

2

Colocação do Problema

Antes de analisar o conceito do ponto de vista interno, é necessário dar um passo atrás para situá-lo no contexto do livro *O Conceito de Direito*; é necessário contextualizar a discussão – porque Hart utiliza esse conceito tendo em vista um problema ou um erro que quer solucionar. Toda teoria do direito é construída com o intuito de solucionar os erros das teorias anteriores. Como diz Noel Struchiner:

Tradicionalmente, o que tem movimentado as diferentes teorias [do direito] é a questão do erro, ou seja, uma determinada teoria ou perspectiva entra em cena para apontar os erros que acredita ter identificado em outra(s) e substituí-la(s) como a detentora da verdade ou a melhor apresentação do direito (2008, p. 318).

Em linhas gerais, o intuito de Hart em *O Conceito de Direito*, como está explicitado no prefácio da obra¹, é apontar os erros dos modelos simples de sistema jurídico, abrindo espaço para a sua própria concepção – um modelo mais elaborado de sistema jurídico. É difícil precisar exatamente o que Hart entende por “modelos simples de sistema jurídico”; esse é um termo muito vago. Apesar de claramente criticar John Austin e a teoria imperativa do direito, também é possível encontrar críticas a Oliver Wendell Holmes e ao realismo jurídico, Alf Ross e ao realismo escandinavo, e a Hans Kelsen a sua teoria pura do direito. Todas essas teorias possuem traços distintos importantes, o que parece impossibilitar qualquer unidade entre elas – mas, se olharmos para as semelhanças, será possível compreender o que Hart quis dizer com “modelos simples de sistema jurídico”. Segundo Scott Shapiro, há um ponto em comum em todas essas teorias: a importância dada às sanções. Todas essas teorias podem ser consideradas como teorias jurídicas baseadas em sanções:

¹ “Na verdade, boa parte deste livro se ocupa das deficiências de um modelo simples de sistema jurídico construído de acordo com a teoria imperativa de Austin” (Hart, 2009, p. X).

Antes de H. L. A. Hart, todas as figuras centrais da tradição do positivismo jurídico subscreveram as teorias jurídicas baseadas em sanções. Famosamente, John Austin concebeu as regras jurídicas como ameaças apoiadas por sanções, e enxergou os enunciados sobre obrigações jurídicas como previsões de que tais sanções seriam aplicadas. Embora Hans Kelsen procurasse explicar o direito e as obrigações em termos de regras jurídicas, essas regras eram entendidas como diretivas para as cortes aplicarem as sanções. Adotando uma posição híbrida, Alf Ross compreendeu o direito como regras endereçadas aos tribunais direcionando o uso de sanções, e compreendeu os enunciados sobre validade jurídica como previsões de que tais regras jurídicas seriam aplicadas (Shapiro, 2000, p. 197).

Essa concepção sobre o direito é perfeitamente ilustrada no texto “O Direito como Técnica Social Específica”, de Hans Kelsen (2000, p. 21-42). Segundo o autor da teoria pura do direito, o direito possui como função principal regular a conduta humana². Essa regulação se dá através de motivações indiretas, que são aquelas regidas pelos princípios da recompensa e da punição. É fácil encontrar exemplos de motivações indiretas: um exemplo de motivação por recompensa é quando a mãe diz para o filho “se você comer todo o almoço, eu deixarei você comer sorvete”; e um exemplo de motivação por punição é quando a mãe diz para o filho “se você sair na chuva estará de castigo”. Da mesma forma que a mãe motiva seu filho nos exemplos apresentadas, o direito também irá regular o comportamento das pessoas através de recompensas e punições: o direito pode recompensar aquele que pagar o IPTU antes da data de vencimento com um determinado desconto; e pode punir alguém por cometer um ato ilícito (como um homicídio).

Para Kelsen, o direito se utiliza da motivação indireta porque não se pode esperar que as pessoas obedeçam ao direito somente por motivações diretas (Kelsen, 2000, p. 22). As motivações diretas surgem quando a ordem social determina uma conduta sem atrelar a ela uma recompensa em caso de obediência ou uma punição em caso de desobediência; nesses casos, as pessoas obedecem a um padrão social de conduta simplesmente porque acreditam que essa conduta é vantajosa não somente para elas próprias, mas também para toda sociedade.

² “A função de toda ordem social, de toda sociedade – porque a sociedade nada mais é que uma ordem social – é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos: fazer com que eles se abstenham de certos atos que, por alguma razão, são considerados nocivos à sociedade, e fazer com que executem outros que, por alguma razão, são considerados úteis à sociedade” (Kelsen, 2000, p. 21).

Segundo Kelsen, o direito não pode se utilizar de motivações diretas porque o conteúdo de suas regras não é, na maioria dos casos, atraente para as pessoas (basta imaginar a obrigação de pagar tributos, por exemplo). Portanto, não se pode esperar que elas cumpram com o que foi determinado pelo simples fato de estar determinado; é necessário motivar o comportamento através de recompensas ou punições. E, entre essas duas formas de motivação indireta, as punições são muito mais freqüentes – porque são mais eficazes. A punição trabalha com um motivador muito forte – o medo. Já a recompensa é vaga, e depende de certa dose de esperança.

Nessa visão do direito, as pessoas obedecem as determinações do direito pelo medo das sanções que serão aplicadas em caso de desobediência. Em uma fórmula simples: as pessoas obedecem ao direito porque ele irá sancionar aqueles que não o fizeram; e como as pessoas não querem ser sancionadas, acabam por cumprir as suas determinações.

É essa visão do direito – intrinsecamente conectada às sanções – que Hart busca combater em *O Conceito de Direito*. O principal erro dessa visão é englobar somente uma parcela do fenômeno jurídico, e não a sua totalidade. É verdade que algumas pessoas obedecem ao direito porque ele irá aplicar sanção em caso de desobediência; mas não são todas, pois existem pessoas que obedecem ao direito sem se importarem para a existência de sanções ou recompensas. Explicar o direito e forma como ele é compreendido pelas pessoas através das sanções é uma forma de diminuir sua notável complexidade.

Não somente a teoria pura do direito, mas todas as teorias jurídicas baseadas em sanções reduzem o fenômeno jurídico. E esse é o principal alvo de Hart: o reducionismo. Todas as contribuições apresentadas em *O Conceito de Direito* são uma forma de eliminar com o reducionismo. Sua intenção é, basicamente, construir uma teoria *geral* do direito, que consiga representar toda a complexidade da prática jurídica da forma como ela é compreendida não somente pelos operadores do direito, mas por todas as pessoas. E as teorias jurídicas baseadas em sanções não conseguem apresentar essa visão global.

Entre as teorias jurídicas baseadas em sanções, a mais criticada por Hart é a teoria imperativa do direito, elaborada por John Austin em *The Province of Jurisprudence Determined* (2001), pelos seguintes motivos: (i) a inegável influência exercida pelas observações de Austin, reconhecidas pelo próprio Hart³; (ii) a facilidade didática, porque a teoria imperativa apresenta todas as formas de reducionismo criticadas por Hart; criticar a teoria imperativa é criticar o reducionismo⁴.

Hart critica as teorias jurídicas baseadas em sanções através de críticas à teoria imperativa. Isso é possível porque é possível encontrar na teoria imperativa todas as formas de reducionismo que Hart quer combater. Por apresentar todos os erros que Hart repreende, e por ser um tópico recorrente ao longo de todo *O Conceito de Direito*, é necessária uma análise da teoria imperativa⁵.

2.1

A Teoria Imperativa do Direito⁶

A teoria imperativa (ou teoria do comando) busca conceituar o direito através de dois termos: os comandos e as ameaças (de sanções).

³ Sobre a influência da teoria do direito austiniana, v. Rumble (2005, p. 60-75).

⁴ Por esse motivo usaremos a teoria imperativa do direito como sinônimo das teorias jurídicas baseadas em sanções. Nas ocasiões em que for tratada outra teoria jurídica baseada em sanção que não seja a teoria imperativa, será feita menção direta à teoria do direito que Hart está fazendo referência.

⁵ Entre as contribuições de Hart para a teoria do direito, as críticas à teoria imperativa sempre são reconhecidas pelos comentadores da obra de Hart; v. Sgarbi (2005, p. 103-104), MacCormick (2008, p. 33), Bayles (1992, p. 21-42), Postema (2011, p. 264).

⁶ Antes, uma observação: o que se segue é antes a “teoria imperativa do direito da forma como interpretada por Hart” do que “a teoria imperativa do direito de John Austin”. Essa observação é necessária porque Hart modificou, em alguns pontos, a teoria de Austin; conforme o próprio explica: “Enunciaremos e criticaremos um ponto de vista que coincide essencialmente com a doutrina de Austin, mas provavelmente diverge desta em determinados pontos. Isso porque nossa principal preocupação não é com Austin, mas com as credenciais de certo tipo de teoria que exerce uma atração permanente, quaisquer que sejam os seus defeitos. Assim, não hesitamos em assumir uma postura clara e coerente mesmo quando o sentido do texto de Austin é duvidoso ou seus pontos de vista parecem inconsistentes. Além disso, quando Austin dá apenas pistas sobre como poderia responder às críticas a ele formuladas, desenvolveremos melhor essas respostas (em parte na direção seguida por teóricos mais recentes, como Kelsen) para assegurar que a doutrina que analisaremos e criticaremos seja expressa em sua forma mais sólida” (Hart, 2009, p. 23).

Ela encontrou uma explicação para o fenômeno jurídico na forma como os comandos se utilizam da linguagem imperativa. É comum, em algumas situações da vida social, que alguém expresse seu desejo de que outra pessoa se comporte de uma determinada maneira; e, em geral, quando alguém expressa esse desejo, espera-se também que o receptor da mensagem, de fato, obedeça ao comando.

Em ocasiões como essa se costuma usar uma linguagem denominada imperativa, como “Pare!”, “Na faça isso!”, “Vá embora!”(Hart, 2009, p. 23-24). Apesar das inúmeras hipóteses em que o uso imperativo da linguagem possa ser utilizada na vida social, um exemplo parece ser muito característico – o do assaltante armado que diz ao caixa de um Banco: “Entregue o dinheiro ou eu atiro”. Nessa fala fica claro como o assaltante está manifestando o seu desejo. Mas é necessário observar que ele não está somente expressando o seu desejo com a intenção de que a outra pessoa obedeça, pois ele também está ameaçando a outra pessoa com o intuito de ter seu desejo satisfeito – “me entregue o dinheiro, pois se você não fizer isso eu irei atirar em você”. A partir desse comando baseado em uma ameaça (de sanção), o caixa do Banco vê as suas linhas de ação reduzidas consideravelmente, pois, apesar de não ser sua vontade entregar o dinheiro para o assaltante, ele não enxerga muitas saídas possíveis – afinal, ninguém quer ser alvejado por um tiro de revólver.

Em linhas gerais, o que o assaltante está fazendo é coagindo o funcionário do Banco a fazer aquilo que ele deseja. Nessa situação em específico, e também em várias outras em que há uma ordem baseada em uma ameaça, podemos razoavelmente afirmar que o caixa do Banco estava sujeito ao poder do assaltante – sujeito ao seu comando (Hart, 2009, p. 25). Para a teoria imperativa, o exemplo do comando⁷ do assaltante dado acima se assemelha muito com a natureza do direito (Hart, 2009, p. 26). Da mesma forma como o assaltante, ao expor seu desejo, também anexa uma ameaça (de sanção), o direito também expressa seu “desejo” com base em uma “ameaça” – basta imaginar a lei penal que proíbe o

⁷ Apesar de a teoria imperativa afirmar que o exemplo do assaltante é um exemplo de um comando, Hart faz ressalvas quanto a isso, pois a palavra “comando” faz sentido principalmente dentro de uma organização hierárquica, como a organização militar, no qual é o general quem origina e profere os comandos (Hart, 2009, p.25). Em organizações como essa, a ideia de um comando não precisa necessariamente estar apoiada por ameaças para ser cumprida: é perfeitamente razoável imaginar um general proferindo um comando, sem qualquer ameaça, para um sargento, e este aquiescendo.

homicídio: há uma sanção para aquele que descumprirem tal norma (reclusão, de 6 a 20 anos).

Apesar da semelhança entre o exemplo do assaltante de Bancos e o direito, uma diferença é ressaltada por Hart: enquanto no exemplo do assaltante o que temos é um indivíduo que, face a face com outro indivíduo, profere sua vontade, no direito não temos uma situação como essa, pois ele opera de forma geral: ele não opera individualmente, mas ordena de forma generalizada, no sentido de especificar tipos gerais de conduta e classes gerais de pessoas (Hart, 2009, p. 26-27). Voltando mais uma vez ao exemplo da lei penal que proíbe o homicídio, temos uma classe geral de conduta proferida para uma classe geral de pessoas: o que está proibido é qualquer forma de homicídio, seja ele passional ou não, intencional ou não, com brutalidade ou não; e ele não é dirigido para um sujeito específico, mas para todas as pessoas, até para o presidente da república. Por esse motivo, “o controle jurídico consiste principalmente, embora não exclusivamente, no controle exercido por meio de instruções que são gerais nesse sentido duplo” (Hart, 2009, p. 27). Essa é uma diferença que deve ser ressaltada entre o exemplo do assaltante e o direito: enquanto o comando do assaltante é proferido exclusivamente para a caixa do Banco em questão, um comando proferido pelo direito alcança – desde que não haja indicações especiais que possibilitem a ampliação ou a restrição das pessoas afetadas⁸ – a todos.

No caso do assaltante do Banco, ele necessariamente deve se dirigir a alguém para que, de fato, ordene algo. Como Hart observa, se o assaltante apenas pronunciasse as palavras “me entregue o dinheiro ou eu atiro” em uma sala vazia, ele não estaria ordenando que alguém fizesse coisa alguma (Hart, 2009, p. 28).

Portanto, apesar da situação em que se exige o direito ser parecida em alguns pontos com o exemplo do assaltante de bancos, é necessário ter em mente que as ordens proferidas pelo direito são de caráter geral. Mas, além disso, uma segunda distinção deve ser inserida: as ordens proferidas pelo direito são de

⁸ É perfeitamente possível que o direito limite intencionalmente o número de pessoas envolvidas na aplicação de uma lei, como no caso de uma lei voltada especificamente para aqueles que exercem a advocacia. Neste caso, a lei, mesmo sendo geral por abarcar todos os advogados, não é voltada para todas as pessoas as pessoas, mas somente para aqueles que são advogados.

caráter permanente, enquanto no exemplo do assaltante sua ordem é válida somente para aquela ocasião (elas são eventuais).

Quando o assaltante ordena “me entregue o dinheiro ou eu atiro”, essa é uma ordem válida somente para essa situação em específica; as ordens do assaltante não são permanentes (Hart, 2009, p. 29). Já com as ordens proferidas pelo direito é o contrário, porque elas são permanentes. Utilizando mais uma vez o exemplo da lei penal que proíbe o homicídio, podemos afirmar que ela é uma ordem permanente. O direito ordena – permanentemente – a proibição do homicídio.

Essa é, em linhas gerais, a teoria imperativa do direito. O próximo passo é compreender como ela acaba por reduzir o fenômeno jurídico; é compreender em que sentido ela fornece somente uma descrição limitada do direito.

Essa concepção acaba por reduzir o fenômeno jurídico em alguns pontos. Gerald Postema (2011, p. 273) apresenta as duas principais estratégias reducionistas adotadas pelas teorias jurídicas baseadas em sanções: (i) a redução lógico-formal, no qual as diferentes variedades de regras jurídicas são reduzidas a uma única forma; (ii) e a redução empírica, que explica a dimensão normativa do direito somente através das sanções. Ambas as formas de redução podem ser encontradas na teoria imperativa.

2.2

A Redução Lógico-Formal

A primeira estratégia das teorias jurídicas baseadas em sanções é a redução lógico-formal. Elas reduzem as diversas modalidades de regras jurídicas em um único tipo. E, dada a intrínseca conexão entre as sanções e o direito defendida por tais teorias, é fácil compreender a concepção de regras jurídicas adotada por elas: toda regra jurídica precisa (i) impor um dever e (ii) uma sanção a ser aplicada em casos de transgressão.

A visão da teoria imperativa sobre a questão é um exemplo fiel dessa estratégia. Se sua concepção de direito pode ser encontrada através de uma analogia com o exemplo do assaltante, o mesmo caminho pode ser utilizado para compreender sua concepção de regras jurídicas: elas possuem as mesmas características das ordens emitidas pelo assaltante. O assaltante, ao emitir uma ordem, impõe um dever (entregar o dinheiro) e ameaça com uma sanção em caso de desobediência (um tiro de revólver). Nesse sentido, como a teoria imperativa concebe o direito como ordens apoiadas por ameaças, sua concepção de regras jurídicas deve seguir o mesmo raciocínio.

Segundo John Austin, “o direito (...) pode ser definido pelas regras postas por um ser inteligente para guiar outro ser inteligente submetido ao poder do primeiro” (Austin, 2001, p. 18). Sob esta perspectiva, o direito é uma técnica de racionalização do agir em coletividade. E, entre as diversas técnicas nas quais é possível controlar a sociedade, o que caracteriza uma ordem coercitiva como o direito é a designação, através de regras, de um padrão de comportamento para orientar os membros da sociedade (como “não matar” e “não roubar”, por exemplo); e, quando a regra é infringida, as autoridades estão encarregadas de identificar a infração e impor as sanções previstas (Hart, 2009, p. 52). Portanto, segundo a teoria imperativa, uma regra só pode ser considerada como “jurídica” quando for imposta uma exigência mandatória ou uma proibição de comportamento. Essa concepção ainda permite a distinção das regras jurídicas das demais regras (morais ou religiosas, por exemplo), pois somente elas apresentam sanções⁹.

Essa concepção de regras jurídicas se encaixa perfeitamente em vários exemplos previstos no direito penal, já que muitas das suas regras apresentam a exigência/proibição de um comportamento sob a ameaça de uma sanção. Talvez o exemplo mais comum seja o artigo 121 do Código Penal, que dispõe: “Matar alguém: Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. Essa regra, que proíbe o

⁹ Uma observação é necessária: quando é dito que as regras jurídicas se diferenciam das demais regras por apresentarem sanções, temos em mente sanções socialmente organizadas que se apresentam sob a forma coercitiva, ou seja, utilizando-se da força.

homicídio, pode ser dividida em duas partes: a primeira é aquela na qual uma conduta é proibida, e a segunda é aquela na qual uma sanção é apresentada.

Além disso, também é possível encontrar essa concepção nas regras sobre responsabilidade civil, que dispõem que aquele que causar prejuízos em decorrência da sua conduta deve reparar o dano. Um exemplo é o artigo 927 do Código Civil de 2002, que dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa norma apresenta uma conduta tida como proibida (causar dano a outrem através de atos ilícitos) e uma sanção (a obrigação de reparação).

Hart afirma que essa concepção exerce uma atração permanente (Hart, 2009, p. 23), e não é de se estranhar o motivo. Afinal, identificar as regras jurídicas com as ordens baseadas em ameaças é uma explicação simples e que encontra respaldo em exemplos facilmente identificáveis dos sistemas jurídicos modernos – como as regras de direito penal e de responsabilidade civil. Mas, apesar da sua simplicidade, essa concepção peca por não incluir na sua explicação as regras jurídicas que não cumprem a exigência sancionadora. Da mesma forma que é fácil encontrar exemplos de normas sancionadoras nos sistemas jurídicos modernos, também é fácil encontrar exemplos de normas que não possuem essa característica sancionadora – basta abrir, por exemplo, a Constituição Brasileira.

Parcelas importantes do direito não podem ser compreendidas através da analogia entre suas regras e as ordens apoiadas por ameaças, como as regras que estipulam as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou casamentos; nestas, não há a imposição de deveres ou obrigações, mas um meio para que os indivíduos realizem seus desejos e projetos (Hart, 2009, p. 37). Ao contrário das regras que impõem deveres – que se assemelham as ordens apoiadas em ameaças, como as normas do direito penal –, existem também regras que conferem poderes aos indivíduos. E esse segundo grupo de normas não é englobado pela explicação da teoria imperativa – resultando em uma forma de reducionismo.

O que a teoria imperativa faz ao conceituar as normas jurídicas como semelhantes às ordens baseadas em ameaças é reduzir a diversidade de regras existente em uma única categoria – as regras que impõem deveres. É a redução

lógico-formal, que negligencia aspectos importantes não somente do direito, mas da vida social. O poder que o direito confere aos indivíduos para realização de um contrato, testamento ou casamento não pode ser negligenciado, como aponta Hart:

O poder assim outorgado aos indivíduos para pactuar suas relações jurídicas uns com os outros através de contratos, testamentos, laços matrimoniais etc. é uma das grandes contribuições do direito à vida social; e essa característica é obscurecida ao representarmos o direito em sua totalidade como composto de ordens apoiadas em ameaças (Hart, 2009, p. 37).

O erro da teoria imperativa é compreender como única função do direito a prevenção do comportamento indesejável e a obtenção do comportamento desejável, quando na verdade existem outras funções tão importantes como essa: o provimento de meios para a celebração de acordos privados entre os indivíduos, o provimento de serviços e retribuição de bens e a resolução de disputas não reguladas, normas atinentes ao funcionamento do próprio sistema jurídico etc. (Raz, 1985).

O erro da teoria imperativa é focar somente nas regras que impõem deveres (uma exigência mandatória ou uma proibição de comportamento), negligenciando as regras que conferem poderes. Ela falha por não conseguir explicar a existência de regras tidas como básicas em qualquer sistema jurídico moderno, como a formação de contratos válidos, a transferência de propriedade, um veredito de culpado em um julgamento criminal, o casamento e o divórcio, a criação de novas leis por parte do legislativo, entre outros (Postema, 2011, p. 275).

Uma sanção é aplicada quando alguém viola uma regra que impõe deveres; mas não há sanção em caso de descumprimento de uma regra que confere poderes. Se, por exemplo, os requisitos estipulados pelo direito para um contrato ser válido não forem observados, não há a aplicação de sanção; a única consequência será a ausência de efeito jurídico desse documento – ninguém será punido ou terá sobre si a aplicação de um “mal”. Conforme Shapiro:

Enquanto certas regras jurídicas destinam-se a colocar obstáculos no nosso caminho, outras existem justamente para removê-los. As regras que conferem poderes são ferramentas que permitem aos membros de uma comunidade a realização de seus planos e projetos. Essas regras não são aplicadas através da ameaça de sanções; ao contrário, a desobediência é motivo para a recusa de

conferir os benefícios que o direito oferece quando alguns termos são observados (2011, p. 79).

A solução de Hart para a estratégia de redução lógico-formal parte de uma ideia simples: a de que todos os sistemas jurídicos complexos possuem dois tipos de regras.

Existem as chamadas regras primárias ou básicas, que exigem uma conduta ou a proibição de comportamento; e as chamadas regras secundárias ou parasitárias em relação às primeiras, responsáveis pela introdução, modificação ou extinção das regras, além do controle da aplicação das regras primárias. O direito, segundo Hart, deve ser entendido como a união entre regras primárias e regras secundárias. “As regras do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados” (Hart, 2009, p. 105). Com essa união, o direito pode ser representado em toda a sua complexidade, respeitando-se as diversidades de regras existentes. Enquanto a teoria imperativa só considerava como regras aquelas que determinavam um dever (chamadas por Hart de normas primárias), Hart chama a atenção para um segundo tipo: as regras secundárias.

As regras secundárias não somente permitem a representação mais exata das regras existentes em um sistema jurídico, como também resolvem os problemas que podem surgir na concepção de regras jurídicas da teoria imperativa. Esses problemas são o da carência de certeza, dinamicidade e eficiência. A carência de certeza decorre da falta de um critério comum identificador das regras; sem um critério que possa identificá-las não há como saber quais regras são consideradas “jurídicas”. A carência de dinamicidade decorre da ausência do critério ou previsão que permita a modificação do conjunto normativo; se inexistem tal possibilidade, não é possível adaptar o conjunto normativo à evolução da sociedade. A carência da eficiência decorre da ausência de um órgão que irá aplicar as regras em casos de desacordo dentro do grupo social.

Para demonstrar a importância das regras secundárias, Hart imagina uma sociedade desprovida de poder legislativo, tribunais ou qualquer forma de autoridades: uma comunidade primitiva cujo único meio de controle social é a

atitude geral do grupo diante das suas regras costumeiras de comportamento (Hart, 2009, p. 118). Em uma comunidade como essa, é muito provável que existam regras costumeiras que se assemelham às regras que impõem deveres, tendo em vista a necessidade de se proibir – ou pelo menos restringir – o uso da violência ou da prática do roubo, por exemplo. Portanto, provavelmente nessa comunidade há uma regra que proíba o homicídio; ela parece simples, e de fato é. Mas mesmo uma regra tão simples como essa pode ser o fonte de desacordos dentro do grupo social. Por exemplo: é permitida a vingança? A regra tão somente proíbe o homicídio, sem qualquer referência a vingança.

Se, dentro dessa comunidade, alguém desobedece a essa regra e acaba por cometer um homicídio, a família da vítima pode querer se vingar. É uma característica das regras e do seu aspecto interno a pressão social existente em caso de desobediência. E essa pressão social é séria – principalmente quando se trata de um homicídio. Entre a crítica que aquele que desobedeceu pode receber, a vingança é justificada? O pai pode vingar a filha assassinada? Essas são questões que podem acabar surgindo em uma comunidade cujo comportamento é regulado tão somente por regras sociais costumeiras. Se estivermos de fato tratando de uma pequena comunidade, com fortes laços familiares, é possível que tal desacordo apareça e tão logo seja esclarecido. Uma reunião dentro dessa sociedade pode resolver esse dilema, através de negociações entre as pessoas pertencentes ao grupo. Mas e no caso de sociedade grande, com laços afetivos não tão fortes como no exemplo da pequena comunidade? Será possível imaginar tal desacordo sendo resolvido através da conversa?

Outro problema que pode surgir nessa comunidade primitiva está ligado ao caráter estático das regras sociais costumeiras. Como todo costume, ele é parcialmente petrificado: se formou ao longo do tempo, através de práticas duradouras, o que torna sua modificação complicada. Da mesma forma como um costume se forma com o passar do tempo, o costume só pode ser modificado com o passar do tempo, quando a prática que era duradoura deixa de ser praticada, e outra começa a ser realizada em seu lugar. Depois que essa nova prática for duradoura, o costume é modificado. Mas essa característica estática das regras costumeiras apresenta problemas quando vislumbramos a possibilidade, muito

comum em qualquer comunidade, de problemas urgentes que precisam ser resolvidos de forma célere. Se, por exemplo, há uma regra social que determina que todos os moradores devem contribuir com uma pequena quantia financeira (ouro) todo mês para a manutenção da comunidade, talvez seja necessário que, após um período de seca muito grande, os moradores devessem contribuir com uma quantia maior, para que alimentos sejam comprados de outras comunidades. Diante desse caráter urgente, uma regra social costumeira não pode ser modificada de uma hora para a outra. Se for necessário esperar o decorrer do tempo para que haja a alteração do costume, há o risco de que várias pessoas dessa comunidade venham a morrer de fome. Como resolver uma questão como essa?

Por fim, o terceiro problema vislumbrado por Hart diz respeito às ineficiências que podem surgir quando somente regras sociais costumeiras controlam a vida social. Essas ineficiências ficam evidentes quando imaginamos uma situação na qual alguém desobedece a uma regra social, mas não admite tal falha. Vamos imaginar mais uma vez a regra que determina uma contribuição financeira mensal para a manutenção da comunidade. Se, por acaso, alguém deixa de contribuir, quem vai atestar a violação da regra? É claro que alguém pode apontar o dedo para uma pessoa e dizer “você violou a regra”. Por outro lado, essa pessoa pode dizer “não violei” ou até mesmo apresentar uma justificativa: “eu não peguei a quantia deste mês porque no mês passado minha família contribuiu com o dobro do que foi estabelecido, o que me permite a não contribuir este mês”. Em casos como esse, é necessário que haja alguma autoridade que ateste a violação ou não da regra. Em outras palavras, é necessário um mediador para resolver esse conflito.

Esses problemas são solucionados com a implantação das regras secundárias. São elas: (i) A regra de reconhecimento, que serve para identificar as regras que pertencem ao sistema jurídico; com ela, o problema da carência de certeza é resolvido, pois há um critério que pode ser utilizado por todos para a identificação das regras, evitando alguns desacordos. (ii) As regras de modificação, que servem para instituir os órgãos responsáveis pela criação, extinção e modificação das regras; com elas, o problema da carência de

dinamicidade é resolvido, pois são especificadas as pessoas responsáveis pela modificação do sistema jurídico. (iii) As regras de julgamento, que servem para instituir os órgãos responsáveis pela aplicação das regras e pela consequente resolução dos litígios; com elas, o problema da carência de eficiência é resolvido, pois são estipuladas as autoridades responsáveis pela aplicação das regras aos casos concretos.

Com a implantação das regras secundárias, o fenômeno jurídico é representado com mais exatidão do que no modelo de regras da teoria imperativa.

Mas essa não é única estratégia reducionista adotada por essa teoria.

2.3

A Redução Empírica

A segunda estratégia reducionista que a teoria imperativa utiliza é a redução empírica, que vai reduzir o fenômeno normativo do direito. O direito possui uma dimensão normativa porque gera obrigações, exigindo das pessoas determinados comportamentos. Como Hart pontua, “onde existe o direito, a conduta humana se torna, num certo sentido, obrigatória ou não opcional” (Hart, 2009, p. 106-107). O direito impõe obrigações sobre as pessoas, “prendendo-as” a determinados padrões, requerendo delas uma conduta adequada em conformidade com aquilo que é determinado. Mas, enquanto é fácil perceber essa dimensão normativa, explicá-la é uma tarefa mais complicada. A normatividade é uma característica aparentemente simples do direito – mas que não é tão simples quando parece (Hart, 2009, p. 08). A dificuldade surge quando se percebe que é possível distinguir diferentes formas em que comportamento já não é opcional, mas obrigatório; e que algumas dessas formas se mostram inadequadas para explicar a forma como surgem as obrigações jurídicas.

A forma como a teoria imperativa explica as obrigações jurídicas é um exemplo disso. De acordo com o modelo das ordens baseadas em ameaças, as obrigações jurídicas podem ser compreendidas no já citado exemplo do assaltante: “A” ordena a “B” que lhe entregue seu dinheiro e ameaça atirar nele se não for obedecido. Nesse exemplo (e em outras situações semelhantes) é comum afirmações como: “B” foi obrigado por “A”. Para a teoria imperativa, o comando do assaltante gera obrigações da mesma forma que os comandos do soberano geram obrigações; em ambos, a pessoa assaltada e os súditos se sentem obrigados porque, caso não obedeçam, serão punidos. Para a teoria imperativa, essa situação representa a essência do direito – ou, a “chave para a ciência do direito”¹⁰.

A explicação da teoria imperativa acaba por reduzir a dimensão normativa do direito quando utiliza termos empíricos simples (como sanções) para explicar um fenômeno complexo. Segundo Hart:

Por mais atraente que pareça tal redução dos fenômenos complexos do direito a esse único elemento simples, descobre-se, ao examiná-la mais de perto, que ela é uma distorção e uma fonte de confusão mesmo no caso de uma lei penal, em que uma análise em termos simples como estes pareceria mais plausível. Em que sentido, então, podemos dizer que o direito e a obrigação jurídica diferem das ordens sustentadas por ameaças e como se relacionam com estas? Este problema crucial tem estado sempre latente na pergunta “O que é o direito?” (Hart, 2009, 09).

A solução de tal redução não é simples quanto a redução lógico-formal. Criticar a redução empírica significa criticar as abordagens reducionistas sobre as obrigações jurídicas, além de explicar como as obrigações jurídicas são criadas e por que as pessoas as obedecem. Parece claro que algumas pessoas só obedecem ao direito com o intuito de evitar as punições. Mas também parece claro que algumas pessoas obedecem ao direito com total indiferença às sanções; elas obedecem ao direito simplesmente porque acreditam que é o correto a ser feito. Sobre estas pessoas, a teoria imperativa nada tem a dizer.

A questão da normatividade do direito é considerada por Hart como fundamental. Como o próprio afirma: “a tarefa central da filosofia do direito é

¹⁰ O termo é utilizado por John Austin: “Desde que o termo ‘comando’ compreende o termo ‘direito’, o primeiro é o mais simples dos dois. Mas, simples como ele é, ele admite uma explicação. E, uma vez que ela é a chave para a ciência do direito e da moral, o seu significado deve ser analisado com precisão” (Austin, 2001, p. 21).

explicar a força normativa das proposições sobre o direito que se encontram tanto em textos jurídicos acadêmicos como no discurso de juízes e advogados” (Hart, 2010, p. 20).

Compreender essa característica envolve questões como: de onde surge essa específica normatividade? Como ela é possível? Como compreender as obrigações jurídicas? Essas são questões que o próprio Hart faz nas primeiras páginas de *O Conceito de Direito*, ao questionar o que faz as pessoas obedecerem as obrigações criadas pelas regras: “nós *pensamos* haver alguma coisa na regra que nos obriga a fazer certas coisas e nos orienta ou justifica no ato de fazê-las; (...) imaginamos existir algo externo, uma parte invisível da estrutura do universo, que nos guia e controla nessas atividades” (Hart, 2009, p. 14-15). Como essas perguntas demonstram, uma resposta satisfatória deve levar em consideração as atividades humanas e a forma como elas funcionam. Quanto a isso, as respostas da teoria imperativa são insuficientes.

Segundo Gerald Postema, Hart reconhece duas formas gerais de redução empírica na teoria imperativa (Postema, 2011, p. 280). A primeira reduz os enunciados sobre obrigações, os compreendendo como enunciados sobre o estado mental das pessoas. Um exemplo disso é quando afirmam que, no exemplo do assaltante, “B” foi obrigado a entregar o dinheiro. Essa é uma afirmação sobre o estado mental de “B” porque ele só se sente obrigado porque ele acredita que, se não fizer o que o assaltante ordena, consequências desagradáveis acontecerão. Já a segunda forma reduz os enunciados sobre obrigações para enunciados sobre padrões regulares do comportamento das pessoas de um grupo, como a previsão de reação hostis em caso de não cumprimento.

Independentemente das distinções entre essas duas formas de redução empírica, elas são, na verdade, enfoques diferentes sobre uma mesma concepção – a que explica as obrigações jurídicas através das sanções. Essa concepção reduz o fenômeno jurídico porque ela uniformiza as explicações através da referência às sanções; e a distorção é o preço da uniformidade. A atuação do direito como um meio de controle social ficará obscurecida se for atribuído às sanções um caráter primário. Mesmo as regras do direito penal, que geralmente possuem uma sanção em caso de desvio, não existem para servir de pretexto para uma autoridade

aplicar uma punição. Ao contrário, elas existem antes para servirem como padrões de orientação dos membros da sociedade como um todo. Conforme Hart coloca:

A distorção efetuada por essa reformulação é digna de análise, pois ilumina muitos aspectos diferentes do direito. São muitas as técnicas através das quais se pode controlar a sociedade, mas a técnica característica do direito penal consiste em designar, por meio de regras, certos tipos de comportamentos como padrões para a orientação dos membros da sociedade como um todo, ou de classes específicas dentro dela: espera-se deles que, sem necessidade de ajuda ou intervenção das autoridades, compreendam as regras, se deem conta de que estas se aplicam a eles e lhes obedecem. Só quando a lei é infringida, e esta função primeira da lei é falha, é que as autoridades estão encarregadas de identificar o fato que configura a infração e impor as sanções previstas. A característica distintiva dessa técnica, se comparada com as ordens individuais face a face que uma autoridade, como um policial de trânsito, poderia dar a um motorista, é que os membros da sociedade devem descobrir por si mesmos as regras e adaptar seu comportamento a elas; nesse sentido, eles próprios “aplicam” as regras a si mesmos, embora a sanção agregada à regra lhes ofereça um motivo para obediência. Evidentemente, se nos concentrarmos nas regras que exigem que os tribunais imponham sanções em caso de desobediência, ou se atribuímos caráter primário a essas regras, estaremos obscurecendo a maneira característica como as regras penais efetivamente funcionam; pois as regras referentes aos tribunais só entram em ação após o colapso ou malogro do objetivo primário do sistema. Podem ser realmente indispensáveis, mas são subsidiárias (Hart, 2009, p. 52).

A citação acima demonstra a forma como Hart buscará a solução para a redução empírica: atento às atividades humanas e a forma como as pessoas compreendem o direito. Somente dessa forma será possível compreender como surgem as obrigações jurídicas e por que as pessoas as obedecem. E, para compreender essas questões, é necessário compreender essas atividades do ponto de vista daqueles que as exercem (Hart, 2009, p. 55). Compreender uma prática social (como o Direito) em sua totalidade implica na observação do ponto de vista daqueles que aceitam as regras que impõem obrigações como padrões de conduta.

É, portanto, para solucionar a redução empírica e desacreditar as teorias jurídicas baseadas em sanções que Hart apresenta a ideia do ponto de vista interno. É com esse contexto em mente que devemos investigar esse conceito.