

HART E A VIRADA LINGUÍSTICA NA FILOSOFIA DO DIREITO: DA ANÁLISE DO DIREITO POSITIVO ÀS REGRAS DE RECONHECIMENTO

Ms. Samuel Santos Soares¹

HART AND THE LINGUISTIC TURN IN THE PHILO-
SOPHY OF LAW: FROM THE ANALYSIS OF POSITIVE
LAW TO THE RULES OF RECOGNITION

RESUMO: Este artigo pretende mostrar que a tipografia filosófica do pensamento de Herbert Hart marca uma provocação direta sobre os limites da linguagem jurídica, isto é, a estrutura interpretativa realizada pela força discricionária do poder judicial. Para mostrarmos tal questão, analisamos inicialmente a influência da natureza do Direito positivo de Austin para, na sequência, esclarecer os problemas encontrados na relação entre regras primárias e regras secundárias. Em que pese a leitura dos trabalhos de Wittgenstein, Hart assume o argumento de que a estrutura jurídica permanece aberta, mesmo que isso signifique estar dentro de certos limites sociais e morais. Por fim, discutimos como a leitura de Hart sobre a relação linguagem/direito é recepcionada no ambiente do positivismo jurídico, particularmente nas respostas a posição de Dworkin.

PALAVRAS-CHAVE: Direito positivo. Linguagem. Filosofia. Regras de Reconhecimento.

ABSTRACT: This article intends to show that the philosophical typography of Herbert Hart's thought marks a direct provocation about the limits of legal language, that is, the interpretative structure carried out by the discretionary power of the judiciary. In order to show this issue, we initially analyze the influence of the nature of Austin's positive law to, in the sequence, clarify the problems encountered in the relationship between primary rules and secondary rules. Despite the reading of Wittgenstein's works, Hart assumes the argument that the legal structure remains open, even if that means being within certain social and moral limits. Finally, we discuss how Hart's reading of the relationship between language and law is received in the legal positivism environment, particularly in responses to Dworkin's position.

KEYWORDS: Positive law. Language. Philosophy. Recognition Rules.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é contribuir com uma análise sobre o modo como o Direito é estruturado

¹ Mestrando em Filosofia pela PUCPR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduando Licenciatura - Formação Pedagógica em Filosofia pela Universidade Uniasselvi. Pós-graduado Lato Sensu em Gestão Escolar Integrada e Práticas Pedagógicas pela UNIMAIS Faculdade Educamais. Pós-graduado Lato Sensu em Ensino da Filosofia pela FAMART Faculdade de Administração, Ciências e Educação. Bacharel em Filosofia pela UNIFAE Centro Franciscano Universitário. Email:samuelsantossoares09@gmail.com

a partir da leitura positivista moderada de Hart. Ao estilo wittgensteiniano, Hart procura colocar a análise jurídica sob o prisma de uma investigação gramatical, isto é, na extensão conceitual que as regras jurídicas podem estabelecer sobre o âmbito da conduta humana. Por isso, a preocupação de Hart está na concepção que constitui e qualifica o Direito enquanto estrutura do sistema jurídico.

A questão norteadora deste ensaio, portanto, é mostrar como Hart compreende o Direito a partir da análise das regras que o constituem. Por isso, a proposta de Hart, primeiramente, é afastar-se da teoria imperativa de Austin para, na sequência, mostrar como a questão semântica é o horizonte para a determinação do sentido das regras jurídicas. Esta é a proposta de Hart de apreciação do modelo do Direito deixado por Austin. O objetivo de Hart é analisar a questão semântica da linguagem com a proposta filosófica de investigar as regras que fundamentam o conceito de Direito.

Hart, portanto, analisa a filosofia de Austin e propõe que a força do direito não é um instrumento suficiente para mostrar como o sistema jurídico funciona. Assim, embora “esta teoria consista na pretensão de que a chave da compreensão do Direito se encontra na noção simples de uma ordem baseada em ameaças, que o próprio Austin denominou comando” (HART, 1994, p.21), o que fica explícito é que a intenção de Austin é de esclarecer que o Direito é um conjunto de ordens sobre o sujeito. A resposta oferecida por Hart é que Austin deixa claro que o sujeito é obrigado a obedecer querendo ou não as ordens baseadas na ameaça e a se submeter aos comandos.

Ainda que Hart (1994) deixa claro que a textura aberta para o Direito concede aos funcionários da lei autonomia para criar leis pelas quais as decisões não se tornam precedentes, mas possibilitam poder de decisão para o juiz e os demais funcionários da justiça. De acordo com Morrison (2006, p.423-424), “Hart introduz uma ideia sobre a qual Austin não se manifestou em detalhe, isto é, a noção de que as leis são regras e que um sistema jurídico é um conjunto complexo de regras”. Por isso Hart aponta para as leis e diz que as leis são fontes de Direito e concedem ao juiz autonomia para comandar a sociedade e as ações jurídicas implicam no agir de acordo com o Direito.

1 LINGUAGEM E PROPOSIÇÕES ACERCA DO DIREITO POSITIVO

É especialmente na obra *The Concept of Law* que Hart apresenta a sua compreensão do Direito como fenômeno eminentemente linguístico, isto é, interpretativo. A definição do conceito de Direito é delimitada pela linguagem que é expressa pelos funcionários do sistema jurídico. Assim, a dificuldade na compreensão do conceito de Direito, segundo o que se observará no pensamento de Hart, deve-se ao fato de que coerção e o poder discricionário estabelecem as bases que legitimam o seu funcionamento. A critério de investigação, a pressuposição perseguida neste ensaio, portanto, consiste em indicar as linhas interpretativas do pensamento de Hart a partir da forma como Austin concebia o fenômeno jurídico.

Porque o seu objetivo não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornece uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais (HART, 1994, p.21-22).

Assim Hart propõem uma apreciação da temática das regras ao fazer menção ao sistema jurídico. Hart (1994) faz uma divisão entre os tipos de regras, das quais estão as regras de reconhecimento, igualmente as proposições que fazem uma provocação ao sistema jurídico com sua linguagem coercitiva. Segundo os apontamentos de Hart, a existência de um tribunal gera a subsistência de uma linguagem associada as regras secundárias que outorga jurisdição a autoridade nas sentenças.

Seguindo a reflexão de Morrison (2006), Hart estava disposto a levar adiante o objetivo de trabalhar a ideia de que o Direito é uma realidade social que apresenta uma certa complexidade, ou seja, os aspectos apresentados demonstram que os elementos do conceito de Direito, faz distinção do que é a realidade a partir do comportamento das pessoas com as decisões das instituições jurídicas.

De modo complementar ao pensamento de Hart, Araújo diz que:

A práxis da linguagem ocupa o lugar do esquema proposição/estado de coisa. A proposição não faz nada de especial, a pergunta de Wittgenstein não é pelo que está escondido, pela essência da linguagem ou do mundo. A resposta à pergunta pelo que é a linguagem, pelo que é a proposição não pode ser dada definitivamente e independente de experiências futuras. Diz-se com razão que a proposição é algo notável, mas seduzidos pela lógica da linguagem acaba-se por considerar a proposição como única, extraordinária, como havendo algo de puro para ligar signos proposicionais e fatos, ou para purificar e sublimar os signos. (2020, p.18).

Nas palavras de Araújo (2020) a análise dos conceitos, é feita a partir do segundo Wittgenstein que estuda a estrutura da linguagem. O princípio que inicia uma investigação das proposições racionalmente apresentadas nos elementos que compõem a forma estrutural da sentença e a relação que existe entre as partes, é o fio condutor que sustenta que tanto Wittgenstein quanto Hart desenvolveram suas reflexões com base na análise da linguagem de forma prática, ou seja, através da investigação lógica de comunicar o mundo por meio do contexto da realidade. Por isso, Hart busca avaliar a linguagem jurídica para que possa haver concordância entre a descrição do discurso e os acontecimentos na sociedade.

Este aspecto das coisas arranca a alguns um grito de desespero: como podemos demonstrar que as disposições fundamentais de uma constituição, que são sem dúvida direito, o são realmente? Outros respondem com a insistência em que na base dos sistemas jurídicos está algo que é 'não direito', que é 'pré-jurídico', 'meta-jurídico' ou é 'apenas fato político'. Tal desconforto é um sinal seguro de que as categorias usadas para a descrição desta característica muito importante em qualquer sistema de direito são demasiado grosseiras. O argumento para chegar à regra de reconhecimento 'direito' é o de que a regra que faculta os critérios para a identificação das outras regras do sistema pode bem ser concebida como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, digna ela mesma de se chamar 'direito'; o argumento em favor de a considerar 'fato' é o de que afirmar que tal regra existe é, na verdade, produzir uma afirmação externa de um fato real dizendo respeito à maneira por que as regras de um sistema 'eficaz' são identificadas. Qualquer destes aspectos merece atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos: 'direito' ou 'fato'. Em vez disso, devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efetiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar o direito (HART, 1994, p.123)

Conforme o pensamento de Hart (1994) existem duas condições suficientes para a validade do sistema jurídico. Por um lado, a legalidade é vista a partir das regras de comportamento que devem ser obedecidas e as regras de reconhecimento que asseguram os critérios da juridicidade. O sistema jurídico se põe na abertura do exercício do poder discricionário, em vista da autoridade das regras estabelecidas. Na concepção de Hart, o poder discricionário é amplo e a forma de aplicação da regra conclui uma escolha que passa pelo critério arbitrário.

Assim, Hart diz que a textura aberta do Direito concede aos tribunais um poder de criar Direito; essa questão é mais importante do que às decisões ou ações dos funcionários jurídicos. Hart (1994, p.335) descreve que o juiz usa o direito e aplica o “direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”. O apontamento de Hart na obra citada, o tempo inteiro sustenta um modelo analítico que começa anteriormente nas investigações de Austin. O que Hart faz é dar sequência as investigações de Austin, mesmo que houvesse uma certa divergência em alguns pontos.

A partir da regra de reconhecimento, de todas aquelas outras regras de julgamento, alteração (pública e privada) e de obrigações ou deveres que são válidos como referência aos critérios de validade contidos na regra de reconhecimento” (MACCORMICK, 2010, p.37).

Segundo MacCormick, na posição filosófica de Austin, a norma fundamental pela qual a pessoa conduz suas ações é a obediência. A pressuposição que caracteriza a obediência como uma norma geral é concebida a partir do critério da análise da linguagem. Assim, por um lado, a compreensão do Direito parte da imposição normativa. Nas palavras de Hart (1994, p.17), “as regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra”. A grosso modo, o que Hart diz sobre a definição apresentada nos limites da linguagem sobre as regras em discussão está caracterizado na compreensão do Direito.

Se justiça é felicidade, uma ordem social justa é impossível se justiça significa felicidade

individual. Mas uma ordem social justa é impossível mesmo na suposição de que ela tenta trazer, não a felicidade individual de cada um, mas a maior felicidade possível para o maior número possível de indivíduos. Esta é a famosa definição de justiça do filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (KELSEN, 2000, p.3).

O exemplo citado por Kelsen (2000) causa inquietação, pois temos uma sociedade individualista até mesmo nos meios jurídicos, nos quais existem contradições referentes àquilo que prescreve a lei e àquilo que se aplica na prática. Quando o indivíduo sustenta uma argumentação que visa o Direito só para si mesmo, é mais que necessário questionar que tipo de compreensão este sujeito tem sobre o Direito.

Para Morrison (2006, p.272), “a utilidade não é apenas um instrumento para se avaliar o que o direito deveria ser; é a chave para se demonstrar de que modo a interação social realmente cria o direito do modo como ele é” e a dúvida sobre o que de fato é o Direito esbarra nos limites sociais, pois a questão em discussão é sobre o que o Direito é e não o que ele pode ser ou deveria ser.

Diferentes filosofias morais oferecem diferentes justificativas para o princípio da igualdade. A questão é considerada aqui a fim de ilustrar os problemas filosóficos que surgem na crítica do direito, em relação ao lugar relativo das noções de utilidade e justiça. O princípio central do utilitarismo, na medida em que proporciona uma crítica moral do Direito, pode ser formulado como a doutrina de que só existe um vício nas organizações jurídicas, a saber, que elas não produzem a maior felicidade total possível à população dentro de sua abrangência. O conceito de um total de felicidade ou prazer ou satisfação está, obviamente, aberto a objeções bem conhecidas. (MACCORMICK, 2010, p.129)

Segundo MacCormick (2010), a justificativa sobre as possibilidades que a filosofia no campo da moral oferece, nos mostra que o problema que sempre acontece no tema do Direito está atrelado ao modo como os juristas utilizam a lei para fazer justiça. O que é feito na utilização do Direito, para chegar a realizar uma ação de Direito, entra no assunto da utilidade, pois a crítica vai de encontro com a organização jurídica e o modo como os funcionários da lei agem perante uma realidade na qual as ações não podem sair do objeto moral. A linguagem é mediadora neste ponto para esclarecer o papel da sociedade na utilização do Direito de

modo que a esta não sofra nem um tipo de moléstia.

O que ele estuda também é uma atividade conceitual e linguística em sua própria essência. Por isso a tentativa de Hart, assim como a de outros, de esclarecer a natureza da ordem jurídica é forçosamente, pelo menos em parte, linguística em seu foco e preocupação (MACCORMICK, 2010, p.26).

Seguindo a reflexão de MacCormick (2010), Hart considera a linguagem como chave que abre o diálogo entre a compreensão filosófica na busca pelo entendimento do Direito e o valor prático filosófico que dele provém, isto é, a necessidade que a linguagem tem de deixar claro qual é o papel da justiça diante das situações e contextos que se apresentam diante dela. De modo a complementar ao pensamento de Hart, é que as contribuições sobre os jogos da linguagem e da investigação das proposições feita por Wittgenstein, somam no arcabouço da teoria do Direito como uma valorização da linguagem do sistema jurídico.

Para Peruzzo Junior, (2018, p.3) “Hart mostra ter despertado de seu ‘sono dogmático’ atribuindo ao pensamento wittgensteiniano a função e o papel de reconhecer e fazer cumprir a legalidade necessária para o sistema legal”. Hart percebeu que a validade do sistema é legítimo e sustenta a linguagem e mantém a coerência de sua aplicação enquanto frente às exigências do Direito.

A teoria e o critério de Hart sobre a linguagem, têm fundamento no segundo Wittgenstein e no sistema de regras primárias e secundárias, que são meios aos quais a relação categórica do dever ser e do ser se fundamenta no Direito que diferencia um do outro e é o princípio de causalidade. Toda causa é geradora de

³ Tradução nossa.

consequência, ou de um efeito. De acordo com Hart,

para uma característica mais importante da maioria dos conceitos empíricos e não apenas conceitos jurídicos, ou seja, não temos como enquadrar as regras da linguagem que estão prontas em todas as possibilidades imagináveis (1983, p.280).

A proposta de Hart (1994) pretende mostrar que a validade de uma regra é o elemento que determina a estrutura funcional da ideia de Direito. É evidente que sem o entendimento de como funciona a estrutura linguística desta regra, de nada serve a crítica. A tipografia de Hart a partir do Direito se encarregou de transmitir que a linguagem no jogo das regras tem um papel importante. A delimitação dos problemas existentes ao serem apresentados de acordo com a realidade se põem como uma textura aberta do Direito.

Parafraseando MacCormick (2010) conforme o conceito de Direito em Hart, as regras tornando-se moldadas pela linguagem, dispõem de ‘textura aberta’ e em algumas vezes são vazias. Sendo assim é necessário ter clareza que a condição social em termos de Direito é subjetiva e se limita na estrutura da linguagem. A concepção que se tem sobre a validade da linguagem, ainda está no campo da moralidade, compreendendo que a moral pode ser variável segundo os aspectos culturais e sociais.

Nas palavras de Araújo (2020, p.15) “o ponto de partida é a proposição analisada logicamente, e isso se faz mostrando as partes que a compõem, a sintaxe ou forma estrutural de uma sentença e a relação dela com as partes dos fatos” apresentam um outro lado da análise da linguagem por meio dos códigos e regras. A partir da proposta sobre a linguagem, reconhecer as estruturas da forma linguística é, em outras palavras, lançar uma crítica positiva ao propósito que demanda integridade e coerência no julgamento de um crime, seja ele com um teor de primeira instância a ser resolvido ou de segunda instância a ser julgado.

Segundo Peruzzo Júnior (2018, p.7) “o positivismo moderado de Hart apresenta evidências deste

⁴ Tradução nossa.

⁵ Tradução nossa.

problema e considera a moralidade um fator muito importante para a resolução de casos complexos aparentemente não atingidos pelos limites da legalidade”. Hart considera a moralidade como meio de solucionar problemas complexos e deixa clara a importância dos limites estabelecidos pela legalidade.

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 a caso (HART, 1994, p.148).

A concepção hartiana, de textura aberta tem seu significado atrelado à concepção de Direito apresentado nos fenômenos sociais. O que determina a aplicação de uma lei, segundo a ótica filosófica de Hart, é na verdade o cumprimento e adesão à justiça, isto é, reconhecer que é necessária a valorização da mesma na busca pela aplicação e reconhecimento da causa nobre que é, em primeiro lugar, o agir de acordo com a lei. Nas palavras de Kramer (2013, p.7) “algumas leis são diretamente determinadas por referência a outras leis que, por sua vez, são diretamente determinadas por referência a ainda mais profundas ou por referência à própria Regra de Reconhecimento final”. É preciso ter em mente o reconhecimento como mola propulsora da eficácia da lei. A saber, toda lei tem seu fundamento e princípio na efetivação e realização da regra como forma de fazer a justiça acontecer.

A partir da análise feita por Hart (1994), nota-se que é preciso desmistificar a linguagem que descreve uma imagem endeusada do Direito. Assim como argumentou Hart a norma é um conceito austiniiano que apresenta o direito como uma lei. A efetivação de uma norma em um determinado contexto social, tem sua validade na aplicação e efeito causal.

A preocupação de Hart está na concepção que constitui e qualifica o Direito enquanto estrutura das práticas jurídicas. É através dessa preocupação que vem a análise para clarear os paradigmas que surgem no funcionamento do sistema judicial. Uma vez desenvolvidas ‘essas questões anteriores’, “o que temos é um

⁶ Tradução nossa.

exemplo claro e central de ‘ordem jurídica’ ou ‘sistema jurídico’. Isso é tudo o que é necessário para cumprir a tarefa que ele estabeleceu para si mesmo na Teoria Analítica do Direito” (MACCORMICK, 2010, p.148). Desta forma, é importante questionar os excessos que existem e que são evidentes na aplicação do Direito. No entanto, o legado de Hart vai além do reconhecimento do positivismo de Kelsen e se coloca no desafio de apresentar argumentos objetivos acerca do Direito.

É por meio das leis, segundo Hart, que todas as instituições recebem um certo grau de reconhecimento que vem das normas do Direito. Assim como argumenta Hart (2001, p.343) o “problema da normatividade do direito é, portanto, apontar para o fenômeno da aceitação, onde a aceitação não precisa ser fundamentada em razões morais”.

Nas palavras de Baratella e Peruzzo Júnior, percebe-se que

o Direito comporta normas primárias, que advêm de hábitos de obediência e refletem uma prática social fundada nos costumes e nas crenças comuns, tornando, portanto, necessária a participação das pessoas na validade de tais fundamentos (2021, p.3).

Analisando com atenção, é evidente que, na concepção do Direito em Hart, as regras, assim como a obediência, educam o sujeito social a uma convivência juridicamente ordenada. Os princípios, que são necessariamente normativos, são aqueles que conduzem a pessoa a uma obediência consciente de que é por meio das regras que a comunidade se organiza mantendo um ordenamento.

A provocação de Hart faz menção ao pensamento de Bentham. Assim diz Morrison (2016, p.2) que “Bentham argumentou que ninguém pode estar sob uma obrigação legal sem a ameaça de punição. Na verdade, essa ameaça é, disse ele, o que constitui ‘obrigação’, que é, portanto, sinônimo de ‘punição’”. Obedecer

⁷ Tradução nossa.

⁸ Tradução nossa.

a um dado ordenamento é, antes de tudo, reconhecer o Direito estabelecido, pois o que vemos na prática é se as pessoas não agir de acordo com o que é de obrigação, não resta dúvida que quem está fora da obediência será punido.

2 DO PARADIGMA COMO FENÔMENO DO DIREITO À ANÁLISE DAS REGRAS DE RECONHECIMENTO.

A tipografia de Hart (1994) apresenta um argumento sobre os aspectos característicos do Direito como um fenômeno social. Assim Hart (1994, p.308) afirma que “tal teoria descritiva do direito deve ser no fim das contas, semântica”. Por outras palavras, Hart esclarece quais são as características dos fenômenos sociais que são analisadas hermeneuticamente para oferecer uma resposta de excelência sobre a verdade das proposições.

O que é visto neste desdobramento é que os contornos do fenômeno social ainda estão atrelados ao Direito naturalista. Na questão jurídica o Direito só é válido a partir de uma produção estatal, ou seja, é o tecnicismo do direito que comanda o jogo. A linguagem do Direito chega a ser como a filosofia hartiana que evidencia que as proposições do Direito positivo determinam qual a intenção da utilidade do Direito.

Segundo Baratella e Peruzzo Júnior (2021), o que sustenta os argumentos de Hart, referente à legalidade, é a importância notada na norma ou regra aplicada na vida do sujeito. Uma regra primária, por exemplo, implica uma mudança no modo de ação e comportamento humano. Assim,

a partir daquilo que considera ser a filosofia analítica do Direito, o filósofo constata a insatisfação, confusão e incerteza de um ordenamento jurídico com apenas regras primárias, e desenvolve o método de interpretação jurídica pautado nas regras secundárias que ampliam o horizonte do sistema jurídico (BARATELLA e PERUZZO JUNIOR, 2021, p.3).

O argumento usado por Hart, de acordo com Baratella e Peruzzo Junior (2021), faz referência à ciên-

cia da filosofia do Direito. A clareza das regras que fazem parte de toda organização jurídica e do modo como elas são estruturadas enquanto regras primárias e secundárias servem para delimitar o modo como Hart trata sobre o conceito de Direito. Contudo, ambos concordam que há uma confusão no modo como o filósofo apresenta sua interpretação referente às regras. É por meio da análise como método de avaliação que se pode chegar ao entendimento e conhecimento de todas as regras, ou então uma boa parte delas.

Hart é apresentado em uma perspectiva filosófica e demonstra um certo desprazer para com a interpretação sobre o Direito. “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” (HART, 1994, p.104). A proposta que Hart faz sobre a regra de reconhecimento é que, para chegarmos a uma noção de tal complexidade da regra primária, é necessário reconhecer a problemática que está por trás dela.

O sistema jurídico não é o protagonista do Direito, é a própria sociedade que do Direito se utiliza e cria suas diretrizes. Conforme o pensamento de Hart (1994, p.335) “os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito”. A argumentação de Hart apresenta uma crítica ao sistema jurídico fazendo referência ao poder que emana do povo, ao dizer que somente tem direito de criar Direito, o povo, por seus representantes eleitos democraticamente.

Quando a questão é a legitimidade das leis é perceptível o que está por trás da narrativa de Austin, que é a natureza do Direito. “A legitimidade é necessária para a efetividade de um ordenamento coercitivo devendo primar por um governo legítimo para que a obediência se assente em princípios republicanos” (ALMEIDA, 2022, p.225). O que Austin deixou claro é que uma lei coercitiva serve para ordenar a ação do sujeito na convivência. E os princípios republicanos se fundamentam em um Estado democrático. Quando um transgressor tenta violar qualquer Direito do Estado, é necessário que o sistema jurídico esteja funcionando, para que se obtenha uma proteção e defesa dos direitos de cada instituição.

A expressão “um Estado” não é o nome de qualquer pessoa ou coisa intrinsecamente, ou “por natureza”, fora do Direito; é um modo de referir dois fatos: em primeiro lugar, que a população habitando num território vive sob aquela forma de governo ordenado, conferida por um sistema jurídico com a sua estrutura característica de poder legislativo, tribunais e regras primárias; e, em segundo lugar, que o governo goza de um grau de independência vagamente definido (HART, 1994, p.237).

Segundo Hart, ‘um Estado’ é a população que habita em um território e vive sob o comando de um governo eleito. Diferente do que Austin apresenta que é uma sociedade constituída por um povo que é subordinado a um Soberano que a subjuga a partir de sua vontade. É contraditória a organização política do Estado, seja ele moderno ou o exemplo de um sistema de governo monárquico que reduz esse povo a um mero objeto da vontade do Soberano, em vista de um modelo de Direito que é sinônimo de violência.

O fato é que todo povo, ao viver em um Estado moderno soberano, tem a liberdade de escolher que tipo de governo venha a administrar as instituições públicas. Hart deixa claro que o Direito salvaguarda a dignidade do Estado e confere ao sistema jurídico sua funcionalidade. A estrutura de um sistema que legisle a partir de regras primárias tem em si a autonomia de fazer funcionar todas as instituições que fazem parte do setor público. O sistema jurídico exerce um certo poder sobre as demais instituições do Estado e confere autoridade e a guardiania da Constituição.

Conforme o pensamento de Hart, pode-se afirmar que o governo goza de um certo grau de independência, mas este está submetido aos ditames das leis que são aprovadas pelo legislativo. O poder judiciário é, em outras palavras, exercido para que o Estado possa existir. Portanto o que Hart quer deixar claro, é que a regra de reconhecimento só faz sentido se houver a funcionalidade e soberania do Estado. Isto se faz a partir das regras que são suporte para que o sistema exista sem a intervenção de qualquer ameaça à sua soberania. O poder legislativo, com sua autoridade e interdependência ao corpo jurídico, busca conciliar o Direito com as leis concretas, estabelecendo ordens para que o Governo as cumpra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A textura aberta do Direito, conforme procuramos mostrar, é o espaço em que há margem para a tomada de decisão. Nele se encontra a possibilidade de na obra *O conceito de Direito* apresentar a partir da maneira como Austin desenvolveu seu pensamento de acordo com as investigações sobre o que é o Direito. É a partir de Austin, que Hart afirma que as fronteiras impostam ao sistema jurídico são os próprios limites da linguagem.

Para Hart, a obrigação é um conceito usado como um suporte que Austin se apoiou para dizer acerca de como funciona o sistema jurídico. Conforme o pensamento de Hart, a obrigação é fruto da situação e / ou pressão social. A população por meio de seus representantes, agem para que o Direito seja efetivo. Hart deixa claro que o Direito vai além das regras normativas e que os limites impostos a ação da pessoa é o paradigma que surge na compreensão do Direito.

Nas palavras de Hart (1994), o Direito é compreendido como parte da moral e da justiça. A visão do Direito apresentado por Hart contribuir para esclarecer que o direito concede a pessoa o reconhecimento da legalidade de seu Direito. Assim, como argumentou Hart, em muitos pontos o modelo de direito apresentado por Austin é concebido como ordens coercitivas do Soberano. Deste modo, o novo rumo que a teoria jurídica tomou com os argumentos de Hart é que as penas e as variedades de direito, bem como as leis, diferem-se dos aspectos das ameaças e do sistema de coerção.

Segundo Hart (1994), o Direito é, a partir de suas regras primárias e secundárias uma condição na perspectiva da promoção social, ou seja, a regra que reconhece uma pessoa dotada de direito, visa o progresso da vida social da pessoa de acordo com as possibilidades.

A pretensão de Hart, conforme mostramos, é apresentar o Conceito de Direito a partir da regra de reconhecimento que sustenta e valida a teoria jurídica. O pensamento hartiano contribui no entendimento sobre a utilidade das regras primárias de obrigação que serve para tratar as situações complexas na socieda-

de. As regras secundárias do sistema jurídico são identificadas pelas referências dos critérios estabelecidos como medida de solucionar os problemas. Hart, deixa claro que o protagonista do Direito é a própria sociedade que responde democraticamente as exigências impostas por meios das regras.

Conforme o pensamento de Hart, a questão linguística não é o único limite para ser analisado. A referência sobre as regras secundárias fornece uma atitude de respeito que vem do reconhecimento dos tribunais e autoridades. A interpretação que qualifica o Direito a partir das regras visa racionalmente superar a incompreensão que surge em torno do sistema jurídico. A concepção filosófica de Hart sobre a textura aberta do Direito, portanto, apresentará a linguagem como um meio de comunicação em vista da efetivação das regras.

De acordo com Hart (1994), a textura aberta do direito significa que as áreas de conduta devem ser desenvolvidas pelos tribunais e pelos funcionários que determinam a variedade entre os casos.

Como Hart afirma a união das regras primárias e secundárias concedem uma visão importante sobre as ordens baseadas nas ameaças como ponto de entendimento na compreensão do Direito, aqui fica claro que Hart não teve a pretensão de superar as teorias de Austin, mas desenvolver seu pensamento crítico com base em suas argumentações.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, J. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive Law*. London: John Murray, 1985.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Wittgenstein: “conhecimento” na relação entre linguagem e realidade. In: PERUZZO JÚNIOR, Léo. VALLE, Bortolo. MARTINEZ, Horácio Luján (Org.). **Wittgenstein: perspectivas**. 2.ed. Curitiba: CRV, 2020. 174p.

ALMEIDA, Juliana Fischer de. Estado de direito e sua instrumentalização na construção do espaço público. In: BRÍGIDO, Edimar. GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Filosofia do Direito em Perspectiva**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2022.

BARATELLA, Ângelo Fernandes. PERUZZO JÚNIOR, Léo. “A penumbra do direito e a questão normativa das regras”. **Revista Perspectiva Filosófica**. v. 48, n. 1, 2021, pp.265-289.

BRAZ, Márcia Ivo. CARVALHO, Nelly Medeiros. Estudos Terminológicos e aplicações da Filosofia da Linguagem. **Revista Iris – Informação, Memória e Tecnologia**. Recife, v. 3, n. especial, p. 7-25, 2014/2017.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**. 2011. 135p. Dissertação (Mestrado em filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CAMPOS, Fernando Rosa. **Filosofia da Linguagem do Século XX no Conceito de Direito de Herbert Hart**. 2018. 129f. Dissertação (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. **O positivismo jurídico de Hans Kelsen e o papel da Axiologia jurídica na teoria tridimensional de Miguel Reale**. v. 4, n.4, p. 3-14, 2008. Disponível em: <http://inter-temas.toledoprudente.edu.br> . Acesso em: 11 mar. 2023.

GOMES, George Alexandre Freire. **A crítica cética do positivismo jurídico ao liberalismo clássico por Kelsen e a resposta de Dworkin segundo a leitura moral da constituição**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford University Press: Clarendon Press, 2. ed., com post-script, 1961. O Conceito de Direito. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. 384p.

, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford, 1983; ed. online, Oxford Academic, 22 de março de 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001>. Acesso em: 11 de mar. de 2023.

KELSEN, H. 1881-1973. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 282p.

, Hans. **What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of science collected**. Berkeley: Originally Publisher. University of California Press, 1957. 398p.

KRAMER, Matthew Henry. **In Defense of Hart**. Legal theory, v.19, Special Issue 4. Shapiro's legality, December 2013. Cambridge University press, 2014. pp. 370-402.

KAPLAN, Jeffrey. Attitude and the normativity of Law. **Law and Philosophy**. Core, University of North Carolina at Greensboro, v. 36 n. 5. 2017, pp. 469-493.

MACCORMICK, N. **H.L.A. Hart**. 2. ed. Tradução Cláudia Santana Martins; Revisão técnica Carla Henriette Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MORRISON, W. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 1. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 672p.

MORRISON, Andrew Stumpf. Law is the command of the Sovereign: H. L. A. Hart Reconsidered. **Revista Ratio Juris**. Oxford. v.29, n.3, set. 2016. p.364-384.

PERUZZO JÚNIOR, Léo. Linguagem, Intencionalidade e Textura Aberta do Direito: Da Dogmática Penal à Crítica Filosófica. **Lenguaje y Dogmática Penal**. In: PERUZZO JÚNIOR, Léo.; BUSATO, Paulo César (Org.). Valencia – Espanha: Tirant lo Blanch, 2019.

, Léo. **Language and open texture of law in the philosophy of Herbert Hart**. Peri, v. 10. n. 01. p.151-164. 2018. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/download/1204/2310>. Acesso em: 11 de mar. 2023.

, Léo. Hart e o direito como união de normas primárias e secundárias In: BRÍGIDO, E.; GUNTHER, L. E. (Org.). **Filosofia do Direito em Perspectiva**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2022.

VALLE, Bortolo. Ludwig Wittgenstein: linguagem ordinária e cultura. **Revista Plurais – Virtual**, Anápolis, v. 8, n. 3 – p. 491-501. set. /dez. 2018.

WITTGENSTEIN, L. **Tratado Lógico-Filosófico Investigações Filosóficas**. 2. Ed. Tradução: M. S. Lourenço. Lisboa: edição da Fundação Calouste Gulbenhian, 1995. 611p.

DESDE 1980



FAACULTADADE VICENTINA