premises in practical inferences. The explanation of authority must explain the practi-

³³³ Ibid., p. 75.

³³⁴ HURD, Heidi M. **Challenging Authority**. The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991. p. 1618.

³³⁵ RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 19.

cal import of the concept. It must explain how it is capable of figuring in practical interferences.³³⁶

Uma pessoa é uma autoridade se tiver autoridade relativamente permanente e generalizada sobre pessoas, ou seja, autoridade sobre um grande grupo de pessoas em relação a várias esferas de atividade. Portanto, para ele, poder é a capacidade de alterar razões de ação protegidas, e como razões de ação são razões para uma pessoa ou outras pessoas, podem existir poderes sobre si mesmo e sobre outros.³³⁷

O conceito de autoridade é essencialmente relacional, um Estado pode ter autoridade sobre algumas pessoas e não sobre outras. De um modo geral, se os cidadãos não têm obrigação geral de obedecer ao direito, o Estado não tem autoridade sobre eles, não se segue, no entanto, que ninguém esteja sujeito à autoridade do Estado.

Para ele, uma teoria da autoridade deve estar bem fundamentada em sua capacidade de fazer os indivíduos cumprirem os mandamentos. Ela deve ser qualificada pelas condições de sucesso e relevância, o que significa que concepções nas quais se definem as obrigações de se obedecer a sistemas jurídicos estejam corretas.³³⁸

Assim, o conceito de “autoridade” em Raz não depende de sua aceitação para emissão de norma. Se os cidadãos não têm obrigação geral de obedecer à lei, então o Estado não tem autoridade sobre eles simplesmente em virtude de serem cidadãos. Não se segue, no entanto, que ninguém esteja sujeito à autoridade do Estado. O Estado pode receber autoridade de alguns ou de todos os seus cidadãos e tem autoridade sobre aqueles que lhe deram autoridade.³³⁹ Portanto, o consentimento não serve como critério de validação da norma, mas é presumido a todos:

The upshot of this discussion is that consent to the authority of a just government is noninstrumentally valid if given as an expression of an attitude of identification with their society. Consent theorists, correctly perceiving that consent to the authority of a just government does endow it with authority over the agent (assuming that the other conditions for the validity of acts of consent are fulfilled) and faced with the fact that few people actually consent to the authority of their government, have often tried to extend the notion of consent to cover more cases. What we need, however, is not to stretch consent out of recognition but to examine whether the reasons that

³³⁶ Ibid., p. 10.

³³⁷ Ibid., p. 19.

³³⁸ RAZ, Joseph. **About Morality and The Nature of Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 48, p. 1-15, 2003. p. 9.

³³⁹ RAZ, Joseph. **Authority and Consent**. Virginia Law Review, v. 67, n. 1, The Symposium in Honor of A. D. Woosley: Law and Obedience, p. 103-131, fev. 1981. p. 118.

validate consent to authority can- not also be applied to some cases not involving consent; I think that they can.³⁴⁰

Na visão de Raz, os governos são autoridades de fato e todos possuem a obrigação de obedecê-lo e eles reivindicam autoridade legítima sobre uma população e eles têm poder e controle sobre ela. Para a vinculação da autoridade é meramente necessário que o destinatário reconheça o enunciado como uma razão para a ação.

The conclusion of the discussion so far leads to the view that both in requesting and in commanding the speaker intends the addressee to recognize the utterance as a reason for action. The difference between them is that a valid command (i.e., one issued by a person in authority imposes an obligation, whereas requests are ordinary reasons.

To conclude: legitimate authority implies an obligation to obey on the part of those subject to it. Since our starting point was the assumption that there is no general obligation to obey incumbent on citizens qua citizens, we are back with our original problem: does it follow that there is no legitimate political authority? It is important to remember that the foregoing considerations cast no doubt at all on the existence of de facto authorities. A person or body of persons has de facto authority if it claims legitimate authority and if its claim is accepted by some people, thus giving it actual power. The power of a governmental de facto authority can and normally does extend to people who do not accept its authority. They are subject to its power partly because those who accept its authority are willing to obey its instructions, even when they affect people who do not accept its authority. Governments are de facto authorities. They claim legitimate authority over a population, and they have power and control over it. A government remains a government regardless of whether or not it has legitimate authority.³⁴¹

O fato de que o dever geral de obedecer pode depender de características sistêmicas do direito não conclui que este é compatível com uma concepção adequada sobre o juízo de valor que podemos fazer daquela lei. Para Raz, é improvável que as qualidades morais sistêmicas da lei sejam totalmente dependentes ou totalmente afetadas pelas qualidades morais do conteúdo da lei, isto é, do conteúdo moral das leis que constituem o sistema.³⁴²

Raz argumenta que qualquer obrigação de obedecer à lei deve ser duplamente qualificada: Primeiro, uma vez que a autoridade deriva da capacidade do governo em cumprir um trabalho, esta autoridade deve ser limitada a um governo que realize essa tarefa com êxito - a autoridade do governo não pode se derivar de sua mera capacidade de desempenhar um cargo, mas deve depender do efetivo sucesso para fazê-lo. Segundo, a legi-

³⁴⁰ Ibid. p. 129.

³⁴¹ Ibid., pp. 116-117.

³⁴² Id. **About Morality and The Nature of Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 48, p. 1-15, 2003. p. 6.

timidade do governo, que deriva de seu sucesso na execução de um trabalho, deve limitar as suas ações àquelas destinadas a desempenhar esse cargo.³⁴³

Assim, Raz considera que uma doutrina apropriada de autoridade deve se basear na tarefa a ser realizada e qualificada pelas condições de sucesso e relevância, o que significa que teses como as de que existiria uma "obrigação geral de obedecer" ou "uma obrigação geral de obedecer a sistemas legais justos ou democráticos" não estão corretas.³⁴⁴

Se o direito deve ser obedecido, não seria por um dever moral de fazê-lo, mas sim devido ao seu caráter como sistema que contribui para organizar as relações sociais por meios especiais ou através da operação de instituições e, se ele não é obedecido, isto também se deve aos mesmos fatos. O direito não nos fornece nenhuma consideração que possa determinar o que deve ser feito, ele nos oferece o conselho: se um ato é exigido por lei, então, somos obrigados a executá-lo.³⁴⁵ Esse é o raciocínio proposto pelo modelo das razões para ação.

Com isso, o autor é capaz de se opor ao conceito de validade moral do direito. Ele busca argumentar que, visto que a lei é uma questão de fato social e a identificação da lei não envolve um argumento moral, a conformidade a valores e ideais morais não é, de forma alguma, uma condição necessária para que uma lei seja legalmente vinculativa.³⁴⁶ Para isso, defende que a tentativa de Fuller de estabelecer uma conexão necessária entre a lei e a moralidade falha na medida em que a conformidade com o estado de direito é uma virtude moral, é um ideal que deve se tornar realidade, mas pode deixar de sê-lo.³⁴⁷

A despeito de todos os méritos, o conceito de autoridade prática de Joseph Raz não está imune a críticas. Inicialmente, a própria definição de normas como razões para ação é defeituosa. Como Donald Regan nos mostra, existe uma distinção entre razões intrínsecas para ação e razões indicativas:

An intrinsic reason, as I have said before, is a fact about a proposed action that matters in itself, it is a fact that counts in itself in favor of or against some course of action. Another way to put this is that intrinsic reasons are facts that count in the final analysis: they would have a place in the deliberation of an agent who was fully informed, perfectly competent at whatever weighing and

³⁴³ Ibid., p. 8.

³⁴⁴ Ibid., p. 9.

³⁴⁵ RAZ, Joseph. **The Morality of Obedience: A Theory of Law** by Philip Soper. Michigan Law Review, v. 83, n. 4, Survey of Books Relating to the Law, p. 732-749, fev. 1985. p. 734.

³⁴⁶ Id. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 38.

³⁴⁷ Ibid., p. 224.

balancing of reasons is required, properly motivated, free of painful anxiety surrounding decision-making, and so on.

(...)

An indicative reason, in contrast, is something that matters as evidence for the existence of an intrinsic reason. I have pointed out earlier that one and the same fact might be both an intrinsic reason and an indicative reason (if it both matters in itself and is evidence for some other fact that matters in itself).³⁴⁸

Podemos distinguir entre razões intrínsecas e indicativas tanto na classe de razões de primeira ordem, quanto na classe de razões de segunda. Grande parte do debate sobre a força de exclusão de diretivas autorizadas pode ser mais bem entendido como o debate sobre se essa força de exclusão é intrínseca ou indicativa. Se pudermos esclarecer como as diretrizes autoritativas funcionam como razões de primeira ordem nos casos em que a coordenação não é um problema e controlamos firmemente essa distinção e seu significado, as questões sobre força excludente e a coordenação devem se desdobrar com bastante facilidade.³⁴⁹

A razão intrínseca irá indicar por si só os motivos e fundamentos que levam uma pessoa a agir de determinada maneira e quais razões considerar para sua ação e, por sua vez, as razões indicativas somente são apontamentos de uma razão intrínseca. Fica claro na definição de Raz que as razões de segunda ordem são razões indicativas, pois, como ele próprio define, elas indicam quais razões devem prevalecer:³⁵⁰

[A]uthoritative directives are (merely) indicative reasons; for Raz, so far as I can see, authoritative directives are intrinsic reasons. (They are indicative reasons also, but they are not merely indicative.) Raz does not say that authoritative directives are intrinsic reasons in so many words, since he does not use this terminology. Indeed, certain aspects of his view ought to make him want to deny that authoritative directives are intrinsic reasons. But I think he is committed to the view that authoritative directives are intrinsic reasons by his claim that when we follow authority we obey it. Raz explicitly connects up the notion of obedience with authoritative reasons' being "reasons for action"; and I shall explain later, when I look more closely at the meaning of obedience, why the claim that we obey authority requires that authoritative directives should be intrinsic reasons.³⁵¹

Diante disso, não é possível Raz argumentar que razões indicativas são determinantes em orientar o comportamento. Por seu próprio parâmetro, as razões para ação de Raz

³⁴⁸ REGAN, Donald. **Reasons, Authority, and the Meaning of "Obey"**: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 3, p. 3-28, 1990. p. 7.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

³⁵⁰ RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38.

³⁵¹ REGAN, Donald. *op. cit.*, p. 5.

deixam de fornecer um critério de validade para o direito,³⁵² as razões indicativas não possuiriam fundamento suficiente para gerar uma obrigação de obedecer às normas:

In sum, intrinsic reasons, assuming they exist, matter in themselves. They may be outweighed, but, because they matter in themselves, they do not thereby lose their relevance to the final calculation. They are just outweighed. Indicative reasons, in contrast, do not matter in themselves. They matter only as indicators. Because they do not matter in themselves, they may be totally annulled, so far as their relevance to the final calculation is concerned. This happens if we decide, on the basis of other more reliable indicators, that the intrinsic reasons they point to do not really exist after all.³⁵³

A partir desta mesma distinção, também parecer ser problemático seu argumento de que o consentimento pode criar uma obrigação de obedecer à lei. Mesmo que a obrigação de uma pessoa em relação à lei seja realmente apenas uma obrigação de conformidade comportamental, alguém que acredita nessa obrigação e é movido à ação por ela não estará apenas cumprindo a lei, mas obedecendo à lei no sentido mais pleno. Portanto, mesmo que haja conformidade comportamental com a lei, ela ainda tentaria persuadir as pessoas a obedecer. Se seus argumentos fossem eficazes, eles produziriam uma crença na obrigação de cumpri-la e provocariam uma ação com base nessa crença, e essa ação não seria apenas conformidade, mas obediência.³⁵⁴

Se o consentimento criasse um dever de se obedecer à autoridade, as pessoas poderiam manifestar identificação com sua sociedade, consentindo em ficar vinculadas por sua autoridade, portanto, se o consentimento fosse vinculativo, as pessoas teriam a oportunidade de realizar um determinado tipo de ato valioso e, assim, o consentimento seria obrigatório.³⁵⁵

Por sua vez, Heidi Hurd aponta que se a autoridade prática de Raz não é capaz de fornecer razões para ação que afetem a ponderação entre umas e outras, conseqüentemente, a autoridade prática deixa de ter poder para obrigar os indivíduos:

If a theoretical authority fails to affect the balance of reasons for or against an action, it immediately follows that the utterances of a theoretical authority fail to obligate us. What may bind us is the antecedently existing balance of reasons which the advice of a reliably situated theoretical authority merely evidences. While it may well be irrational to disregard the evidence for that balance provided by a reliable theoretical authority, and while the dictates of rationality may well bind us, the mere issuance of advice in no way obligates us. Put an-

³⁵² RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 150-151.

³⁵³ REGAN, Donald. op. cit., p. 8.

³⁵⁴ Ibid., p. 17-18.

³⁵⁵ Ibid., p. 23.

other way, if we are bound to act as we have been advised to act by a reliable theoretical authority, our being bound is not a result of the fact that the theoretical authority has issued advice, but a result of the fact that rationality requires that we act on a balance of reasons of which the advice is mere evidence.³⁵⁶

Essa ponderação já indica para um grave defeito no conceito de autoridade prática. Um dos principais argumentos contra a formulação de Raz foi elaborado por Robert Paul Wolff em “Em Defesa do Anarquismo”. Aqui adotaremos uma linha de crítica similar, mas como formulada por Heidi Hurd, em relação ao paradoxo da autoridade prática.

Em Wolff esse paradoxo surge da oposição entre autonomia e autoridade. O Estado é definido pela autoridade, o direito de governar, enquanto os indivíduos pela liberdade, o direito de não serem governados.³⁵⁷

Para Heidi Hurd esse paradoxo tem uma proporção lógica importante. Seu argumento indaga como um indivíduo pode agir racionalmente de acordo com o equilíbrio de razões ao mesmo tempo em que é ordenado por uma autoridade a agir de um determinado modo. Agir de acordo com uma ordem, e não por um equilíbrio de razões, é definição de irracionalidade:

Yet despite the plausibility given by common practice to the traditional notion that governmental institutions possess practical authority, it is not at all clear that obeying traffic signals, paying compensation, and barring particular sorts of testimony is rational if done because a citizen or official has been so instructed. In short, it is not at all clear that the contemporary concept of legal obligation is coherent. For it appears that to act because one has been told to, and not because the balance of reasons favors such action, is definitional of irrationality. How could it ever be rational to act contrary to the balance of reasons as one sees it solely because one has been told to do so? Such is the paradox of practical authority.³⁵⁸

De modo mais complexo e sistemático, Heidi Hurd expõe o paradoxo no qual atesta que, sempre que uma ação é fundamentada unicamente por um comando, tal como no modelo de Raz, ela será irracional por definição.³⁵⁹

³⁵⁶ HURD, Heidi M. **Challenging Authority**. The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991. p. 1616.

³⁵⁷ WOLF, Robert Paul. **In Defense of Anarchism**. New York City, 1970. p. 10.

³⁵⁸ HURD, Heidi M. op. cit. p. 1620.

³⁵⁹ “By virtue of first reducing one's (first-order) reasons for action to the singular, content-independent reason provided by the fact that a law has been passed, and then requiring action in accordance with that reason, practical authority entails the conceptual divorce of obligation and rationality. Since commands do not make all commanded actions rational, even when they are issued by a legitimate practical authority that is acting within its jurisdiction, and despite their possessing unstated exceptions and limited scope, it must be conceded that what it is rational to do is conceptually distinct from what one may be commanded to do. While what is commanded may well correlate with the balance of first-order (content-dependent and content-independent) reasons as computed in accord with the demands of practical rationality, it need

Such is the true dilemma of practical authority. The dilemma in its baldest form can thus be stated as follows:

(1) If the exclusionary reason generated by a command bars action in accord with first-order reasons against the commanded action, then it (pragmatically) bars the consideration of those reasons.

(2) If the exclusionary reason generated by a command (pragmatically) bars the consideration of those reasons, then it (pragmatically) bars the consideration of any reasons for the commanded action beyond that provided by the fact that the command has been issued.

(3) HENCE: Upon the receipt of a command, the only reason for action that one should consider is the fact that some action has been commanded.

(4) But, if an action is rational solely because it has been commanded, then any action that is commanded is rational. (This makes it rational to stand on one's head, quit one's job, or undertake a Kamikaze mission, if ordered).

(5) If, alternatively, an action is rational only if it comports with other requirements, then the sheer fact that an action has been commanded cannot rationally justify the performance of the act. (This makes rationality and obligation conceptually distinct.)

(6) Since the consequent of (4) is false, the antecedent of (4) must be false.

(7) Since the antecedent of (4) must be false, then the antecedent of (5) must be true.

(8) If (5) is true, then to act rationally, one must act for reasons other than the fact that one has been so commanded.

(9) HENCE: Action pursued on the basis of an exclusionary reason is irrational.³⁶⁰

Sendo assim, se uma ação é racional porque alguém foi ordenado a se engajar nela, então qualquer coisa que possa ser comandada por alguém possuidor de autoridade prática terá a status de ser racional. O argumento de Raz revela que uma autoridade prática exige uma ação baseada unicamente no fato de que ela emitiu certas diretrizes,³⁶¹ por outro lado, se a racionalidade de uma ação é determinada por algo diferente do fato de que ela foi ordenada, então, tendo como única razão para a ação, o fato de que alguém foi ordenado a fazê-lo não tem, como razão de ação, o determinante da racionalidade prática.³⁶² Ou ainda “Laws can provide reasons for action only if people have moral or prudential

not do so. But then, to act rationally, one must compute that balance of reasons - one must, that is, engage in just the sort of practical deliberation that the exclusionary aspect of a protected reason bars - and then act upon that balance. Protected reasons are thus conceptually incoherent. They require what reason prohibits. And since the concept of practical authority requires the giving of protected reasons, it too is incoherent.” (HURD, Heidi M. **Challenging Authority**. The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991. pp. 1640-1641).

³⁶⁰ Ibid., pp. 1627-1628.

³⁶¹ Ibid., pp. 1642-1643.

³⁶² Ibid., pp. 1627-1628.

reasons for guiding their conduct by reference to law”.³⁶³ Diante disso, uma teoria sobre a autoridade prática passa por duas dificuldades:

Two related problems confront this account of how a complex theory of practical reasoning dissolves the paradox of practical authority. The first is that it is extremely difficult to generate an example of a case in which some principle clearly functions in a manner consistent with the canons of rationality as a protected reason that excludes one from acting on the first-order balance of reasons. The second and more significant problem provides the reason that it is difficult to construct such an example: namely, the concept of a protected reason is conceptually incoherent, and, as such, the Razian solution to the dilemma of practical authority is no solution at all.³⁶⁴

Como alternativa para o paradoxo da autoridade prática, Heidi Hurd propõe um modelo de autoridade teórica: ela defende um ponto de vista que localiza a autoridade da lei nos textos e comandos legais e não nos autores das leis, cabendo essa autoridade como puramente teórica.³⁶⁵

De modo distinto do defendido por Raz, uma autoridade teórica fornece razões para a crença, não para as razões da ação. Quando uma autoridade teórica faz uma afirmação sobre a ação correta, seu enunciado fornece uma razão para pensar que existem outras razões (além do simples fato de a autoridade ter falado) para agir como recomendado. As prescrições de tal autoridade teórica são, portanto, guias heurísticos para detectar a existência e determinar a provável verdade de razões de ação anteriormente existentes.³⁶⁶

Uma autoridade teórica de matérias morais proporciona razões para a crença na verdade (ou falsidade) de proposições deonticas, mas não proporciona razões para a ação. As diretivas de uma autoridade teórica são, assim, inteiramente evidenciais. Quando se ocupam de matéria normativas, não afetam o equilíbrio de razões a questão principal do que uma pessoa deve fazer; em vez disso, afetam o equilíbrio de razões na questão subsidiária da evidência disponível concernente à questão principal. Os pronunciamentos com autoridade teórica não dão razões para acreditar em razões para ação previamente existentes e geradas por fatos morais previamente existentes, e são, assim, inteiramente dependentes de conteúdo.³⁶⁷

Neste raciocínio, as instituições democráticas e estatais podem, então, possuir autoridade teórica, ou seja, elas podem nos dar razões para pensar que existem razões antecedentes para formar as estruturas sociais da maneira desejada pela maioria. Os resultados democráticos podem, assim, funcionar como guias heurísticos para a ação correta. Se

³⁶³ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 122.

³⁶⁴ HURD, Heidi M. op. cit. p. 1622.

³⁶⁵ Id. **O Combate Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 211-212.

³⁶⁶ Id. **Challenging Authority**. The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991. p. 1615.

³⁶⁷ Id. **O Combate Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 212.

pensarmos que a maior parte dos indivíduos tem maior probabilidade de estar certa do que estamos sobre o comportamento moralmente exigido ou sobre a melhor forma de conceber um esquema de cooperação social, então temos todos os motivos para tomar a opinião da maioria como evidência do conteúdo da moralidade. Por essa razão de autoridade legislativa, as diretrizes da maioria democrática são razões de crença sobre razões válidas de ação.³⁶⁸

Para Heidi, isso significa dizer que a autoridade não nos fornece razões para ação, mas sim razões para crença. Os textos legais existem para nos ajudar a adquirir crenças morais subjetivas, de modo que nosso comportamento é guiado por elas na medida em que este corresponde a nossas crenças morais. Por tal motivo, “pronunciamentos com autoridade teórica não dão razões para acreditar em razões para ação previamente existentes e geradas por fatos morais previamente existentes, e são, assim, inteiramente dependentes de conteúdo”.³⁶⁹

Não podemos investir textos legais de qualquer significado sem correr o risco de sermos descaminhados por eles acerca de nossas obrigações morais. Se os textos legais existem para nos ajudar a adquirir crenças morais subjetivas, que sejam, da melhor maneira, coerentes com máximas morais objetivas, não podemos interpretar os textos legais de forma a simplesmente refletirem nossas próprias crenças morais subjetivas. Temos, em lugar disso, que empregar restrições semânticas que gerem um notório mercado de ideias. Temos que adotar técnicas interpretativas que produzam conclusões morais distintas de nossas próprias crenças morais, porque somente assim procedendo somos capazes de testar em contraste nossas próprias crenças. Leis e princípios criados institucionalmente devem, portando, ser considerados como detentores autonomia inteiramente própria.³⁷⁰

Para Heidi Hurd a autoridade se encontra nas próprias instituições democráticas, uma vez que elas são concebidas em conformidade com as crenças morais subjetivas de uma comunidade. Os textos legais estão embebidos de autoridade na medida em que refletem, em seu conteúdo, as disposições morais de determinado grupo. Leis e princípios criados institucionalmente devem, portando, ser considerados como detentores de autonomia inteiramente própria.³⁷¹

São exatamente estes princípios que garantem a força prática da autoridade e é a partir dessas instituições que pode ocorrer o legítimo exercício de poder para a configuração da autoridade. Como conclusão, devemos compreender que a autoridade da lei, em sen-

³⁶⁸ Id. **Challenging Authority**. The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991. p. 1676.

³⁶⁹ Id. **O Combate Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 212.

³⁷⁰ Ibid., p. 231.

³⁷¹ Ibid., p. 231.

tido abstrato, se localiza não na instituição competente para aprova-la, mas em seu sentido teórico. Como expõe Alf Ross:

Em suma: todo sistema de direito legislado (no lato sentido) baseia-se necessariamente numa hipótese inicial que constitui a autoridade suprema, mas que não foi criada por nenhuma autoridade. Existe apenas como uma ideologia política que forma o pressuposto do sistema. Qualquer emenda via procedimento jurídico estabelecido só é possível dentro do sistema, cuja identidade é determinada pela hipótese inicial. Toda mudança nesta última, isto é, toda transição de um sistema para outro, é um fenômeno extra-sistemático, uma mudança fática sócio-psicológica na ideologia política dominante e não pode ser descrito como criação jurídica mediante um procedimento.³⁷²

Diante da exposição deste paradoxo, bem como da necessidade de reformulação de um conceito de autoridade baseados na autoridade legal, devemos propor um novo modelo baseado diretamente na autoridade da lei, tal como concebido como método de comunicação. Para isso, iremos analisar mais cuidadosamente como o discurso participa na formação da autoridade e da pragmática jurídica.

O pressuposto da pragmática jurídica é a função que o direito assume nas relações concretas sociais. Conforme coloca Mara Regina de Oliveira, essa tarefa se preocupa com a decisão dos conflitos assumindo um caráter de exercício de poder:

O fenômeno jurídico, na atualidade, tem por função básica criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos. Deste modo, é inegável que as teorias jurídicas utilizam, de forma preponderante, o enfoque teórico dogmático, pois a aceitação prévia e acrítica da ordem jurídica vigente passa a ser fundamental para que ela possa ser aplicada nas decisões normativas. As normas jurídicas tornam-se dogmas, que escondem todo o complexo ato decisório em torno de valores que precede a sua positivação. Isto obriga os juristas a pensarem os problemas humanos dentro dos parâmetros normativos positivos. A própria interpretação dos dogmas que amplia as dúvidas e incertezas, num certo limite, tem de ser “controlada” para não atrapalhar as decisões que nunca poderão deixar de estar vinculadas às normas jurídicas.³⁷³

De modo geral, a pragmática jurídica se baseia no princípio da interação, no qual o ato de comunicação estabelece uma relação entre emissores e receptores por meio de signos linguísticos. Dessa forma, aborda-se um modelo teórico que estuda o direito do seu ângulo normativo através de uma perspectiva linguística, considerando como esse fenômeno afeta os agentes.³⁷⁴

A pragmática considera, portanto, que toda situação comunicativa constitui um sistema interacional, que leva em conta os comportamentos dos atores, influen-

³⁷² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 110.

³⁷³ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à Autoridade da Lei: A Relação Existente entre Poder, Obediência e Subversão**. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2015. p. 13.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 85.

ciados pelas mensagens que são trocadas na forma de perguntas e respostas. O ato de comunicar dissimula uma complexidade, na medida em que não só quem pergunta pode desafiar alguém a uma resposta, como quem responde pode desafiar o outro para uma fundamentação da própria pergunta.³⁷⁵

Aqui analisaremos o fenômeno comunicativo com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que define a comunicação como o método de interação dos agentes, constitutivo da prática social. Assim, inicialmente, devemos esclarecer de forma precisa como opera a teoria dos sistemas de Luhmann.

A teoria dos sistemas desenvolvida por Luhmann, em termos gerais, se inspirou no conceito de autopoiese desenvolvido pelos biólogos Humberto Maturana, e Francisco Varela. Esse conceito se traduz na autorreprodução de uma espécie.

Com o conceito de autopoiesis (Maturana) colocado no centro da teoria biológica, não se pretende explicar (no sentido causal) absolutamente nada, mas somente evidenciar que a autorreferência é uma operação com capacidade e articulações subsequentes.

Transportar esse corpo teórico para os sistemas sociais faz identificar a operação social que cumpra com os requisitos mencionados: operação que deva ser única, a mesma, e que tem a capacidade de articular as operações anteriores com as subsequentes. Ou seja, a capacidade de prosseguir sua operação, e de destacar, excluindo-as, as operações que não lhe pertencem.³⁷⁶

Com base neste paradigma, Luhmann preconiza a ideia de que o direito positivo moderno seria uma consequência do processo de ampliação da complexidade da sociedade através de um processo de evolução.³⁷⁷ Dentro dos pressupostos do autor a evolução manifesta-se como a “transformação do improvável em provável”.³⁷⁸

Um dos pontos centrais deste raciocínio é o conceito de evolução social. Essa evolução ocorre de tal modo que as estruturas sofrem um processo de complexificação e de diferenciação funcional, através da variação, na qual um elemento desviante passa a integrar o sistema.

A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema. Importa a emergência de elementos que se afasta do modelo de reprodução até então existente. A variação não significa já evolução sistêmica. No plano das estruturas, o sistema pode reagir negativamente ao desvio. Mas pode ocorrer a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador. Ainda assim o processo evolutivo singular não se completa necessariamente. Impõe-se a restabilização como mecanismo que,

³⁷⁵ Ibid., p. 86.

³⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 90.

³⁷⁷ TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 110.

³⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

no plano de formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora duração e capacidade de resistência.³⁷⁹

A variação não indica simplesmente alteração ou mudança, pois isso já é evolução, variação significa produção de uma variante para possível seleção e, ao mesmo tempo, significa seleção no contexto teórico evolutivo, não simplesmente o fato objetivo puro, mas este conceito descreve a seleção por ocasião de uma variação que ocorre dentro do sistema.³⁸⁰

Esse processo pressupõe a produção de diferença no próprio decorrer do tempo e pode, por isso, deixar o princípio da diferença tornar-se reflexivo. Essa diferença força uma seleção contra ou a favor de uma inovação, ela provoca, por sua vez, a escolha de um elemento novo através de movimentos de adaptação ou isolamento no sistema. Portanto, são prescritas diferenças que processam diferenças.³⁸¹

[A] evolução se dá quando diferentes condições são satisfeitas e quando ela se acoplam entre si de maneira condicional (não necessária), a saber: (1) a variação de um elemento autopoietico relativamente aos padrões de reprodução que até então eram vigentes; (2) a seleção da estrutura que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a estabilização do sistema, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração.

Dito ainda uma vez de maneira abstrata: a variação diz respeito aos elementos do sistema; a seleção diz respeito às estruturas; e a estabilização desrespeito à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente.³⁸²

A distinção entre variação, seleção e estabilização é o ponto de partida e o modelo de reprodução evolutivo.³⁸³ Estes são os processos que um sistema deve executar para desempenhar funções evolutivas. Independente do sistema para o qual se aplique essa formulação geral deve-se adotar o ponto de referência do sistema.³⁸⁴

Nessa perspectiva, o fenômeno evolutivo só se contempla quando se preenchem em três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e estabilização ou retenção. Trata-se do chamado os mecanismos evolutivos ou funções da evolução. A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema.” Importa emergência dos elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente. A variação não significa já evolução sistêmica. No plano das estruturas, o sistema pode reagir negativamente ao

³⁷⁹ Ibid., p. 2.

³⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 451.

³⁸¹ Ibid., p. 452.

³⁸² Id. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016. p. 322-323.

³⁸³ “As categorias de variação, seleção, estabilização, empregadas por Darwin, consolidaram o modelo dos sistemas abertos na teoria geral dos sistemas, já que o caráter aberto expressava de maneira patente a dimensão histórica e o desenvolvimento da complexidade Estrutural contrário à lei da entropia” (Id. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 63).

³⁸⁴ Id. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 454.

desvio. Mas pode ocorrer a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador. Ainda assim, o processo evolutivo singular não se completa necessariamente. Impõe-se a restabilização com mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora “duração e capacidade resistência”. No modelo sistêmico a própria diferenciação entre essas condições está vinculado ao grau de evolução ou complexidade. Em formas menos complexas, não se distinguem claramente variação da seleção. Em um grau intermediário de complexidade, essa diferença passa a ser nítida, mas a seleção não se separa da restabilização. Por fim, em situações de alta complexidade a restabilização diferencia-se da seleção, mas se torna difícil distingui-las a variação. A restabilização evolutiva (dinâmica) transforma-se em um autor da própria variação.³⁸⁵

Os elementos do sistema se relacionando organizadamente são componentes necessários do sistema.³⁸⁶ A evolução é a única modificação das condições existentes capaz de produzir continuidade.³⁸⁷ Por isso, podemos dizer que “um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”.³⁸⁸

Esse processo leva Luhmann a concluir pela existência de um fechamento operativo do sistema, neste ponto, ele adota o conceito de autopoiesis.³⁸⁹ Essa caracterização, significa que um determinado sistema é ciclicamente fechado e autorreferencial, por mais que

³⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a Partir e Além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 4-5.

³⁸⁶ “Aqui reside um ponto de conexão definitivo com a teoria da evolução: elucidar como, a partir de um acontecimento único, surge a multiplicidade de sistemas complexos: o acontecimento bioquímico, no caso da vida; ou a comunicação que processo sentido, ou intercâmbio dos signos, no caso da linguagem.” (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p 119).

³⁸⁷ Id. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 455.

³⁸⁸ Id. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 120.

³⁸⁹ “A recepção do conceito de autopoiese nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, tendo encontrado ampla ressonância. A concepção Luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes do sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para que a produção das relações entre sistema e ambiente, exige-se um observador fora do sistema, ou seja, em outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com o sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém a incorporação da diferença “sistema/ambiente” no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação com o “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através de referências ao ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, bruit; constitui algo mais, “o fundamento do sistema”.” (NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. pp. 128-12).

o sistema seja aberto cognitivamente, ele só pode se reproduzir e evoluir dentro de seus próprios processos.³⁹⁰

Para desenvolver essa concepção, ele adota o conceito de ‘autopoiesis’ descrito por Humberto Maturana, e Francisco Varela.³⁹¹ A autopoiese indica o encerramento operativo, o qual tem como consequência a dependência do sistema de sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo. Neste sentido, “um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”.³⁹²⁻³⁹³ Como o Teubner explica:³⁹⁴

Os sistemas sociais são sistemas autopoieticos no sentido estrito do termo. Eles não são apenas auto-organizados no sentido acima analisado, designadamente no sentido de que produzem espontaneamente uma ordem, mas verdadeiramente autoproduzidos, já que se produzem a si próprios a partir da rede dos seus próprios elementos. A base reprodutiva desses sistemas sociais (incluindo interação, organização, sociedade geral) é constituída pelo sentido antes que pela vida (como acontece com os sistemas biológicos: célula, organismo, sistema nervoso), e os seus elementos constitutivos são comunicações e não seres humanos individuais (as comunicações, enquanto bases realizadoras da unidade entre mensagem, informação e compreensão, constituem sistemas sociais que reproduzem circular e recursivamente comunicações).³⁹⁵

³⁹⁰ “O encerramento operativo traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização. As estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo”. (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 111).

³⁹¹ “Na definição de Maturana, autopoiesis significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações. A formulação é, evidentemente, cheia de pressupostos.” (Ibid., p. 119).

³⁹² Ibid., p. 120.

³⁹³ “The theory of an autopoiesis based in consciousness only reformulates these well-known states of affairs. It postulates a distinctive converse relationship between individualization and the semantics of death: the more individual a psychic system conceives itself to be and the more it reflects that in its own autopoiesis, the less it can imagine living after death and, in conjunction, the less imaginable becomes the final moment of death. Even communication does not help with the unimaginable. It leaves consciousness to itself. The difference between psychic and social systems cannot be made any more brutally. The social system can guarantee or deny the psychic system neither constant self-continuation nor the accompanying implicit possibility of an ever-present end, neither the positive nor the negative unity of the psychic system's own autopoiesis.” (LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press. 1995. p. 278).

³⁹⁴ “De facto, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de autorreferencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente.” (TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 31).

³⁹⁵ Ibid., p. 64.

Portanto, o sistema autopoietico ganha um caráter autorreflexivo, a partir do qual as operações de desenvolvimento do mesmo só podem ser operadas de modo interno e auto descritivo. Assim, surge a noção de autorreferência do sistema.

A ideia de autorreferência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico. Ou, dito de outro modo, os sistemas procuram essas bases num movimento de autodescrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa mesma autodescrição. A funcionalidade dos sistemas pressupõe esta interação entre auto-descrição e operações sistêmicas, cujas bases moleculares e bioquímicas parece possível esclarecer nos sistemas vivos, mas cujos equivalentes nos sistemas éticos, ou de “sentido”, de modo nenhum se apreendem com tal facilidade.³⁹⁶

Na concepção jurídica da teoria dos sistemas, a autopoiesis adota contornos muito semelhantes àqueles descritos de modo geral para os sistemas sociais. Assim como nesta situação, o sistema jurídico é um complexo autopoietico e autorreferencial, inclusive na concepção normativa.³⁹⁷

A verdade é que a clausura autopoietica do sistema jurídico implicará sempre a impossibilidade de se conceber o direito meramente como um produto da evolução social como um todo, ou de se tentar localizar qualquer dos seus mecanismos de evolução fora do próprio sistema. Modelos de evolução que associam desenvolvimentos sociais e jurídicos apenas possuem alguma plausibilidade quando referidos a estádios pré-autopoieticos do próprio sistema jurídico.³⁹⁸

A autopoiese do sistema resulta no estabelecimento de uma diferenciação entre ele e o ambiente, tal como pressuposto do fechamento operativo.³⁹⁹ A diferença entre sistema e meio resulta do simples fato de que operação se conecta a operações de seu próprio tipo e deixa de fora as demais.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Ibid., p. 32.

³⁹⁷ “regras imanentes de funcionamento. São estas regras que fazem com que um sistema autorreferencial apareça como um sistema independente em face do seu meio envolvente e imune à respectiva influência directa: caso contrário, seria o último a determinar a continuação e a reprodução do primeiro, cujo desenvolvimento evoluiria ao sabor de contingências exógenas em vez de constituir fruto da lógica necessitante de operações próprias endógena e recursivamente organizadas.” (Ibid., p. 33).

³⁹⁸ Ibid., p.115.

³⁹⁹ “Thus the statement that persons belong to the environment of systems does not contain an evaluation of the significance of persons for themselves or for others. It only revises the overestimation implicit in the concept of the subject, namely, the thesis that consciousness is the subject of everything else. The environment, not “the subject,” “underlies” social systems, and “underlies” means only that there are preconditions for the differentiation of social systems (e. g., persons as bearers of consciousness) that are not differentiated with the system”. (LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press. 1995. pp. 178-179).

⁴⁰⁰ Id. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 89.

In other words, the difference between system and environment stabilizes the difference in relative degrees of complexity. The relation between system and environment is necessarily asymmetrical. The difference in degree of relative complexity goes in one direction and cannot be reversed. Every system must maintain itself against the overwhelming complexity of its environment, and any success, any permanence, any reproduction makes the environment of all other systems more complex.⁴⁰¹

Essa diferença fundamenta o funcionamento do sistema, contudo, o fechamento para influências do ambiente somente terá efeito nas circunstâncias descritas acima. Do contrário, Luhmann define que ele poderá estar sujeito a um ‘acoplamento estrutural’.⁴⁰²

O acoplamento estrutural define que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de influir na autopoiesis de um sistema. O meio só pode influir em um sistema no plano destrutivo e não no sentido da determinação dos seus estados internos. Isso significa que o acoplamento estrutural não deixa que dados existentes no meio possam definir o que acontece no sistema.⁴⁰³

Ao se comunicar, o acoplamento estrutural estabelece imediatamente contato com a consciência, sem que os acontecimentos internos da mesma (pensamento) atuem como participantes da cadeia de comunicação - o que por sua vez traz como consequência o fato de que muitos outros acontecimentos ou mudanças no mundo, de tipo psíquico, químico, biológico não possam produzir efeitos na comunicação.⁴⁰⁴

Assim, “o acoplamento estrutural se situa de maneira ortogonal à operação do sistema: ele seleciona o que pode acarretar efeitos no sistema e filtra aquilo que não convém que nele produza efeitos”.⁴⁰⁵ Essa forma de iteração se situa na base da irritação, o “próprio sistema os acoplamentos estruturais só podem suscitar irritações, surpresas e perturbações”.⁴⁰⁶ Como ele mesmo expõe:

Também a irritação é uma forma de percepção do sistema; mais precisamente de uma forma de percepção sem um correlato no ambiente. O ambiente em cima irritado e somente observador pode formular um enunciado se em qual ambiente rito sistema.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Id. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press. 1995. pp. 179-183.

⁴⁰² “[P]ressupomos que a unidade de um sistema pode ser produzida e reproduzida por esse próprio sistema mediante fatores no próprio ambiente. (...) Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade” (Id. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016. p. 45).

⁴⁰³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. pp. 129-130.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 98.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 275.

⁴⁰⁶ Id. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016. p. 592.

⁴⁰⁷ Ibid., pp. 592-593.

Com base nessa estruturação geral da teoria dos sistemas, tanto Luhmann como Gunther Teubner descrevem o processo de formação e evolução do sistema direito.⁴⁰⁸ Para estes autores o “direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistémicos e à articulação destes num hiperciclo”.⁴⁰⁹ Por esse mecanismo, o Direito é o resultado do mesmo processo evolutivo dos outros sistemas sociais.⁴¹⁰

O direito adapta-se às diferentes fases do desenvolvimento da diferenciação social, de modo que o princípio organizativo dominante na sociedade (segmentação, estratificação, diferenciação funcional) acaba por criar formas típicas no sistema jurídico e, por vezes até, no processo de transição entre tais formas, "estrangulamentos" evolutivos específicos.

(...)

O processo de selecção das normas jurídicas é levado a cabo na base de um processo de selecção social abrangente, em que aquelas são testadas socialmente, ganhando progressivamente reconhecimento social. A retenção dessas normas e, assim, o estabelecimento de uma tradição jurídica, resultam de um corpo de ideias amplamente partilhadas na sociedade – mundo, visões, mitos, dogmas e ideologias.⁴¹¹

O fechamento operativo significa, apesar de uma clausura estrutural, a abertura cognitiva do sistema direito para situações externas⁴¹² e tal abertura “depende diretamente do fechamento normativo do sistema”.⁴¹³ Ainda que o Direito produza suas próprias operações, ele está aberto cognitivamente para as situações externas com as quais terá que

⁴⁰⁸ “Luhmann desenvolveu esta ideia, aplicando-a ao direito, sugerindo a determinação das funções evolutivas do direito a partir de mecanismos jurídicos específicos, defendendo assim que, nos sistemas jurídicos, a estrutura normativa garantiria a função de variação, a estrutura institucional (em particular, processos) a função de selecção, e a estrutura dogmática a função de retenção”. (TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 105).

⁴⁰⁹ Ibid., p. 53.

⁴¹⁰ “A evolução sócio-jurídica é assim caracterizada pela interacção entre aquela evolução "endógena" do sistema jurídico, por um lado, e esta evolução "exógena" da envolvente social, por outro. Na realidade, a evolução endógena do direito é influenciada pelos desenvolvimentos exógenos, na medida em que determinados princípios da organização social ora aumentam, ora diminuem, a importância relativa dos mecanismos evolutivos endógenos (normas, processos, dogmática), influenciando em qualquer caso a partir do exterior a dinâmica interna do sistema jurídico.” (Ibid., p. 53).

⁴¹¹ Ibid., pp. 110-118.

⁴¹² “Os conflitos sociais apenas estimulam os processos sistémicos internos de formulação jurídica dos conflitos de expectativas, sendo estes processos os responsáveis últimos pela inovação no direito, a qual pouco terá que ver com os conflitos sociais de expectativas das partes litigantes. Os conflitos sociais não são simplesmente "traduzidos" para a linguagem jurídica, mas antes reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio sistema jurídico, como conflitos de proposições”. (Ibid., p. 117).

⁴¹³ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016. p. 106.

lidar. Todas as operações externas ao sistema, serão traduzidas e processadas conforme a sua lógica e seu código comunicativo,⁴¹⁴ como legal/ilegal.⁴¹⁵

Ou posto de forma mais precisa: estamos aqui perante uma transposição de mecanismos evolutivos sociais "externos" para mecanismos jurídicos "internos", no sentido de que tais mecanismos externos passam a exercer um mero efeito "modelador" da evolução jurídica, ao passo que o protagonismo do processo evolutivo passa a caber a elementos estruturais internos. Por outras palavras, apenas sistemas autopoieticamente organizados são susceptíveis de evolução.⁴¹⁶

Por esse motivo, “o sistema direito se diferencia a fim de poder dar conta das estruturas sociais, com todos os problemas acarretados por uma completa reconstrução da dependência em relação à sociedade mediante disposições internas ao sistema jurídico”.⁴¹⁷ Assim, o fechamento do sistema é resultado de seus próprios processos e necessário para sua operação.⁴¹⁸

Como decorrência desse raciocínio, conclui-se que o “liminar da autonomia de uma evolução do direito reside no fechamento operativo do sistema jurídico”.⁴¹⁹ Assim, a “variação, decisiva para a evolução do direito, está relacionada a expectativas normativas inesperadas”.⁴²⁰ A partir desse caráter evolutivo, o Direito passa a ser o instrumento que manutenção de certas expectativas sociais.

Partindo deste conceito de sociedade, o direito se apresenta como um mecanismo regulador a serviço da adaptação da sociedade a seu ambiente; mas isso de uma posição secundária, uma vez que a própria sociedade (precisamente pelos preços de mercado, pelas consultas democráticas, pelas investigações “empíricas”) por si só já garante a adaptação a seu ambiente.⁴²¹

Assim, a evolução do Direito garante que ele tenha como tarefa essencial preservar uma série de padrões e expectativas de condutas sociais selecionadas através da prática. Por esse motivo, podemos dizer que o “direito tem a função de estabilizar a expectativa

⁴¹⁴ “O direito não tem nenhum poder vinculativo, consistindo apenas em comunicações e transposições de estruturas de comunicações, que são condutoras de tal proposta de sentido.” (Ibid., p. 43).

⁴¹⁵ “Logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica legal/ilegal comece a diferenciar-se da comunicação social geral, aquela toma-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma no quadro de categorias.” (TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 105).

⁴¹⁶ Ibid., p. 112.

⁴¹⁷ LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 324.

⁴¹⁸ “Diferentemente do que exigem os lógicos e do que pensava Kelsen, a unidade do sistema do direito não é premissa operativa do sistema do direito. Ela não pode ser conceituada nem com princípio, nem como norma. Sentença alguma deve mencionar, muito menos comprovar, a unidade do sistema. (...) Em qualquer operação, a unidade se reproduz com o resultado, assim como a unidade de um sistema vivo se reproduz pelo intercâmbio de células”. (Ibid., p. 98).

⁴¹⁹ Ibid., p. 342.

⁴²⁰ Ibid., p. 343.

⁴²¹ Ibid., p. 742.

normativa, e isso só pode resultar quando existe uma seleção das expectativas que vale proteger”.⁴²²

No âmbito comunicativo, a fundamentação da autoridade em Luhmann entende que o fenômeno do poder se manifesta como uma prática social exercida na prática em si e não está localizado em nenhum ponto específico da estrutura social. Um determinado elemento somente terá autoridade revestida na medida em que se firmar como tal. A comunicação cria a possibilidade de que os indivíduos se orientem pela influência mútua e, com isso, as relações são analisadas a partir do desenvolvimento do sistema social, voltado para a manutenção da coexistência humana.⁴²³

Luhmann define o poder como um meio de controle, como um meio de comunicação regulador da seletividade dos agentes sociais, ou seja, da contingência social como um todo. A seleção de um dos comunicadores deve reduzir as possibilidades de ação do outro, não no sentido da eliminação da sua vontade, mas da sua neutralização. O que caracteriza a relação de poder é o resultado da ação concretamente realizada, não importando o querer concreto do indivíduo que a pratica.⁴²⁴

Então, o poder é um meio de comunicação, produto da diferenciação social decorrente da complexificação das sociedades.⁴²⁵ Nesse sentido, poder opera em torno de expectativas protegidas pela prática social, podendo ser confirmadas ou transgredidas, assim, “diante de uma desilusão de expectativas, ambas as partes podem comportar-se de duas formas: adaptar a expectativa desiludida à realidade concreta ou manter a expectativa desiludida em detrimento da realidade”.⁴²⁶ No primeiro caso, estamos diante de atitudes cognitivas, enquanto no segundo, normativas. Mais precisamente, como colocado por Mara Regina de Oliveira:

O poder, como meio de comunicação autônomo, é produto da diferenciação social decorrente do aumento de complexidade das sociedades contemporâneas. Aparece ao lado de outros meios de comunicação como o amor, a verdade, o dinheiro, etc. Na visão de Luhmann, dotada de uma boa dose de realismo, ele desempenha um papel importante de controle social. Nestes termos, embora a comunicação humana não envolva somente relações de poder, o certo é que estas desempenham papéis importantes, que não podem ser subestimados, nos processos interativos. Num sentido similar, ao tratarmos do pensamento de Foucault, vimos que o efeito mais importante do Panóptico de Bentham não era propriamente coagir, mas induzir no sujeito controlado um estado permanente e consciente de visibilidade que assegurasse o exercício automático do poder, na

⁴²² Ibid., p. 182.

⁴²³ OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à Autoridade da Lei: A Relação Existente entre Poder, Obediência e Subversão**. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2015. p. 95.

⁴²⁴ Ibid., p. 97.

⁴²⁵ Ibid., p. 98.

⁴²⁶ Ibid., p. 102.

medida que o essencial não era que o preso fosse vigiado sem cessar, mas que ele “se sentisse vigiado.” E na medida em que ele souber que a coação poderá ser sempre exercida, e submeter-se às determinações da “torre central” (onde se localiza o detentor), sua seletividade será efetivamente controlada por este último, constituindo, propriamente, a relação de poder.⁴²⁷

Com base nesse condão, e dentro dos aspectos normativos do direito, Mara Regina de Oliveira enxerga a autoridade da lei como decorrente diretamente do fenômeno comunicativo. A figura da autoridade se coloca internamente à lei na medida em que esta funciona como método de comunicação. O aspecto-cometimento das mensagens normativas comunicadas estabelece uma relação complementar entre os comunicadores, ou seja, os coloca como autoridade, o editor normativo, e o sujeito, receptor.⁴²⁸

O curioso é que o aspecto-cometimento das mensagens normativas comunicadas estabelece uma relação complementar entre os comunicadores, ou seja, os coloca como autoridade (editor normativo) e sujeito (receptores sociais). Na maioria das vezes, o cometimento é expresso de forma digital, aparecendo nas expressões “é obrigatório”, “é proibido”, “é permitido”. Todavia, ele pode estar implícito no uso da linguagem digital e também pode aparecer de modo não verbal, isto é, de forma analógica, tendo em vista os vários aspectos ritualísticos presentes no mundo jurídico. Temos inúmeros exemplos destas metacomunicações, como a toga do juiz e sua posição de destaque numa audiência, as solenidades processuais e as governamentais. Já o relato diz respeito ao conteúdo da mensagem comunicada que basicamente comporta uma descrição da ação e de suas condições bem como das sanções.

O caráter prescritivo do discurso jurídico instaura uma relação complementar, que manifesta uma espécie de controle do emissor sobre o receptor. Através das normas jurídicas, ele se coloca como autoridade perante os receptores e espera que estes assumam as suas posições de sujeitos.⁴²⁹

Assim, a comunicação normativa da autoridade se fundamenta na emissão do comando legal. Com isso, observamos que a juridicidade da norma está amplamente ligada à sua aceitação por aqueles que a ela estão sujeitos. Somente poderemos confirmar seu caráter normativo na medida em que sua vinculação não é questionada pelos governados e passamos pela confirmação da figura da autoridade.

O caráter jurídico das normas será identificado em virtude do seu grau de institucionalização, isto é: “pela garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência”. Por isso, é importante que ele procure vincular as expectativas normativas com os objetivos do chamado interesse público, do bem comum, do próprio Estado. Neste sentido, podemos afirmar que as normas do direito, postas pelo Estado, na medida em que tenham sido votadas pelo Congresso Nacional, sancionadas e promulgadas dentro das regras dos procedimentos estabelecidos oficialmente, prevalecem sobre qualquer norma que os

⁴²⁷ Ibid., p. 98.

⁴²⁸ Ibid., p. 103.

⁴²⁹ Ibid., p. 103.

indivíduos possam fazer entre si, mesmo que tentem desconsiderar e se sobrepor às normas estatais.⁴³⁰

Cabe reiterar que dentro da conceituação de autoridade está contida a visão aspiracional do direito, das quais os caracteres formais configuram o arquétipo de conformidade ao direito. Os caracteres formais do direito se inserem como garantia de comunicação clara e direta da autoridade com os sujeitos, garantindo a clareza da mensagem e que ela atinja o receptor de modo legítimo. Novamente, nestas características estão esculpidas as expectativas normativas dos governados.

Na medida em que um governante garante a adequação das normas e da lei, respeitando aos princípios de validade do direito, ele assegura as expectativas normativas vividas por seus súditos, legitimando a figura da autoridade. O poder da autoridade somente será legítimo se respeitada a integridade da comunicação normativa, ou seja, se as leis obedecerem aos critérios formais, se garantindo a confirmação do poder.

Cabe observar que a autoridade, diante da flexibilidade do discurso normativo e das relações de poder, pode passar por um ato de desconirmação. Determinados atos de desrespeito à norma podem representar um questionamento direto à legitimidade da autoridade.⁴³¹ Diferente de Raz, em cuja teoria não havia espaço para o questionamento da autoridade, aqui temos uma explicação mais bem formulada sobre a realidade em que pode existir o questionamento da legitimidade da autoridade.

Neste ponto, chegamos a uma conclusão extremamente importante, que toca no cerne do problema da legitimidade: o código poder inclina-se a reproduzir este arbítrio cultural ao longo das relações que ele estabelece.⁴³²

Assim, podemos conceber a autoridade como um conceito abstrato e teórico que garante a força do direito e da lei. Esse conceito não se confunde com a autoridade no sentido em que esta está incorporada na pessoa ou no corpo institucional autorizado a proceder à produção normativa.

Não é de surpreender que a questão da autoridade seja tão central para pensar em direito e instituições legais. Seja no contexto da autoridade de um juiz, seja no caso a autorida-

⁴³⁰ Ibid., p. 103.

⁴³¹ Ibid., p. 109.

⁴³² Ibid., p. 114.

de um caso ou estatuto legal, uma característica central do direito é a frequência com que há uma ação consequente do comando dessa autoridade.⁴³³

Quando estamos falando sobre o direito, o papel da autoridade é desempenhado não apenas pelo legislador, mas também pela sociedade que cria as normas que determinam se o não cumprimento da autoridade legal será recompensado ou punido. Em teoria, uma sociedade poderia determinar a natureza da autoridade somente considerando as consequências esperadas e o grau de aderência à lei escrita.⁴³⁴

Diante disso, fica claro que uma teoria da autoridade que a defina como um conceito abstrato e teórico irá garantir a força do direito a partir de sua moralidade interna. A adequação da autoridade estará intimamente ligada aos princípios que os textos legais irão atingir e aos valores abstratos que visarão proteger.

Nesse caso, os oito desiderata cumprem o papel relevante de garantir que as leis não sejam moralmente deficientes em seus fins, ou no modos como são administradas e aplicadas. Portanto, a moralidade interna também exige que a autoridade legal seja garantida pela observância de certos valores, traduzidos em exigências formais.

Os oito desiderata são o pleno reflexo e dos valores que sustentam um conceito de autoridade teórica. Uma vez respeitada a moralidade interna, será possível considerar que estamos diante de uma autoridade legítima.

Somente na medida em que um governante garantir a adequação de suas normas aos princípios de validade do direito – no caso, os oito desiderata – ele poderá ser considerado uma autoridade constituída. Seu poder sobre os súditos só terá legitimidade se suas expressões e comandos estiverem de acordo com a moralidade interna do direito, ou seja, se as leis obedecerem aos critérios formais de validação.

Portanto, assim como a moralidade interna do direito exige que os oito desiderata sejam observados, a autoridade teórica, identificada com os textos legais, também deverá atender a esses critérios para ser considerada uma autoridade legítima.

⁴³³ SCHAUER, Frederick. **The Questions of Authority**. The Georgetown Law Journal, v. 81, p. 95-115, 1992-1993. p. 95.

⁴³⁴ Ibid., pp. 112-113.

3.5. Direito e Linguagem

A linguagem é o método de comunicação universal. Como vimos, a comunicação é um dos elementos essenciais da prática do direito e da pragmática jurídica. Não somente a prática jurídica ocorre em torno da linguagem, mas a própria noção de poder-autoridade decorre diretamente da capacidade do direito influenciar o comportamento e proteger expectativas normativas juridicamente protegidas.

A despeito da linguagem se apresentar como fenômeno comum para todas as práticas sociais, quando aplicada ao direito ela ganha contornos distintos. De modo único e peculiar, o direito deve ser capaz de efetivamente orientar condutas e resolver conflitos.⁴³⁵ Como Kelsen já apontou, a norma jurídica se distingue da proposição jurídica por seu caráter prescritivo, ao invés de meras proposições verificadas no plano do “ser”, uma norma jurídica deve ser capaz de orientar condutas, se apresentando conforme um “dever ser”, que fornece uma orientação jurídica prescritiva.⁴³⁶

Essa distinção toma proporções relevantes diante do fato de que a linguagem possui um elevado grau de indeterminação.⁴³⁷ Na linguagem, proposições podem envolver esferas de significados diferentes, gerando diferentes possibilidades de interpretação e, muitas vezes, zonas de penumbra e incerteza sobre essas situações específicas.⁴³⁸ Nesse sentido, Alf Ross expõe esse paradoxo de modo bastante completo:

Deve-se recordar, em especial, que a maioria das palavras são ambíguas, e que todas as palavras são vagas, isto é, que seu campo de referência é indefinido, pois consistem num núcleo ou zona central e um nebuloso círculo exterior de incerteza; e que o significado preciso de uma palavra numa situação específica é sempre em função da unidade total ou entidade: a expressão como tal, o contexto e a situação.⁴³⁹

A peculiaridade do direito surge no momento da decisão. Necessariamente, a prática jurídica deve ser capaz de neutralizar a tensão derivada da indeterminação da linguagem. Isso ocorrer de modo a viabilizar a formação de uma convicção e a decisão dos casos concretos.

Sendo um saber tecnológico, o saber dogmático não cuida da decisão em termos de sua descrição da realidade social, mas de regras para a tomada de decisão.

⁴³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁴³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962. pp. 8-10.

⁴³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., pp. 222-223.

⁴³⁸ Ibid., p. 223.

⁴³⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000. p. 164.

Ao fazê-lo, encara o problema da decidibilidade como resultante da incidência contínua do direito na convivência, esta própria vista como sistema de conflitos intermitentes.⁴⁴⁰

De modo geral, o direito é capaz de promover interpretações que levam diretamente à decisão de conflitos práticos, contudo, a prática judicial revela a existência de casos com maior grau de indeterminação. Nessas situações a linguagem pode apresentar um maior grau de indeterminação, gerando dificuldades para dar uma resposta inequívoca ao conflito. Muitas vezes, esses casos limítrofes representam situações onde não há como definir uma norma aplicável ou outras onde existem conflitos normativos.

De modo geral, essas situações são conhecidas como ‘casos difíceis’, ‘hard cases’ ou até ‘casos penumbra’. O fundamento para a solução desses conflitos é um dos principais tópicos de debate do pensamento jurídico e foi amplamente discutido por diversos juristas, essas questões envolvem diretamente o raciocínio sobre a relação do direito com a linguagem, buscando compreender como ocorre a decisão do juízo mesmo diante de um caso no qual não há uma norma aplicável.

Desde cedo Herbert Hart propõe essa questão, apresentando um exemplo: ele descreve uma norma que proíbe a entrada de veículos em um parque público. No caso, é evidente que um automóvel estaria proibido de adentrar ao parque, entretanto, existiriam dúvidas sobre a possibilidade de entrada de bicicletas, skates, automóveis de brinquedo, aviões, entre outros, que também estão inseridos na categoria de veículos.⁴⁴¹

Hart argumenta que nós normalmente atribuímos às normas significados baseados em uma definição inequívoca. Normalmente, a palavra “veículo” é associada a um carro de passeio. Desse modo, todo conceito definido por uma norma terá um núcleo de significação padrão que envolve seu âmbito de aplicação principal, mas ainda contará com uma região de penumbra na qual a aplicação da norma poderá ser controversa.⁴⁴²

Nos casos onde não há controvérsia sobre a aplicação da norma, ela poderá ser aplicada a partir de uma simples descrição, sem a necessidade de nenhuma consideração suplementar. Contudo, quando a aplicação da norma estiver coberta por certo grau de inde-

⁴⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 285.

⁴⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 607.

⁴⁴² Ibid., p. 607.

terminação, não basta a mera descrição. Para Hart, quando o juiz decide na penumbra, ele estaria exercendo seu poder discricionário para decidir o conflito.⁴⁴³

O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o Sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra.⁴⁴⁴

A existência do poder discricionário decorre diretamente do espaço de vagueza deixado pela linguagem. Na medida em que o espaço deixado por ela é bastante grande, o juiz poderá escolher a conclusão normativa que julgar aplicável. Vide que Hart não defende a existência de uma decisão irracional ou arbitrária. A esse fenômeno, Hart atribui o nome de “textura aberta do direito”, o qual ele define:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.⁴⁴⁵

Em seu exercício de poder discricionário o juiz poderá avaliar o “dever ser” do direito, na medida em que participa de uma análise crítica da norma.

Com isso, ficaria claro o equívoco da teoria analítica do direito. Uma análise puramente lógica da norma seria suficiente para lidar com uma interpretação usual e inequívoca. Nesse caso, o juiz procede à subsunção lógica para aplicação da prescrição ao caso concreto. Nessa visão, o direito estaria preso a um sistema lógico no qual os juízes apenas deduzem suas decisões a partir de premissas. Em contrapartida, essa mesma análise se mostra insuficiente para lidar com casos de penumbra onde não há certeza sobre as premissas aplicadas.⁴⁴⁶

Para exemplificar esse ponto, seria possível para o positivismo lógico aplicar a norma de proibição de veículos no parque a um automóvel normal. Contudo, ela não seria capaz de nos fornecer uma descrição das características de um carro como um tipo de veí-

⁴⁴³ Id. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 140.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 140.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 148.

⁴⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 607-608; Id. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 147.

culo e nem seria possível apreender uma situação na qual a caracterização de outro modo de transporte como veículo seja impossível, ela se limita a fornecer uma interpretação para deduzir suas conclusões.⁴⁴⁷

A “textura aberta”, rótulo dado à imprecisão real em torno das aplicações determinadas de termos parcialmente vagos, se torna ainda mais clara quando examinamos esta regra. Para a maior parte dos casos claros, a aplicação do termo é direta, mas, com relação a um automóvel de brinquedo movido à eletricidade, a aplicação do termo “veículo” não é mais direta. Por conseguinte, no que diz respeito à questão de saber se a regra se aplica ao automóvel de brinquedo, pode-se ver que a lei exibiu sua textura aberta. Ele continua dizendo que, nesses casos, resolvemos a questão escolhendo entre os interesses concorrentes da maneira que melhor nos satisfaz. Ao fazê-lo, teremos tornado mais determinado o nosso objetivo inicial e, ademais, teremos resolvido uma questão sobre o significado, para os fins desta regra, de uma palavra geral. A textura aberta do direito significa que existem áreas de conduta que devem ser desenvolvidas por tribunais ou funcionários que busquem um equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses concorrentes que variam em peso de caso para caso.⁴⁴⁸

O que Hart disse sobre o termo “veículos” é regra legal e também se aplica à maioria dos termos. A reivindicação da textura aberta da linguagem é uma reivindicação sobre a incerteza potencial inevitável da linguagem, Hart apenas a procura transferir para a tomada de decisões legais.

Sob certo aspecto Hart está correto: o direito é incerto porque a linguagem é incerta. As regras legais são normalmente escritas e entendidas na linguagem. Assim, como as regras legais são dependentes do idioma, as propriedades do idioma em geral estão presentes nas regras legais expressas no idioma. Esse argumento de Hart cria uma identificação entre a textura aberta do direito e a textura aberta da linguagem.⁴⁴⁹

Hart, no entanto, parece fazer uma afirmação mais ampla. Diferente de situações em que a linguagem é realmente indeterminada, o automóvel de brinquedo de Hart pode ser bem descrito com base nas ferramentas de linguagem existentes. Um carro elétrico de brinquedo não exemplifica a textura aberta da linguagem e, para que seja um exemplo

⁴⁴⁷ Id. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 608.

⁴⁴⁸ SCHAUER, Frederick. **On the Open Texture Of Law**. Grazer Philosophische Studien, v. 87, p. 197–215, 2013. pp. 200-201.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 201.

da textura aberta do direito, Hart deve ter em mente uma característica da lei distinta da textura aberta da linguagem.⁴⁵⁰ A textura aberta do direito não é meramente a textura aberta da linguagem do direito.⁴⁵¹

Assim, a abordagem de Hart não se baseia em uma teoria da linguagem, pelo menos não se esta fosse definida como uma teoria sobre o significado de termos particulares.⁴⁵²

A discussão de Hart parece estar a meio caminho entre uma teoria do significado e uma abordagem da teoria da interpretação estatutária. Ele parece querer que o juiz se concentre no problema que os legisladores tinham em mente, no entanto, Hart não pediu que o juiz tentasse descobrir o objetivo dos legisladores a partir dos registros, mas apenas as palavras da lei: os objetivos dos legisladores eram comparados aos exemplos claros que se enquadram na linguagem usada neste contexto. Como os legisladores formularam a regra da maneira que eles fizeram, Hart sugeriu, eles deveriam ter esses casos em mente.

Para Hart, o objetivo dos legisladores está incorporado na linguagem e, onde a aplicação das palavras não é mais clara, o objetivo dos legisladores é indeterminado. Se Hart estivesse preocupado apenas com o que os legisladores queriam dizer, ele não nos faria chegar a tal conclusão tão rapidamente. Ele nos faria tentar descobrir se, apesar das palavras escolhidas pelo legislador, seu objetivo ainda poderia ser determinado, contudo, isso não acontece.⁴⁵³

No exemplo da proibição de veículos no parque público, usuários competentes do idioma concordam prontamente que “veículo” se aplica a automóveis, mas não a objetos completamente distintos. A dúvida surge quando colocamos itens como bicicletas nesta reflexão. As bicicletas são usadas para transporte, têm rodas, podem se mover e serem pilotadas. Mas as bicicletas não possuem motores convencionais, normalmente são silenciosas e pouco poluentes, compartilham rotineiramente caminhos com pedestres e assim por diante. Portanto, existem boas razões para considerar as bicicletas como veículos e boas razões para não o fazer.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Ibid., p. 202.

⁴⁵¹ Ibid., p. 207.

⁴⁵² BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language**. *Law and Philosophy*, v. 10, n. 1, p. 51-72, fev. 1991. pp. 67-68.

⁴⁵³ Ibid., pp. 70-71

⁴⁵⁴ LYONS, David. **Open Texture and The Possibility of Legal Interpretation**. *Law and Philosophy*, v. 18, p. 297-309, 1999. p. 298.

Para decidir casos penumbrais, como quer Hart, os tribunais podem e devem desenvolver ainda mais as regras. Ao decidir considerar as bicicletas como veículos, um tribunal amplia o núcleo do significado determinado da regra, um tribunal deve atribuir à regra um incremento de significado determinado que ela não possuía. A regra refinada é então capaz de decidir casos semelhantes. Os tribunais agem, portanto, como legisladores substitutos, preenchendo lacunas ao alterar a lei.⁴⁵⁵

O ponto básico de Hart diz respeito à precisão limitada da linguagem. Ele permite que a determinação da lei possa ser ampliada, mas ele argumenta que a indeterminação nunca pode ser totalmente banida, pois decorre do uso inevitável da linguagem pelo direito.⁴⁵⁶

Em outra abordagem, Fuller adota um ponto de vista distinto sobre o significado e a linguagem para desconstruir a tese de Hart.

Para Fuller, a distinção entre um núcleo duro de significação e a zona de penumbra não nos ajuda a entender a separação entre direito e moral. Inicialmente, pode parecer que Hart apenas descreve o dia a dia da prática jurídica, na qual existem situações claras e outras duvidosas. Contudo, Hart adota uma teoria da linguagem para reler o problema da interpretação jurídica.⁴⁵⁷

Nesse sentido, a tarefa da interpretação jurídica seria atribuir um significado para as palavras inseridas nas normas jurídicas, de modo a encontrar o alcance do significado das palavras ou determinar o conjunto de coisas a que a palavra se refere. Isso seria possível pois as palavras possuem seu âmbito de significação relativamente constante, a despeito do contexto.⁴⁵⁸

Assim, se torna possível para o juiz aplicar uma norma aos casos comuns, mas essa situação não seria a mesma para os casos de penumbra. Nesses casos, as palavras estão imersas em uma zona de penumbra, em que a aplicação irá variar de acordo com o contexto. De acordo com Hart, nestes casos o juiz é obrigado a desempenhar um papel criativo na aplicação do direito e, para isso, interpretar a norma conforme sua intenção e

⁴⁵⁵ Ibid., p. 299.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 308.

⁴⁵⁷ FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 663.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 663.

propósito. Nesse tipo de decisão ocorreria uma intersecção entre o “ser” e o “deve ser”, uma vez que o juiz interpreta a norma à luz de seu propósito.⁴⁵⁹

O fundamento do argumento de Hart é a noção de que a existência de um núcleo duro das palavras permite a comunicação em um sistema de regras dotado de autoridade, o que acabaria com qualquer dever de fidelidade à lei imposto pelo princípio da legalidade.

Para Fuller, esse modo de interpretação não se sustenta. Na argumentação de Hart estaria pressuposto que o ponto da interpretação residiria no significado individual das palavras. Para refutar esse argumento, ele aponta que o processo de adjudicação descrito por Hart, em realidade, não ocorre. Mesmo durante o processo de aplicação da lei, os juízes não se limitam a identificar o significado de uma só palavra independente, mas procuram seu significado dentro do próprio contexto.⁴⁶⁰

Para exemplificar esta questão, Fuller propõe no exemplo de Hart uma situação na qual um caminhão de guerra usado na Segunda Guerra Mundial é colocado no parque. A despeito de ser considerado um veículo, é evidente que o caminhão não incidiria na proibição descrita na norma.⁴⁶¹

Para rechaçar a tese interpretativa de Hart, Fuller propõe outra situação: ele descreve uma norma na qual há uma penalidade imposta para aqueles que dormirem na estação de trem. Diante deste mandamento, dois homens são conduzidos ao juízo. O primeiro esperava esperando o trem atrasado das três da manhã, quando caiu em um leve sono com roncos e o segundo carregava seu cobertor e travesseiro para passar a noite dormindo na estação quando foi detido.⁴⁶²

Esse exemplo demonstra que não é possível interpretar as palavras contidas em uma norma sem se perguntar qual é seu propósito, mesmo em um caso comum. Com isso, sempre que uma norma é interpretada, devemos ser capazes de considerar os objetivos daqueles que redigiram a lei.⁴⁶³

A partir dessa crítica central, ele é capaz de apontar uma relevante falha na compreensão de Hart sobre a filosofia da linguagem. A teoria da interpretação de Hart não se sus-

⁴⁵⁹ Ibid., p. 666.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 662.

⁴⁶¹ Ibid., p. 663.

⁴⁶² Ibid., p. 664.

⁴⁶³ Ibid., p. 667.

tenta diante da assunção que, em situações correntes, o juízo não considera o contexto normativo e ignora o fato de que o falante exerce uma grande influência para o sentido das palavras e para a estrutura linguagem.⁴⁶⁴

Essa rejeição do positivismo vai mais além: o argumento de que a interpretação deve considerar o contexto está ligado a um dever mais extenso de aplicar a lei levando em consideração responsabilidades mais amplas. Seguindo o argumento, Fuller supõe uma lei de proibição do absinto, levando em conta a saúde dos cidadãos, contudo, caso se provasse que a bebida é benéfica à saúde, uma interpretação que levasse em conta somente o propósito da norma poderia levar a uma interpretação contra a lei, o que não seria aceitável.⁴⁶⁵

Para solucionar esse paradoxo, Fuller propõe a elaboração de uma integridade estrutural das normas. Nesta condição, o juiz deve, dentro de seu papel criativo, considerar a intenção da lei, mas sem que haja desrespeito à estrutura normativa e ao texto explícito da lei. Essa função interpretativa possui um importante impacto para os critérios de validade normativos.⁴⁶⁶

I shall have to say that the answer lies in the concept of structure. A statute or a rule of common law has, either explicitly, or by virtue of its relation with other rules, something that may be called a structural integrity. This is what we have in mind when we speak of "the intent of the statute," though we know it is men who have intentions and not words on paper. Within the limits of that structure, fidelity to law not only permits but demands a creative role from the judge, but beyond that structure it does not permit him to go. Of course, the structure of which I speak presents its own "problems of the penumbra." But the penumbra in this case surrounds something real, something that has a meaning and integrity of its own. It is not a purposeless collocation of words that gets its meaning on loan from lay usage.⁴⁶⁷

Como já vimos, para Fuller o direito deve respeitar uma série de critérios, chamados oito desiderata, para ser considerado como tal e para as normas possuírem validade jurídica. Na situação proposta, em que um soberano busca diversos meios para propor uma reforma legislativa, podemos verificar uma série de defeitos que não permitem afirmarmos que existe um sistema jurídico.

Do mesmo modo, interpretações que eliminem completamente a congruência entre a norma escrita, no texto formal da lei, e sua prática fogem completamente ao esquema da

⁴⁶⁴ Ibid., pp. 668-669.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 670.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 670.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 670.

legalidade. A adjudicação da norma, por mais que considere sua intenção, não pode escapar da literalidade do texto positivado e tomar como guia somente os princípios interpretativos do sistema jurídico. Não obstante, a interpretação deve considerar a intenção daqueles que redigiram a lei para encontrar o seu verdadeiro objetivo, de modo a assegurar a legalidade.⁴⁶⁸

Properly seen, Hart's approach was not based on a theory of language, at least not if that is defined as a theory about the meaning of particular terms. While Hart at times seemed to argue that something about language makes it inevitable that judges will have discretion, he seemed at other times to concede that judges could interpret rules in such a way that they would not have discretion. However, Hart argued, any such attempt to get rid of judicial discretion would have negative consequences (for example, an inflexibility, an inability to recharacterize the rules to meet changing circumstances).⁶⁷ Hart considered and rejected a way of clarifying the meaning of terms within rules based simply on language: attaching necessary and sufficient conditions which an object or event must satisfy if it is to be subsumed under that term. The problems of focusing on particular terms as a way of understanding daily communication, let alone legal rule?, was illustrated by Lon Fuller's "improvement" example. Fuller showed that the meaning of "improvement" in the sentence fragment "all improvements must be promptly reported to ..." cannot be understood outside the sentence's context (not only what the requirement relates to, but also who gave the order to whom, and what set of practices surround the situation).⁴⁶⁹

Essa compreensão do fenômeno interpretativo revela o modo como o autor concebe o fenômeno linguístico e o funcionamento da linguagem em sua teoria. O ponto central da comunicação, para Fuller, é a interação. Neste sentido, a comunicação sempre irá envolver a conexão intersubjetiva entre dois indivíduos, sendo necessária para a transmissão do significado.

Essa posição faz uma contraposição ao conceito de “textura aberta” do direito elaborado por Hart, posição que parte da ideia de que nossa linguagem possui textura aberta e que é impossível ter a definição completa de um conceito a partir de nossos sentidos, derivada dos trabalhos de Friedrich Waismann e de Ludwig Wittgenstein. Apesar de ter sido enunciada por Waismann, sua ideia central é baseada no conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein, que nas Investigações Filosóficas Wittgenstein passa a buscar uma linguagem associada a seu funcionamento prático e que desempenhe vários tipos de funções.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Ibid., p. 670.

⁴⁶⁹ BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language**. Law and Philosophy, v. 10, n. 1, p. 51-72, fev. 1991. pp. 67-68.

⁴⁷⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. 4th ed. Edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.; MCGINN, Marie. **Routledge Philosophy GuideBook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1997.

I want to consider the intellectual origins of Hart's concept of "open texture". I will trace the concept back to the writings of Friedrich Waismann, and will also consider whether it can be traced one step further back to the work of Wittgenstein. This account of "open texture", though analogous to Waismann's account that Hart credits, differed from it in a number of ways.⁴⁷¹

Podemos ver clara inspiração dessa teoria no conceito de interpretação de Hart. Com ela, se defende que durante a comunicação consideramos temos experiência semântica que permite compreender os símbolos diários, mas seria impossível descrever todas as possibilidades linguísticas.

Considerando a existência de uma “textura aberta” na linguagem empregada às normas, Hart acredita que, para neutralizar essa polissemia característica das zonas de penumbra, o juiz deve passar por um processo criativo e, usando de seu poder discricionário, eleger uma interpretação.

Ao contrário de Hart, Fuller reconhece que, independentemente da existência de um grau de indeterminação, a interpretação sempre deve estar conectada com a realidade e os propósitos do texto legal. Fuller adota uma posição oposta, demonstrando que o conceito de interpretação propositiva somente pode ser aplicado aos casos comuns, entretanto, somente seremos capazes de dizer o que o direito é quando não há certeza se a situação fática corrobora a aplicação da norma. O conceito de linguagem de Hart não daria conta dessa complexidade.

Esta discussão nos revela que o aspecto linguístico do debate entre Hart e Fuller não se concentrou somente nos exemplos formulados por cada um. Em vez disso, a maior parte do debate constitui uma controvérsia abrangente e eventualmente definitiva sobre o positivismo jurídico e seus oponentes.⁴⁷²

O desafio de Fuller à teoria do significado de Hart é mais amplo do que apenas a questão de saber se a palavra é a principal transmissora do significado. Para Fuller, o erro de Hart em acreditar que as palavras podem ter significados isoladamente é o mesmo erro de ignorar a importância do contexto, de ignorar que esse significado é útil e, em essência, aquele mesmo apontado por Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas*.⁴⁷³

⁴⁷¹ BIX, Brian. op. cit., p. 55.

⁴⁷² SCHAUER, Frederick. **A Critical Guide to Vehicles in The Park**. New York University Law Review, v. 83, p. 1109-1134, out. 2008. pp. 1112-1113.

⁴⁷³ “Ordinary language philosophy, along with its philosophical fellow traveler, the work of the later Wittgenstein, has had something of a mixed history. But there can be little doubt that it flourished in late-1940s and 1950s Oxford (and in the case of Wittgenstein, in Cambridge), and equally little doubt that it had a major effect on Hart. Its effect on Hart, however, was not simply in its influence on how he himself

Uma vez reconhecido que o significado faz parte de seu uso, Fuller parece argumentar que é o contexto particular que permite o entendimento pleno do termo.⁴⁷⁴

Fuller e Hart sugerem descrições opostas do papel dos núcleos determinados pela linguagem na produção de resultados jurídicos reais nos sistemas jurídicos reais. Mesmo que Hart admitisse que o núcleo de uma regra pudesse ser determinado por algo que não fosse o significado claro da linguagem da regra, ele não chegou ao ponto de conceder que é algo além do objetivo de primeiro nível. O objetivo de uma regra específica pode tomar o lugar da linguagem ao distinguir o núcleo da penumbra. Hart quase certamente teria contornado a perspectiva de um juiz deixar de lado tanto o propósito quanto a linguagem de uma regra quando os dois juntos produziram um resultado ruim. Fuller parece ter sido mais simpático a esse resultado por causa de seu compromisso com o propósito, não apenas com o objetivo específico por trás de regras específicas, mas também com a ideia de que o direito como um todo tem um objetivo: a regulamentação razoável da organização da conduta humana, cuja frustração sempre deveria ser evitada.⁴⁷⁵

thought about law. The larger consequence was in persuading Hart that legal theory itself could and should be an essentially philosophical enterprise in just the linguistic and analytic sense that dominated the philosophical environment in which he lived and worked". (SCHAUER, Frederick. **(Re) Taking Hart**. Harvard Law Review, v. 119, p. 852-883, 2006. p. 855.)

⁴⁷⁴ Id. **A Critical Guide to Vehicles in The Park**. New York University Law Review, v. 83, p. 1109-1134, out. 2008. pp. 1119-1120.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 1130.

4. O *RULE OF LAW*

4.1. A Definição do *Rule of Law*

4.1.1. O Conceito de *Rule of Law*

Concluimos anteriormente que o pensamento jurídico, ao longo de sua história, teve como questão fundamental compreender quais os critérios de validade e de aplicação de uma norma. Dentro desse escopo, fomos capazes de contrapor as visões de Fuller e Hart sobre o direito. Concluimos que a visão apresentada por Fuller e Simmonds é capaz de apresentar uma interpretação coerente e concreta em relação a essa problemática.

Essa questão aparece de modo menos evidente nos debates internos ao positivismo jurídico. Em muitos sentidos, o pensamento do positivismo entende uma descrição neutra do fenômeno jurídico, assim, buscou sistematizar um conhecimento sobre o que é o direito e quais suas principais características.⁴⁷⁶

O positivismo, ao mesmo tempo em que parece buscar definir o conceito de direito, parte de aspectos particulares do fenômeno para chegar a um conceito final e irreduzível.⁴⁷⁷ Nesta preocupação, está velada a real questão em debate, o critério de aplicação de normas. Isso fica bastante claro na descrição da regra de reconhecimento elaborada por Hart. Como Hart a descreve, a regra de reconhecimento é o elemento que traz sentido ao sistema, ao mesmo tempo em que fornece seu critério de validade, nesta tese de Hart, a questão em discussão é saber quais os critérios que devem ser satisfeitos para que as normas integrem ao ordenamento jurídico.⁴⁷⁸

Com isso, a discussão da teoria do direito deixa de ser qual o conceito de direito, em termos de uma descrição objetiva e direta, e passa a ser qual o critério de validade de uma norma juridicamente e qual o critério de pertencimento ao sistema. Assim, o eixo da discussão da teoria do direito deixa de buscar a atender à pergunta sobre o que é direito e passa a ser identificar quais são os critérios de pertencimento e aplicabilidade de uma norma dentro do sistema jurídico.

⁴⁷⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 15; GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 72; Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

⁴⁷⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *op. cit.*, pp. 73-74.

⁴⁷⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 104-105.

A partir disso, analisamos no tópico anterior o papel dos critérios formais do direito como critérios de validade das normas e qual sua relação com a moralidade interna do direito. O conjunto de tais critérios e garantias compõe aquilo que a doutrina costuma identificar como *Rule of Law*. Agora, analisaremos mais cuidadosamente o valor sistêmico que garante coerência ao ordenamento: o *Rule of Law*.⁴⁷⁹

A expressão *Rule of Law*, em português, é normalmente associada à noção e aos valores de Estado de Direito. Existem algumas peculiaridades que distinguem os dois conceitos, mas nada os impede de serem tratados conjuntamente. Sendo assim, trataremos esses dois conceitos aqui conforme a doutrina nos coloca e os trataremos como termos intercambiáveis:⁴⁸⁰

A equiparação conceitual entre “Estado de Direito” e rule of law – trata-se de um ponto de vista teórico que será recomendado neste ensino – exigir, portanto, uma acurada argumentação, tanto no plano histórico como no conceitual. De qualquer modo, pode-se observar que o atual retorno do Estado de Direito corresponde a circunstâncias políticas e a orientações culturais que parecem justificar uma abordagem teórica que unifique, no interior da categoria geral “Estado de Direito” – ou de rule of law –, a noção continental e anglo-saxônica.⁴⁸¹

Feitos esses esclarecimentos preliminares, passemos a descrever este conceito com maior completude. *Rule of Law* significa literalmente o que diz: a regra, ou o império, do direito. Tomado em seu sentido mais amplo, isso significa que as pessoas devem obedecer à lei e serem governadas por ela, mas, na teoria política e jurídica, ela passa a ser lida no sentido mais estrito de que o governo será regido pela lei e estará sujeito a ela.⁴⁸²

De modo geral, esse conceito pode ser identificado com circunstâncias históricas que fizeram com que se buscasse a delimitação das ações de um governo por regras fixas e

⁴⁷⁹ “The predominance that is absolute of an ordinary law over every citizen regardless of that citizen's power.” (**Rule of Law**. The Law Dictionary. Featuring Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed. Disponível em: <https://thelawdictionary.org/rule-of-law/>. Acesso em 31 de março de 2019).

⁴⁸⁰ “Que rule of law seja equivalente a (traduzível por) “Estado de Direito” não significa, portanto, que uma noção é o decalque exato e mecânico da outra; significa apenas que a relevante diferença dos aspectos “culture-bound” não impede a identificação (obviamente “decidida”, não “objetivamente” irrefutável) de uma “culture-invariant” function” comum. Acerca das diferenças macroscópicas existentes entre os respectivos contextos (inglês e alemão, e europeu continental em geral) não importa voltar a insistir, Convém, antes, colher as diversidades (e as eventuais afinidades) porque, também na Inglaterra, a tradição constitucional se torna o objeto de uma abordagem que pretende ser sistemática e científica: isso ocorre, de modo exemplar, com a obra de Albert Venn Dicey, autor de *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publicada em 1885 e destinada a um longo e significativo sucesso.” (COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 140-141.)

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁸² RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 212.

impositivas, que tornam possível prever como a autoridade usará seus poderes coercitivos em determinadas circunstâncias:

[O]ne of the clearest and most powerful formulations of the ideal of the rule of law: ‘striped of all technicalities this means that government in all its actions is bounded by rules fixed and announce beforehand – rules which make it possible to foresee with fair certainty how then authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one’s individual affairs on the basis of this knowledge.’⁴⁸³

Dentro desta lógica, iniciativas semelhantes e convergentes se desenvolveram em paralelo na história jurídica e política europeia. De modo geral, a busca por uma limitação de poder do estado esteve sempre presente nas seguintes formações institucionais: “ 1) a experiência do *Rechtsstat* alemão; 2) a do *Rule of Law*; 3) a importante variante do *Rule of Law* norte-americano; 4) o *État de droit français*”.⁴⁸⁴ Em uma descrição geral, podemos mencionar algumas peculiaridades de cada um desses modelos.

No Estado de Direito Alemão (“*Rechtsstat*”), a proteção da liberdade e da propriedade forma o conteúdo material, político e ideológico.⁴⁸⁵ No *Rechtsstat*, a função de proteção do poder compete ao parlamento. O poder legislativo goza de um absoluto primado normativo sobre os outros poderes, sendo o legítimo titular da tutela dos direitos subjetivos, sua fonte originária e garantidora.⁴⁸⁶

Por sua vez, no modelo do *État de Droit*, a soberania é entendida como a expressão da soberania popular. O Parlamento, configurado como poder constituído, tem suas funções submetidas a limites e controles. Os cidadãos dispõem de remédios legais contra os atos, não só do Poder Executivo, mas também do legislador, quando estes lesarem os seus direitos fundamentais.⁴⁸⁷

Na variação norte americano do *Rule of Law*, a soberania se identifica com a supremacia normativa do texto constitucional, que define os limites dos poderes do Estado. A definição dos direitos individuais e a sua tutela dependem em grande parte do poder de interpretação dos princípios constitucionais.⁴⁸⁸

⁴⁸³ Ibid., p. 210.

⁴⁸⁴ COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 14.

⁴⁸⁶ Ibid., pp. 27-28.

⁴⁸⁷ Ibid., pp. 27-28.

⁴⁸⁸ Ibid., pp. 27-28.

Com este conceito preliminar, já percebemos que o Estado de Direito resulta de um processo evolutivo que leva à afirmação de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e o da “diferenciação do poder”.⁴⁸⁹ Trata-se, portanto, da “versão do estado europeu moderno que, com base em uma filosofia individualista (...) e através de processos de difusão e diferenciação do poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos, contrastando, com essa finalidade, a inclinação do poder ao arbítrio e à prevaricação”.⁴⁹⁰

As premissas da evolução do *Rule of Law* anglo-saxão são similares àquelas do Estado de Direito do pensamento continental europeu. Foi nas palavras de William Edward Hearn, “O vento e a chuva podem entrar na cabana do pobre, o rei não. Todo cidadão inglês, não importa se funcionário público ou nobre, está submetido, de igual modo, à lei e aos juízes ordinários”⁴⁹¹, que Albert Venn Dicey encontrou inspiração para seu *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, de 1885.⁴⁹²

Dicey identifica três principais componentes do *Rule of Law*: em primeiro lugar, a aplicação do princípio do “*nullum crimen sine lege*”, como garantia à contenção da persecução penal; o segundo diz respeito à submissão de cada um à lei ordinária, protegendo o indivíduo das intromissões administrativas; finalmente, o terceiro aspecto identifica o *Rule of Law* a um processo de fundação e realização das liberdades e dos direitos, conexão ao tipo de constituição, cujos princípios gerais são o resultado de decisões judiciais. A limitação do poder estatal decorreria da intervenção dos juízes que, chamados a resolver problemas específicos, fixaram, no decorrer do tempo, as suas fronteiras. Assim, o *Rule of Law* se caracteriza pelo precedente judicial.⁴⁹³

O conceito de Dicey delineia três aspectos fundamentais: (1) a ausência de poder governamental arbitrário e discricionário, bem como a presença do direito como o corolário de que nenhum indivíduo pode ser punido, exceto por uma violação direta da lei; (2) que nenhum indivíduo está acima da lei e que todos, independentemente da posição ou condição, estão sujeitos à lei e jurisdição comuns dos tribunais; e (3) que princípios constitucionais gerais, incluindo direitos individuais, são resultantes de decisões judi-

⁴⁸⁹ Ibid., p. 31.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 48.

⁴⁹¹ Ibid., pp. 14-15.

⁴⁹² Ibid., pp. 14-15.

⁴⁹³ Ibid., pp. 145-146.

ais que determinam os direitos individuais em casos particulares apresentados aos tribunais.⁴⁹⁴

Esses três aspectos revelam que o *Rule of Law* compreende, antes de tudo, a igualdade jurídica dos sujeitos, independentemente das condições socioeconômicas: todos os cidadãos estão submetidos às regras gerais do direito.⁴⁹⁵ A soberania pertence ao Parlamento, mas este órgão exerce o seu primado normativo quase exclusivamente na elaboração normativa dos direitos subjetivos e a sua tutela é atribuição dos tribunais.⁴⁹⁶ Trata-se, portanto, de princípio capaz de limitar não o poder do Estado como um todo, mas do governo, e é apresentado, então, como a melhor forma de tutela da liberdade dos indivíduos enquanto garantia contra a ação arbitrária do Poder Executivo.⁴⁹⁷ Tendo como fulcro o princípio da legalidade, ele visa, em primeiro lugar, limitar o uso discricional do poder por parte do executivo.⁴⁹⁸ Portanto, o *Rule of Law* será poder de comando de um soberano, a partir de regra estabelecida por um juiz, que incide em uma previsão futura da força estatal.⁴⁹⁹

Portanto, a tônica central, tanto do *Rule of Law* quanto dos diversos modelos europeus de Estado de Direito, é em primeira instância a limitação do poder do estado. É este princípio que guia toda sua formação história e caracteriza sua atual formação como sistema de garantia da liberdade dos indivíduos. Veremos no próximo tópico, como estas funções estão eminentemente ligadas a garantias que partem de critérios formais.

4.1.2. O *Rule of Law* como conjunto de Critérios Formais

Lon Fuller e Nigel Simmonds enfatizaram que um sistema de regras deve ter sua criação e aplicação consistentes com a justiça, conforme critérios formais conhecidos com os oito desiderata. Estes desiderata prescrevem um sistema de regras claro e estável. Robert Summers, por sua vez, articulou uma teoria formal do direito, buscando compreen-

⁴⁹⁴ ROSE, Jonathan. **The Rule of Law in the Western World: An Overview.** Journal of Social Philosophy, v. 35 n. 4, p. 457-470, 2004. p. 458.

⁴⁹⁵ COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 14-15.

⁴⁹⁶ Ibid., pp. 27-28.

⁴⁹⁷ Ibid., pp. 216-217.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 260.

⁴⁹⁹ FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply To Professor Hart.** Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 631.

der como esses critérios caracterizam o *Rule of Law*, enfatizando seus componentes institucionais, conceituais e axiológicos.⁵⁰⁰

Os oito critérios de generalidade, publicidade, não retroatividade, clareza, não contradição, constância e congruência especificam as condições necessárias para que as atividades dos legisladores contem como legislação. Como bem enfatiza Colleen Murphy, “It is generally agreed that Lon Fuller’s eight principles of legality capture the essence of the rule of law”,⁵⁰¹ ou seja, os oito desiderata especificam os requisitos do *Rule of Law*.

Conforme o próprio Fuller esclarece, a realização do *Rule of Law* está intimamente ligada com o atendimento a estes critérios.⁵⁰² Desde que o fracasso completo em relação a qualquer um dos princípios seja evitado, os legisladores podem cumprir os requisitos do *Rule of Law* em graus variados e ainda assim criar direito.⁵⁰³ O *Rule of Law* indica um conjunto de princípios e requisitos que os legisladores devem respeitar se quiserem governar legalmente, desse modo, restringindo o uso do poder.

Esse primeiro ponto apresenta como o *Rule of Law* funciona: trata-se de um valor instrumental e moralmente valioso.⁵⁰⁴ Ao especificar as condições pelas quais os governantes devem se orientar, o *Rule of Law* limita o tipo de injustiça que um governo pode cometer. Nesta seara, existe na prática uma conexão mais profunda entre governar por lei e a busca de fins morais.⁵⁰⁵

Tal objetivo moral está ligado a duas esferas: em primeira perspectiva, o *Rule of Law* busca garantir a ausência de um poder governamental discricionário ou arbitrário, este valor está explícito na garantia fundamental de anterioridade da lei, a igualdade perante a lei e a aplicação da lei em casos particulares.⁵⁰⁶

Por um segundo ângulo, o objetivo do *Rule of Law* é proteger contra a anarquia e estabelecer a ordem pública, permitindo que as pessoas planejem seus negócios com razoável confiança e previsibilidade, para isso, as normas devem ser capazes de orientar a conduta, sendo claras, compreensíveis e possíveis de serem cumpridas. Elas devem ser

⁵⁰⁰ ROSE, Jonathan. The Rule of Law in the Western World: An Overview. *Journal of Social Philosophy*, v. 35 n. 4, p. 457-470, 2004., p. 459.

⁵⁰¹ MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. *Law And Philosophy*, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005. p. 240.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 241.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 241.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 239.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 239.

⁵⁰⁶ ROSE, Jonathan. *op. cit.*, p. 458.

dotadas de um mínimo de eficácia e estabilidade, bem como deve ser garantida a supremacia e a imparcialidade das instituições.⁵⁰⁷

Estas perspectivas traduzem bem o valor moral do *Rule of Law*, este se encontra na exigência de que o estado trate igualmente todas as matérias legais, ou seja, ele promove a igualdade vertical entre funcionários e a igualdade não oficial e horizontal entre os indivíduos que não são titulares de funções públicas.⁵⁰⁸ Como vimos, estas exigências se encontram explícitas nos oito desiderata.

Assim, o *Rule of Law* possui uma dupla faceta: por um lado, serve como instrumento de proteção da liberdade e das garantias individuais, limitando no poder do governo; por outro, prescreve as situações em que o governo possui competência para agir de modo a manter a ordem pública.

Para além dos critérios básicos formais definidos por Fuller para caracterizar a estrutura geral e institucional do sistema, os oito desiderata também se aplicam a partir de princípios inferidos diretamente deles. Os princípios do *Rule of Law* descrevem, na prática, quais os critérios de formalidade que as regras devem obedecer. Como poderemos notar na descrição de Robert Summers, estes princípios são, em maior ou menor medida, enunciações derivadas diretamente dos oito desiderata e possuem a função de garantir as funções que vimos acima:

The principles of the rule of law consist of the following:

- (1) that all forms of law be duly authorized, and thus conform to established criteria of validity;
- (2) that the accepted criteria for determining the validity of law generally be clear and readily applicable, and include criteria for the resolution of any conflicts between otherwise valid forms of law;
- (3) that state-made law on a given subject be uniform within state boundaries, and, so far as feasible and appropriate, take the preceptive form of general and definite rules applicable to classes of persons, acts, circumstances, etc., and also be applicable to officials and citizens alike, as appropriate;
- (4) that all forms of law be appropriately clear and determinate in meaning;
- (5) that state-made law, and other law as appropriate, be in some written form, and be promulgated, published, or otherwise be made accessible to its addressees;

⁵⁰⁷ Ibid., p. 462.

⁵⁰⁸ GOWDER, Paul. **The Rule of Law and Equality**. Law and Philosophy, v. 32, p. 565-618, 2013. pp. 565-566.

(6) that law, and changes in law, generally be prospective rather than retroactive (see also (13) and (14));

(7) that the behavioral requirements of a law be within the capacity of its addressees to comply;

(8) that the law on a subject, once made and put into effect, not be changed so frequently that its addressees cannot readily conform their conduct to it, or that long term planning cannot be feasible;

(9) that purported changes in the law be made by duly authorized institutions, officials, or persons, and in accordance with known procedures as appropriate;

(10) that a form of law be interpreted or otherwise applied in accord with an appropriate, uniform (for that type of law), and determinate interpretive or other relevant applicational methodology, itself a methodology duly respectful of the expressional form and content of that type of law;

(11) that any possible remedy, sanction, nullification, or other adverse consequence of failure to comply with a form of law be known or knowable in advance of the relevant occasions for action or decision under that law;

(12) that in cases of dispute, a politically independent and impartial system of courts and administrative tribunals exist and have power, (a) to determine the validity of the law in dispute, (b) to resolve issues of fact, all in accord with relevant procedural and substantive law, and (c) to apply the valid law in accord with an appropriate interpretive or other applicational methodology;

(13) that when an interpretive or other applicational methodology does not authorize an outcome under antecedent law, yet a court or a tribunal is urged (sometimes in the guise of such methodology) to modify or otherwise depart from law to achieve such an outcome, courts or tribunals shall have only quite limited and exceptional power thus to modify or otherwise depart from antecedent statute, precedent, or other law, so that the legal conclusions and any reasons for action or decision on the part of the law's addressees which would otherwise arise under valid law, duly interpreted or applied, generally remain peremptory for the law's addressees, including courts and other tribunals;

(14) that any exceptional power of courts or other tribunals to modify or depart from antecedent law at point of application be a power that, so far as feasible, is itself explicitly specified and duly circumscribed in rules, so that this is a power the exercise of which is itself law-governed;

(15) that a party who is the victim of a crime, or of a regulatory violation, or of a tort, or of a breach of contract, or of wrongful denial of a public benefit, or of wrongful administrative action, or of other alleged legal wrong shall be entitled to instigate criminal prosecution insofar as appropriate (with any required official concurrence) or to seek other appropriate redress, before an independent and impartial court or other tribunal with power to compel the alleged wrongdoer or official to answer for such wrong;

(16) that, except for minor matters, no significant sanction, remedy, or other adverse legal consequence shall be imposed on a party, against his or her will, for an alleged crime, or regulatory violation, or tort, or breach of contract, or administrative wrong, or any other alleged legal wrong, without that party having advance notice thereof and a fair opportunity to contest the legality and the factual basis of any such projected adverse effect before an independent and impartial court or other similar tribunal;

(17) that a private party who fails to prevail before such court or tribunal pursuant to (15) and (16) above, whether an alleged victim or an alleged wrongdoer, shall have the opportunity to seek at least one level of appellate review, in a court, as a check against legal error;

(18) that the system and its institutions and processes be generally accessible, that is, (a) that there be a recognized, organized, and independent legal profession legally empowered and willing to provide legal advice, and to advocate causes before courts, other tribunals, and other institutions as appropriate, and (b) that at least where a party is accused of a significant crime or similar violation, denies wrongdoing, and is without financial means to pay costs of defense, such party shall be entitled to have defense provided by the state.⁵⁰⁹

Os princípios traduzem, em suma, situações em que o *Rule of Law* deve agir para conter o exercício do poder estatal. Cada um destes princípios representam caracteres formais no sentido que cada um deles significam uma característica positiva, ou realmente presentes, distinguidas da falta de expressão de um atributo oposto:

The principles of the rule of law, then, are affirmatively "formal" in four senses: methodologically, procedurally, accommodatively, and authorizationally. These senses are all "affirmatively" formal in that each signifies a positive feature or features actually present, as distinguished from merely lacking or failing to express an opposed attribute. Thus, these senses do not take on their meanings, and so depend for their meanings on a contrast with the other side of some dichotomy. Whatever is formal in any one of the four foregoing senses affirmatively exists apart from, and can be positively characterized independently of, any relation of contrast or negation that it may have with an opposite.⁵¹⁰

Parafraseando, cada um desses princípios é afirmativamente formal de quatro maneiras: metodológica, processual, acomodativa e autorizacional. Muitos princípios são metodologicamente formais, ou seja, tem a ver com a própria maneira pela qual a lei é criada e como ela toma forma, os requisitos de clareza e prospectividade são ilustrativos destes requisitos metodológicos. Outros princípios são processualmente formais, ou seja, pertencem aos processos de elaboração e aplicação de leis. O mais importante desses princípios, é claro, é a exigência de que haja um devido processo legal.⁵¹¹

Deste modo, os princípios do *Rule of Law* são formais na medida em que eles não têm, por si só, qualquer conteúdo substantivo. Ao contrário, eles exigem que as pessoas criem leis de acordo com eles próprios.⁵¹²

Eles prescrevem a organização do conteúdo, operação e administração de regras e outras leis de primeira ordem e, portanto, são formais.⁵¹³ A forma apropriada não apenas

⁵⁰⁹ SUMMERS, Robert. *The Principles of The Rule of Law*. Notre Dame Law Review, v. 74, p. 1691-1711, 1998-1999. pp. 1693-1695.

⁵¹⁰ Ibid., p. 1702.

⁵¹¹ Ibid., p. 1701.

⁵¹² Ibid., p. 1703.

contribui como meio para a realização desses valores, mas também é constitutiva de alguns destes valores em si.⁵¹⁴

Nesta caracterização, a palavra “formal” também assume um significado especial, esta deriva do contraste entre o conteúdo dos princípios e o conteúdo das regras propriamente ditas. Enquanto os princípios do *Rule of Law* pressupõem regras e outras leis com conteúdo substantivo, eles próprios não possuem esse conteúdo e, portanto, são contrastantes formais. Ou seja, eles são formais em seu conteúdo, uma vez que esse conteúdo não é substantivo.⁵¹⁵

Estes princípios também são uma fonte importante da formalidade das leis, eles exercem pressão sobre as leis para que estas possuam clareza e prospectividade. Além disso, eles são uma importante fonte da formalidade das instituições jurídicas propriamente ditas, exigindo que os tribunais sejam independentes de outros órgãos e, assim, ditam a separação entre poder judicial e outros poderes. Essa separação é estruturalmente formal, pois lida com a relação entre partes dentro de todo o sistema.⁵¹⁶

Com isso, os princípios do *Rule of Law* podem restringir a atuação dos funcionários públicos. Suponhamos que o conteúdo substantivo da lei proteja uma liberdade básica, como a liberdade de movimento dentro da sociedade, o próprio fato de que a liberdade de movimento esteja prevista através de regras claras torna mais difícil que os funcionários invadam essa liberdade. Eles sabem que sua conduta será medida contra regras determinadas, e essa medida revelará qualquer interferência na liberdade individual dos cidadãos.

O que fica claro desta descrição é que estes princípios buscam, a partir de critérios formais, criar limitações ao exercício do poder estatal e, conseqüentemente, garantir a liberdade do cidadão. Assim vistos, esse conjunto de critérios formais busca garantir a principal função do *Rule of Law*: a limitação do poder soberano e da sua interferência sobre os indivíduos. Portanto, a caracterização do *Rule of Law* deve ser feita a partir dos critérios formais de validação das normas.⁵¹⁷

⁵¹³ Id. **The Place of Form in the Fundamentals of Law**. *Ratio Juris*. v. 14 n. 1, p. 106-129, mar. 2001. pp. 122-123.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 123.

⁵¹⁵ Id. **The Principles of The Rule of Law**. *Notre Dame Law Review*, v. 74, p. 1691-1711, 1998-1999. p. 1702.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 1703.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 1705.

Rotular uma concepção do *Rule of Law* como formal não significa ignorar o fato de que ele tem uma dimensão social, em oposição a uma dimensão estritamente legalista. Existem muitas outras implicações do *Rule of Law* que devem ser respeitadas, tal como o acesso à educação, ao judiciário, entre outros. Contudo, disto não se segue que não estamos mais lidando com uma concepção formal.⁵¹⁸

O jurista Joseph Raz, de algum modo, se opõe a essa aproximação entre o *Rule of Law* e o direito propriamente dito. Para argumentar contra essa posição ele se concentrou na noção de que indivíduos e governos deveriam obedecer à lei e estarem sujeitos a ela. Essa posição enxerga o *Rule of Law* de maneira negativa, isto é, a adesão minimiza o perigo da criação arbitrária de poder pela lei, mas o cumprimento só cria um bem ao evitar o mal.⁵¹⁹

Joseph Raz defende o dualismo entre a ideia de ‘*Law*’ e de ‘*Rule of Law*’ (ou ‘direito’ e ‘Estado de Direito’). Ele argumenta que o *Rule of Law* é uma propriedade negativa do direito, ou seja, O *Rule of Law* serve como garantia contra a aplicação arbitrária da lei.⁵²⁰ Em uma metáfora, ele compara o direito a uma faca, enquanto o *Rule of Law* seria a propriedade de afiação desta mesma faca, neste sentido, o direito deve possuir um mínimo de adequação ao *Rule of Law* para que possua sua eficácia garantida.⁵²¹ Essa noção estraria intimamente ligada à garantia de obediência à lei.

Para Raz, a lei representa o único conjunto possível de condições dentro das quais uma pessoa pode viver em comunidade com outras pessoas enquanto desfruta de algum domínio de direito que é seguro do poder de outros. Quando um governo persegue seus objetivos através do *Rule of Law*, ele governa consistentemente com essas condições. Mostrar que uma regra é direito é mostrar que ela faz parte de um sistema de universalidade, necessidade e independência. A existência de tal domínio requer que a lei seja aplicada e, portanto, o valor de tal domínio justifica a aplicação da lei.

Law represents the only possible set of conditions within which one can live in community with others while enjoying some domain of entitlement that is secure from the power of others. When a government pursues its objectives through the rule of law, it governs consistently with those conditions. To show

⁵¹⁸ MANRIQUE, Ricardo García. **Autonomy and the Rule of Law**. Ratio Juris, v. 20, n. 2, p. 280-301, 2007. p. 283.

⁵¹⁹ ROSE, Jonathan. **The Rule of Law in the Western World: An Overview**. Journal of Social Philosophy, v. 35 n. 4, p. 457-470, 2004. p. 459.

⁵²⁰ RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 224-225.

⁵²¹ Ibid., p. 226.

that a rule is law is to show that it forms part of a system of universality, necessity and independence: that is to say, a system of general rules and principles (universality) that are given peremptory force and reliably enforced (necessity) as the only way in which political expression can be given to the idea of peremptory force (given circumstances of the real world). Such a system of reliably enforced rules represents the only conditions within which one can live in political community and nevertheless enjoy a degree of freedom (independence). The existence of such a domain requires that law be enforced and therefore the value of such a domain justifies the law's enforcement.⁵²²

Ele define o *Rule of Law* como um valor negativo. A lei inevitavelmente cria um grande perigo de um poder arbitrário e o *Rule of Law* é projetado para minimizar este perigo criado pela própria lei, tanto quanto o de ser instável, obscura, retrospectiva e assim infringir a liberdade das pessoas e sua dignidade. O *Rule of Law* é uma virtude negativa em dois sentidos: a conformidade com ele não causa o bem, exceto evitando o mal que somente poderia ter sido causado pela própria lei.⁵²³

Deste modo, o direito, para ser definido como tal, deve ser capaz de orientar o comportamento. O direito tem uma virtude específica que é moralmente neutra, o *Rule of Law* é neutro quanto ao fim para o qual o instrumento é colocado. O *Rule of Law* é uma virtude inerente da lei, mas não uma virtude moral.

The law to be to be law must be capable of guiding behavior, however inefficiently. Like other instruments, the law has a specific virtue which is morally neutral in being neutral as to the end to which the instrument is put. For the law this virtue is the rule of law. Thus the rule of law is an inherent virtue of the law, but not a moral virtue as such.⁵²⁴

Para o autor, o *Rule of Law* é válido somente se tiver as consequências normativas que pretende ter, uma vez que pertence a um sistema legal em vigor em uma comunidade.

To conclude: A rule of law is valid if and only if it has the normative consequences it purposes to have. It is legally valid if and only if it is valid because it belongs to a legal system in force in a certain country or is enforceable in it, i.e. if it is systematically valid. Similar an obligation is a legal obligation and a right is a legal right if and only if they are an obligation or a right in virtue of a law which is legally valid. Validity presupposes membership and enforceability.⁵²⁵

⁵²² SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 143.

⁵²³ “The rule of law is essentially a negative value. The law inevitably creates a great danger or arbitrary power – the rule of law is designed to minimize the danger created by the law itself. Similarly the law may be unstable, obscure, retrospective, etc., and thus infringe people's freedom and dignity. The rule of law is designed to prevent this danger as well. Thus the rule of law is a negative virtue in two senses: conformity to it does not cause good except through avoiding evil and the evil which is avoided is evil could which only have been caused by the law itself.” (RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 224).

⁵²⁴ Ibid., p. 226.

⁵²⁵ Ibid., p. 153.

Raz trata o *Rule of Law* como um padrão com o qual a lei deve estar em conformidade, mas que em alguns momentos pode violar. Para ele, o equívoco de Fuller reside no argumento de que o *Rule of Law* deve sempre estar em conformidade ao direito, uma afirmação através da qual Fuller conclui que existe um elo essencial entre lei e moralidade. A lei é necessariamente moral, pelo menos em alguns aspectos.⁵²⁶

Raz objeta a tentativa de Fuller de estabelecer uma conexão necessária entre lei e moralidade na medida em que a conformidade ao *Rule of Law* seria uma virtude moral, um ideal que deve se tornar realidade, mas pode deixar de sê-lo.⁵²⁷ Nem sempre o *Rule of Law* deve estar em conformidade com o direito.

Para Raz, a conformidade com o *Rule of Law* nem sempre facilita a realização dos propósitos indiretos do direito, mas é essencial para a realização de seus propósitos diretos, que são alcançados quando a conformidade com o direito que é garantida. Portanto, se os objetivos diretos do direito não devem ser frustrados, ele deve ser capaz de orientar o comportamento humano.⁵²⁸

O direito, para ser considerado como tal, deve ser capaz de orientar o comportamento, mesmo que de maneira ineficiente. O direito tem uma virtude específica que é moralmente neutra, essa virtude é o *Rule of Law*. Assim, o *Rule of Law* é uma virtude inerente ao direito, mas não uma virtude moral como tal.⁵²⁹

Em contrapartida a essa posição, Nigel Simmonds se opõe à distinção entre '*Law*' e '*Rule of Law*' feita por Raz. Como exemplo, ele usa a situação em que as autoridades são instruídas por seus governantes a utilizarem a força, mesmo sem a violação de uma determinada norma, neste caso, as autoridades estariam agindo em conformidade com o direito, contudo, os governantes estariam em clara ofensa ao *Rule of Law*.⁵³⁰

Este exemplo revela que, na verdade, o direito e o *Rule of Law* não são dois conceitos separados e distinguíveis. Se tomados neste sentido, podemos dizer que o direito possui propriedades duais em que está intimamente ligado ao próprio *Rule of Law*. Se conce-

⁵²⁶ Ibid., p. 223.

⁵²⁷ Ibid., p. 224.

⁵²⁸ Ibid., p. 225.

⁵²⁹ Ibid., p. 226.

⁵³⁰ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. pp. 49-50.

bermos o governo de tal modo como Raz propõe, estaríamos diante de uma tautologia, em que o próprio governo não estaria vinculado ao *Rule of Law*.⁵³¹

A distinção entre ‘direito’ e ‘*Rule of Law*’ não é aceitável, pois visa separar ideias que, em nosso entendimento comum, não são claramente separadas, mas intimamente ligadas e, talvez, inseparáveis. Na medida em que a validade das normas legais individuais é independente de sua eficácia, as normas podem certamente ser válidas enquanto são desconsideradas na prática, no entanto, isso dificilmente poderia ser verdade para o sistema de normas como um todo: um sistema de normas que não tem eficácia absoluta não é um sistema existente de lei; e um sistema cujas normas válidas são amplamente desconsideradas na prática é, nessa medida, uma instância marginal de um sistema legal. Consequentemente, o direito é uma regra na medida em que existe como lei.⁵³²

4.2. O Valor Moral do *Rule of Law* e do Estado de Direito

Propusemos no tópico anterior uma caracterização do *Rule of Law* em função de seu caráter formal. Em suma, essa caracterização define que o *Rule of Law* fornece critérios formais capazes de criar limitações ao exercício do poder estatal e, conseqüentemente, pode garantir a liberdade do cidadão. Visto isso, a seguir veremos com mais precisão como essa definição se relaciona com uma acepção moral do *Rule of Law*.

No argumento de Lon Fuller, o *Rule of Law* possui um valor moral não instrumental e um valor moral instrumental. Ele pode ser considerado condicionalmente não instrumentalmente valioso em virtude da maneira como um sistema jurídico estrutura as relações políticas. O Estado de Direito especifica um conjunto de requisitos que os legisladores devem respeitar para poder governar legalmente, como tal, o estado de direito

⁵³¹ Ibid., p. 49.

⁵³² “Such distinction between ‘law’ and ‘the rule of law’ is not a entirely comfortable one, for it aims to separate ideas that, in our ordinary understanding, are not clearly separate but closely linked and perhaps inseparable. Taking words at face value, might we not reasonably assume that ‘the rule of law’ refers to a state of affairs where laws rule? Is it really possible to think of law’s existence as one thing and its ‘ruling’ as another? In so far as the validity of individual legal norms is independent of their efficacy, norms may certainly exist (in the sense of being ‘valid’) while being disregarded in practice (and so not ‘ruling’): in that sense one may have laws that do not ‘rule’. Yet this could scarcely be true of the system of norms as a whole: a system of norms that wholly lacks efficacy is not an existing system of law; and a system the valid norms of which are extensively disregarded in practice is to that extent a marginal or ‘penumbral’ instance of a legal system. Consequently, law rules to the extent it exists as law.” (Ibid., p. 46.).

restringe o uso ilegal ou extralegal do poder.⁵³³ Por outro lado, o *Rule of Law* é instrumentalmente valioso porque, na prática, ele limita o tipo de injustiça que os governos perseguem.⁵³⁴

Dessa forma, Lon Fuller enfatizou a necessidade de um sistema de regras gerais cuja criação e aplicação fossem consistentes com a justiça material e a justiça processual. Para tanto ele identificou as oito condições necessárias para a moralidade interna do direito que já vimos aqui: um sistema de regras, promulgação e publicação das regras, evitar a aplicação retroativa, regras claras e compreensíveis, evitar regras contraditórias, evitar regras que exijam conduta além da capacidade dos sujeitos, constância das regras ao longo do tempo e congruência entre ação oficial e regra declarada.⁵³⁵

A partir desses critérios, o *Rule of Law* tem como função não só proteger a sociedade contra a anarquia e estabelecer a ordem pública, mas garantir a liberdade dos indivíduos e criar limites contra a arbitrariedade estatal. Como vimos, essas funções são refletidas em algumas características necessárias ao sistema, os oito desiderata.⁵³⁶

Esta caracterização não só reflete quais as principais garantias do *Rule of Law*, mas também pode ser usada para evidenciar os valores centrais pelos quais ele se orienta e que ele busca proteger. Em suma, manifestam-se nessas virtudes dois valores principais.

Em primeiro lugar elas refletem uma preferência pela generalidade, criar um sistema de aplicação geral e abstrata; mais importante, o segundo valor refletido é a igualdade entre os indivíduos. Em decorrência, o sistema deve exibir uma preferência por tratar os indivíduos como tipos sociais.⁵³⁷ Cada um é tratado com um cidadão, sem serem atribuídas a ele vantagens em decorrência da posição que ocupa, sendo oficiais do governo ou não.

Com isso, o *Rule of Law* é moralmente valioso porque exige que o direito trate a todos como iguais. Essa especificação de valores pode ser mais bem analisada na interação direta entre o Estado, representado por seus funcionários, e seus súditos. Para Paul Gowder, a atuação dos funcionários públicos deve cumprir três condições obrigatórias

⁵³³ MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. *Law And Philosophy*, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005. p. 239.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 239.

⁵³⁵ ROSE, Jonathan. **The Rule of Law in the Western World: An Overview**. *Journal of Social Philosophy*, v. 35 n. 4, p. 457-470, 2004. p. 459.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 462.

⁵³⁷ SCHAUER, Frederick. **Rights as Rules**. *Law and Philosophy*, v. 6, n. 1, p. 115-119, abr. 1987. p. 69.

de modo a atender aos critérios do *Rule of Law*, regularidade, publicidade e generalidade:

Regularity: Officials are reliably constrained to use the state's coercive power only when authorized by good faith and reasonable interpretations of preexisting, reasonably specific, legal rules.

Publicity: The rules on which officials rely to authorize coercion are available for subjects of law to learn; officials give an explanation, on reasonable demand, of their application of the rules to authorize coercion in individual cases; and officials offer those who are the objects of state coercion the opportunity to make arguments about the application of legal rules to their circumstances.

Generality: Neither the rules under which officials exercise coercion nor officials' use of discretion under those rules make irrelevant distinctions between subjects of law; a distinction is irrelevant if it is not justifiable by public reasons, in Rawls's sense, to all concerned.⁵³⁸

Cada uma dessas condições pressupõe a satisfação daquelas que a antecederam. A regularidade e publicidade, juntas, levam somente à igualdade entre os súditos. Um Estado que somente alcançou essas duas condições, alcançou uma versão fraca do *Rule of Law*: seus funcionários não podem abusar facilmente de seu poder e agir arbitrariamente contra os cidadãos. A generalidade é a condição que leva à igualdade entre os cidadãos e os oficiais do governo, assim, em um Estado que o alcançou uma versão forte do *Rule of Law* todos os indivíduos são genuinamente iguais perante a lei.⁵³⁹

Quando os estados alcançam o primeiro tipo de igualdade, as autoridades públicas se utilizam de seus poderes para reivindicar certos tipos de vantagens e se proclamarem como pertencentes a um status superior. Quando os estados alcançam a igualdade generalizada, suas instituições jurídicas impedem a formação de castas e grupos com vantagens atribuídas em razão de sua função pública.⁵⁴⁰

Assim, tanto os cidadãos quanto os agentes públicos têm o dever de seguir as regras, desde que delineiem um padrão que os cidadãos tenham conhecimento, sejam capazes de seguir e que seja realmente usado para julgar sua conduta. Quando respeitam o *Rule of Law*, os funcionários se restringem de certas maneiras e os cidadãos também se restringem, abstendo-se de desobedecer às diretrizes com as quais discordam.

⁵³⁸ GOWDER, Paul. **The Rule of Law and Equality**. *Law and Philosophy*, v. 32, p. 565-618, 2013. pp. 565-566.

⁵³⁹ *Ibid.*, pp. 566-567.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp. 566-567.

Na visão de Fuller, então, o estado de direito fornece alguns fundamentos normativos para pensar por que os cidadãos têm obrigação moral de obedecer à lei.⁵⁴¹

Quando agentes públicos violam rotineiramente o *Rule of Law*, aprovando legislação retrospectiva ou baseando suas decisões legais em caprichos pessoais, os cidadãos não têm mais o dever de obedecer aos ditames de um governo.⁵⁴² As violações do estado de direito são moralmente problemáticas porque minam o alicerce dos deveres morais dos cidadãos e funcionários em relação uns aos outros. O respeito pelo Estado de Direito é um aspecto significativo das relações moralmente saudáveis entre cidadãos e agentes públicos.⁵⁴³

Assim, os critérios fornecidos pelos oito desiderata não só criam garantias contra o exercício do poder arbitrário, mas fazem com que o sistema inclua técnicas para promover sua própria integridade e eficácia no controle do comportamento. Isto, por sua vez, faz com que os indivíduos, sendo eles agentes públicos ou não, cumpram fielmente as regras do direito.⁵⁴⁴

Neste sentido, os critérios do *Rule of Law*, necessariamente, aproximam a comunidade do ideal, definindo aquilo que deve ser controlado pelo direito.⁵⁴⁵ Para uma comunidade atingir o *Rule of Law*, as regras devem ser capazes de regular certos aspectos da vida da comunidade.⁵⁴⁶

Portanto, o conteúdo do *Rule of Law* só pode ser identificado por referência a uma avaliação de se é apropriado que a lei regule aspectos da vida da comunidade. Essa avaliação requer uma avaliação moral comum dos interesses das pessoas e, também, uma avaliação da maneira pela qual o direito pode ou não as ajudar a viver bem juntas. O direito é uma forma sistemática de controle social que se conforma necessariamente ao ideal do *Rule of Law*, portanto, o direito tem um certo tipo de fundamento moral. Existe, assim, uma conexão necessária entre lei e moralidade.⁵⁴⁷

⁵⁴¹ MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. *Law And Philosophy*, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005. p. 242.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 243.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 246.

⁵⁴⁴ ENDICOTT, Timothy. **The Reason of The Law**. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 48, p. 83-106, 2003. p. 84.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pp. 104-105.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, pp. 105-106.

A consequência disto é que, como o ideal do *Rule of Law* tem necessariamente um conteúdo moral e um sistema jurídico necessariamente está ligado a ele, o direito em si terá um fundamento moral. As premissas morais são necessárias para apoiar a conclusão de que uma comunidade possui um sistema jurídico. Isso ocorre porque o próprio direito, necessariamente, se opõe à anarquia e ao uso arbitrário do poder.⁵⁴⁸

Novamente, o argumento de que o *Rule of Law* tem um caráter moral baseado na função limitadora do poder a partir de critérios formais possui fortes objeções.

De acordo com uma primeira objeção, neste caso formulada por Joseph Raz, o argumento de vinculação não entende bem a natureza dos requisitos do *Rule of Law*.⁵⁴⁹ Ele argumenta que a visão do *Rule of Law* de Fuller é puramente instrumental, para ele, o fato de um determinado Estado ter valor moral em circunstâncias específicas é algo que depende totalmente dos objetivos que o sistema jurídico está perseguindo. Quando os objetivos do sistema são moralmente bons, o estado de direito é moralmente valioso em virtude de seu papel na promoção desses objetivos.⁵⁵⁰

Para Raz, o Estado de Direito não é moralmente valioso em si. A característica essencial do direito, na visão de Raz, é que ele oferece razões de ação autorizadas. Em outras palavras, temos motivos para obedecer às leis simplesmente porque são leis e não porque temos alguma obrigação moral de o fazer.⁵⁵¹ Assim, o respeito ao *Rule of Law* não alcança um significado moral não instrumental.⁵⁵²

A analogia que Raz traz quanto a propriedade de uma faca ser afiada e a realização do *Rule of Law* em um sistema jurídico também revela essa objeção. Para ele, o *Rule of Law* é a característica que permite o direito a realmente orientar o comportamento dos indivíduos. Na ausência de um nível mínimo, um sistema de regras pode se parecer superficialmente com um sistema jurídico, mas será incapaz de orientar o comportamento dos indivíduos.⁵⁵³

As objeções de Raz negligenciam a base moral dos deveres envolvidos nas relações entre cidadãos e funcionários. A posição de Fuller reconhece explicitamente que os fun-

⁵⁴⁸ Ibid., p. 84.

⁵⁴⁹ MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. Law And Philosophy, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005. p. 246.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 246.

⁵⁵¹ Ibid., p. 246.

⁵⁵² Ibid., p. 248.

⁵⁵³ Ibid., pp. 247-248.

cionários do governo somente sob certas condições podem legitimamente esperar ou exigir obediência dos cidadãos e punir aqueles que desobedecem.

Neste ponto, a reciprocidade entre os indivíduos desempenha um papel fundamental. A existência de deveres depende em parte do comportamento dos outros: em particular, é justo esperar que um indivíduo aja de certas maneiras apenas se expectativas semelhantes se mantiverem em relação àquelas que julgam meu comportamento.⁵⁵⁴ Com isso, o *Rule of Law* constrói uma estrutura de governo que é inerentemente respeitosa à autonomia das pessoas, cuja autonomia esperam ser respeitada reciprocamente.⁵⁵⁵

É um erro, como quer Raz, considerar que o *Rule of Law* possui um valor meramente instrumental. Existem certos contextos em que o respeito à autonomia expressos constitutivamente não se concretizam. Mais importante, chama a atenção para o fato de que o *Rule of Law* e seus valores constitutivos podem ser percebidos em maior ou menor grau em diferentes contextos.⁵⁵⁶ Apesar do fato de o estado de direito ser muitas vezes incompatível com a busca de fins não democráticos, há custos políticos significativos nas arenas internacionais para governos que o violam abertamente.⁵⁵⁷

Em resumo, a primeira objeção de Raz diz que o *Rule of Law* não tem significado moral não instrumental, contudo, os valores não instrumentais condicionais de reciprocidade e respeito à autonomia são expressos pelo respeito ao próprio *Rule of Law*. Na prática, existe uma profunda tensão entre governar pelo direito e buscar sistematicamente fins injustos. Os esboços de Raz, não são capazes de atenuar o valor que a reciprocidade tem na prática. A reciprocidade entre cidadãos e funcionários, o reconhecimento de que os deveres e obrigações de que cada um pode exigir, depende em parte de suas próprias ações e são moralmente significativos por razões não instrumentais, bem como pelo papel instrumental que podem desempenhar na limitação da injustiça. Dada a natureza de seu valor, o respeito ao *Rule of Law* é um componente importante das relações políticas saudáveis.⁵⁵⁸

De acordo com uma segunda objeção, o respeito ao *Rule of Law* é fundamentalmente valioso, mas Fuller não seria capaz de explicar esse valor e, em uma concepção mais substantiva, o *Rule of Law* impõe restrições específicas ao conteúdo da lei.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 242.

⁵⁵⁵ Ibid., pp. 249-250.

⁵⁵⁶ Ibid., p. 252.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 254.

⁵⁵⁸ Ibid., pp. 260-261.

O *Rule of Law* exige que certos direitos individuais fundamentais sejam constitucionalmente garantidos e protegidos na prática. Os defensores da segunda objeção são motivados a expandir os requisitos do *Rule of Law*, a fim de fortalecer e esclarecer sua conexão com a busca de uma justiça substancial. O argumento de Fuller omitiria a proteção aos direitos individuais ou o respeito pelos princípios morais. Apesar de criar uma esfera que limita a ação dos agentes públicos, ele omite a exigência de que parte das regras garanta os direitos individuais dos cidadãos.⁵⁵⁹

A resposta para este argumento exclui essa ligação. Estes aspectos adicionais não precisam ser adequadamente capturados pelo Rule of Law. Diferentes ideais de moralidade política capturam aspectos distintos das relações políticas e o estado de direito é apenas um dos ideais da moralidade política.⁵⁶⁰ O respeito aos direitos não é uma condição prévia para orientar o comportamento e, portanto, não faz parte do ideal do *Rule of Law*.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Ibid., p. 261.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 261.

⁵⁶¹ Ibid., p. 262.

5. LEGALIDADE E EXCEÇÃO

Na reflexão que tecemos anteriormente buscamos demonstrar que o principal ponto de análise do pensamento jurídico não é definir um conceito inequívoco sobre a natureza do direito, mas sim explicar a aplicação prática das normas. Portanto, é função da teoria do direito encontrar os parâmetros que nos permitam identificar a validade do direito e das normas pertencentes ao sistema.

A partir de uma ampla reflexão sobre a moralidade interna dos critérios formais de validação das normas, expomos a formulação defendida por Lon Fuller e Nigel Simmonds. Diferentemente da norma de reconhecimento proposta por Hart, os oito desiderata apresentam critérios completos e com conteúdo determinado para identificar se uma norma integra um determinado sistema e se ela deve ser aplicada.

Não obstante a distinção teórica realizada, ela também pode ser observada com maior clareza em exemplos práticos de aplicação da norma. Notavelmente, apresentaremos mais um ponto relevante que já foi amplamente debatido pela teoria do direito e, mais especificamente, é parte integrante do debate entre Hart e Fuller. Assim, retrataremos a discussão sobre regimes de exceção e a existência de iniquidades no direito.

De início, Hart não parece confortável com a moralidade interna defendida por Fuller. Dentro da aplicação dos oito desiderata, e em contraposição à moralidade interna do direito, Hart responde de forma simples e direta, afirmando que o princípio da legalidade definido por ele comportaria iniquidade.⁵⁶² Para Hart, os desiderata podem ser de fato encontrados em todos os ordenamentos jurídicos, contudo, ele nega que possam ser considerados princípios morais. Diante de uma ideia procedimental, ele afirma que se tratam apenas de princípios de eficiência que guiam a atividade judicial. Ou seja, os oito desiderata não estariam relacionados à promoção da moral.⁵⁶³

Para ele, um sistema iníquo pode empregar os oito desiderata com tanta eficiência quanto um sistema justo, sem qualquer descumprimento ao conteúdo das regras formuladas. Diante disso, a crítica de Hart se baseia em uma suposta confusão entre a moral e princípios que norteiam qualquer sistema jurídico.⁵⁶⁴ Em sua contraposição, ele considera que a possibilidade de distorção de um princípio de legalidade não prova seu caráter

⁵⁶² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Morality of Law by Lon L. Fuller**. Harvard Law Review, v. 78, n. 6, p. 1281-1296, 1965. p. 1287.

⁵⁶³ Ibid., p. 1284.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 1284.

amoral e sua neutralidade, por esse motivo, Hart considera que os princípios de Fuller não são capazes de assegurar a justiça plena.⁵⁶⁵

Esse seria o caso, por exemplo, da Alemanha Nazista. Para Hart é imaginável um regime no qual haja correspondência do sistema com os oito desiderata, atendendo a seus critérios de eficiência processual e legal, mas que ainda comporte iniquidade e leis que não atendam uma suposta moralidade interna ao direito.

Sem dúvidas, Hart enfrentou as preocupações relacionadas às relações entre lei e moralidade e as preocupações intelectuais da era pós-Segunda Guerra Mundial. Hart e o positivismo estiveram de frente a um dilema: eles deveriam admitir que a lei poderia ser legitimamente perversa, ou negariam que uma lei moralmente hedionda pode ser direito? Para aqueles que buscavam uma justificativa legalista, a última opção parecia oferecer uma solução clara: os nazistas não podiam procurar se abrigar sob o direito do regime nazista se essas leis não pudessem ser consideradas direito de fato.

Diante deste dilema, parte do positivismo jurídico se viu obrigada a conceder que, de fato, leis injustas não poderiam ser leis legítimas. Esse, por exemplo, foi o caso de Gustav Radbruch e sua famosa fórmula.

Antes um positivista, em obras escritas logo após a guerra, Radbruch ofereceu ideias sobre a conexão entre os méritos morais de uma suposta regra e sua validade jurídica. Ele passou a enxergar o positivismo como incapaz de estabelecer a validade das disposições legais. Para ele, as ideias do positivismo, principalmente aquelas relacionadas à autoridade e ao poder de imposição da norma, não seriam capazes de explicar a base para o “dever” da obrigação ou para a validade legal. Como ele próprio coloca:

Positivism is, moreover, in and of itself wholly incapable of establishing the validity of statutes. It claims to have proved the validity of a statute simply by showing that the statute had sufficient power behind it to prevail. But while power may indeed serve as a basis for the ‘must’ of compulsion, it never serves as a basis for the ‘ought’ of obligation or for legal validity. Obligation and legal validity must be based, rather, on a value inherent in the statute. To be sure, one value comes with every positive-law statute without reference to its content: Any statute is always better than no statute at all, since it at least creates legal certainty.⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Ibid., p. 1294.

⁵⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. **Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006. p. 6.

Para Radbruch, o já apontado conflito entre justiça e segurança jurídica poderia ser mais bem resolvido propondo a seguinte limitação: a lei positiva tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto, a menos que o conflito entre a legislação e a justiça chegue a um grau tão intolerável que a lei se torne uma “lei imperfeita”. Onde não há sequer uma tentativa de justiça e todos os seus ideais são traídos na emissão do direito positivo, então a legislação é falha, faltando a ela a própria natureza do direito.⁵⁶⁷ Assim, ele nos fornece uma fórmula, que reproduzimos nas palavras de Brian Bix:

(1) The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as “flawed law,” must yield to justice.

(2) Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely “flawed law,” it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice.⁵⁶⁸

Talvez a característica mais importante da fórmula de Radbruch como expressão de um conceito não positivista de direito seja o fato de não exigir nenhum tipo de ajuste completo entre lei e moralidade. Normas adequadamente emitidas e socialmente eficientes podem muito bem ser uma lei válida, mesmo quando se revelem severamente injustas. Somente quando o limiar de injustiça intolerável é ultrapassado é que normas adequadamente emitidas e socialmente eficazes perdem sua validade legal. Desta maneira, o conceito não positivista de direito cria no direito um limite mais externo. A forma mais curta possível da fórmula de Radbruch seria executada da seguinte maneira: injustiça extrema não é direito.⁵⁶⁹

Como vimos, a fórmula de Radbruch se tornou um dos pontos focais no debate de entre Hart e Fuller. Parte da disputa entre Hart e Fuller a respeito de Radbruch era sobre a

⁵⁶⁷ “The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as ‘flawed law’, must yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory lawlessness and statutes that are valid despite their flaws. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely ‘flawed law’, it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice.” (Ibid., p. 7.)

⁵⁶⁸ BIX, Brian. **Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis**. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 56, p. 45-57, 2011. p. 46.

⁵⁶⁹ ALEXY, Robert. **On the Concept and the Nature of Law**. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008. p. 282.

resposta adequada às leis e regimes iníquos. Hart lê como se Radbruch estivesse incentivando os tribunais a tratar as más leis do regime nazista como se não fossem direito.

Por outro lado, Fuller viu a posição de Radbruch como um compromisso pragmático em responder a uma mudança de um regime maligno e como uma profunda compreensão dos fundamentos morais da natureza do direito. Em particular, Fuller colocou em foco as injustiças processuais, como leis secretas e retroativas que, ele argumentou, eram contrárias à própria natureza do direito.⁵⁷⁰

Hart pensava que as soluções de Radbruch e Fuller estavam erradas. Para ele, aprenderíamos melhor as lições do regime nazista ao perceber que o direito não é necessariamente justo e que ele pode ser moralmente hediondo e ainda fazer parte do direito em si. Hart pensou que esta é uma lição política importante e preocupante que devemos aprender e que estaríamos em bases mais seguras, moral e politicamente, ao estarmos alertas ao fato de que a legalidade nunca é uma garantia de justiça ou firmeza moral.⁵⁷¹

Ao considerar que um sistema iníquo pode empregar os oito desiderata com tanta eficiência quanto um sistema justo, ele aceita que o direito possa dar lugar a regimes iníquos. Para ele, a fórmula dos oito desiderata falha exatamente porque a legalidade não garante que o direito tenha qualquer critério de conformidade moral. Portanto, na teoria de Fuller, o direito não seria capaz de assegurar a justiça plena.⁵⁷²

Fuller responde às objeções de Hart. Ele defende que um compromisso implícito no processo legislativo não é simplesmente um elemento no “modelo conceitual”, mas sim, é uma parte da realidade social. Caso não haja uma obrigação moral socialmente estabelecida de obediência às regras pelos cidadãos, o legislador não prestará atenção em suas próprias limitações. Assim, o legislador não terá qualquer incentivo para aceitar as restrições do Estado de Direito se ele souber que seu súdito não o faz.⁵⁷³

The commitment implied in lawmaking is not, then, simply an element in someone's “conceptual model”; it is a part of social reality. I have been emphasizing that obedience to rules loses its point if the man subject to them knows that the rulemaker will not himself pay any attention to his own enactments. The converse of his proposition must also be kept in mind, namely, that the rulemaker will lack any incentive to accept for himself the restraints of the Rule of Law

⁵⁷⁰ BIX, Brian. *op. cit.*, pp. 48-49.

⁵⁷¹ MARMOR, Andrei. **Legal Positivism**: Still Descriptive and Morally Neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 683-704. 2006. pp. 691-692.

⁵⁷² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Morality of Law by Lon L. Fuller**. *Harvard Law Review*, v. 78, n. 6, p. 1281-1296, 1965. p. 1294.

⁵⁷³ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. p. 219.

if he knows that his subject have no disposition, or lack the capacity, to abide by his rules; it would serve little purpose, for example, to attempt a juristic ordering of relations among the inmates of a lunatic asylum. It is in this sense that the functions of a legal system depends upon a cooperative effort—an effective and responsible interaction—between law-giver and subject.⁵⁷⁴

Hart parece assumir que a única diferença entre a lei nazista e, por exemplo, a lei inglesa, é que os nazistas usaram suas leis para alcançar fins odiosos. Para Fuller essa suposição é equivocada. Ao longo de seu governo os nazistas se beneficiaram de diversos instrumentos como a retroatividade e outros mecanismos estranhos aos sistemas legais ocidentais usuais.⁵⁷⁵ Contudo, isso não se limitou a estas infrações, a própria moralidade do direito nazista era tão frouxa que era difícil saber exatamente o que deve ser considerado uma lei, pois muitas vezes não eram publicadas.

Todavia, as inconsistências vão ainda mais além. Até quando as formas legais se tornavam inconvenientes, era sempre possível que os nazistas as ignorassem completamente e agissem mesmo contra as disposições legais, sem que estivessem sujeitos a quaisquer sanções. Além disso, os tribunais dominados pelos nazistas estavam sempre prontos para desconsiderar qualquer lei, mesmo aquelas promulgadas pelos próprios nazistas, se isso fosse conveniente ou se eles temiam que uma interpretação pudesse incorrer em desagrado do regime.⁵⁷⁶

Para aprofundar essa crítica podemos retomar o argumento de Fuller em relação à fidelidade à lei e suas reflexões sobre o caso *Grudge Informer*. Fuller argumentou que, para lidar com esses dilemas a atenção à moralidade interna teria ajudado os advogados alemães antes da guerra a manter sua fidelidade ao ideal do direito. Além disso, depois da guerra, os juízes alemães poderiam ter lidado melhor com casos como o *Grudge Informer* se tivessem se concentrado na deterioração da legalidade do período.

Essa opção revela uma perspectiva essencial de Fuller para lidar com esses dilemas. Para ele, a importância nos debates se encontra nas implicações práticas diretas do juiz diante de um determinado tipo de caso, mas não, como quer Hart, em um exercício de discricionariedade determinado por fatores externos ao direito. Para Fuller, trata-se de uma escolha sobre a melhor forma de interpretar o direito de forma a sustentar a legalidade.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 219.

⁵⁷⁵ Idem. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply To Professor Hart.** Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 650.

⁵⁷⁶ Ibid. p. 652.

Fuller rejeitou a posição de Hart sobre o dilema dos tribunais do pós-guerra. Isso porque sua solução se equivocaria quando disse que um Tribunal poderia deixar de aplicar uma norma que ele próprio admitisse ser lei. Como Fuller reconheceu, Hart não queria que sua posição fosse implantada por um tribunal, mas por uma legislatura.

Ainda mais importante, Fuller argumenta que o caso *Grudge Informer* só poderia entrar na visão, de Hart na forma de uma contradição, como um exemplo em que há um confronto total entre a justiça e a lei válida. Para Fuller, há pouca diferença entre as posições de Hart e Radbruch. O recurso de Radbruch à uma moralidade que transcende a lei positiva, mas que funciona como um teste para a validade da lei pode, para Fuller, pode ser considerado um fruto tardio do positivismo jurídico alemão. Assim como Hart fez por meio de seu “conteúdo mínimo”, alguém com uma mentalidade positivista pode sentir que a única maneira de do dilema do pós-guerra seria contrapor duas leis, uma delas de caráter moral superior.

Fuller considera que, apesar da crítica veemente de Hart à Radbruch, há uma profunda semelhança entre suas posições. Ambos recorrem à ideia de uma lei moral superior para lidar com os problemas criados pela injustiça legal do passado. Para eles, a lei superior é uma lei que tem o poder ou força para invalidar outra lei. Assim, ambos preferem, de facto, que a solução jurídica venha sob a forma de uma decisão francamente retroativa.⁵⁷⁷

A diferença entre na posição de Radbruch é que ele está preparado para permitir que os juízes façam o que o legislador não fez. Hart e Radbruch, portanto, compartilham uma incapacidade de avaliar a complexidade moral e jurídica da situação dos juízes diante de uma lei injusta. Desde já, isso nos mostra como as posições de Hart e Radbruch, que buscam lidar com esse dilema em mera referência à valores superiores e abstratos, não conseguem lidar com a complexidade de determinar a validade de uma lei no pós-guerra. Esses problemas decorrem exatamente da falha desses autores em identificarem um conteúdos substantivo que possa ser capaz de julgar a validade de uma norma.

Para Fuller, esse é exatamente o papel do juízo de legalidade. No contexto pós guerra, seria a moralidade interna do direito, para ele representada por seus oito critérios de validade, que tornaria capaz um juiz determinar, concretamente, quais leis poderiam ser

⁵⁷⁷ DYZENHAUS, David. **The Grudge Informer Case Revisited**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1000-1034, out. 2008. p. 1018.

aplicadas ou não. Os oito desiderata dariam conta de definir quais as normas válidas e aplicáveis sem recorrer a nenhum fundamento transcendental, mas somente critérios formais de legalidade das normas.

Por essa perspectiva, o caso *Grudge Informer* apoia o raciocínio de Fuller, deixando claro que a legalidade é o terreno mais adequado para lidar com a validade do direito.

Fica claro do debate entre Hart e Fuller que os positivistas fizeram uma concessão. Em *O Conceito de Direito*, Hart se viu obrigado a admitir que as características formais de governança da lei estão intimamente relacionadas com os requisitos de justiça que os advogados chamam de princípios de legalidade e, se isso for o que Fuller chama de conexão necessária entre direito e moral, ele poderia aceitá-la. Ainda, essa concessão se mantém apesar de Hart argumentar haver uma compatibilidade entre legalidade e normas iníquas.

Evidentemente Fuller não nega que leis específicas possam ser promulgadas como instrumentos da política dos poderosos, nem que os poderosos possam usar a lei para determinados fins malignos. Na verdade, ele questiona os positivistas exatamente por sustentarem que qualquer sistema jurídico, de qualquer jurisdição, pode ser usado como um instrumento da política dos poderosos.

Claro, o fato de que leis específicas podem ser usadas como instrumentos do mal põe em questão qualquer alegação de que a legalidade evidencia uma conexão necessária entre a lei e a moralidade. Contudo, a posição de Fuller busca entender exatamente como poderemos lidar com essa lei quando em face ao juízo. A questão é exatamente saber se ela será validada pelo tribunal, mesmo em um contexto de exceção. Como mostra o caso *Grudge Informer*, essas questões não são bem respondidas pelo positivismo jurídico. Enquanto isso, Fuller nos dá uma resposta satisfatória ao considerar que uma lei pode não ser aplicada por um tribunal ao contrariar os critérios da moralidade interna do direito.

Além disso, como vimos, parte significativa do argumento de Hart está baseado na ideia de que um regime iníquo pode, ao mesmo tempo em que atende aos critérios dos oito desiderata, possuir uma atuação iníqua e normas que sejam consideradas injustas. Assim, em sua visão, é possível que um regime injusto pratique todos os atos cruéis em completa observância à legalidade.

Contudo, esta visão não tem se confirmado para o exemplo que estamos discutindo. Na verdade, a prática jurídica do regime nazista, entre 1933 e 1945, mostrou que não existia respeito a esses princípios de legalidade. Muitas vezes, o regime não agia em conformidade com a plena legalidade e com os princípios definidos pelos oito desiderata.⁵⁷⁸

Tais práticas podem ser evidenciadas na existência de diversas situações que contrariavam até mesmo os princípios mais básicos do próprio positivismo, como a existência de leis retroativas, leis secretas, e diversas outras violações às quais o próprio Hart considerava serem princípios de eficiência. Em realidade, foram vivenciadas práticas atentatórias aos princípios do *Rule of Law*, que violavam frontalmente os requisitos formais dos oito desiderata e, conseqüentemente, a moralidade interna ao direito.⁵⁷⁹

Exemplificativamente, no Terceiro Reich foi destituído o princípio do *nulla poena sine lege* com a finalidade de fundamentar a Lei Van der Lubbe, que introduziu a pena de morte retroativa para alguns crimes. Além disso, foram criadas sérias restrições às garantias de liberdades processuais em si, tal como a limitação da ampla defesa e do devido processo legal.

Outro relevante exemplo também pode ser encontrado na dramaturgia de Bertolt Brecht. A obra “Terror e Miséria do Terceiro Reich” apresenta um brilhante panorama do funcionamento da sociedade alemã durante o governo do Terceiro Reich. A peça destaca diversos acontecimentos da vida cotidiana alemã que descrevem, de modo sutil e profundo, a interação das pessoas e do governo nesta sociedade. Em específico, a cena intitulada “Em Busca da Justiça”, descreve o julgamento de um tribunal Alemão, revelando peculiaridades na aplicação do direito durante esse período.⁵⁸⁰

A discussão da cena envolve o dilema de um juiz que deve proferir uma sentença que envolve três soldados da Sturmabteilung (“SA”), Haberle, Schünt e Gaunitzer, um judeu chamado Arndt e seu sócio, que também possui ligações com o regime nazista.

⁵⁷⁸ CAMPOS, Ricardo. **Prefácio à edição brasileira**: o direito na história e o (neo)constitucionalismo tupiniquim. In: STOLLEIS, Michel. *O Direito Público na Alemanha. Uma Introdução à Sua História do Século XVI ao XXI (Linha Direito Comparado, Coleção IDP)*, São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 17-18.; STOLLEIS, Michel. **Recht im Unrecht**: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main, 1994. p. 137.

⁵⁷⁹ FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law**: A Reply To Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, p. 630-672, 1958. p. 652.

⁵⁸⁰ BRECHT, Bertold. **Terror e Miséria do Terceiro Reich**. In: BRECHT, Bertold. *Teatro Completo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, v.5. pp. 206-226.

Na narrativa, os três membros da SA são acusados de depredar a loja do comerciante judeu. Contudo, consta dos relatos que os soldados foram provocados pelo judeu e seu funcionário. Com o desenvolvimento do enredo fica claro que qualquer decisão que o juiz tomar o irá prejudicar e nenhum dos veredictos tomados por ele será satisfatório: de um lado, ele não pode condenar os três membros da SA por depredarem a loja injustamente temendo retaliações do regime; de outro, ele não pode condenar o judeu considerando que houve provocação, pois o sócio também possui fortes laços com o regime nazista. O excerto a seguir descreve bem o seu dilema:

Se fossem pesar todas as palavras de todos os juízes, meu caro Fey! Estou pronto a examinar minuciosamente todos os aspectos da questão, mas preciso ser informado sobre qual a decisão que atende aos interesses mais altos! Se eu deixar claro que o judeu não saiu da loja para ofender ninguém, me indisponho com o proprietário... não, com o sócio do joalheiro... não sei mais nada... E se a provocação partiu do desempregado, é o proprietário que... Não, von Miehl gostaria que... Não vão me mandar para a Pomerânia... Eu sofro de hérnia, não posso ter problemas com a SA, tenho família, Fey! É fácil para minha mulher dizer que eu devo simplesmente apurar os fatos! Se seguisse esse conselho, eu acordaria numa clínica. Se falar do assalto, não devo antes falar da provocação? Em suma, o que é que esperam de mim? É claro que não vou condenar a SA: condenarei o judeu ou o desocupado Wagner. Mas qual deles? Como escolher entre o judeu e o desocupado, ou seja, entre o proprietário e o sócio? Mas para a Pomerânia eu não vou, prefiro o campo de concentração, compreende, Fey? Tudo, menos isso! Por que me olha assim? Não sou acusado de coisa alguma! Estou disposto a tudo!⁵⁸¹

Diante desse dilema ele se pergunta: “Como devo julgar?”. E mais uma vez ele se indaga: “Claro. Segundo o melhor juízo e em plena consciência. Mas neste caso, Fey, como devo escolher? Como?”.⁵⁸²

A narrativa desta cena, bem como do excerto destacado acima, deixa às claras as reiteradas violações praticadas no contexto do governo do Terceiro Reich, tanto ao *Rule of Law* quanto aos princípios básicos de legalidade. O Juiz molda seu julgamento conforme a conveniência de um regime de exceção. Não há devido processo legal e todos os princípios basilares do direito são distorcidos. Não há uma interpretação isenta por parte do juiz.

A função do judiciário em face do governo nazista é completamente distorcida em função dos interesses do regime, de modo que deixa de existir qualquer compromisso com

⁵⁸¹ Ibid., p. 225.

⁵⁸² Ibid., p. 225.

os deveres básicos e formais de legalidade, ou mesmo do *Rule of Law*. Nas próprias palavras do Juiz, a decisão deve atender aos “interesses mais altos” do regime.⁵⁸³

Novamente, aqui podemos lidar com a distinção nos critérios de validade do direito adotados por Hart e Fuller. Conforme já vimos, a posição de Hart e de sua regra de reconhecimento parecem aceitar que um juiz, mesmo diante de um caso no qual existem outros interesses preponderantes para a sua solução estejam em jogo.

Por um lado, a regra de reconhecimento permitiria que qualquer decisão que o juiz tomasse, mesmo que ela de parte completamente do *Rule of Law*, seja considerada juridicamente válida. Por outro, se considerarmos que estamos diante de um caso difícil, a textura aberta do direito definida por Hart permitiria que o juiz tomasse uma decisão com base em seu “poder discricionário”. Assim, em qualquer um dos cenários, a decisão judicial proferida atenderia plenamente aos critérios definidos por Hart para sua validade e poderia ser considerada como integrante do direito.

Mais uma vez, os critérios de validade nos oferecidos por Fuller parecem oferecer uma resposta mais satisfatória para o dilema do juiz. Mais notavelmente, um dos critérios necessários à moralidade interna do direito exige que haja congruência entre a norma declarada e a ação dos oficiais que representam a autoridade. A partir desse critério, é impossível ao juiz atender a moralidade interna do direito se sua decisão for tomada unicamente com base nos “interesses mais altos” do regime.

A posição de Fuller, além de questionar a legitimidade jurídica de um julgamento com essas bases, também apresenta a solução mais adequada para a preservação do *Rule of Law*. Essa situação, mais uma vez, mostra que os critérios definidos pelos oito desiderata têm como função precípua garantir que as normas de um determinado sistema, bem como os comandos proferidos por suas autoridades, tenham uma congruência minimamente satisfatória ao *Rule of Law*. Tais requisitos garantem que determinado sistema somente possa ser considerado legitimamente jurídico aqueles que se aproximem do arquétipo do direito, por seus critérios de validade.

Enquanto a posição de Hart nos apresenta uma resposta abstrata, baseada unicamente na aceitação dos oficiais às normas proferidas por aquilo que ele considera como “autoridade” (que, nesse caso, inclusive parecer ter interesses para que o caso seja resolvido de um modo ou de outro), Fuller é capaz de nos dar critérios concretos que são capazes de

⁵⁸³ Ibid., p. 225.

rejeitar plenamente decisões que sejam tomadas ao arrepio do sistema legal e de qualquer critério mínimo de congruência que o direito deve ter.

Todos esses argumentos revelam maneiras distintas de se lidar com o dilema jurídico do pós-guerra. No entanto, eles giram em torno de um esclarecimento principal: considerando os atos terríveis que aconteceram no regime nazista, a moral deve ser incluída como critério de validade do direito? Longe de oferecermos uma resposta definitiva para este problema, nos parece que os argumentos de Lon Fuller foram capazes de apresentar uma resposta mais consistente. Enquanto Hart insiste em desconsiderar algumas das claras violações desse regime contra os próprios fundamentos do direito positivo, a posição de Fuller busca garantir a observância de critérios jurídicos mínimos para que o direito seja válido. Visto isto, bem como retomando todas as nossas considerações até o momento, passemos ao tópico conclusivo.

6. CONCLUSÃO

Percorremos uma longa trajetória com o objetivo de investigar as relações entre algumas definições de direito e as diferentes respostas apresentadas sobre o debate entre a vinculação e separação entre direito e moral.

No capítulo introdutório nos preocupamos em mostrar que a principal divergência entre essas correntes e, notavelmente, a discordância entre as teses da separação e da vinculação envolve basicamente um debate sobre a validade do direito e quais os melhores parâmetros para essa avaliação. Para tanto, vimos como a pragmática jurídica nos leva a julgar a existência de um sistema jurídico a partir da relação metacomplementar de uma norma. Essa fato nos leva a entender a validade como o cometimento do receptor ao comando normativo.

Sendo assim, diferentes modelos teóricos sobre o direito, em última análise, nos fornecem parâmetros para distinguir quais normas devem ou não ser aplicadas, de modo que eles se concentram dentro da tarefa de sistematizar critérios que permitem a identificação do direito, ou seja, definir sua validade.⁵⁸⁴ A partir disso, nossa questão passou a intentar compreender se, considerando essa relação de cometimento à norma, a validade do direito deverá ou não incluir critérios morais.

Resgatamos, então, alguns aspectos dos mais clássicos debates da teoria do direito. Identificamos, em um primeiro polo, que as teorias positivistas defendem a tese da separação, ou seja, que não incluíram reflexões sobre conformidade moral em seus critérios de validação da norma.⁵⁸⁵ No outro polo, verificamos que as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação, pela qual somente poderá ser considerada integrante do sistema jurídico uma norma que atenda a critérios morais de validação, em que há uma conexão necessária entre validade legal e méritos e deméritos morais ou correção e incorreta moral.⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷

Para prosseguir nesta análise, escolhermos analisar mais cuidadosamente os fundamentos do debate contemporâneo da teoria do direito. Procedemos à exposição da origem e da contextualização do debate pós-positivista através de um de seus principais autores,

⁵⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 285.

⁵⁸⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁸⁷ ALEXY, Robert. **On the Concept and the Nature of Law**. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008. pp. 284-285.

H.L.A. Hart. Ao expor a teoria de Hart fomos capazes de analisar alguns dos aspectos e linhas teóricas mais relevantes do positivismo jurídico do século XX. Ao longo desse estudo, vimos que o pensamento deste autor propôs uma quebra de paradigma em relação ao positivismo analítico do século XIX. Ele abordou a natureza do direito a partir de uma perspectiva hermenêutica, interpretando regras não apenas como modos prescritivos, mas como práticas contextuais cotidianas. Como vimos, algumas das principais contribuições de Hart estão ligas à sua regra de reconhecimento.

A partir desse marco teórico, Hart foi capaz de reformular grande parte do debate da teoria do direito e estabeleceu o fundamento para as discussões da jurisprudência do século XX. Sua teoria não só abriu novas frentes de pensamento dentro do positivismo jurídico, mas também inspirou diversos pensadores críticos a ele e, inclusive, abriu espaço para uma nova geração de jusnaturalistas.

A regra de reconhecimento de Hart rompeu com o conceito imperativista do direito, clássico do positivismo do século XIX, propondo uma nova e importante interpretação baseada no aspecto crítico que o receptor da norma tem. Partindo das distinções ente “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”, Hart foi capaz de distinguir as obrigações que meramente decorrem de uma ameaça e aquelas que estão ligadas ao sistema jurídico. Além disso, Hart nos mostrou a importância do aspecto subjetivo que cada uma dessas situações traz. Na esfera psicológica, os cidadão irão entender uma norma como válida quando, a partir do ponto vista interno, compreendam aquela norma como obrigatória.

Apesar da grande inovação proposta por Hart, também vimos que a regra de reconhecimento pode sofrer várias crítica, especialmente por sua falta de conteúdo substantivo, e sua incapacidade de lidar com certas situações limítrofe.

Diante disto, analisamos mais cuidadosamente uma séria de objeções que se preocuparam em rebater a pretensão descritiva do positivismo. Em linhas gerais, isso nos revelou que seus opositores se preocupam em grande parte com o que direito deve nos dizer, não apenas o que seria vantajoso, exigindo um determinado comportamento.⁵⁸⁸ Para eles, a existência de uma regra de reconhecimento, que não inclui um critério moral, não pode funcionar como critério de validação do direito.

⁵⁸⁸ GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005. p. 13.

Em uma das objeções mais notáveis, elegemos trabalhar como referencial teórico Lon Fuller, crítico contumaz do positivismo de Hart. Para tanto, nos concentramos na descrição de um dos principais debates travados na teoria do direito, aquele que contrapõe as teorias de Herbert Hart e Lon Fuller. Como vimos, Fuller formulou importantes objeções à teoria de Hart e apresentou uma nova versão para os fundamentos do direito.

Ao longo dessa reflexão, mostramos como a regra de reconhecimento adota parâmetros insuficiente para funcionar como um critério substantivo de validade do direito. A partir dos exemplos explorados por Fuller, fomos capazes de enxergar como ela permite que um sistema que contém sérios defeitos, possa ser legitimamente considerado direito.

A crítica teórica de Fuller, que parte de uma extensão do exemplo do Rei Rex, nos propõe o modelo dos oito desiderata.⁵⁸⁹ Para ele, nem todas as regras poderiam ser legitimamente tratadas como direito, mas somente aquelas que obedecem a alguns critérios mínimos e definidos de validade.⁵⁹⁰

Essa função seria atendida por oito critérios determinados e de caráter formal. Tratam-se de critérios de validade que definem que para um sistema jurídico existir devem haver (i) regras, as regras devem ser (ii) publicadas, (iii) prospectivas, (iv) inteligíveis, (v) livres de conflito e contradição; (vi) possíveis de cumprir, (vii) não sofrerem alterações constantes e devendo haver (viii) congruência entre a regra declarada e a ação oficial.⁵⁹¹

Na tese de Fuller, a existência dos oito desiderata cria uma aproximação do direito com uma moralidade aspiracional, algo que ele chamou de “*inner morality of law*”.⁵⁹² Ele explica que a moralidade interna, exercida a partir dos oito desiderata do direito, garante que leis injustas não sejam aprovadas e que, em decorrência, as leis injustas irão se distanciar completamente dos oito desiderata.⁵⁹³ Mais uma vez, os oito desiderata funcionam como um modelo de arquétipo, no qual um sistema poderá ser considerado jurídico em função de um grau mínimo de atendimento a esses critérios e à moralidade interna do direito.

Após essa exposição mais detalhada, adotamos um importante exemplo interdisciplinar para sustentar a posição de Fuller. Assim, demonstramos, agora a partir da obra de Ber-

⁵⁸⁹ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965. p. 39.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁹¹ SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008. p. 65.

⁵⁹² FULLER, Lon L. *op cit.*, pp. 41-43.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 159.

told Brecht, que a regra de reconhecimento não é suficiente para oferecer critérios de validade das normas e pode, inclusive, levar à validação de situações absurdas como se fossem sistemas jurídicos. Ao analisar o tribunal presidido pelo juiz Azdak, verificamos que a despeito de diversos julgamentos que beiram o absurdo, os oficiais e cidadãos daquela comunidade pareciam acatar aquela figura pitoresca e suas sentenças como uma legítima figura de autoridade.

Isso deixou mais uma vez claro que a partir da regra de reconhecimento se julgaria que o sistema regido por Azdak pode ser plenamente considerado direito, mesmo se atender à critérios mínimos de juridicidade e segurança jurídica. Enquanto isso, os oito desiderata propostos por Fuller seriam capazes de evidenciar a falta de congruência desse sistema e tolher seu caráter pretensamente jurídico.

A partir disso, analisamos mais cuidadosamente algumas objeções pontuais à teoria de Fuller, propusemos um modelo alternativo de autoridade, agora definido com base na autoridade dos textos legais, e mostramos o equívoco de Hart ao definir o papel da linguagem no direito.

Tendo esse quadro teórico montado, no tópico seguinte passamos a aplicar a teoria de Fuller àquilo identificado como “*Rule of Law*”, bem como suas variantes. Para tanto, apresentamos linhas gerais de sua tipologia e sua principal função: a limitação do poder do estado e a garantia da igualdade de aplicação do direito a todos. Nesta análise, fomos capazes de verificar que a teoria de Fuller é congruente com esse modelo e que os oito desiderata traduzem com precisão essa função, sendo que a realização do *Rule of Law* está intimamente ligada a seu atendimento.⁵⁹⁴

Em razão disto, concluímos que Rule of Law é um valor instrumental e moralmente valioso,⁵⁹⁵ principalmente considerando a exigência de que o estado trate igualmente a todas as matérias legais, independente de quem são ou do cargo que ocupam.⁵⁹⁶

Finalmente, no tópico derradeiro, apresentamos a descrição de algumas situações concretas, especialmente ligadas a regimes de exceção, para corroborar nossos argumentos e validar tanto a tese de Fuller quanto a objeção feita à regra de reconhecimento de Hart.

⁵⁹⁴ MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. Law And Philosophy, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005. p. 241.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 239.

⁵⁹⁶ GOWDER, Paul. **The Rule of Law and Equality**. Law and Philosophy, v. 32, p. 565-618, 2013. pp. 565-566.

Especificamente nesse ponto analisamos mais cuidadosamente as respostas oferecidas por Hart e Fuller em relação ao dilema do pós-guerra. Para tanto, vimos como os dois autores apresentaram seus argumentos tanto em relação ao sistema jurídico alemão durante o nazismo, quanto sobre os julgamentos ocorridos no pós-guerra.

Para essa exposição, exploramos mais cuidadosamente o Terceiro Reich Alemão, também levando em conta a descrição feita por Bertold Brecht na obra “Terror e Miséria do Terceiro Reich”, na cena “Em Busca da Justiça”.⁵⁹⁷

Ao analisar um tribunal alemão que vivia um evidente conflito sobre como decidir um caso, fomos capazes de compreender que a posição de Hart permite que um juiz julgue determinado caso mesmo que seu juízo seja baseado unicamente nos interesses do regime. A resposta de Fuller, em oposição, nos pareceu oferecer uma boa resposta ao exigir congruência entre a norma declarada e o pronunciamento do magistrado.

Toda essa análise nos deixou claro que a resposta oferecida por Hart está pronta para aceitar que um sistema jurídico possa conviver mesmo com situações de extrema exceção e ofensa à legalidade, desde que obedeça ao seu “conteúdo mínimo”. Em contrapartida, Fuller consegue lidar mais adequadamente com essa complexidade ao demonstrar que o regime nazista, ao não atender aos oito desiderata, poderá ter sua validade com sistema jurídico questionada.

Não somente isso, mas enquanto a posição de Hart nos apresenta uma resposta abstrata, baseada unicamente na aceitação dos oficiais às normas proferidas por aquilo que ele considera como “autoridade” (que, nesse caso, inclusive parecer ter interesses para que o caso seja resolvido de um modo ou de outro), Fuller é capaz de nos dar critérios concretos que são capazes de rejeitar plenamente decisões que sejam tomadas ao arrepio do sistema legal e de qualquer critério mínimo de congruência que o direito deve ter.

Por todas essas críticas, oferecemos uma interpretação sobre a falha do positivismo em explicar as atrocidades cometidas durante o Nazismo, bem como os problemas de considerar que um sistema moralmente hediondo possa ser considerado direito. Como vimos, o argumento de Hart está baseado na ideia de que um regime iníquo pode, ao mesmo tempo em que atende aos critérios dos oito desiderata, possuir uma atuação iníqua e normas que sejam consideradas injustas.

⁵⁹⁷ BRECHT, Bertold. **Terror e Miséria do Terceiro Reich**. In: BRECHT, Bertold. Teatro Completo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, v.5.

Essa descrição nos mostrou que Hart estava equivocado. Normalmente regimes hediondos não possuem nenhum grau de conformidade aos oito desiderata. Além disso, na dramaturgia apresentada ficou claro como o sistema judicial nazista era completamente distorcido, que todos os princípios basilares do direito não eram respeitados e que não havia interpretação isenta por parte do juiz, que julgava conforme a conveniência de um regime de exceção.

Todos esses pontos nos permitem concluir que a teoria ofertada por Lon Fuller apresenta uma narrativa teórica consistente e coerente, capaz de formar uma forte alternativa ao pensamento desenvolvido por Hart.

Apesar de todos os méritos da teoria de Hart, a contraposição dos dois autores revelou uma preponderância dos argumentos de Fuller, especialmente quando considerada a regra de reconhecimento e a função teórica de se fornecer um critério para a validade do direito. Diferente de Hart, o paradigma dos oito desiderata parece oferecer critérios concretos e mais bem fundamentados para se definir um padrão de validade da norma. Além disso, os desiderata, diferente da proposta de Hart, não permitem a validação de regimes iníquos ou que, como vimos através da obra de Brecht, nem sequer se aproximam do status de direito.

Essa alternativa também enfatiza com maior completude a ligação do direito com os valores sistêmicos associados à limitação do poder característica do *Rule of Law*. Enquanto o positivismo de Raz propõe que o *Rule of Law* funciona como uma mera garantia contra a aplicação arbitrária da lei, que representa uma propriedade com a qual o direito deve estar em conformidade, mas que em alguns momentos pode ser violada, Fuller nos apresenta uma descrição de como o *Rule of Law*, a partir dos valores sistêmicos dos oito desiderata, impõe a exigência de que o estado trate igualmente todas as matérias legais.

Desse modo, ficou claro que o valor do direito para uma comunidade é a base para as conexões necessárias entre lei e moralidade. A caracterização do direito e do *Rule of Law*, desde que esteja em congruência com os oito desiderata, permite a qualquer pessoa razoável ver valor em todo sistema jurídico.⁵⁹⁸ Esta congruência nos permite afirmar que, mesmo que as autoridades tenham arbítrio sobre uma determinada jurisdição, o

⁵⁹⁸ ENDICOTT, Timothy. **The Subsidiarity of Law and The Obligation to Obey**. The American Journal of Jurisprudence, v. 50, p. 233-248, 2005. p. 242.

escopo de sua autoridade é determinado e limitado, do qual depende sua utilidade para os sujeitos da lei.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Ibid., p. 247.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison**. Ratio Juris, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

ALEXY, Robert. **On the Concept and the Nature of Law**. Ratio Juris, v. 21, n. 3, p. 281-299, set. 2008.

ALEXY, Robert. **On the Structure of Legal Principles**. Ratio Juris, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

ALEXY, Robert. **On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique**. Ratio Juris, v. 13, n. 2, p. 138-147, jun. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. London: Oxford University Press, 2010.

ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. Ratio Juris, v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.

ALEXY, Robert. **The Nature of Legal Philosophy**. Ratio Juris, v. 17, n. 2, p. 156-167, jun. 2004.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence**. Cambridge: Hakett Publishing Company Inc., 1998.

BENTHAM, Jeremy. **Introduction to the Principles of Morals and Legislations**. Oxford: Clarendon Press. 1907.

BIX, Brian. **Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?** Ratio Juris, v. 16 n. 3, p. 281–295, set. 2003.

BIX, Brian. **Form and Formalism: The View from Legal Theory**. Ratio Juris, v. 20 n. 1, p. 45–55, mar. 2007.

BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the "Open Texture" of Language**. *Law and Philosophy*, v. 10, n. 1, p. 51-72, fev. 1991.

BIX, Brian. **H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory**. *Southern Methodist University Law Review*, Dallas, v. 52, p. 167-199, 1999.

BIX, Brian. **John Austin and Constructing Theories of Law**. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 24, p. 431-440, 2011.

BIX, Brian. **Natural Law Theory: The Modern Tradition**. In: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (eds.). *Oxford Handbook of Jurisprudence And Philosophy Of Law*, Oxford University Press, 2002. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=199928> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.199928>.

BIX, Brian. **Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate**. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 12, p. 17-33, 1999.

BIX, Brian. **Positively Positivism: Legal Positivism in American Jurisprudence** by Anthony J. Sebok. *Virginia Law Review*, v. 85, n. 5, p. 889-923, ago. 1999.

BIX, Brian. **Radbruch's Formula and Conceptual Analysis**. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 56, p. 45-57, 2011.

BRECHT, Bertold. **Teatro Completo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, v.5.

BRECHT, Bertolt. **Teatro Completo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. v. 9.

CANE, Peter. **Public Law in The Concept of Law**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 33, n. 4, p. 649-674, 2003.

COLEMAN, Jules. **Beyond Inclusive Legal Positivism**. *Ratio Juris*, v. 22, n. 3, p. 359-494, set. 2009.

COLEMAN, Jules. **Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 4, p. 581-608, 2007.

COLEMAN, Jules. **Negative and Positive Positivism**. The University of Chicago Press, *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 139-164, jan. 1982.

- COLEMAN, Jules. **The Architecture of Jurisprudence**. The Yale Law Journal, v. 121, p. 2-81, 2011.
- COLEMAN, Jules; SIMCHEN, Ori. **“Law”**. Cambridge University Press, Legal Theory, v. 9, n. 1, p 1 – 41, mar. 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. SANTORO, Emilio (orgs). **O Estado de Direito: História, Teoria e Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **"Natural" Law Revisited**. University of Florida Law Review, v. 34, n.2, p. 165-188, 1981-1982.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 24, n. 1, p. 1-37, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Replies**. Oxford University Press, Analysis Reviews, v. 73, n. 1, p. 139–146, jan. 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Thirty Years on**. Harvard Law Review, v. 115, n. 6, p. 1655-1687, abr. 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DYZENHAUS, David. **The Grudge Informer Case Revisited**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1000-1034, out. 2008.
- ENDICOTT, Timothy. **Law Is Necessarily Vague**. Cambridge University Press, Legal Theory, v. 7, n. 4, p. 379-385, dez. 2001.
- ENDICOTT, Timothy. **The Reason of The Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 48, p. 83-106, 2003.

ENDICOTT, Timothy. **The Subsidiarity of Law and The Obligation to Obey**. The American Journal of Jurisprudence, v. 50, p. 233-248, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FINNIS, John. **Coexisting normative orders? Yes, but no**. The American Journal of Jurisprudence, v. 57, p. 111-117, 2012.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. **Natural Law Theory: Its Past and Its Present**. The American Journal of Jurisprudence, v. 57, p. 81-101, 2012.

FINNIS, John. **Reason, Revelation, Universality and Particularity in Ethics**. The American Journal of Jurisprudence, v. 53, p. 23-48, 2008.

FREEMAN, Michael. **Truth and Justice in Bertolt Brecht**. Cardozo Studies in Law and Literature, v. 11, n. 2, p. 197-214, 1999.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. London: Yale University Press, 1965.

FULLER, Lon. **American Legal Realism**. Proceedings of the American Philosophical Society, v. 76, n. 2, p. 191-235, 1936.

FULLER, Lon. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart**. Harvard Law Review, v. 71, p. 630-672, 1958.

GARDNER, John. **Legal Positivism: 5 1/2 Myths**. The American Journal of Jurisprudence, v. 46, p. 199-227, 2001.

GARDNER, John. **Nearly Natural Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 52, p. 1-23, 2007.

GARDNER, John. **The Legality of Law**. Ratio Juris, v. 17, n. 2, p. 168–181, 2004.

GOWDER, Paul. **The Rule of Law and Equality**. Law and Philosophy, v. 32, p. 565-618, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREEN, Leslie. **Positivism and Conventionalism**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 12, p. 35-52, 1999.

GREEN, Leslie. **Positivism and the Inseparability of Law and Morals**. New York University Law Review, v. 83, n. 4, p. 1035-1058, out. 2005.

GREEN, Leslie. **Should Law Improve Morality?** Criminal Law and Philosophy, v. 7, p. 473–494, 2013.

GREEN, Leslie. **The Nature of Law Today: Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy**. by David Dyzenhaus; **Natural Law Theory: Contemporary Essays**. by Robert P. George; **Law and Objectivity**. by Kent Greenwalt; **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life**. by Frederick Schauer; **Norm and Nature: The Movements of Legal Thought**. by Roger Shiner. The American Political Science Review, v. 88, n. 1, p. 206-210, mar. 1994.

GREEN, Leslie. **What Is a Dictator?** Oxford University Press, Analysis, v. 45, n. 2, p. 125-128, mar. 1985.

HACKER, P. M. S. **Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy**. Oxford: Blackwell, 1996.

HACKING, Ian. **Por Que a Linguagem Interessa a Filosofia?** São Paulo: UNESP. 1999.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer**. University of Pennsylvania Law Review, v. 105, n. 7, p. 953-975, mai. 1967.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Are There Any Natural Rights?** The Philosophical Review, v. 64, n. 2, p. 175-191, abr. 1955.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Bentham and the United States of America**. Journal of Law and Economics, v. 19, n. 3, 1776: The Revolution in Social Thought, p. 547-567, out. 1976.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Bentham on Legal Powers**. The Yale Law Journal, v. 81, n. 5, p. 799-822, abr. 1972.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Bentham. by Ross Harrison.** Oxford University Press, Mind, New Series, v. 94, n. 373, p. 153-158, jan. 1985.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Between Utility and Rights.** Columbia Law Review, v. 79, n. 5, p. 828-846, jun. 1979.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Justice.** Cambridge University Press. Philosophy, v. 28, n. 107, p. 348-352, out. 1953.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals.** Harvard Law Review, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Scandinavian Realism.** The Cambridge Law Journal, v. 17, n. 2, p. 233-240, nov. 1959.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Morality of Law by Lon L. Fuller.** Harvard Law Review, v. 78, n. 6, p. 1281-1296, 1965.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Visita a Kelsen.** Lua Nova, n. 64, p. 153-177, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio.** Lisboa: Europa-América, 2003.

HILL, Linda. **The Love of Life, Justice, and Scandal:** Azdak in Brecht's "Der kaukasische Kreidekreis". German Studies Review, v. 2, v. 3, p. 317-330, 1979.

HURD, Heidi M. **Challenging Authority.** The Yale Law Journal, v. 100, n. 6, p. 1611-1677, abr. 1991.

HURD, Heidi M. **O Combate Moral.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **A Justiça e Direito Natural.** 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. **Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics.** The American Political Science Review, v. 42, n. 5, p. 906-914, out. 1948.

KELSEN, Hans. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law.** The Yale Law Journal, v. 57, n. 3, p. 377-390, jan. 1948.

KELSEN, Hans. **On the Basic Norm.** California Law Review, v. 47, p. 107-110, 1959.

KELSEN, Hans. **On the theory of interpretation**. Legal Studies, v. 10, n. 2, p. 127-135, jul. 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

KELSEN, Hans. **The Law as a Specific Social Technique**. The University of Chicago Law Review, v. 9, n. 1, p. 75-97, dez. 1941.

KELSEN, Hans. **The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence**. Harvard Law Review, v. 55, p. 44-70, 1941.

LEITER, Brian. **Positivism, Formalism, Realism**. Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok. Columbia Law Review, v. 99, n. 4, p. 1138-1164, mai.1999.

LIND. Douglas. **Azdak, The Rascal Judge**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 12, n. 2, p. 223-252, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes - Selo Martins, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **The Concept of Society**. Thesis Eleven, Zürich, v. 67, n. 31, p.67-80, June 2014.

LYONS, David. **Founders and Foundations of Legal Positivism**. Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory by H. L. A. Hart; John Austin by W. L. Morison Review. *Michigan Law Review*, v. 82, n. 4, p. 722-739. 1984.

LYONS, David. **Open Texture and The Possibility of Legal Interpretation**. *Law and Philosophy*, v. 18, p. 297–309, 1999.

LYONS, David. **Principles, Positivism, and Legal Theory**. Taking Rights Seriously by Ronald Dworkin. *The Yale Law Journal*, v. 87, n. 2, p. 415-435, dez. 1977.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart. Tradução de Cláudia Santana Martins**. Revisão técnica de Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 207.

MANRIQUE, Ricardo García. **Autonomy and the Rule of Law**. *Ratio Juris*, v. 20, n. 2, p. 280-301, 2007.

MARMOR, Andrei. **Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4. p. 683–704. 2006.

MARMOR, Andrei. **The Separation Thesis and the Limits of Interpretation**. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 12, p. 135-150, 1999.

MCCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon, 1978.

MCGINN, Marie. **Elucidating the Tractatus: Wittgenstein's Early Philosophy of Logic and Language**. Oxford: Clarendon Press, 2006.

MCGINN, Marie. **Routledge Philosophy GuideBook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1997.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. **Aceitação e Objetividade: Uma Comparação Entre as Teses de Hart e do Positivismo Precedente Sobre a Linguagem e o Conhecimento do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MITROPHANOUS, Eleni. **Soft Positivism**. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 17, p. 621-641, 1997.

MOORE, Michel S. **A Natural Law Theory of Interpretation**. *South Carolina Law Review*, v. 58, p. 277-398, 1985.

MOORE, Michel S. **Four Reflections on Law and Morality**. William And Mary Law Review, v. 48, p. 1523-1569, 2006-2007.

MOORE, Michel S. **Legal Principles Revisited**. Iowa Law Review, v. 82, p. 867-891, 1997.

MOORE, Michel S. **Legal Reality: A Naturalist Approach To Legal Ontology**. Kluwer Academic Publishers. Law and Philosophy v. 21, p. 619–705, 2002.

MOORE, Michel S. **Metaphysics, Epistemology and Legal Theory**. A Matter Of Principle. By Ronald Dworkin. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1985. p. 425. South Carolina Law Review, v. 60, n. 2, p. 453-506, 1986-1987.

MORISON, W. L. **Some Myth about Positivism**. The Yale Law Journal, v. 68, n. 2, p. 212-233, dez. 1958.

MURPHY, Colleen. **Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law**. Law And Philosophy, New York, v. 24, n. 3, p.239-262, Mai 2005.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hércules e Hidra: Princípios e Regras Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à Autoridade da Lei: A Relação Existente entre Poder, Obediência e Subversão**. 2. ed. São Paulo: Edição do Autor, 2015.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

POUND, Roscoe. **Law and Morals**. I. The Historical View. Oxford University Press. Journal of Social Forces, v. 1, n. 4, p. 350-359, mai. 1923.

POUND, Roscoe. **Law and Morals**. II. The Analytical View. Oxford University Press. Journal of Social Forces, v. 1, n. 5, p. 528-537, set. 1923.

RADBRUCH, Gustav. **Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

RAZ, Joseph. **About Morality and The Nature of Law**. The American Journal of Jurisprudence, v. 48, p. 1-15, 2003.

RAZ, Joseph. **Authority and Consent**. Virginia Law Review, v. 67, n. 1, The Symposium in Honor of A. D. Woosley: Law and Obedience, p. 103-131, fev. 1981.

RAZ, Joseph. **Authority and Justification**. Philosophy & Public Affairs, v. 14, n. 1, p. 3-29, 1985.

RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. The Yale Law Journal, v. 81, n. 5, p. 823-854, abr. 1972.

RAZ, Joseph. **Legal Rights**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 4, n. 1, p. 1-21, 1984.

RAZ, Joseph. **O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistemas Jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. New York: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The Identity of Legal Systems**. California Law Review, v. 59, p. 795-815, 1971.

RAZ, Joseph. **The Morality of Obedience: A Theory of Law by Philip Soper**. Michigan Law Review, v. 83, n. 4, Survey of Books Relating to the Law, p. 732-749, fev. 1985.

REGAN, Donald. **Reasons, Authority, and the Meaning of "Obey"**: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 3, p. 3-28, 1990.

ROSE, Jonathan. **The Rule of Law in the Western World: An Overview**. Journal of Social Philosophy, v. 35 n. 4, p. 457-470, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

SCHAUER, Frederick. **(Re) Taking Hart**. Harvard Law Review, v. 119, p. 852-883, 2006.

SCHAUER, Frederick. **A Critical Guide to Vehicles in The Park**. New York University Law Review, v. 83, p. 1109-1134, out. 2008.

SCHAUER, Frederick. **Easy Cases**. Southern California Law Review, v. 58, p. 399-440, 1985.

SCHAUER, Frederick. **Formalism**. The Yale Law Journal, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

SCHAUER, Frederick. **Fuller's Internal Point of View**. Law and Philosophy, v. 13, n. 3, Special Issue on Lon Fuller, p. 285-312, ago. 1994.

SCHAUER, Frederick. **On the Open Texture Of Law**. Grazer Philosophische Studien, v. 87, p. 197–215, 2013.

SCHAUER, Frederick. **Positivism Before Hart**. Canadian Journal of Law & Jurisprudence, v. 24, p. 455-471, 2013.

SCHAUER, Frederick. **Rights as Rules**. Law and Philosophy, v. 6, n. 1, p. 115-119, abr. 1987.

SCHAUER, Frederick. **Rules, The Rule of Law, and the Constitution**. Const. Comment. v. 6, p. 69-85, 1989.

SCHAUER, Frederick. **The Questions of Authority**. The Georgetown Law Journal, v. 81, p. 95-115, 1992-1993.

SCHAUER, Frederick. **The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 25, n. 3, p. 439-501, 2005.

SCHAUER, Frederick. **Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law**. Ratio Juris, v. 23, n. 1, p. 1-21, mar. 2010.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. **Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire**. William & Mary Law Review, v. 48, n. 1, p. 1579-1603, 2006-2007.

SCHMITZ, François. **Wittgenstein**. São Paulo: Estação Liberdade, 2004.

SHAPIRO, Scott. **Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?** *Ratio Juris*, v. 22, n. 3, p. 326-338, set. 2009.

SIMMONDS, Nigel. **Law as a Moral Idea**. New York: Oxford, 2008.

SIMMONDS, Nigel. **Rights, socialism and liberalism**. University of Virginia Law Library, *Legal Studies*, v. 5, n. 1, p. 1-9, 1985.

STACE, W. T. **Positivism**. *Mind, New Series*, v. 53, n. 211, p. 215-237, jul. 1944.

STOLLEIS, Michel. **O Direito Público na Alemanha**. Uma Introdução à Sua História do Século XVI ao XXI (Linha Direito Comparado, Coleção IDP), São Paulo: Saraiva, 2018.

STOLLEIS, Michel. **Recht im Unrecht**: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main, 1994.

SUMMERS, Robert. **'Is' and 'Ought' in Legal Philosophy**. *The Philosophical Quarterly*, v. 13, n. 51, p. 157-161, abr. 1963.

SUMMERS, Robert. **How Law Is Formal and Why It Matters**. *Cornell Law Review*, v. 82, p. 1165-1229, 1996-1997.

SUMMERS, Robert. **Logic in the Law**. Oxford University Press, *Mind, New Series*, v. 72, n. 286, p. 254-258, abr. 1963.

SUMMERS, Robert. **Professor Fuller's jurisprudence and America's dominant philosophy of law**. *Harvard Law Review*, v. 92, p. 433-449, 1978.

SUMMERS, Robert. **The Formal Character of Law**. *The Cambridge Law Journal*, v. 51, n. 2, p. 242-262, jul. 1992.

SUMMERS, Robert. **The Place of Form in the Fundamentals of Law**. *Ratio Juris*, v. 14 n. 1, p. 106-129, mar. 2001.

SUMMERS, Robert. **The Principles of The Rule of Law**. *Notre Dame Law Review*, v. 74, p. 1691-1711, 1998-1999.

SUMMERS, Robert. **The Technique Element in Law**. *California Law Review*, v. 59, p. 733-751, 1971.

TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VECCHIO, Giorgio del. **The Formal Bases of Law**. Boston: The Boston Book Company, 1914.

WISDOM, J. O. **Positivism**. *Mind, New Series*, v. 54, n. 213, p. 65-70, jan. 1945.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas/Philosophische Untersuchungen**: Edição Bilíngue Alemão/Portugês. Tradução de João José R. L. de Almeida. Wittgenstein Translations. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. 4th ed. Edited by P. M. S. Hacker and Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: EDUSP, 2001.