



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

JOÃO MARCOS LIMA MEDINA ROSA

**A RELAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS NO
PENSAMENTO DE H. L. A. HART: A COMUNICAÇÃO
CONTIDA DE CONTEÚDO**

Londrina
2020

JOÃO MARCOS LIMA MEDINA ROSA

**A RELAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS NO
PENSAMENTO DE H. L. A. HART: A COMUNICAÇÃO
CONTIDA DE CONTEÚDO**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade Estadual de Londrina,
como requisito parcial à obtenção do título
de mestre em Filosofia.

Orientadora: Profa. Dra. Andréa
Luisa Bucchile Faggion

Londrina
2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL.

Instruções em

<https://www.sistemasweb.uel.br/index.php?contents=system/fc/index.php>

Rosa, João Marcos Lima Medina .

A relação de sistemas jurídicos no pensamento de H. L. A. Hart: a comunicação contida de conteúdo / João Marcos Lima Medina Rosa. - Londrina, 2020.
80 f.

Orientador: Andréa Luisa Bucchille Faggion.

Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2020.

Inclui bibliografia.

1. Sistemas jurídicos - Tese. 2. Direito Internacional - Tese. 3. Relação de sistemas - Tese. I. Faggion, Andréa Luisa Bucchille. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Letras e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDU 1

JOÃO MARCOS LIMA MEDINA ROSA

**A RELAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICOS NO
PENSAMENTO DE H. L. A. HART: A COMUNICAÇÃO
CONTIDA DE CONTEÚDO**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade Estadual de Londrina,
como requisito parcial à obtenção do título
de mestre em Filosofia.

Orientadora: Profa. Dra. Andréa
Luisa Bucchile Faggion

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Andréa Luisa Bucchile Faggion
UEL – Londrina – PR

Prof^o. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior
USP – São Paulo – SP

Prof^a. Dr^a. Mirian Donat
UEL – Londrina – PR

Londrina, 06 de abril de 2020.

AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento não poderia ser para ninguém menos do que meus pais. Os dois foram os principais pilares que possibilitaram a conclusão desse mestrado. Eles não só criaram as bases que formam o meu caráter hoje, como sempre incitaram minha curiosidade, o que eu creio ser a força motriz da Filosofia. Sem eles não teria tido nem as aptidões que me guiaram até esse momento. Como se isso não bastasse, também me deram as condições materiais para que eu me dedicasse à Academia nesses dois anos.

Meu segundo agradecimento será para minha namorada, companheira e amiga, Isabela. Ela que sempre me deu forças para que eu prosseguisse, mesmo com todas as dificuldades financeiras e emocionais. Ela que, com seu amor sem fim, sempre teve palavras que me deram energia infinita para superar as dificuldades que às vezes pareciam insuperáveis. Obrigado meu amor.

Agradeço também, como não poderia deixar de ser, a minha professora e mestre Andrea Faggion. A professora Andrea desde o começo de minha empreitada acadêmica foi meu exemplo de profissional e filósofa. Ela não só ensinou com suas aulas repletas de conhecimento mas com suas ações que demonstravam seu amor pela Filosofia e força de caráter.

Agradeço a meu primo irmão David, que sempre me deu apoio nas questões acadêmicas com suas opiniões intelectualmente aguçadas e precisas. Sem o suporte dele esse mestrado com certeza teria sido muito mais penoso.

Por fim, agradeço a banca que me aconselhou e me aprovou mesmo com todos os percalços que tive para a conclusão do presente trabalho. As lições que recebi do professor Ronaldo Porto Macedo e professora Miriam Donnat levarei para a vida.

ROSA, João Marcos Lima Medina. **A relação de sistemas jurídicos no pensamento de H. L. A. Hart:** a comunicação contida de conteúdo. 2020. 124 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) — Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2020.

RESUMO

Apresenta as influências e importância de H. L. A. Hart para a Filosofia do Direito e introduz os conceitos principais de sua teoria. Trabalha a concepção de Hart de que o caso central de Direito é definido como um sistema jurídico composto pela união entre regras primárias e secundárias. Localiza o autor dentro do debate da Filosofia do Direito Internacional e apresenta a sua concepção de Direito Internacional como caso periférico de Direito. Desenvolve a relação de sistemas jurídicos partindo das sugestões dadas por Hart e propõe a concepção de que a comunicação contida de conteúdo da regras permite que a relação entre sistemas jurídicos se mantenha eficaz sem ameaçar a unidade dos sistemas jurídicos envolvidos.

Palavras-chaves: Sistemas jurídico; Direito Internacional; Relação de sistemas.

ROSA, João Marcos Lima Medina. **The relationship between legal systems in the theory of H. L. A. Hart:** the limited communication of content. 2020. 124 p. Master's thesis (Master in Philosophy) — Londrina State University, 2020.

ABSTRACT

Introduces the influences and importance of H. L. A. Hart for the Philosophy of Law and main concepts of his theory. Develops the Hart's concept for the Law's central case as a legal system formed by the union of primary and secondary. Locates the author inside the of International Philosophy debate and introduces his conception of International Law as a peripheral case of Law. Develops the relationship between legal systems from the suggestions given by Hart and proposes the conception that the limited communication of content allows that the relationship between legal systems keeps its efficacy without threatening the unity of the legal systems involved.

Key-words: Legal Systems; International Law; Systems Relationship.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O CONCEITO DE DIREITO: A UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	14
2.1	A IMPORTÂNCIA DE HART.....	14
2.2	INFLUÊNCIAS E MÉTODO	15
2.3	PERGUNTAS: O CASO CENTRAL VS. DEFINIÇÃO.....	19
2.4	AS FALHAS TEÓRICAS DE JOHN AUSTIN	22
2.5	RAZÕES PARA AGIR E OS PONTOS DE VISTA INTERNO E EXTERNO	25
2.6	TIPOS DE REGRAS: REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	27
2.7	A REGRA DE RECONHECIMENTO: O FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO.....	30
3	O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO INTERNACIONAL.....	34
3.1	PROBLEMAS CLÁSSICOS DA FILOSOFIA DO DIREITO.....	34
3.2	CONDIÇÕES DE VALIDADE DO DIREITO	34
3.3	NORMATIVIDADE.....	40
3.4	MORAL E DIREITO	41
3.5	O QUE É O POSITIVISMO JURÍDICO?	43
3.6	POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO INTERNACIONAL.....	46
3.7	HART E O DIREITO INTERNACIONAL: “É O DIREITO INTERNACIONAL REALMENTE DIREITO?”	52
3.7.1	A Natureza das Regras de Direito Internacional: Crítica à Teoria Imperativa do Direito	54
3.7.2	A Soberania Estatal e as Obrigações Internacionais.....	55
3.7.3	Objeção às Teorias Voluntaristas ou Teorias do Consentimento	57
3.7.4	Direito Internacional e a Moral.....	58
3.7.5	Analogias de Forma e Conteúdo: uma Regra de Reconhecimento Internacional?.....	60
4	A RELAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS	64
4.1	O ENSAIO DE HART: A CRÍTICA À Kelsen.....	66
4.1.1	Proposições de Hart	67

4.1.2	Reconhecimento Original e Derivado	68
4.1.3	A Relação de Sistemas.....	69
4.1.4	Problemas na Eficiência da Relação	70
4.1.5	Problemas de Unidade	71
4.1.6	Unidade <i>versus</i> Eficiência de Relação: Comunicação Restrita ao Conteúdo.....	72
4.1.7	Ponto de Vista Simulativo: Tradução, Adequação e Performance.....	74
4.1.8	Regras de Relação.....	76
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS: Um Direito Internacional para Hart?	77
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1 INTRODUÇÃO

Como diferentes sistemas jurídicos se relacionam sem perder a unidade e a estabilidade? A princípio, quando nos referimos a um sistema jurídico corriqueiramente, parece ser natural que os exemplos mais robustos que venham à mente sejam provenientes da ação do Estado nacional. Como falar sobre poder de polícia e as sanções no Direito brasileiro sem pensar nas cadeias públicas e na polícia militar? Como falar sobre Direito Tributário sem se referir a Receita Federal? Como falar sobre a criação de leis sem se referir as casas legislativas?

O Estado tem sido apresentado como centro da experiência jurídica e as teorias do Direito refletem essa tendência, ainda que o Direito Internacional tenha ganhado espaço como campo teórico independente nas últimas décadas. Identificar essa tendência, porém, não significa constatar que todo o fenômeno jurídico se encontre “abaixo” do Estado ou que a dinâmica de todos os fenômenos da realidade jurídica aconteçam dentro dos limites de um sistema jurídico estatal.

A relação entre sistemas jurídicos não é uma questão somente da intensa globalização mercantil e comunicativa que vivemos, nem do crescimento recente dos organismos jurídicos internacionais. Culturas colidem, pessoas e mercadorias circulam internacionalmente e Estados são extintos e criados constantemente na história humana. Falar sobre a dinâmica da relação entre as nações é falar sobre a natureza do Direito. O trabalho tem como foco esse aspecto do Direito e busca introduzir a teoria positivista para clarificar os movimentos que integram essa dinâmica dentro do fenômeno jurídico.

No primeiro capítulo de *O Conceito de Direito* (1961), Hart expõe seus objetivos de fornecer uma análise da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno¹ e clarificar perguntas recorrentes da Filosofia do Direito sobre a relação entre Direito, coerção e moral (HART, 1961, p.17). A elaboração do ponto de vista interno das regras e da concepção sistêmica da união entre regras primárias e secundárias foram paradigmáticos para uma Filosofia do Direito que até então era marcada pela primazia teórica da coerção.

Se por um lado suas respostas ainda geram debates vigorosos no campo do Direito interno, a afirmação de Hart de que o Direito Internacional é similar a regimes primitivos de regras compostos apenas por regras primárias (HART, 1961, p. 227) é considerada por alguns

¹ A expressão original em inglês *municipal* poderia ser traduzida para doméstico ou estatal. Preferiu-se a palavra *interno* para evitar confusão com jargões jurídicos e ressaltar o aspecto relacional do Direito que é o foco deste trabalho.

juristas do Direito Internacional como distante da realidade empírica do Direito e denota o fracasso metodológico em captar a realidade de um mundo globalizado².

Waldron (2013, p. 209) chega a afirmar que os juristas internacionalistas não encontram no capítulo X (HART, 1961, p. 213) de O Conceito de Direito informações úteis para suas empreitadas; que o projeto de fornecer uma estrutura distintiva para o Direito interno estaria fadado a negligenciar o Direito Internacional como paradigma e a isolá-lo como caso periférico do Direito (WALDRON, 2013, p. 210). A filosofia analítica do Direito, até hoje, teria sido influenciada por essa tendência teórica e produzido muito pouco para um campo tão crucial de questionamentos jurídicos. Esse silêncio da filosofia foi “ensurdecador”, nas palavras de Waldron (2013, p. 211).

Mas a omissão de Hart foi ensurdecadora de fato? O Estado não era em sua época - e continuaria sendo - o centro dos fenômenos jurídicos modernos? Não seria o Estado a organização social jurídica mais passível de ser compreendida e por consequência não merece um lugar especial na Filosofia do Direito? (RAZ, 2014, p. 2). O Direito Internacional é ainda marcado por sua fragmentariedade e descentralização organizacional e jurisdicional (CHRISTIANO, 2012, p. 25) em comparação com o Direito do Estado. Uma concepção unitária do Direito Internacional incorre em vários problemas quando se tem as estruturas do Direito interno como paradigma do Direito.

O Estado, por maiores que sejam os avanços na relativização de sua soberania, não parece ter perdido seu protagonismo empírico de tal forma que uma teoria voltada para a clarificação do Direito interno careça de valor. Longe disso, a soberania estatal continua sendo um dos pilares jurídicos e motores das mudanças no cenário do Direito Internacional. O recente processo de desligamento do Reino Unido da União Europeia e o crescimento de partidos políticos com discursos predominantemente nacionalistas e protecionistas são exemplos disso. O desrespeito de regras internacionais por parte de superpotências estatais, apesar de ser uma questão antiga para o Direito internacional, também denota que ainda é imprudente determinar que teorias centradas no Estado falharam de antemão em clarificar o Direito tal como ele é.

Hart fez uma advertência sobre os perigos causados pela ansiedade dos juristas internacionalistas (HART, 1961, p. 232) em tentar encontrar no Direito Internacional ou desejar para ele as características do Direito interno. Essa mesma ansiedade faz com que certos juristas tentem desqualificar a teoria de Hart em termos histórico-empíricos ou afirmem a “existência” do Direito Internacional nos próprios termos de Hart sem antes compreender a fundo sua

² Mais sobre críticas a Hart em *Taking Legal Positivism beyond the State: Finding Secondary Rules?* (COLLINS, 2016)

estrutura teórica ou selecionando conceitos em detrimento de outros sem prezar pela consistência interna de seu pensamento³.

A pressuposição de inadequação teórica de Hart ou a tentativa de subsunção do Direito Internacional a sua concepção de Direito interno desvia a atenção para desdobramentos que a teoria de Hart poderia ter em outros sentidos. O objetivo deste trabalho será justamente desenvolver um desses sentidos: a relação de sistemas jurídicos a partir dos blocos de unidade jurídica estabelecidos por Hart. O foco nessa relação não pressupõe a negligência do Direito Internacional. É antes, talvez, o passo subsequente de um projeto que procurava um conceito de unidade para o Direito. O Direito transnacional é um termo interessante e central deste trabalho para delimitar esse campo relacional do fenômeno jurídico que não é propriamente do Direito interno nem do Direito Internacional (COTTERREL, 2012, p. 500).

Não seria, portanto, mais prudente sofisticar as teorias sobre as unidades jurídicas e suas relações antes de se precipitar para sistemas imbricados de relações e subordinações complexas? Como entender um sistema sem entender as unidades que o compõem ou sem a própria ideia de unidade? Seja pela crítica a concepções do Direito que não contemplem a relação do todo para a definição da parte – pelo fato de que dificilmente um sistema jurídico moderno esteve isolado de outros sistemas – ou pela concepção de que o Direito Internacional é essencialmente composto por Estados, a elaboração do aspecto relacional do Direito pode ser interessante até para a busca de outros pontos de partida.

A importância da relação entre sistemas jurídicos já tinha sido proposta por Hart mais tardiamente em 1983 quando afirmou que “todos os sistemas jurídicos civilizados contêm regras especiais para lidar com o elemento estrangeiro” (HART, 1983, p.340) e propôs brevemente a subdivisão de seu conceito de reconhecimento em reconhecimento original e derivado (HART, 1983, p.342). O resultado principal almejado por este estudo será desenvolver esse ponto relacional instigado por Hart e obter uma compreensão mais clara da relação entre sistemas jurídicos a partir de uma análise consistente de sua teoria.

Como leis e costumes de outros países podem ser considerados legalmente válidos por um Direito interno? De que forma sistemas jurídicos internos se conectam com ordenamentos supra-nacionais e/ou extra-estatais? Essa relação é vertical ou horizontal? O que a Filosofia Analítica do Direito tem a responder sobre isso?

³ Por exemplo, a busca por encontrar *quantidade de regras secundárias* mesmo que uma *regra de reconhecimento* não possa ser encontrada; ou a afirmação de que determinadas regras positivadas internacionalmente são *regras de reconhecimento* sem a demonstração de que elas funcionem como tal. Ver também *Concept of Unity in Public International Law* (PROST, 2012, p.83).

A resposta proposta por esse trabalho será a de que sistemas jurídicos podem se relacionar de forma intensa e se comunicar sem que sua unidade seja ameaçada. A partir da teoria hartiana de sistemas jurídicos, será proposto que sistemas podem se comunicar vinculando o conteúdo de suas regras a outros sistemas. Dessa forma, uma regra que compõe um sistema jurídico X pode ter seu conteúdo derivado do sistema Y. Sua validade, porém, permanece definida pelas regras de direito domésticas.

A dissertação, para cumprir essa tarefa, será dividida em três capítulos. O primeiro capítulo fará uma exposição da teoria de Hart com foco nos conceitos de ponto de vista interno e de sistema de regras, em especial à regra de reconhecimento. Essa elaboração será crucial para o desenvolvimento da teorização sobre a comunicação de sistemas do terceiro capítulo. O segundo capítulo fará uma exposição dos debates contemporâneos da Filosofia do Direito Internacional, do lugar de Hart nesses debates e de suas concepções sobre o direito internacional. O terceiro capítulo fará uma exposição do ensaio *Kelsen's Doctrine of The Unity of Law* e buscará soluções para o problema da relação de sistemas.

2 O CONCEITO DE DIREITO: A UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

A primeira seção tem como objetivo introduzir os conceitos básicos da teoria de Hart. A ideia de sistema jurídico formulada por Hart. O capítulo também resgata algumas das ideias e autores que influenciaram Hart e trabalha a importância do autor no campo da Filosofia do Direito.

2.1 A IMPORTÂNCIA DE HART

Hart foi um dos maiores autores da Filosofia do Direito do século XX. Se sua filosofia foi revolucionária para sua época e continua vigorosa ainda hoje, parece não haver ainda perspectiva para que ela deixe de gerar debates filosóficos no futuro. Este trabalho é fruto do reconhecimento de que a teoria de Hart ainda tem muito a oferecer na descrição de fenômenos jurídicos internacionais e na relação de sistemas. Nas palavras de Gerald J. Postema (2011, p. 261), Hart “estabeleceu os problemas, definiu os termos, articulou uma metodologia e ofereceu uma teoria convincente do Direito que despertou a Filosofia do Direito inglesa de seu sono confortável”⁴.

Sua atuação intelectual foi importante para o Direito tanto no campo prático como teórico. Dentre as diversas obras que produziu, contribuiu para a teoria da causalidade do Direito, com a obra *Causation in the Law* (1959), e para a Filosofia Moral, com *Law, Liberty and Morality* (1963). Mesmo tendo sido um dos pensadores mais importantes do pós-guerra, com relação ao pensamento e ação liberal/social democrata (MACCORMICK, 2008, p. 20), foi no seu trabalho sobre o positivismo jurídico e a natureza geral do Direito que a magnitude de suas conquistas se tornou mais evidente.

Hart transformou o estudo da teoria do Direito⁵ de língua inglesa e do mundo. No período que atuou pela Universidade de Oxford, foi uma das figuras proeminentes da “revolução filosófica” que acontecia na época, junto com teóricos importantes como Gilbert Ryle e John Langshaw Austin⁶ (MACCORMICK, 2008, p.1).

⁴ Todas as citações deste trabalho serão traduzidas livremente por mim. Os trechos originais permanecerão referenciados nas notas de rodapé: (...) *set the problems, defined the terms, articulated a methodology, and offered a compelling theory of law that awakened the English jurisprudence from its comfortable slumbers.*

⁵ Do original *jurisprudence*. O termo será traduzido ao longo do trabalho como “teoria do Direito” alternadamente com o termo “Filosofia do Direito” dependendo do contexto de uso.

⁶ Ambos os autores influenciaram a obra de Hart como será visto neste trabalho. Não confundir John Langshaw Austin, filósofo da linguagem, com John Austin, filósofo do Direito.

Depois da Segunda Guerra Mundial, Hart foi estudar na Universidade de Oxford. Mais tarde foi eleito, em 1952, para a *Oxford's Professorship of Jurisprudence*⁷ e sua atuação na universidade tornou Oxford um dos maiores centros de estudo de Filosofia do Direito do mundo. Entre seus alunos mais importantes estão Joseph Raz, John Finnis, Neil MacCormick, Herbert Morris e Wilfrid Walluchow (KRAMER, 2018, p. 2).

Em 1961, publicou sua principal obra, *O Conceito de Direito*. Para MacCormick (2008, p. 8), essa obra está entre as grandes obras da Filosofia do Direito do século XX e se encontra no patamar das obras “massivamente eruditas e precisamente perceptivas do grande jurista austríaco Hans Kelsen”⁸. Até mesmo os críticos mais mordazes consideram essa obra digna ao menos de um elogio ou refutação cuidadosa nas palavras de MacCormick (2008, p. 8).

Matthew Kramer (2018, p.1) também considera que a obra *O Conceito de Direito* alcançou o patamar de um dos maiores clássicos da Filosofia do Direito e afirma que ela continuará sendo lida até que os seres humanos parem de se interessar por Filosofia do Direito. Além da importância massiva da obra-prima de Hart, ele também contribuiu para a revitalização da filosofia política normativa do século XX. Diferentemente de Kelsen e outros positivistas do meio do século, que eram profundamente céticos quanto à possibilidade de um argumento racional no domínio da moralidade política, Hart também discutiu questões sobre direitos naturais⁹ e sobre os limites da teoria política utilitarista (POSTEMA, 2011, p. 263).

Dentre as várias obras de Hart, o presente trabalho tratará principalmente da obra *O Conceito de Direito*. A seguir serão expostas algumas das principais influências e aspectos centrais de sua teoria. Esse passo será essencial para consolidar a elaboração dos capítulos posteriores que apresentarão uma defesa da teoria de Hart contra a ideia de que ela não captou a realidade internacional e transnacional do Direito.

2.2 INFLUÊNCIAS E MÉTODO

Gerald J. Postema, na obra *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (2011), traça a trajetória filosófica de Hart e afirma que o objetivo de Hart na obra *O Conceito de Direito* (1961) era analítico. Para Hart, importava aprofundar o entendimento sobre o Direito ao prestar atenção em como os juristas pensam e falam: “Esse não era, antes de tudo, o projeto

⁷ Cadeira de Filosofia de Direito da Universidade de Oxford. Mais informações no site - <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/jurisprudence-oxford/some-history>

⁸ (...) *massively erudite and acutely perceptive works of the great Austrian jurist Hans Kelsen* (...)

⁹ No ensaio *Are There Any Natural Rights?* (1955), Hart defendeu a ideia de que há ao menos um direito natural: cada pessoa tem o direito a liberdades individuais iguais. Essa tese foi negada por ele posteriormente. (MACCORMICK, 2011, p. 21).

de um crítico, mas sim o de um observador munido das ferramentas de interpretação humanistas e as ferramentas de análise de um filósofo”¹⁰ (POSTEMA, 2011, p. 262). Para executar esse projeto, Hart recorreu à filosofia da linguagem e a filosofia da mente, juntamente com a filosofia moral e política (POSTEMA, 2011, p. 263).

Hart foi influenciado principalmente por dois autores, ambos com o nome de John Austin, um de Londres e outro de Oxford. Segundo Postema (2011, p. 264), a influência desses dois autores foi decisiva para a elaboração das ideias contidas em *O Conceito de Direito*. O positivismo jurídico do John Austin de Londres foi essencial para a estruturação teórica proposta por Hart. A insuficiência da *teoria imperativa do Direito*¹¹ de John Austin em explicar a complexidade do fenômeno jurídico foi uma das motivações centrais para a concepção de seu conceito de Direito. John L. Austin, de Oxford, por sua vez, contribuiu com o método analítico, comumente chamado de “linguístico” ou “filosofia da linguagem ordinária” (POSTEMA, 2011, p. 264).

Jeremy Bentham, em alguns pontos, influenciou mais no método filosófico e orientação de Hart do que os dois Austins. Em outros aspectos cruciais, a influência dos Austins também foi superada pelo Wittgenstein tardio (por meio do colega de Hart, Frederick Waismann): “Seria mais preciso dizer que a teoria do Direito de Hart é o produto do casamento do positivismo jurídico clássico e a filosofia da linguagem de Oxford, com a inteligência filosófica fértil de Hart agindo tanto como casamenteira quanto como parteira”¹² (POSTEMA, 2011, p. 264).

Além de ter tido uma formação rica em literatura grega/latina e história/filosofia antiga, Hart foi influenciado pela tradição empirista britânica e a rejeição da metafísica especulativa. A orientação intelectual de Hart foi predominantemente humanista, em contraponto a orientações naturalistas, sociológicas ou cientificistas. Assim como seus contemporâneos do círculo de Oxford, Hart estava mais preocupado com significado e interpretação do que com explicação e previsão (POSTEMA, 2011, p. 264).

Mas por que, dentre todas as abordagens filosóficas possíveis, Hart teria escolhido o método analítico e a análise da linguagem para se debruçar sobre os problemas e questões do Direito? Por que não escolher a crítica filosófica das práticas e instituições legais? O que torna

¹⁰ *This was first of all not a critic's project, but that of an observer equipped with the humanist's tools of interpretation and the philosopher's tool of analysis.*

¹¹ Teoria que estabelece que o Direito é composto essencialmente por comandos acompanhados de ameaças que emanam de um soberano (ou soberanos) supremo. O soberano em questão se encontra no topo de uma pirâmide hierárquica e não obedece a mais ninguém. Ver a obra de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). A relação dessa teoria com Hart será trabalhada na seção 1.4.

¹² *It would be more accurate to say that Hart's theory of law is the product of the marriage of classical legal positivism and Oxford linguistic philosophy, with Hart's fertile intelligence acting both as matchmaker and midwife.*

uma análise meticulosa da linguagem tão importante para a elaboração de uma teoria do Direito? (MACCORMICK, 2008, p.23).

O Direito é definitivamente permeado pela linguagem. O uso de termos e conceitos, escritos e orais, compõem a maior parte do mundo jurídico, com figuras linguísticas e relações complexas de conceitos. Uma tentativa de teorização sobre o Direito que se propõe a entendê-lo de forma mais clara envolve necessariamente uma análise dos conceitos e termos que o compõem (MACCORMICK, 2008, p.23).

Hart não só acessou esse caráter linguístico do Direito como vivia uma época de renovação na Filosofia como um todo. Hart foi um dos expoentes do que se dizia ser uma revolução filosófica em Oxford. A *filosofia da linguagem comum* ou *ordinária* pregava que a elucidação de ideias precisava de uma análise cuidadosa da linguagem dentro dos discursos comuns e não de sistemas filosóficos complexos (MACCORMICK, 2008, p. 37).

Neil MacCormick (2008, p.24) ilustra o problema enfrentado por essa corrente citando a obra *The Concept of Mind* (1949) de Gilbert Ryle, colega e influência de Hart desse movimento que acontecia em Oxford. A mente, desde os primórdios da Filosofia, foi um problema recorrente. Com relação aos nossos sentidos, como nossas mentes poderiam apreender o mundo material ao nosso redor? Com relação a aspectos políticos e morais, como as mentes controlam nossos corpos físicos? Como atitudes e responsabilidades podem ser atribuídas a seres humanos? Os atos humanos são fruto de seu livre-arbítrio ou a consequência inevitável de uma cadeia complexa de acontecimentos?

A formulação dessas perguntas contém problemas em suas origens. Para Ryle, a invenção e foco dos filósofos em *substantivos* como *alma*, *mente*, *vontade* criou problemas que eles mesmos tentavam resolver. Perguntas “como minha mente apreende a realidade” ou “como minha vontade guia meu corpo?” geram a necessidade das perguntas “o que é a mente?” ou “o que é a vontade?”. O filósofo que se dispõe a responder essas perguntas tende a pressupor que haja um valor intrínseco nelas. A existência das palavras *mente* e *vontade*, porém, não revela em si a necessidade de desvelar algo a que elas se referem, muito menos a existência fática de que há algo a ser desvelado.

O foco apriorístico nessas palavras criou a crença irresistível de um *ghost in the machine*¹³, ou seja, a ideia de que existe um espírito operando o ser humano. O recurso da *filosofia da linguagem comum* para não cair nessa armadilha metafísica não foi a desconstrução da ideia de espírito, mas a elaboração de novas perguntas. Ao invés de se perguntar quais são e

¹³ Na tradução direta, *espírito dentro de uma máquina*.

como funcionam os fenômenos da mente – com a crença pré-determinada de que a mente precisa ser desvendada pelo simples foco na palavra *mente* – pergunta-se quais são as condições em que podemos dizer verdadeiramente que tais fenômenos ocorrem observando-se a linguagem (MACCORMICK, 2008, p.24).

Para os *filósofos da linguagem comum* de Oxford, a filosofia foi permeada pelo hábito de se tratar *substantivos* como realidades ou verdades, de tratá-los como nomes que clamam por investigação do que está por trás deles. Essa será a concepção que influenciará a crítica tão incisiva de Hart à pergunta “O que é o Direito?”. Teóricos se debruçavam sobre essa pergunta como se houvesse necessariamente características suficientes e necessárias para todo e qualquer fenômeno a que se atribui a palavra Direito. John Austin teria caído nessa armadilha. Se há um erro em pressupor a existência velada de algo que deve ser desvendado, o foco volta-se para o uso da linguagem.

Outra influência e colega de Hart, o filósofo da linguagem John L. Austin, foi crucial para a teoria apresentada em *O Conceito de Direito*. Austin teorizou sobre a dimensão *performativa* da linguagem que diz respeito ao atributo da linguagem de criar *coisas*. Ao se proferirem certas palavras se criam *entidades* por simples atos de fala. Com a mera elocução de sons como, por exemplo, “eu prometo” ou “eu vos declaro marido e mulher”. O Direito é especialmente permeado por atos performativos de linguagem. Os contratos e declarações produzem efeitos jurídicos, cria-se contratos, faz-se promessas, declara-se a existência ou extinção de relações jurídicas, tudo por meio da linguagem.

O estudo dessa dimensão requer a clarificação e reflexão sobre as *regras sociais* ou *convenções* que tornam possível a performance de tais atos. Existe um plano de fundo que possibilita a criação de *coisas* a partir de atos da linguagem. O ato de filosofar, portanto, não é apenas uma questão de disputas e discussões verbais, é o descobrimento e clarificação do contexto social que dá sentido para as palavras.

O filósofo austríaco Wittgenstein, contemporâneo de Austin, também formulou uma ideia semelhante ao propor a existência dos jogos de linguagem. Para ele, cada linguagem expressa uma forma de vida. A linguagem é sustentada por uma colaboração de indivíduos que partilha um modo de viver comum, estruturado por convenções normalmente compreendidas, seja de forma explícita ou não (MACCORMICK, 2008, p.25).

O ponto central que deve ser exposto para os objetivos deste trabalho é que o movimento do qual Hart fazia parte compartilhava a ideia de que os filósofos precisam prestar atenção na linguagem, pois nela poderia estar a fonte dos problemas sobre a natureza das coisas que eles mesmo desejavam clarificar. Hart aderiu à metodologia de que, antes de se apoiar em uma pré-

concepção de que as palavras revelam a existência de algo, é preciso analisar meticulosamente as maneiras e condições nas quais as palavras são usadas na língua corrente, no seu contexto de fala. Hart foi adepto da ideia de que uma das tarefas mais importantes da filosofia é buscar a compreensão interpretativa do discurso humano corrente em situações sociais normais (MACCORMICK, 2008, p. 25).

É importante, nesta introdução, ressaltar que a influência da Filosofia da linguagem no pensamento de Hart precisa ser ao menos citada mesmo que não aprofundada. As influências de John L. Austin e Wittgenstein foram cruciais para o desenvolvimento de sua crítica à teoria imperativa do Direito; para a formulação de sua ideia de sistema jurídico; e para a ideia de que o Direito se funda sobre fatos sociais.

A ideia de que a linguagem não expressa uma realidade ideal e abstrata que a precede, mas sim constrói a realidade social com apoio de significados e conceitos que só podem ser investigados com o seu uso, levaram Hart a questionar os conceitos jurídicos abstratamente construídos e o próprio conceito de Direito (MACHADO, 2015, p. 138),

2.3 PERGUNTAS: O CASO CENTRAL VS. DEFINIÇÃO

O primeiro capítulo de *O Conceito de Direito* pode ser considerado um discurso sobre o método de Hart. Nele são definidas as abordagens adotadas por Hart para delinear as características gerais do Direito ou dos sistemas jurídicos. Ao invés de fazer uma única pergunta “O que é o Direito?”, que incorre em um erro metodológico tal como a pergunta “o que é a mente?”, Hart dividiu sua abordagem em três perguntas que, segundo ele, geravam perplexidade nos teóricos do Direito (KRAMER, 2018, p. 2):

a) Quais são as diferenças e semelhanças entre ordens apoiadas por ameaças e as regras do Direito? Esse eixo da obra de Hart é dedicado à análise da coerção e à crítica à teoria de John Austin, até então dominante na Filosofia do Direito inglesa.

b) Se as regras do Direito não são apenas ordens baseadas em ameaças, quais são as diferenças e afinidades entre diretivas legais e diretivas morais?

c) O que são as regras e como opera um sistema jurídico? O que significa uma regra *existir* e que papel as regras desempenham no Direito? O que torna o sistema propriamente *um* sistema?

O foco deste trabalho será neste terceiro eixo de perguntas que dizem respeito a como se configura e opera um sistema de regras. Por mais que a questão da moral e da coerção seja subjacente a todo o debate, o foco será em perguntas relativas à existência de um sistema de

Direito Internacional ou a como diferentes sistemas jurídicos se comunicam mantendo sua unidade e estabilidade. Questões como a separação entre moral e Direito não serão abordadas com tanta profundidade.

As três perguntas tinham como objetivo a elucidação das propriedades fundamentais de casos centrais de sistemas jurídicos. Em contraponto às tentativas de definição do Direito, Hart não estava engajado em uma empreitada lexicográfica de formular as condições necessárias e suficientes para o uso do termo *Direito* ou *sistema jurídico*. Na verdade ele rejeitou essa abordagem e reforçou a ideia de que essa empreitada era fútil (KRAMER, 2018, p. 4). O conceito de Direito buscado por Hart diz respeito à tentativa de compreensão do fenômeno do Direito. O método de análise da linguagem buscava justamente elucidar o *senso-comum* sobre a experiência do Direito compartilhado por membros de uma sociedade.

Kramer (2018, p. 5) afirma a importância de entender que o ponto de partida da teoria hartiana é o conhecimento ordinário sobre as instituições legais compartilhado pelos que se dedicam a ler sua obra. Isso se alinha ao método de Hart de construção linguístico, pois sua concepção filosófica depende dessa concepção pré-teórica do Direito para que o refinamento de sua empreitada faça sentido. Hart deixa claro que seu ponto de partida é esse mínimo de conhecimento comum compartilhado.

Hart queria evitar uma teoria que, partindo de uma pergunta pela definição de Direito, teria que, de antemão, acomodar casos periféricos. Por exemplo, digamos que alguém comece a definir o conceito de *livro* já com o objetivo em mente de acomodar os exemplos de e-books ou documentos digitais no conceito de livro. A empreitada dessa pessoa, desde o começo, já estaria vinculada a essa tarefa. O caso central não seria central no sentido em que o periférico já era um critério de definição do “central”¹⁴. Da mesma forma, Hart não queria incorrer no erro de construir uma teoria sobre a natureza do Direito já com o objetivo de incluir o Direito Internacional como exemplo de caso central. Os casos periféricos eram secundários para sua teoria¹⁵ (KRAMER, 2018, p. 6).

Essa recusa da *definição* tinha como motivação o método que rejeita a afirmação de que todos os fenômenos do Direito estão relacionados por compartilharem um determinado conjunto fechado de características. Isso não significa que os fenômenos do Direito não podem

¹⁴ Esse exemplo é feito por mim. Não se encontra dentro da referência de Kramer.

¹⁵ Mesmo que os casos periféricos do Direito - como o Direito Primitivo - sejam secundários para Hart, o autor dedicou o capítulo final de *O Conceito de Direito* para analisar a pergunta de se o Direito Internacional pode ser considerado “Direito”. Talvez o assunto tenha sido deixado para o final da obra justamente por, só depois de concluído seu projeto “elucidativo” do Direito e estabelecido o caso central de sistema jurídico, o caráter periférico do Direito Internacional tenha sido constatado pelo autor. O tema será aprofundado no capítulo 2.

ser categorizados partindo de conceitos pré-determinados. Mas é próprio ao Direito não ter um conjunto de características distintivas comum a todos os fenômenos atribuídos ao Direito (KRAMER, 2018, p. 6).

Ao invés de procurar esse conjunto de características necessárias e suficientes para o uso correto da palavra “Direito”, tarefa própria da *definição*, Hart se concentrou em achar exemplos *centrais* ou *comuns* do que convencionalmente se chama de sistema jurídico. Sua teoria tinha o objetivo de abranger todos os exemplos centrais especificando as características principais deles. Comparações e analogias com os casos centrais seriam os melhores recursos para entender os casos periféricos do Direito. De acordo com esse objetivo, Hart se utilizou de técnicas analíticas e substituiu a tendência teórica de buscar uma definição do “Direito” por uma explicação cuidadosa e contextual do conceito de Direito¹⁶ (POSTEMA, 2011, p. 265).

Postema (2011, p. 265) afirma que o centro do “bom-senso” para Hart estava em localizar o “conceito” ou “palavra” no seu habitat de discurso comum e analisar sua função e significado em contexto. As palavras devem ser analisadas no contexto de seu uso, em frases que tenham sentido, e as frases devem ser analisadas em contextos maiores de uso e prática social.

Hart entendia que as expressões legais eram dotadas de um caráter especial e que precisavam de métodos específicos para serem elucidadas. Esses métodos teriam sido vislumbrados por seus antecessores (HART, 1983, p. 21). Hart afirma que Bentham já havia advertido que as palavras no contexto legal precisavam de um método específico de clarificação e formulou o princípio primordial dessa ideia: “(...) nunca devemos considerar essas palavras isoladas, mas levar em conta as sentenças inteiras nas quais elas desempenham seu papel característico”¹⁷ (HART, 1983, p. 26).

As palavras jurídicas não tem uma conexão direta com as suas contra-partes fora do contexto legal (HART, 1983, p.23). Não se deve, por exemplo, analisar a palavra “direito” fora da frase “você tem o direito de” ou a palavra “Estado” fora da frase “ele é um cidadão ou oficial do Estado”. Partindo dessa metodologia, Hart buscou explicar o conceito fundamental da palavra “Direito” ao analisar cuidadosamente e sistematicamente os exemplos centrais de seu uso. Rejeitou a ideia de que a palavra “Direito” continha em si um sentido único e oculto que precisava ser descoberto.

¹⁶ Aqui nota-se também a influência da formulação de *performance da linguagem* de John L. Austin.

¹⁷ [...] *we must never take these words alone, but consider whole sentences in which they play their characteristic role.*

Essa análise cuidadosa tinha o intuito de identificar os elementos principais de um sistema jurídico padrão e como tais elementos se organizam. A proposta elucidativa do Direito poderia ser posta em prática depois de estabelecido um caso central, um “padrão” da experiência jurídica. Esse caso central permitiria uma análise mais clara não só dos demais usos da palavra “Direito”, mas também das três perguntas estabelecidas por Hart no primeiro capítulo de *O Conceito de Direito* com relação à coerção, moral e regras (POSTEMA, 2011, p. 265).

No segundo capítulo deste trabalho serão retomados alguns questionamentos sobre a busca do caso central do Direito. Hart atribuiu ao Direito Internacional o status de caso periférico do Direito, mesmo não negando a adequação do uso da palavra “Direito” para esse fenômeno. O ponto aqui é que o uso da palavra “Direito”, não só no exemplo do Direito Internacional, está ligado menos por uma uniformidade compartilhada entre os sistemas sociais e mais por analogias de forma e conteúdo (POSTEMA, 2011, p. 266).

Por causa desse posicionamento, por vezes a teoria de Hart é apresentada por teóricos do Direito Internacional como contaminada por uma visão que privilegia o Estado nacional em detrimento dos fenômenos internacionais e transnacionais. Essa representação de Hart parece ser equivocada. Como será mostrado no terceiro capítulo, a concepção do Direito Internacional como caso periférico não é: a) fruto de uma má aplicação de sua teoria à realidade jurídica internacional, b) a desatualização de sua teoria em relação ao desenvolvimento do Direito internacional e da globalização ou c) consequência de falhas teóricas.

A concepção de sistema jurídico hartiana, vista na sua dinâmica, oferece explicações para fenômenos extra-estatais e a comunicação de sistemas. A metodologia de Hart não partiu de um preconceito contra fenômenos jurídicos internacionais. Pelo contrário, a análise de Hart foi cuidadosa para evitar o erro de uniformizar todo fenômeno jurídico a partir do caso central. Mesmo que a palavra “periférico” possa ter uma conotação pejorativa em seu sentido comum e sucite a noção de desimportância ou negligência teórica, dentro da teoria hartiana o direito internacional tem um lugar claro e importante.

2.4 AS FALHAS TEÓRICAS DE JOHN AUSTIN

O método de análise da linguagem de Hart é observado claramente em sua crítica à teoria imperativa do Direito de John Austin. O modelo explicativo do Direito de John Austin, ao definir o Direito como sendo essencialmente composto por ordens coercitivas de um

soberano absoluto, falhou em reproduzir algumas das características próprias de um sistema jurídico e da operacionalidade das regras (HART, 1994, p. 79).

Segundo Hart (1994, p. 79), a teoria de Austin falhou em explicar:

- a) como as regras de um estatuto se aplicam às pessoas que aplicam o estatuto;
- b) como existem regras que não se sustentam por meio de ordens acompanhadas de ameaças, como as regras que conferem poderes para indivíduos legislarem e julgarem, e aquelas que criam e alteram situações jurídicas;
- c) como existem regras jurídicas que se originam de formas diferentes e não análogas às prescrições de uma ordem;
- d) a continuidade das autoridades legislativas próprias de sistemas jurídicos modernos¹⁸.

A raiz da falha de Austin se encontra nos elementos sobre os quais ele construiu sua teoria. Esses elementos não poderiam, segundo Hart (1994, p. 81), incluir a ideia de *regra*, sem a qual as formas mais elementares do Direito não são passíveis de explicação. Apesar de criticar John Austin e a insuficiência de sua teoria em explicar certos aspectos elementares do fenômeno jurídico, Hart adota e aprova o ponto de partida de Austin em afirmar que onde há Direito, há, em certo sentido, obrigatoriedade de conduta (HART, 2005, p. 92).

A forma, porém, com que Austin trabalha a ideia de obrigação incorre no erro de confundir a ideia do *ser obrigado* com a de *ter uma obrigação*. Para ilustrar esse equívoco, Hart (2005, p. 94) recorre à ilustração da *teoria imperativa* como análoga a um assalto a mão armada. Não se poderia dizer que uma pessoa teve a obrigação de entregar seus bens ao assaltante, mas sim de que foi obrigada.

O fato de que alguém *foi obrigado*, portanto, é uma “afirmação psicológica que envolve as crenças e motivos pelos quais se fez uma ação” (HART, 2005, p. 93)¹⁹. Para explicar o fato de que alguém *tem* uma obrigação, por sua vez, não se faz necessário recorrer às crenças e motivos da pessoa, nem são elas suficientes para tanto.

Outro aspecto da teoria de Austin criticado por Hart era o fato de ele estar entre os teóricos que definiam a obrigação “em termos de *possibilidade* e *probabilidade*” de que a pessoa que desobedeceu a ordem coercitiva sofrerá um castigo ou mal²⁰ (HART, 2005, p. 93).

¹⁸ Apesar de Hart falar sobre sistemas jurídicos modernos nessa passagem, a falha de Austin diz respeito à continuidade da autoridade até de simples sistemas monárquicos. Meros hábitos de obediência, como formulados por Austin, não podem se referir às linhas futuras de sucessão nem às afirmações de que o sucessor adquiriu o “direito” de fazer leis. Como os hábitos de obediência explicam a transição de autoridade de um rei para outro ou de um legislador para o outro? Hábitos de obediência não conferem poderes. Um sistema de regras sim (HART, 1994, p. 60).

¹⁹ As citações de Hart do ano 2005 são da versão em português de *O Conceito de Direito* e, portanto, não seguirão a regra de tradução referenciada na nota de rodapé nº 10.

²⁰ Aqui pode se observar novamente a metodologia da *filosofia da linguagem ordinária* que criticava

Oliver Wendell Holmes também foi um dos alvos de Hart com relação a essa ideia. Dentre as teses defendidas por Holmes, está a formulação de que direitos e obrigações, assim como o Direito, devem ser entendidos como previsões do uso público da força. Um dever legal propriamente dito não seria nada mais do que uma previsão de que se uma pessoa faz ou deixa de fazer certas coisas, ela sofrerá algum mal definido por um tribunal (PERRY, 2007, p. 157).

De acordo com Holmes, para compreender o Direito e nada mais além dele, é preciso enxergá-lo através do ponto de vista de um *homem mau*. Essa pessoa hipotética só se importaria com as consequências materiais de suas atitudes que o seu conhecimento lhe permite prever. Não se deve tentar enxergar o Direito pelo olhar de uma pessoa que acha nele razões para suas condutas (PERRY, 2007, p. 157). Essa tendência, segundo Hart (2005, p. 94):

[...] surgiu como uma revelação, que lançou por terra uma noção fugidia e que a reafirmou nos mesmo termos claros, firmes e empíricos que a ciência usa. Na verdade, tem sido aceite algumas vezes como a única alternativa às concepções metafísicas de obrigação ou dever enquanto objetos invisíveis que existem misteriosamente ‘por cima’ ou ‘para além’ do mundo dos fatos ordinários e observáveis.

Hart rechaça essa abordagem e faz duas objeções à ideia de que desvios de obrigações sejam meros fundamentos para a previsão de que se seguirão reações hostis ou sanções de tribunais (HART, 2005, p. 94). A primeira objeção a essa ideia, e objeção fundamental, é a de que o ato de desobedecer regras não é somente o fundamento para a previsão de uma sanção por um tribunal, por exemplo, mas sim a razão ou justificação para tal reação do tribunal. Os tribunais se justificam ao aplicar as penas.

A segunda objeção é que mesmo que, factivamente, uma pessoa consiga se livrar de todas as hipóteses de sanção por desobedecer uma obrigação, seja antes ou depois da consumação do ato, não é próprio da prática jurídica formular a ideia de que a obrigação não existia ou deixou de existir. É comum ao Direito a afirmação da existência da obrigação mesmo quando constatada a impossibilidade de sanção (HART, 2005, p. 94). Um crime premeditado de forma a esconder as provas ou a viciar o processo legal para que o agente fuja às sanções, continua sendo considerado um crime antes e depois de sua consumação, mesmo que os objetivos de fuga à sanção tenham sido bem-sucedidos.

Por mais que a análise de Austin e Holmes pudesse contemplar acertadamente a presença de uma conexão forte entre a identificação de uma obrigação com a probabilidade de que uma sanção decorra de sua desobediência, não se pode negligenciar a *seriedade da pressão social* e a insistência da sociedade na busca por conformidade a elas (HART, 2005, p. 97). Esse aspecto social essencial às regras escapa a Austin e a Holmes.

É importante ressaltar que, porque geralmente essa pressão social séria existe, não significa que ter uma obrigação signifique interiorizar sentimentos de compulsão ou pressão. Para Hart (2005, p. 98), “sentir-se obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, embora frequentemente concomitantes”.

Hart levanta a possibilidade de se argumentar a favor da teoria da previsibilidade ao se considerar a seriedade da pressão social. Poder-se-ia afirmar que a importância da pressão social se dá na medida em que quanto maior ela for, mais provável será a incidência de sanções. Mas não são nesses termos que Hart prossegue sua reflexão (HART, 2005, p. 98).

Hart argumenta que a *teoria da previsibilidade* e a *teoria imperativa* falham ao contemplar as regras somente do *ponto de vista* de um observador externo. Mesmo que as regras possam ser analisadas em termos de previsibilidade de sanções, elas oferecem uma *razão* para agir ou deixar de agir. Reduzir a autoridade do Direito a meros hábitos de obediência ou predições de sanções é se afastar da normatividade genuína do Direito (POSTEMA, 2011, p. 270).

Esse aspecto das regras de oferecer uma razão para agir só pode ser elucidado quando se contemplar o aspecto interno delas, ou seja, o *ponto de vista* de um participante de uma comunidade que aceita para si determinadas regras de conduta (HART, 2005, p. 100). As bases da teoria de Austin falharam em contemplar isso e, portanto, a dimensão total da vida social. É nessa acusação que se encontra o principal aspecto da crítica de Hart a Austin (HART, 2005, p. 101).

2.5 RAZÕES PARA AGIR E OS PONTOS DE VISTA INTERNO E EXTERNO

Mas o que significa dizer que as obrigações legais e regras fornecem razões para agir? O que uma pessoa *deve* fazer em determinada ocasião depende das razões para a ação que se aplicam ao agente com relação à ocasião. Quando um agente pensa em tomar uma atitude A em uma ocasião C, o agente leva em consideração todos os motivos para fazer A e todos os motivos para não fazer A (RAZ, 1975, p. 2). Afirmer que as obrigações legais e as regras que as definem são razões para agir, significa dizer que as regras, pelo simples fato de serem regras, são motivos para alguém tomar uma decisão. Raz (1999, p.51) cita o exemplo de que se alguém disser “pessoas devem agir de forma x” e alguém perguntar “como assim?”, ela responderá “é uma

regra que pessoas ajam da forma x”. Nesse exemplo fica claro como a regra foi usada como justificativa, como uma *razão para agir*²¹.

O *ponto de vista interno* é a categoria teórica que põe em foco a perspectiva da pessoa que considera as regras como razões para agir. Esse conceito será crucial para a compreensão da construção teórica de Hart, que partiu de uma crítica aos blocos fundamentais da teoria de John Austin. O ponto de vista interno iluminou duas distinções que informaram sua crítica a Austin e a formação de sua própria teoria: a distinção entre o comportamento guiado por normas e meros hábitos; e a diferença entre a perspectiva própria de um participante de uma prática/instituição e a de um observador da prática/instituição (KRAMER, 2018, p. 62).

O *ponto de vista interno* na filosofia de Hart é definido por Kramer (2018, p. 62) como a perspectiva da pessoa que participa de uma prática, atividade ou instituição. A pessoa em questão adota esse ponto de vista quando manifesta uma atitude crítica reflexiva em relação a regras. Essa atitude se manifesta em três disposições de comportamento: a) disposição geral para cumprir as diretivas de uma regra que estabelece deveres; b) disposição geral para se contrapor a atitudes contraventoras de outras pessoas; c) disposição geral para reconhecer a adequação da censura ao comportamento do contraventor.

Em contraponto ao *ponto de vista interno*, Hart também formula a concepção de *ponto de vista externo*. O foco principal de Hart foi o que Kramer (2018, p. 62) chama de *ponto de vista externo extremo*, que é a perspectiva de quem considera uma prática ou instituição como uma configuração de habitualidade de comportamento de seus participantes. Olhando apenas para a “superfície” do comportamento das pessoas, o observador externo extremo trabalha com noções de causa, efeito, regularidade, previsibilidade como conceitos teóricos centrais²². Mesmo que desse ponto de vista possa se afirmar a existência de certos estados mentais, foca-se apenas nas instâncias observáveis da ação.

A diferença entre os *pontos de vista interno e externo* é muito mais complexa do que apenas a participação ou não em uma prática ou instituição. É possível pensar em várias formas de perspectiva que um indivíduo pode ter em relação a um sistema de regras. No terceiro capítulo algumas dessas formas serão expostas com o intuito de se compreender como um sistema jurídico pode se comunicar com outros. Como oficiais de um sistema aplicam ou

²¹ O maior problema para Raz na busca da compreensão das regras era que tipos de razões as regras são e como elas se diferem de outras razões. Raz formulará que as regras devem ser entendidas como *razões excludentes*, razões que excluem outras razões. Questões mais aprofundadas sobre a Teoria da Razão Prática não serão aprofundadas neste trabalho. Ver as obras de Raz: *Practical Reason and Norms* (1975) e *Reasons for Action, Decision and Norms* (1975).

²² A filosofia da linguagem ordinária, ao observar a linguagem, acessa essa dimensão por não se pautar em pressuposições de significado. Novamente aqui o erro de Austin.

reproduzem regras de outros sistemas? As variações de perspectivas podem ser clarificadoras para essa empreitada.

2.6 TIPOS DE REGRAS: REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Depois de desenvolver suas objeções a Austin e formular a concepção do *ponto de vista interno* como o aspecto crucial de diferenciação entre regras e meros hábitos de obediência, Hart parte para a análise dos tipos de regras que caracterizam um sistema jurídico. Como será visto, a estrutura sistemática de regras oferecida por Hart comporta uma multiplicidade de regras que a teoria de Austin não comportava. O aspecto interno das regras é a condição estruturante para tanto.

Para Hart, não cabia na teoria de Austin o fenômeno do Direito em toda sua complexidade. O sistema composto pela união de *regras primárias* e *secundárias* será referido como o caso central pelo qual os diferentes usos do termo *Direito* podem ser clarificados, tal como a relação do Direito com a coerção, a moral e a natureza das regras.

A teoria de Hart sobre o sistema jurídico como um sistema de regras sociais, tem seu aspecto social retirado de duas características: as regras legais governam a conduta humana em determinadas sociedades e devem sua origem e existência exclusivamente às práticas sociais humanas (MACCORMICK, 2008, p. 31). Essas regras se diferenciam de outras regras sociais (de etiqueta e de jogos, por exemplo) em dois aspectos: 1) elas dizem respeito às obrigações e deveres, ou seja, tornam certa conduta obrigatória ou vinculante, assim como as regras morais; 2) as regras de um sistema jurídico apresentam um aspecto sistêmico, diferente das regras morais. Esse aspecto sistêmico é dependente da inter-relação entre dois tipos de regras: as *regras primárias* e *secundárias* (MACCORMICK, 2008, p. 31).

A divisão desses dois tipos de regras e a relação entre ela será útil para explicar a complexidade de um sistema jurídico e a diversidade de regras que o compõe²³. As *regras primárias* são do tipo que prescrevem ações ou abstenções de ações, independentemente da vontade do sujeito ao qual se destinam. Elas impõem deveres e se referem a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas (HART, 2005, p. 91).

As *regras secundárias*, por sua vez, se aplicam às primárias e a elas mesmas. São elas que permitem a identificação, inclusão, extinção e alteração de regras por meio da ação humana.

²³ Em contraponto à teoria imperativa, que parece focar apenas em regras primárias. Essa concepção simplista de regras parece não ter recursos para explicar fenômenos jurídicos complexos como a concessão de poderes para civis celebrarem contratos.

Elas podem conferir poderes públicos ou privados e não se referem apenas a mudanças físicas, mas também podem se referir a criação e alteração de deveres e obrigações (HART, 2005, p. 91).

Para Kramer (2018, p. 75), o critério decisivo de diferenciação entre os dois tipos de regras seria se o conteúdo de uma norma pressupõe a existência de outras normas ou não. Outro aspecto importante é que as regras secundárias são interdependentes entre si. Muitos argumentos são utilizados no sentido de buscar o caráter sistêmico no Direito Internacional sem prezar pela interdependência dos tipos de regras do sistema hartiano.

Hart, para explicar sua concepção sistêmica do Direito, parte da análise de sociedades primitivas e de como certas características de sistemas jurídicos modernos foram remédios para as deficiências decorrentes do aumento de complexidade das sociedades (HART, 2005, p. 101). Segundo o autor, as sociedades primitivas (sem tribunais ou corpos legislativos, por exemplo) que vivem sob um regime de regras de obrigação, ou *regras primárias* de obrigação, sofrem: de uma *incerteza* quanto à identificação de regras por carecerem de uma unidade sistêmica (são apenas conjuntos de regras, de padrões separados); por terem um caráter *estático* quanto à dinâmica das regras; e pela *ineficácia* da pressão social difusa pela qual se mantém as regras (HART, 2005, p. 102).

O remédio para cada um desses três defeitos principais das formas mais simples de estrutura social será a inclusão de *regras secundárias*, que são regras de uma espécie diferente, complementares às *primárias*. Esse tipo de regra permite o caráter institucional do Direito e a unidade e persistência necessárias para que suas regras se constituam como um sistema jurídico. São elas que estabelecerão as instituições criadoras e aplicadoras do Direito, como tribunais e corpos legislativos (POSTEMA, 2011, p. 268).

Segundo Hart, é a inclusão dessas regras que faz com que uma sociedade passe do estado pré-jurídico para o jurídico. A união entre *regras primárias* e *secundárias* é suficiente para a passagem de um conjunto de regras de obrigação para um sistema jurídico (HART, 2005, p. 103).

Quanto à *incerteza* de um regime composto somente por *regras primárias*, Hart introduzirá o conceito de *regra de reconhecimento* ²⁴ (HART, 2005, p. 104). A *regra de reconhecimento* especificará algum critério ou critérios que serão usados como indicação afirmativa e concludente de que uma regra do grupo deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. Essa regra será o critério decisivo para a identificação de quais *regras primárias* de

²⁴ A *regra de reconhecimento* é o fundamento do sistema jurídico Hartiano. Será aprofundada na próxima seção.

obrigação e quais *regras secundárias* integrarão determinado sistema jurídico. Esse critério unificador será a base para o desenvolvimento do conceito de validade jurídica e um equivalente da norma fundamental na teoria de Hart (HART, 2005, p. 104).

Contra o caráter *estático* das regras desses tipos mais rudimentares de sociedades, serão desenvolvidas as *regras de alteração*. Elas conferirão poderes a pessoas para introduzir ou eliminar *regras primárias* e as demais *regras secundárias* da vida social de uma comunidade. As *regras de alteração* também conferem a indivíduos o poder de mudar suas posições iniciais sob o domínio das *regras primárias*. Sobre esta última característica, é importante ressaltar que são essas regras que permitem a existência de contratos, testamentos e demais instituições em que entes privados são autorizados a alterar suas situações jurídicas (HART, 2005, p. 105).

Quanto à *ineficácia* da pressão social difusa de regimes simples de *regras primárias*, criaram-se as *regras de julgamento* (ou adjudicação, em tradução direta), que conferem poderes a indivíduos para definir se uma regra primária foi violada em uma situação concreta. Elas definirão os indivíduos que terão tal autoridade e o processo pelo qual esse julgamento ocorrerá²⁵ (HART, 2005, p.106).

Por fim, Hart (2005, p. 107) conclui serem esses os elementos centrais de sua concepção de sistema jurídico:

Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito do que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político.

Aqui é importante ressaltar que a associação do *surgimento* de determinados tipos de regras a *deficiências* específicas de certos arranjos sociais, feita por Hart, não deve ser confundida com uma análise empírico-social incorporada a uma teoria filosófica sem critérios confiáveis. Kramer (2018, p. 77) e MacCormick (2008, p. 136) concordam que, em vez de tentar traçar as causas do surgimento das regras secundárias, Hart se utilizou desse exemplo como um exercício imaginativo para ressaltar a importância delas no dia-a-dia do Direito.

Para MacCormick (2008, p.136), o uso de termos como *primitivo*, *defeitos* e *remédios* é problemático. Esse recurso de Hart pode ser melhor compreendido se não for considerado como uma análise histórico-antropológica mal feita, tirada do nada, mas sim como um argumento *ex post facto*. O argumento, por essa ótica, seria de que, dada a existência de critérios para identificação de regras, de corpos legislativos para alteração de regras e corpos

²⁵ Para Hart, um sistema com regras de julgamento deve estar ligado a um tipo de *regra de reconhecimento* de espécie elementar e imperfeita. Determinações com relação a violação de regras não podem deixar de ser consideradas como determinações do que as regras são (HART, 2005, p.107).

judiciários/executivos para a execução de regras, pode-se afirmar que, sem essas categorias de regras, as sociedades complexas sofreriam de problemas relativos à estaticidade, ineficácia e incerteza das regras. Hart não tinha como objetivo incorporar a teoria empírica social na teoria legal. Seu objetivo era estabelecer uma “província importante da experiência social para o tipo de articulação e explicação interpretativa oferecida pela filosofia” (POSTEMA, 2011, p. 265).

2.7 A REGRA DE RECONHECIMENTO: O FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

A *regra de reconhecimento*, como trabalhado na seção anterior, é o tipo de regra que fornece os critérios dotados de autoridade para que oficiais e cidadãos em geral identifiquem quais serão as *regras primárias de obrigação* e as demais *regras secundárias* que serão incluídas num determinado sistema jurídico (HART, 2005, p. 111). Ela é a regra última de um sistema jurídico. Dentro de um determinado sistema jurídico, se alguém se empenhar em traçar a validade última de qualquer regra, seja ela do grau hierárquico mais inferior possível (como uma lei municipal, por exemplo), será a *regra de reconhecimento* o ponto de chegada (HART, 2005, p. 119). Essa regra, por fim, não pode ser concebida por critérios de validade jurídica. Ela simplesmente é aceita como tal e “sua existência é uma questão de fato” (HART, 2005, p. 121). Assim como o metro, ela estabelece o critério de teste para que outras regras possam ser identificadas. Da mesma forma, a medição original do “metro” que fica em Paris não pode ser testada, pois ela é o parâmetro último para estabelecer o metro (MACCORMICK, 2008, p. 138).

Um ponto importante a se considerar neste momento é que a concepção da *regra de reconhecimento* é considerada por alguns positivistas como a base do que se poderia considerar uma teoria *convencionalista* do Direito. Convencionalista pois, assim como o metro, existiriam certas “convenções” em uma sociedade, acordos implícitos, que poderiam ser considerados razões para agir (DICKSON, p.2).

Mas o que significa dizer que uma convenção pode ser considerada uma razão para agir? Existiria algum fundamento para um oficial do Estado justificar o uso de certos critérios de identificação de regras pelo simples fato de que seus pares assim o fazem? Dizer que uma regra é uma convenção social significa dizer que o fato de um grupo agir conforme uma regra é suficiente para que um membro desse grupo possa usar tal fato como razão para aceitar essa regra individualmente.

A interpretação de que a chave para entender a *regra de reconhecimento* está em entendê-la como uma convenção social, porém, é contestada por filósofos como Julie Dickson (p.2). Na análise de Dickson (p.9), a caracterização de Hart como *convencionalista* não poderia

ser depreendida da primeira edição de *The Concept of Law* (p.9) . Foi somente no pós-fácio da segunda edição da mesma obra que Hart associou a *regra de reconhecimento* a uma concepção convencionalista. Para Dickson, porém, a *regra de reconhecimento* é melhor compreendida se não for considerada assim.

Na concepção original de Hart, não é possível estabelecer que a *regra de reconhecimento* é uma regra convencional. Embora seja necessário que haja uma prática comum entre oficiais para que a *regra de reconhecimento* exista, essa prática não pode constituir uma razão jurídica para aceitar e tratar a *regra de reconhecimento* como vinculante. Como regra última do sistema, questões de validade jurídica não se aplicam a ela (DICKSON, p.10).

Deixando de lado a questão do convencionalismo, os critérios de identificação estabelecidos pela *regra de reconhecimento* podem ser de vários tipos, sejam simples ou complexos. Uma *regra primária*, por exemplo, pode ter como critério de sua inclusão num corpo de regras o simples ato ou palavra de um rei. Já Estados democráticos modernos, por exemplo, apresentam todo um trâmite complexo de processos que devem ser respeitados até a publicação de uma lei.

Não há necessidade – e normalmente não pode ser encontrada – uma *regra de reconhecimento* clara e única em um sistema jurídico. Hart (HART, 2005, p. 113) afirma que a *regra de reconhecimento* “muito raramente é formulada de forma expressa como tal”:

Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.

Normalmente os oficiais de um sistema não aderem exatamente ao mesmo critério para identificação do Direito. Mesmo que essas divergências sejam compatíveis com a funcionalidade do sistema, deve haver ainda um critério mínimo compartilhado entre eles sobre alguns elementos da *regra de reconhecimento* ²⁶ (KRAMER, 2018, p. 84).

Para todo sistema jurídico totalmente maduro existe uma regra de reconhecimento, fundamento do sistema jurídico. Fundamento aqui significa que essa regra não é validada por nenhuma outra norma, nem é passível de ser identificada como válida ou inválida. Sua existência como regra é constituída, nas palavras de MacCormick (2008, p.137), simplesmente e somente pelo fato de que ‘de um ponto de vista interno’ ela é ‘aceita’ por pelo menos os juízes e outros oficiais superiores que exercem poderes dentro do sistema. (MACCORMICK, p.137).

²⁶ Uma questão importante é até que ponto as discordâncias sobre uma regra de reconhecimento podem preservar a estabilidade e regularidade do sistema (KRAMER, 2018, p. 84).

Mesmo que ela esteja positivada em um sistema jurídico, a validade de sua própria positivação teria que ser traçada até a *regra de reconhecimento* (KRAMER, 2018, p. 93).

Essa manifestação por parte dos oficiais só pode ser compreendida se contemplada do *ponto de vista interno*, ou seja, da própria aceitação das regras como regras de orientação por parte dos próprios oficiais. É o *ponto de vista interno* que permite afirmações do tipo “o Direito dispõe que...”, e não só afirmações de um ponto de vista externo como “o Direito de determinada nação x dispõe que...” (HART, 2005, p. 114).

As pessoas desse ponto de vista se referem à *regra de reconhecimento* como parâmetro de conduta e crítica da conduta de outros, tendo como certo o fato de que os outros participantes do sistema também a aceitam. Hart afirma que em uma sociedade saudável, essa regra pode ser aceita tanto pelos oficiais como pelos cidadãos, mas somente a aceitação dos oficiais é necessária e suficiente para sua existência. Dizer que um sistema jurídico existe para Hart, é uma afirmação “bifronte” (de duas faces), ou seja, existem duas condições mínimas, necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico (HART, 2005, p. 128):

Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários.

É importante ressaltar que um sistema jurídico, fundamentado na *regra de reconhecimento*, existirá apenas se as regras que o compõem forem praticadas efetivamente. A existência de um sistema jurídico tem como condição o fato de que os habitantes de uma comunidade, na maior parte do tempo do tempo, cumprem as *regras primárias* que os restringem ou os obrigam a agir ou se omitir de certa forma, seja por considerarem seus comportamentos vinculados à lei ou por medo de sanções. Os oficiais, por sua vez, para que a *regra de reconhecimento* exista, precisam enxergar a regra de reconhecimento como vinculante, independentemente do motivo ou justificativa dessa postura (POSTEMA, 2011, p. 33).

Em suma, a unidade e singularidade do sistema depende da presença de uma *regra de reconhecimento*. Um mero “conjunto” de regras sem caráter sistêmico carece dessa interrelação de regras. Um regime composto apenas por regras primárias é unificado apenas pelo fato de que as regras são de um grupo e para um grupo (MACCORMICK, 2008, p. 138). A importância da interrelação das regras será resgatada no capítulo 3 para rebater as críticas a Hart segundo as quais o Direito Internacional poderia ser considerado um sistema jurídico aos moldes de sua teoria por conter outros tipos de regras secundárias. Esse argumento parece negligenciar a interdependências das regras na teoria hartiana.

Antes, porém, se faz necessário trabalhar algumas questões preliminares sobre a Filosofia do Direito Internacional e as formulações de Hart sobre a natureza do Direito Internacional. Isso será feito a seguir no segundo capítulo deste trabalho.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO INTERNACIONAL

3.1 PROBLEMAS CLÁSSICOS DA FILOSOFIA DO DIREITO

O trabalho tratará, neste terceiro capítulo, de localizar a teoria de Hart dentro do que é chamado na Filosofia do Direito de Positivismo Jurídico e o seu valor na busca da compreensão dos fenômenos jurídicos internacionais e transnacionais.

A primeira seção tratará do positivismo jurídico estabelecendo-o dentro de dois debates centrais da Filosofia do Direito: o problema da normatividade do Direito e o da validade jurídica. Em seguida tentará delimitar teoricamente o conceito de positivismo jurídico e explicar como a teoria de Hart se alinha a essa tradição. A segunda seção apresentará o estágio atual dos debates dentro da Filosofia do Direito Internacional que interessam ao positivismo jurídico e, por consequência, resgatará o valor da teoria de Hart para tanto. A terceira seção apresentará uma análise do capítulo de Hart sobre O Direito Internacional.

3.2 CONDIÇÕES DE VALIDADE DO DIREITO

Umas das questões mais importantes que tradicionalmente são abordadas pela Filosofia do Direito é a questão da validade jurídica. Como regras se tornam legais? Em que momento um comando ou diretriz deixa de ser apenas uma mera elocução e se reveste de juridicidade, passando a integrar o todo sistêmico das leis? O que valida a experiência jurídica?

Tomando um exemplo prático: se alguém for indiciado pela Receita Federal por sonegar o Imposto de Renda e se prestar ao trabalho de perguntar a um oficial da Receita Federal por qual motivo ele se tornou devedor tanto do imposto em si como da multa decorrente de sua sonegação, a resposta será clara: “assim está disposto no Código Tributário Nacional” (CTN). Se o devedor perguntar ainda por qual motivo ele é obrigado a obedecer o CTN, o oficial dirá que o código em questão é válido pois foi promulgado conforme todos os requisitos dispostos na Constituição Federal Brasileira. Mas o que validaria a Constituição se ela está no topo da pirâmide do Direito positivo brasileiro?

Haveria alguma regra superior que pudesse dotar a Constituição de validade jurídica ou a Constituição teria natureza tal que seria capaz de validar a si mesma? Se se pudesse encontrar essa tal lei superior, o que a validaria? A explicação de que uma lei é validada por uma lei superior cria o problema conceitual de uma busca infinita por uma lei superior.

Da mesma forma, não seria satisfatório conceitualmente afirmar que a lei fundamental de um Estado (como as Constituições) valida a si mesma. A natureza da validade legal não poderia ser teorizada com a circularidade dessa resposta: a lei é válida por causa da validade da lei. A tautologia de que a validade jurídica é causa de si mesma gera problemas que paralisam a teorização.

Partindo desses problemas argumentativos relativos à tautologia e regressão ao infinito, a maior controvérsia sobre a legalidade/validade jurídica diz respeito à possibilidade do uso de uma teoria reducionista para explicá-la. Seria possível traçar a origem da validade das leis a um fenômeno *não-legal*? Seria possível reduzir as condições de validade legal a fatos sociais (não normativos)? Ou essa redução não é possível, pois o conteúdo de normas jurídicas, especialmente seu conteúdo moral, também define as condições de sua validade?

Marmor (2012, p. 4) introduz o problema afirmando que algumas teorias reducionistas afirmam que, para que as condições de validade legal sejam acessadas, deve se considerar os fatos sociais relevantes que dizem respeito a como as pessoas se comportam em uma determinada sociedade e aos tipos de crenças e atitudes que elas compartilham sobre suas condutas. Outros filósofos negam a possibilidade dessa redução, pois, para eles, a validade legal depende em parte de verdades morais.

Para Marmor (2012, p. 5), com exceção de Hans Kelsen, a tradição do positivismo jurídico se destacou justamente por fornecer explicações reducionistas da validade legal. Um dos exemplos mais claros desse tipo de teoria é a formulada por John Austin: de acordo com ele, o Direito é formado essencialmente por comandos de um soberano político. Um comando é a expressão de um desejo de uma pessoa (ou grupo de pessoas) de que outra(s) pessoa(s) se comporte(m) de uma determinada maneira. Esse comando deve ser acompanhado de ameaças. Se o destinatário da ordem não agir de acordo, estará sujeito a uma sanção (sofrerá um mal). “Não faça x, se não y”. A soberania, para Austin, é definida sociologicamente: o soberano é a pessoa, ou grupo de pessoas, que é habitualmente obedecido por uma população e não tem, ele mesmo, o hábito de obedecer outros.

As condições de validade legal seriam totalmente redutíveis a fatos de um tipo não-normativo na *teoria imperativa* austiniana. Como trabalhado no primeiro capítulo, Hart foi um dos maiores críticos dessa teoria e do lugar central dado por ela para a ideia de sanção. A visão de Marmor sobre Hart, porém, é controversa: Hart discordava dos componentes principais que formavam a teoria de Austin, mas não se opôs ao projeto reducionista austiniano, uma vez que sua teoria também foi reducionista (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 5).

Kramer (2018, p. 23) critica o rótulo reducionista dado à Hart por Marmor. Hart ofereceu uma explicação do Direito em termos de fatos sociais que podem ser explicados a partir das condutas, crenças e atitudes reais das pessoas. Hart teria, portanto, reduzido o fenômeno do Direito a fatos sociais. O problema é que a ideia de reducionismo de Marmor é de que se uma teoria explica a totalidade de X com referência a Y e não o contrário, então a teoria reduziu X a Y. Isso significa, para Marmor, que Y tem prioridade explicativa e metafísica sobre X. (KRAMER, p.23).

O problema para Kramer (2018, p.25) da concepção de Marmor não está em atribuir a Hart uma relação de constitutividade no sentido de que certos padrões de comportamentos, crenças e disposições por parte das autoridades jurídicas e cidadão culminam logicamente na existência, operação e nas normas de um sistema jurídico. O problema não é a atribuição dessa tese a Hart, mas sim de que essa tese é reducionista.

Marmor estaria equivocado ao aplicar o termo *reducionista* a qualquer teoria que envolva uma relação de consitutividade. A visão de Marmor é problemática, pois o rótulo redutivista dá a forte impressão de que as regras legais, como itens supostamente redutíveis a outro conjunto de fenômenos, não podem ser consideradas, de forma geral, como entidades existentes e fenômenos que ocorrem factivamente. Kramer (2018, p. 26) vai atribuir a o nome de *Not Counted Thesis* a essa tese de Marmor.

Kramer (2018, p. 28) defende que a afirmação de Marmor é falsa se a tese de que Hart foi reducionista tal qual Austin significar que ambos tentaram obscurecer a realidade e centralidade das normas no funcionamento dos sistemas jurídicos. Afinal, “Hart reconheceu que a constituição de regras jurídicas por ações, crenças e atitudes é totalmente consistente com o fato de que normas não são simplesmente as ações, crenças e atitudes com descrições diferentes”²⁷.

Independentemente do debate de se Hart seguiu o projeto reducionista austiniano ou não, Hart chamou a atenção, em contraponto a Austin, que a maior parte do Direito não é como o Direito Penal ou as regras de trânsito. Dentro do Direito é possível que se confira poderes para pessoas celebrarem contratos, que relações jurídicas sejam alteradas, e que novas regras sejam criadas. Nesses casos, o Direito apenas oferece uma “ferramenta” e não impõe um comando. Hart foi um dos expoentes da Filosofia do Direito ao mostrar que existe uma multiplicidade de normas que devem ser contempladas pela teoria do Direito.

²⁷ Hart recognized that the constituting of legal norms by actions and beliefs and attitudes is fully consistent with the fact that the norms are not simply the actions and beliefs and attitudes under a different description.

Como será visto ao final do capítulo, a sanção, como parte da essência do Direito, será um dos pontos cruciais para se discutir as teorias que negam ao Direito Internacional o caráter jurídico por carecer de instituições com sanções bem definidas. O Direito Internacional pode ser chamado de Direito mesmo sem ter um órgão centralizado com poder de punir violações de regras internacionais?

Marmor (2012, p. 6), ao citar Raz, faz um exercício especulativo e imagina um mundo onde as sanções não são necessárias. Mesmo nesse mundo, seriam necessárias regras para coordenar seus integrantes. A questão não é se a sanção é importante para a compreensão do Direito, mas sim o lugar central da sanção pelas teorias até Austin. Mesmo que Hart e seus seguidores tenham sido grande críticos da *teoria imperativa*, não se pode dizer categoricamente que a coerção foi excluída da filosofia de Hart ²⁸.

Marmor (2012, p. 6) afirma, porém, seguindo Hart, que o reducionismo de Austin parte de uma intuição importante: de que as leis são produtos da criação humana livre. Hart concorda com Austin ao menos no fato de que as leis são um ato da vontade humana ²⁹.

Prosseguindo com a questão da validade jurídica, não é qualquer pessoa que tem seus atos de vontade capacitados a criar coisas jurídicas e regras. O que capacita alguém a ter esse poder? Como visto no primeiro capítulo, Hart formula a ideia de que certos oficiais tem o poder de criar e modificar o Direito em determinada sociedade em virtude do fato de que a maioria das pessoas nessa sociedade se comporta regularmente de forma a assumir que os oficiais detenham tal poder, que elas acreditam nisso e que compartilham certas atitudes críticas alinhadas com essa crença coletiva (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 6).

Em qualquer sistema jurídico, existem regras sociais seguidas por uma população determinando quem pode criar a lei e como isso deve ser feito. São as *regras de reconhecimento* que constituem as condições de validade em um sistema jurídico como visto no primeiro capítulo.

De acordo com Hart, uma regra social existe quando há regularidade de comportamento em uma população acompanhada da ideia de aceitação formulada pelo autor. Essa aceitação

²⁸ No prefácio de *The Force of Law* (2015), Frederick Schauer critica o papel irrelevante que Hart *talvez* tenha atribuído à coerção. A expressão *talvez* deixa em aberto a questão da importância da sanção para a teoria hartiana.

²⁹ Os desdobramentos da aplicação de *machine learning* e inteligência artificial ao Direito criam novos desafios a concepção da vontade humana como a força criadora do Direito. A automatização de operações jurídicas gera um distanciamento entre o criador da lei e os efeitos práticos dela. Uma enunciação de um oficial é quase sempre imediatamente atribuída ao ser humano que a proferiu. Mesmo com a delegação de poderes por oficiais, a identificação do sujeito enunciador pode ser traçada com facilidade. Põe-se a questão de que se processos automatizados forem autorizados a produzir atos válidos em decisões judiciais ou na produção legal, seriam necessárias teorias que suportassem essa nova complexidade que se dá entre a vontade humana e a criação do Direito. Essa questão, porém, não será analisada neste trabalho.

consiste na crença pela maioria da população de que a regra fornece razões para que ela seja cumprida e uma atitude comum de apoio ao que ela prescreve. Isso se manifesta no uso da regra como justificativa da pressão exercida para seu cumprimento ou como parâmetro de crítica pelo desvio do que ela prescreve (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 7). Esse conceito de regra social foi essencial na teoria de Hart. Sem essa formulação, Hart dizia ser impossível elucidar as formas mais elementares do Direito.

Marmor (2012, p. 7), que atribui a Hart o reducionismo teórico, afirma que o reducionismo do autor foi muito criticado desde a época de sua formulação. Críticos subsequentes argumentam que a redução feita pelo autor não é plausível, uma vez que questões morais também fazem parte dos critérios que determinam a legalidade (algumas dessas visões são chamadas de anti-positivistas). Uma das teorias que mais corrobora com esse argumento é a de Ronald Dworkin, famoso aluno de Hart (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 7).

A teoria de Hart contemplava a insuficiência da lei positiva em ser capaz de lidar com todos os fenômenos da vida real. Como produto dos seres humanos e, portanto, limitadas por sua própria condição, Hart sabia que, em certos momentos, a mera aplicação da lei não seria suficiente para que os juízes resolvessem suas demandas por uma decisão judicial. Um ato de criação/modificação da lei seria necessário por parte deles de acordo com Hart. Essa é a formulação da discricção judicial (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 8).

Hart (1961, p. 97) ainda formulou que as *regras de julgamento*, ao conferirem poderes de determinar se regras foram ou não violadas, envolvem necessariamente a determinação do que as regras são. Essas regras, portanto, estariam relacionadas com um tipo de *regra de reconhecimento* imperfeita, que tornaria as interpretações de juízes, por exemplo, enunciações capazes de criar Direito, fontes do Direito, não meras descobertas do que o Direito era previamente.

Umas das maiores críticas ao argumento de Hart sobre a discricção judicial foi feita por Ronald Dworkin. Segundo Dworkin, ela fracassava em seus fundamentos: Hart falhou em achar que o Direito era composto apenas de regras. Além das regras, existiriam os princípios, que são categorias legais que derivam sua validade jurídica não de decretos humanos, mas da racionalidade, incluindo o raciocínio moral.

Para Dworkin, então, além de o Direito não se esgotar a ponto de ter que recorrer à discricção judicial, existiriam normas jurídicas que não obedecem ao critério da regra de reconhecimento. Essas conclusões são possíveis através da concepção de que existe uma relação necessária entre o Direito e a Moral: parte do Direito responde a critérios morais para testes de validade.

Dworkin achava que as regras, diferente dos princípios, funcionam de uma forma radical. Se a regra se aplica a circunstância, há um desfecho jurídico. Se não houver esse desfecho, então a regra não se aplica ao caso em questão. Os princípios, por sua vez, não determinarão um desfecho necessariamente. Eles fornecem razões para decidir o caso de um jeito ou outro. Em *hard cases*³⁰ isso se torna mais evidente. O ponto principal aqui a ser ressaltado é a tese que fundamenta a forma pela qual as regras e os princípios ganham sua validade legal (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 8).

Os princípios jurídicos não são promulgados. Eles são deduzidos pelo raciocínio sobre fatos e considerações morais. O processo de raciocínio e descoberta de verdades morais não se esgota como as regras. Argumentos morais novos sempre podem ser levantados. Um princípio não depende da decisão de uma autoridade e sim da melhor justificativa moral abduzida das decisões anteriores (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 8).

A pergunta crucial desse debate entre Dworkin e Hart é se esse o processo descrito por Dworkin é uma forma de identificar o Direito ou de criar o Direito. Contra a ideia de Dworkin, argumenta-se que o processo de ponderação para identificar princípios só funciona como *descoberta* do Direito na retórica judicial. Na verdade, o princípio supostamente *descoberto* só foi integrado ao Direito depois do juiz promulgar sua decisão (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 9). O processo foi, de fato, criativo. Juízes podem apenas ter o costume de dizer que descobriram um princípio, quando na verdade o estão criando. Os princípios, vistos dessa forma, caberiam na teoria de Hart.

Em suma, a teoria interpretativa do Direito, representada aqui por Dworkin, tenta mostrar como a identificação de normas sempre envolve julgamentos de valor, incluindo considerações morais. Toda conclusão sobre casos particulares é resultado de uma interpretação ou outra. O *dever ser* faz parte das condições de validade do Direito.

Como será visto na seção 2.2, uma das teses centrais postuladas pelo positivismo jurídico será a de que o que é Direito não depende do mérito (incluindo o valor moral) de uma regra, mas sim de suas fontes. Aqui pode se observar a tensão entre teorias descritivas do Direito e as teorias interpretativistas e jusnaturalistas. As últimas, de um ponto de vista analítico, podem ser acusadas de confundir o *dever ser* com o *ser*. Hart (1961, p. 238), enfim, concordou no pós-escrito de *O Conceito de Direito* que a relação entre a moral e o Direito talvez fosse mais complexa do que imaginou (MARMOR; MARMOR, 2012, p.10).

³⁰ Casos jurídicos onde o Direito não fornece uma resposta clara e imediata para a resolução de conflitos seja pelo conflito de leis existentes que se aplicam ao mesmo caso, ou pela ausência de leis que o abarquem.

Grandes debates da Filosofia do Direito foram ditados pela discussão entre Hart e Dworkin. O problema da validade jurídica como um dos eixos centrais da Filosofia do Direito pode ser apresentado de forma concisa a partir da análise dos argumentos dos dois lados³¹.

3.3 NORMATIVIDADE

“Toda especulação sobre a natureza do Direito se origina da afirmação de que sua existência torna, pelo menos, algumas condutas obrigatórias” ³² (HART, 1961, p. 217). Hart concordou com Austin no fato de que o ponto de partida correto para se teorizar sobre o Direito era do fato de que normas jurídicas buscam controlar a conduta de seus sujeitos. Na seção anterior, o problema da validade jurídica foi trabalhado e se observou o quanto do debate sobre a validade jurídica envolve a relação entre o Direito e a Moral. Da mesma forma, a normatividade, como segundo eixo principal da Filosofia do Direito apresentado por esse trabalho, também será debatida nestes termos: os deveres que o Direito clama gerar tem uma relação necessária com deveres morais? É possível que um dever jurídico seja concebido sem nenhuma relação com um dever moral?

Marmor (2012, p. 11) dirá que a Filosofia do Direito, como campo com certa autonomia, se debruça mais em explicar a normatividade do que em justificá-la ou questioná-la; que a pergunta de se existe alguma obrigação moral de se obedecer as leis de um sistema jurídico deve ser respondida em termos político-morais. Essa concepção parece estar fundada na tese positivista da separação entre o Direito e a Moral. Teses que defendem uma conexão necessária entre Direito e Moral não delimitariam a Filosofia do Direito nesses termos. Se o processo de dedução da moral também é fonte do Direito, a Filosofia Política e Moral necessariamente estariam envolvidas nas questões jurídico-filosóficas.

Aceita essa delimitação de antemão, o debate começa novamente com a possibilidade de redução da obrigação legal a fatos não-normativos. Austin formulou sua teoria nesses termos. Dizer que “x tem a obrigação de y” quer dizer que “se x não fizer y, haverá consequências desagradáveis” (MARMOR; MARMOR, 2012, p.11). Isso quer dizer que enunciados de obrigação são equivalentes a previsões. Essa concepção exclui a ideia central de

³¹ Com relação ao Direito Internacional, Dworkin dialogou com a concepção de Direito Internacional de Hart no artigo *A New Philosophy for International Law* (2013).

³² *All speculation about the nature of law begins from the assumption that its existence at least makes certain conduct obligatory.*

que o Direito busca guiar condutas dos sujeitos na maioria das vezes ao fornecer razões para ação dos sujeitos por meio de regras ³³ (MARMOR; MARMOR, 2012, p.11).

O famoso exemplo do homem armado de Hart exemplifica essa redução. Em Austin, a diferença entre um criminoso, que obriga as vítimas a passarem seus pertences, e o Estado, seria somente o fato de que, por acaso, o assaltante não é um oficial do Estado (HART, 1961, p. 19).

Para Hart, ao menos na perspectiva dos que consideram o Direito como um sistema normativo vinculante, o Direito funciona como guia de conduta e não apenas como a manifestação de que algo ruim se seguirá da não conformidade com a lei. Hart diferencia essas concepções a partir de dois pontos de vistas diferentes: o externo e o interno como visto no primeiro capítulo. O externo representa a perspectiva que analisa o Direito sem considerar as crenças e atitudes do participante; o interno, a perspectiva daqueles que se consideram participantes cooperativos da prática (MARMOR; MARMOR, 2012, p.11).

O ponto de vista interno deve ser considerado para a teorização da normatividade do Direito, de acordo com Hart. O ponto de vista interno, porém, não é necessariamente acessado apenas pelo participante. Um observador externo pode contemplar as atitudes e crenças das pessoas em relação às regras e afirmar, de um ponto de vista externo, a perspectiva interna das regras ³⁴.

Hart se debruçará sobre as crenças e atitudes daqueles que consideram o Direito como vinculante. Será o filósofo do Direito, para Hart, habilitado a identificar a existência e os modos de funcionamento do Direito. Se as razões dadas pelo Direito são legítimas ou se um sistema é considerado imoral, são questões pertinentes à filosofia moral e política (MARMOR; MARMOR, 2012, p. 12).

A relação entre o Direito e a moral em Hart é passível de muitas críticas, mas é inegável que Hart foi um dos as bases para o debate desses dois grandes eixos da Filosofia do Direito: a normatividade e a validade/legalidade.

3.4 MORAL E DIREITO

Nas duas seções anteriores, a normatividade e a validade jurídica foram apresentadas como os problemas centrais da Filosofia do Direito e, principalmente, para a tradição do

³³ Nota-se aqui que sanções também são *razões para agir*. A normatividade das regras de um sistema jurídico se dá na medida em que as normas são razões para agir por si mesmas.

³⁴ Esse será um dos sentidos que no terceiro capítulo dessa dissertação buscará uma forma de entender como sistemas de diferentes países se comunicam. A validação de regras de sistemas estrangeiros em um sistema doméstico não estaria fundada sobre a capacidade de compreender o ponto de vista interno do *outro*?

positivismo jurídico que é o foco deste trabalho. Nessas duas vertentes de problemas, a relação entre o Direito e a Moral foi mencionada.

Mas qual é a natureza da relação entre o Direito e a Moral? Se a maior parte do Direito fornece aos sujeitos razões para agir e normalmente essas razões são morais, não seria correto dizer que há uma relação necessária entre os dois? Não existe consenso claro sobre o assunto entre os teóricos da Filosofia do Direito (MARMOR; MARMOR, 2012, p.13).

Existem argumentos de que uma sociedade regida por um sistema jurídico obtém certos benefícios. Mesmo quando uma formulação teórica inclinada ao anarquismo corrobore com a tese de que é melhor estar sem Direito do que ter um Direito corrupto e corrompido, parece estar implícita a ideia de um desvio de finalidade por parte do Direito. Além disso, pode-se dizer também que existe um certo consenso de que leis específicas podem ser imorais quando analisamos a corrupção sistemática que permeia o sistema jurídico de certos Estados (MARMOR; MARMOR, 2012, p.13).

Mas as leis podem ser totalmente imorais e mesmo assim serem consideradas como parte de um sistema jurídico? Um sistema jurídico pode estar totalmente corrompido e ainda assim ser considerado Direito? Depois da Segunda Guerra essas considerações foram levadas mais a sério pelos teóricos jurídicos. A ideia de que leis imorais não fazem parte do Direito parece ser contra intuitiva ante as manifestações corriqueiras do fenômeno jurídico.

Além de questões analíticas sobre como as partes (regras) e o todo (sistema) do Direito se relacionam com a moral, há o problema de se é possível estabelecer um limite moral para o que se pode considerar como um sistema jurídico. Organizações criminosas podem ser chamadas de sistemas jurídicos se funcionarem como tal? (MARMOR; MARMOR, 2012, p.13). A formalidade e funcionalidade do Direito são os únicos parâmetros para o uso da expressão Direito?

Duas são as áreas, porém, mais polêmicas com relação à existência de uma conexão necessária entre o Direito e a Moral: a primeira se trata justamente do problema da validade legal depender de verdades morais ou não, como exposto na seção 1.2; a segunda diz respeito ao propósito do Direito e seus padrões inerentes de perfeição. John Finnis faz parte dessa tradição que remonta à Grécia Antiga, tradição essa que afirma ser característica essencial do Direito promover o bem comum e, portanto, tem certos parâmetros de perfeição inerentes à sua natureza (MARMOR; MARMOR, 2012, p.14). Essa tradição (que pode ser chamada de *Jusnaturalista*) ao ter uma concepção de Direito natural relacionada com a ideia teleológica de bem comum, entra no campo da natureza da moral e entra em conflito com certas teses positivistas da separação entre o Direito e a Moral.

Outra vertente dominante do debate citada por Marmor (2012, p. 14) é a *Teoria Crítica do Direito* que se debruça sobre a conexão do Direito com o bem comum. Vertentes marxistas chamam a atenção para o fato de que a ideia abstrata de bem comum pode conter um aspecto ideológico na definição do que significa *bem* e, na verdade, incorrer na perpetuação da diferença de classes e privilegiar uma determinada classe da população.

O autor Jürgen Habermas, famoso expoente da teoria crítica, pode ser citado como exemplo. Habermas se alinha com certas teses positivistas com relação à separação entre o Direito e a Moral, mas amplia o debate para critérios legitimadores do sistema³⁵ (ORTZ, p.1).

3.5 O QUE É O POSITIVISMO JURÍDICO?

Até o momento o trabalho apresentou problemas centrais da Filosofia do Direito com o intuito de localizar o positivismo jurídico como uma das tradições mais importantes desse campo. O objetivo final é compreender a teoria de Hart dentro desses debates e ao mesmo tempo clarificar suas posições de forma dinâmica dentro da Filosofia. As questões sobre a normatividade e legalidade (e a relação entre Direito e Moral como pano de fundo) são essenciais para isso. Hart, portanto, faz parte da tradição do positivismo jurídico³⁶. Esse rótulo normalmente é dado para uma corrente de pensamento que enfatiza os aspectos empíricos da experiência jurídica.

O problema, segundo Gardner (2001, p. 199), em tentar rotular autores específicos da Filosofia do Direito nessa tradição, é de que, do ponto de vista argumentativo da filosofia, esses autores se relacionam mais por tratar de temas semelhantes do que propriamente por defender teses idênticas. Gardner (2001, p. 199) delimitará uma tese central como proposição característica do *positivismo jurídico* para prosseguir no debate. Será a proposição *LP* (*Legal Positivism*): “em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é válida juridicamente e, portanto, faz parte do conjunto de regras daquele sistema, dependerá de suas fontes, não de seus méritos” (GARDNER, 2001, p.199).

A convergência da proposição LP entre os grandes nomes do *positivismo jurídico* (Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart) foi o motivo da escolha de Gardner. Além disso, essa proposição é usada por positivistas contemporâneos

³⁵ Habermas apresenta uma concepção mais complexa do que apenas relacionar o Direito com o bem comum como afirmado por Marmor. No artigo *Positive Law and Systemic Legitimacy: A Comment on Hart and Habermas*, Ortiz apresenta a teoria de Habermas como possibilidade de ampliação do positivismo para um *positivismo crítico* baseado na legitimidade democrática.

³⁶ Apesar do nome positivismo, não há uma correlação direta entre a corrente chamada de positivismo jurídico e o positivismo lógico ou científico de, por exemplo, Auguste Comte.

relevantes – Joseph Raz e Jules Coleman, por exemplo – como termo distintivo teórico em debates atuais.

A relação entre o Direito e a Moral se evidenciará na independência dos méritos de uma norma para que ela seja considerada válida. O Direito e a Moral podem ser concebidos separadamente. Enfim, Gardner (2001, p. 200) afirma que:

[...] no que um positivista deveria acreditar se não que as leis são positivadas? E é mais ou menos isso que a proposição LP diz sobre as leis. Ela diz, para ser mais exato, que em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida como norma daquele sistema somente em virtude do fato de que em algum momento e lugar relevantes, um agente ou agentes anunciaram-nas, praticaram-nas, invocaram-nas, garantiram-nas, apoiaram-nas ou de outra forma, se relacionaram com elas ³⁷.

Falar sobre o positivismo a partir da dicotomia entre fontes e méritos como exaustivos para explicações sobre a validade de normas é suficiente teoricamente? De que outra forma as normas poderiam ser validadas? Ao discutir a validade jurídica, seriam as fontes e os méritos sempre mutuamente excludentes?

Grandes debates no positivismo se desenvolveram a partir dessas questões. De um lado, argumenta-se que a validade pode estar fundada no mérito das fontes. Por exemplo, se um rei faz parte da nobreza (mérito) a validade emana dele (fontes). Por outro lado, argumenta-se que a validade das normas pode ser achada pelo teste das fontes dos seus méritos. Por exemplo, a possibilidade de que uma norma responda a critérios de razoabilidade para ser considerada válida se houver uma norma dizendo que só serão válidas normas razoáveis (GARDNER, 2001, p. 200).

A primeira argumentação tem sido rejeitada pela tradição positivista. A questão dos méritos da fonte, ou da nobreza do rei, seria relativa ao significado moral das ações de um soberano. Questões dessa ordem, porém, não afetariam a condição de validade de seus enunciados. A nobreza do rei não seria invocada ao se identificar as regras. Os pronunciamentos por si só são a fonte de validade e questões relativas à nobreza não são levantadas para tanto.

A proposição LP é reformulada por Gardner (2001, p. 200) nessas condições acrescentando-se o trecho entre parênteses:

[...] em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é válida juridicamente, e, portanto, faz parte do conjunto de regras daquele sistema, dependerá de suas fontes, não de seus méritos (onde seus méritos, no sentido em questão, inclui o mérito das fontes) ³⁸.

³⁷ *What should a “legal positivist” believe if not that laws are posited? And this, roughly, is what (LP) says of laws. It says, to be more exact, that in any legal system, a norm is valid as a norm of that system solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent or agents announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, or otherwise engaged with it.*

³⁸ *In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of*

Quanto ao segundo tipo de argumento, a tradição positivista tem se dividido entre positivistas inclusivos ou *soft positivists*³⁹ e positivistas exclusivistas ou *hard positivists*. Os primeiros argumentam que a validade legal pode responder a testes de mérito se houver regras, fundadas em fatos, que estabeleçam méritos para a identificação de regras. Os segundos não corroboram com essa tese e afirmam que regras que estabelecem méritos como condição de validade funcionam assim de forma apenas aparente. O que aconteceria de fato é que a norma delegaria o poder de declarar regras válidas a outro oficial. A decisão do oficial que declarou a identificação com o mérito é que valida a norma e não o mérito em si (GARDNER, 2001, p.201).

O positivismo de Hart, segundo Marmor (2001, p. 46) pode ser resumido em duas teses que se alinham a proposição LP de Gardner:

(...) a validade das regras jurídicas é estritamente dada em função de seu reconhecimento por instituições aplicadoras do Direito de acordo com o critério estabelecido pela regra de reconhecimento do sistema; e que a regra de reconhecimento existe, e tem seu status como regra, unicamente em virtude do fato de que ela é praticada pelos oficiais aplicadores do Direito.

Hart (1994, p. 250), no pós-escrito de *The Concept of Law*, se afirmou como *soft positivist* ao rebater as críticas de Dworkin, que atribuía a Hart a ideia de que a existência e autoridade da *regra de reconhecimento* dependeriam de sua aceitação por tribunais e de que os critérios de validade fornecidos por ela deveriam consistir exclusivamente de assertivas claras sobre as maneiras e formas relativas à criação e adoção de normas⁴⁰.

Hart rebate essas atribuições dizendo que primeiramente elas ignoram sua clara afirmação de que a *regra de reconhecimento* pode incorporar como critério de validade legal a conformidade com princípios morais e valores substantivos. Em segundo lugar, afirma que não há nada em seu livro que diga que a *regra de reconhecimento* só possa conter assertivas meramente factuais, ou testes de pedigree.

A filiação de Hart ao *soft positivism* ou positivismo brando será trabalhada como uma possível tese para a comunicação de sistemas jurídicos diferentes. Se é possível que a moral seja um critério de validade legal estabelecido pela *regra de reconhecimento*, o critério de validade de outro sistema não poderia ser incorporado também? Um sistema jurídico nacional não poderia adotar como critério de validade para suas normas a validade das regras de regimes jurídicos internacionais? Isso geraria uma ameaça à unidade do sistema que assim faz? Essas são perguntas pertinentes ao terceiro capítulo.

its sources).

³⁹ Positivistas brandos na tradução brasileira referenciada nesse trabalho.

⁴⁰ A Tese de Pedigree de Dworkin é uma formulação importante e merece aprofundamento.

3.6 POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO INTERNACIONAL

Questões normativas e conceituais tem formado grande parte do debate contemporâneo da Filosofia do Direito, que tem abordado o fenômeno jurídico ou de forma geral, como campo independente, ou se focado em partes do Direito, em disciplinas específicas como o Direito Penal, Processual ou Trabalhista. O Direito Internacional normalmente é tratado como uma dessas disciplinas especializadas do Direito. É interessante pensar como isso pode ser prejudicial teoricamente para fenômenos internacionais e transnacionais⁴¹ que envolvam implicações jurídicas na natureza geral do Direito ⁴².

A negligência da disciplina como um todo também ocorre. O valor de se teorizar sobre a relação inter-sistêmica de Direitos se perde quando do ceticismo da natureza jurídica dos fenômenos internacionais e transnacionais, talvez, por uma justificativa fraca de que há mais valor em, primeiro, se debruçar sobre fenômenos mais consolidados e centrais do Direito do que sobre casos periféricos (argumento que traz em si a marca de Hart). O quanto, porém, do extra-sistêmico faz parte do caso central de Direito? As relações entre sistemas são, também, parte do Direito como disciplina geral⁴³.

De fato, entre as questões conceituais que dominam o debate da Filosofia do Direito Internacional Contemporânea, acompanhando os problemas clássicos sobre a normatividade e validade do Direito, estão as seguintes: se o Direito Internacional é genuinamente uma forma de Direito; como a existência e conteúdo de suas formas podem ser identificados; qual a relação entre um sistema de Direito Internacional (se afirmada sua existência) e outros sistemas individuais (BESSON & TASIOULAS, 2010, p. 2).

Entre as questões normativas estão incluídas as seguintes: se a legitimidade do Direito Internacional pode ser abordada em termos de consentimento, democracia ou outro parâmetro qualquer; quais valores o Direito Internacional deve realizar e se os Direitos Humanos, por exemplo, estão entre eles (BESSON & TASIOULAS, 2010, p. 2).

O preconceito de legar ao Direito Internacional um caráter periférico impede que muitas dessas perguntas sejam respondidas com sobriedade. Motivos menos sensatos podem justificar

⁴¹ “Transnacionais” será a expressão utilizada para se referir à relação entre Estados.

⁴² Os tratados de Westphalia, por exemplo, que estabeleceram grande parte da dinâmica internacional do Direito, foram essenciais para o estabelecimento das bases do Estado-nação como a ideia de território, população e soberano. O Direito que extrapola o Estado parece ser interessante para a teoria geral do Direito.

⁴³ Jeremy Waldron no artigo “International Law: ‘A Relatively Small and Unimportant’ Part of Jurisprudence?” (2013) critica o espaço pequeno dado à disciplina do Direito Internacional e como Hart se relaciona com essa tendência de negligência.

essa postura: talvez haja uma tendência de se acreditar que os métodos não ortodoxos de criação de normas e os frágeis mecanismos de sanção do Direito Internacional não constituam um objeto que valha a pena ser estudado pela Filosofia do Direito e suas questões conceituais e normativas.

Outra influência “corrosiva” citada por Besson & Tasioulas (2010, p.3) é a tese realista de que a moralidade política não ultrapassa as barreiras do Estado. Dentro dessa tese, admite-se ainda que, mesmo que haja uma moralidade internacional mínima bem desenvolvida, elaborá-la no Estado atual do mundo é se engajar numa empreitada utópica e fadada ao fracasso⁴⁴.

Paradoxalmente, junto com a negligência teórica dada aos fenômenos internacionais e transnacionais pela Filosofia do Direito, nos últimos vinte anos houve um aumento sem precedentes na centralidade organizacional do Direito Internacional e na quantidade de organizações e normas internacionais.

Duas questões, portanto, guiam o debate da filosofia do Direito Internacional atualmente: conceitualmente se o Direito Internacional é realmente Direito, e caso ele seja Direito, o que faz com que uma regra integre o Direito Internacional. Como podemos identificar as regras do Direito Internacional?; Normativamente, se ele pode se submeter a parâmetros éticos robustos mesmo com a possibilidade de ser considerado um fenômeno genuinamente jurídico (BESSON & TASIOULAS, 2010, p. 6).

Este trabalho focará mais em questões conceituais e formais do Direito justamente por adotar um ponto de vista positivista que concebe a análise do Direito separada de questões morais. A clarificação conceitual da relação entre sistemas, consequentemente, proporcionará um avanço na questão da identificação de normas de Direito Internacional e na clarificação da relação jurídica cada vez mais estreita entre os Estados nacionais modernos.

De fato, o maior problema que a filosofia do Direito Internacional enfrenta conceitualmente é dado pela *General Jurisprudence* (Teoria Geral do Direito), um termo usado para se referir a teorias que tratam do Direito de forma geral e universal. O ceticismo da *General Jurisprudence* é definido por Besson & Tasioulas (2010, p.7) como uma “via de mão única”, resumida na tese de que “se as características fundamentais do Direito Doméstico não podem ser encontradas a nível internacional, o assim chamado Direito Internacional não é realmente Direito”.

⁴⁴ Goldsmith & Posner, no livro “The Limits of International Law” (2005), afirmam que o Direito Internacional carece de normatividade.

Hart é crucial para esse debate, não só por ser um marco teórico na Filosofia do Direito como um todo, mas por ter dedicado todo o capítulo X de *The Concept of Law* para o tema do Direito Internacional. Aspectos mais específicos de sua teoria serão trabalhados subsequentemente na tentativa de mostrar o valor da teoria hartiana na busca por integrar a dinâmica inter-sistêmica de sistemas jurídicos a uma teoria geral do Direito.

Dentre as características que alegadamente faltam ao Direito Internacional Besson & Tasioulas (2010, p.8) citam as seguintes:

(...) 1) um sistema completo de normas gerais e abstratas provenientes de um autoridade e corpo legislativo centralizado; 2) monopólio do uso da coerção para garantir normas legais, através de sanções organizadas centralizadamente ou, ao menos, um sistema judiciário de jurisdição compulsória e universal; 3) ausência de conformação efetiva daquelas normas legais na prática.

As respostas a essas críticas são normalmente de dois tipos: respostas teóricas que negam que uma suposta característica essencial do Direito realmente o seja; respostas que invocam o desenvolvimento do Direito Internacional de forma prática ⁴⁵ (BESSON & TATIOULAS, 2010, p.8).

As críticas teóricas – e as mais problemáticas – expressadas pelos céticos quanto ao Direito Internacional dizem respeito à produção e articulação de normas. Três subcríticas teóricas são apresentadas:

a) Crítica à ausência de um corpo legislativo centralizado (especialmente de uma relação vertical entre legisladores e os sujeitos de Direito). Essa seria a maior diferença entre Direitos domésticos e o Direito Internacional. Os principais sujeitos e criadores do Direito Internacional se confundem na mesma entidade, qual seja, o Estado.

b) Crítica à natureza das normas que são ditas integrantes do Direito Internacional e, particularmente, à ausência de regras gerais e abstratas. Normas internacionais normalmente são criadas por acordos bilaterais criando obrigações relativas e localizadas. Por isso, o Direito Internacional é caracterizado como *soft law*.

c) Crítica à falta de regras secundárias de alteração, julgamento e principalmente a de reconhecimento, fundamento de um sistema jurídico para Hart.

As respostas às subcríticas de 1) por Besson & Tasioulas (2010, p. 10) são organizadas respectivamente a seguir:

a') O Direito Costumeiro ou Consuetudinário é uma forma de Direito que não faz alusão a um corpo legislativo centralizado. Além do mais, muito do Direito Internacional moderno é

⁴⁵ O artigo “Taking Legal Positivism beyond the State: Finding Secondary Rules” (2016) de Richard Collins é esclarecedor nesse sentido ao resumir os erros cometidos por críticos da concepção de Hart sobre o Direito Internacional.

formado por processos multilaterais, muito diferente da mera troca de promessas e geração de contratos horizontais de um Direito Internacional mais primitivo marcado pela bilateralidade dos tratados. A produção de normas do Direito Internacional se distanciou da mera produção transnacional de acordos.⁴⁶

Com relação à hierarquia das normas e instituições, pode-se argumentar que mesmo nos Direitos domésticos tem-se o fenômeno da relativização hierárquica (entes federativos, por exemplo), e mesmo que se assuma uma descentralização, existem várias teorias sobre as fontes do Direito Internacional grandemente aceitas pela comunidade jurídica internacional.

Na prática, o Direito Internacional tem funcionado através de uma coordenação horizontal mesmo que se possa observar um desenvolvimento de hierarquias normativas com regimes sendo considerados superiores a outros. Parece ser um equívoco, porém, conceber teleologicamente que o Direito Internacional está em uma fase embrionária em que a hierarquia de normas e instituições será alcançada naturalmente⁴⁷.

b') Para Tasioulas & Besson (2010, p.10), é essencial provar que as normas de Direito Internacional são gerais e abstratas. Os autores defendem que nos últimos 20 anos, as normas de Direito Internacional cada vez mais se configuram como *erga omnes*. Citam ainda teorias que confirmam a normatividade das normas do Direito Internacional Geral ao afirmar que regras vinculam Estados que não foram signatários ou que se omitiram em tratados⁴⁸.

c') Em relação à terceira crítica, Besson & Tasioulas argumentam que um conjunto de regras primárias poderiam formar o todo do Direito sem precisar recorrer a regras secundárias. Hart afirmou que o Direito Internacional se assemelhava a “regimes primitivos do Direito” como visto de relance no primeiro capítulo⁴⁹.

Além dessas três críticas apresentadas por Besson e Tasioulas, existe ainda o argumento de que o Direito Internacional apresenta sim regras que podem ser consideradas *regras de reconhecimento* como, por exemplo, o art. 38 da Corte Internacional de Justiça⁵⁰.

No sentido de identificar o art. 38 como fundamento do Direito Internacional parece haver uma má interpretação da teoria hartiana de sistemas. Não é suficiente que a *regra de*

⁴⁶ Posteriormente trabalhar melhor o artigo “Custom in International Law” de Gerald Postema.

⁴⁷ Existem teorias ainda como a de Jens David Ohlin que buscam uma justificativa teórica para uma normatividade que funcione sem concepções hierárquicas de autoridade. Ver *Nash Equilibrium and International Law* (2011).

⁴⁸ Aqui os autores parecem fazer uma clara alusão ao argumento de Hart de que se Estados não signatários de acordos forem vinculados a eles, poderia se vislumbrar a existência de um sistema jurídico internacional (HART, 1994, p. 226).

⁴⁹ Esse ponto será melhor trabalhado na próxima seção.

⁵⁰ Esse contra-argumento é incoerente com uma análise consistente da teoria de Hart. No terceiro capítulo isso também será abordado. Dworkin (2013, p. 5) criticou tentativas similares de subsumir o art. 38 a base do sistema jurídico internacional.

reconhecimento esteja expressa em documentos que se auto-afirmam como vinculantes. Como exposto por Hart, ela raramente pode ser encontrada na forma positivada. A questão importante é se ela, de fato, funciona como *regra de reconhecimento*. Com relação a isso, não há consenso teórico de que art. 38 funcione como tal.

A crítica principal nº 2 diz respeito à falta de um sistema de execuções centralizado, em especial, um sistema coercitivo ou um sistema judiciário com jurisdição universal e compulsória. Na próxima seção, será exposto um dos argumentos de Hart contra a ideia de que essa “deficiência” coercitiva seria um critério que impediria o Direito Internacional de ser considerado Direito. Se assim se afirmasse, o sucesso da teoria imperativa do Direito de Austin seria definitivo.

De fato, para Besson & Tasioulas (2010, p. 11), o Direito Internacional tem gozado de longos períodos de paz sem essa centralidade. Cada vez mais, a comunidade internacional se conforma a regras internacionais. Para os autores, o sinal de desenvolvimento é claro.

Besson & Tasioulas parecem seguir uma tendência internacionalista à aspiração por uma centralidade coercitiva e institucional do Direito Internacional. Há uma tendência em Besson & Tasioulas, por exemplo, e de vários internacionalistas, de analisar as mudanças no cenário internacional sempre como evoluções em um sentido de progresso. A concepção de que o aumento quantitativo de mecanismos legais, regras secundárias e organizações não é argumento teórico suficiente por si só para caracterizar uma “evolução” do Direito Internacional no sentido de sistema jurídico hartiano. Hart tem uma concepção de sistema que exige uma interdependência de regras. A quantidade de regras secundárias sem a presença de uma *regra de reconhecimento* não é suficiente para afirmar a existência de um sistema jurídico. O critério de validação de uma *regra de julgamento* é a própria *regra de reconhecimento*. Sem a última, a primeira não pode ser nem chamada de *regra de julgamento*.

O sistema deve funcionar como tal para que concepções evolutivas possam ser afirmadas em termos fáticos. O Direito Internacional contemporâneo é recente em comparação a toda a história do Direito. Talvez, os elementos fáticos sejam muito escassos para relativizar o papel do Estado, ente já consolidado como caso central do Direito ⁵¹.

A última e 3ª crítica principal diz respeito à necessidade do Direito ser minimamente obedecido por seus sujeitos. Para Besson & Tasioulas (2010, p.12), o Direito Internacional, ao mesmo tempo que se prolifera em quantidade de regras e instituições, tem obtido sucesso nas

⁵¹ Inferior posteriormente comentários sobre o texto “Why the State” 2014 de Joseph Raz.

suas demandas. Quando Estados deliberadamente violam normas internacionais, pelo menos recorrem a justificativas jurídicas para explicar seus atos.

O sucesso da conformidade afirmado por Besson & Tasioulas se deveria à normatividade do Direito Internacional ou ao alinhamento de suas diretivas com fatores de outras ordens, como interesses econômicos e territoriais, por exemplo? A tese realista de Goldsmith & Posner de que não há normatividade no Direito Internacional não seria mais adequada se os termos do debate são definidos pela análise empírica das relações internacionais?

O argumento de que normalmente as normas do Direito internacional são obedecidas pode parecer plausível por causa do interesse dominante das democracias liberais que estabeleceram a maior parte do Direito Internacional Público moderno. Não seria plausível afirmar que as democracias liberais somente aparentam agir em conformação com as obrigações internacionais pelo fato das normas internacionais públicas terem raízes próximas a sua família de Direito? Os países com menos poderio econômico não teriam como razão para se conformar o fato de que a participação na comunidade internacional garantiria a eles um status mais privilegiado em um sistema igualitário do que se ficassem a deriva nos movimentos de mercado? Países que podem arcar com o custo da desobediência tem o hábito de não cumprirem normas internacionais (não há prejuízos que vençam os benefícios de seus motivos). O Direito Internacional produz “custos” o suficiente para ser considerado Direito?

Outro ponto importante é que leis internacionais dificilmente são formuladas de tal forma que os Estados a qual são destinadas as repudiem categoricamente. Afinal são os Estados mesmos que aprovam essas leis. A conformidade seria mero reflexo do processo de formação da regra que envolve de antemão o interesse do sujeito. Uma regra completamente injusta aos interesses do próprio país cairia ante ao peso da soberania estatal contra o caráter não-vinculante e de *soft law* que predomina nas regras internacionais.

As justificativas de violações e a pressão internacional por conformidade também poderiam ser explicadas por uma convergência flutuante de interesses de países que, em certos momentos, se torna mais uniforme. Mas argumenta-se que talvez esse processo careça da estabilidade suficiente para ser chamado de normatividade.

Considerando essas três críticas principais e as respostas que os teóricos da Filosofia do Direito Internacional formulam, o trabalho busca avançar em uma concepção teórica de Direito Internacional sóbria o bastante para não cair em um ceticismo infundado ou em um otimismo exagerado.

Talvez o valor do Direito Internacional esteja justamente no fato de ele ser diferente do Direito doméstico. O problema não se resume apenas em demonstrar a evolução do Direito Internacional em direção a categorias hierárquicas e centralizadas. A questão é teórico-conceitual. O Direito Internacional precisa se enquadrar nesses moldes? Não teria ele uma natureza diferente? Hart não estabeleceu uma conotação valorativa negativa ao afirmar que o Direito Internacional se assemelhava a regimes primitivos do Direito e não representava um sistema jurídico. O caso central do Direito não foi formulado como um parâmetro valorativo do que o Direito deveria ser ou de como sistemas jurídicos devem ser.

O regime internacional de regras é deficitário se o parâmetro for a eficiência da máquina legal doméstica. Se novos parâmetros forem postos em jogo, como por exemplo, o valor da relação horizontal de normas e os perigos de uma liderança mundial desconectada de qualquer ideia de bem comum, talvez o que é considerado por céticos como defeito ser torne algo desejável.

A seção a seguir examinará mais profundamente a concepção de Hart sobre o Direito Internacional. Essa tarefa será essencial para expor, no terceiro capítulo, quais são as críticas adequadas ou inconsistentes a sua teoria com relação ao Direito Internacional e o valor de se focar na transnacionalidade.

3.7 HART E O DIREITO INTERNACIONAL: “É O DIREITO INTERNACIONAL REALMENTE DIREITO?”

Como visto no primeiro capítulo, Hart afirma que depois de estabelecido o caso central de uso da expressão “direito” como a união entre *regras primárias* e *secundárias*, outros tipos de uso poderão ser melhor compreendidos. A união de *regras primárias* e *secundárias* permite uma visão clara da relação entre lei, moralidade e coerção (HART, 2005, p. 229). O Direito Internacional, enfim, será analisado no último capítulo da obra *O Conceito de Direito* de Hart, como um dos casos pelos quais a aplicação de sua concepção de sistema jurídico pode ser usada como referência.

Em comparação com a concepção de sistema jurídico proposta por Hart, o Direito internacional apresenta a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas. Como visto acima, essas características são fonte de dúvidas para teóricos do Direito quanto a se o Direito Internacional pode ser considerado, de fato, Direito.

O Direito internacional, segundo o autor (HART, 2005, p. 230), se assemelha a formas mais simples de estruturas sociais, compostas apenas de *regras primárias de obrigação*. Ele carece de *regras secundárias de alteração* e de *julgamento* para criar um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as fontes do direito e que estabeleça critérios gerais de identificação das suas regras.

Apesar da ansiedade dos juristas internacionais em identificar no direito internacional as mesmas estruturas do direito interno, a questão de se “é o direito internacional realmente direito?” não pode ser posta de lado de antemão (HART, 2005, p. 248).

Segundo Christiano (2012, p. 25), ainda hoje o direito internacional tem um caráter altamente fragmentado e descentralizado. Instituições distintas governam de forma diferente com atuação em regiões diferentes. Existem organizações econômicas regionais, como a União Europeia, ou organizações que exercem um tipo de função legislativa sobre as relações de comércio de seus membros, como Organização Mundial do Comércio. Tratados ambientais, como o Protocolo de Montreal, por sua vez, são celebrados com o objetivo de regular questões ambientais globais ⁵².

Pode-se argumentar sobre a desatualização do pensamento de Hart quanto ao Direito Internacional por sua obra “O Conceito de Direito” ter sido publicada em 1961. Mesmo que com consideráveis avanços estruturais, o caráter fragmentado e descentralizado do direito internacional ainda perdura e faz com que os questionamentos de Hart continuem pertinentes. Admite-se, porém, que seja necessário um exame mais detalhado sobre como a teoria de Hart se insere no Direito Internacional com o progresso do ordenamento internacional rumo a uma proximidade estrutural em relação aos regimes de direito interno. De qualquer forma, os aspectos trabalhados por Hart são elementares o bastante para permanecerem vigorosos.

Hart afirmará que sua concepção de sistema jurídico não é um parâmetro para a definição de direito, mas sim um parâmetro útil à clarificação do conceito de direito, e que, portanto o uso da expressão “direito” para o Direito Internacional é perfeitamente possível. Passada a questão do uso da palavra “direito”, ainda permanece a dúvida de qual seria o caráter jurídico real do Direito internacional (HART, 2005, p. 231).

O autor (HART, 2005, p. 232) afirma que as dúvidas principais quanto à natureza jurídica do Direito Internacional, até aquele momento, tinham sido elaboradas com base em comparações equivocadas entre o direito interno e o Direito Internacional e as divide em duas:

⁵² Inserir posteriormente comentário sobre a obra “The Concept of Unity in Public International Law” de Mario Prost.

A primeira tem suas raízes profundamente mergulhadas na concepção de direito como uma questão fundamentalmente de ordens baseadas em ameaças e confronto a natureza das regras do direito internacional com as do direito interno. A segunda forma de dúvida provém da crença obscura de que os Estados são fundamentalmente incapazes de serem sujeitos de obrigações jurídicas e confronto a natureza dos sujeitos do direito internacional com os do direito interno.

As duas próximas seções tratarão sobre cada uma dessas duas objeções.

3.7.1 A Natureza das Regras de Direito Internacional: Crítica à Teoria Imperativa do Direito

O equívoco quanto à natureza das regras do Direito Internacional vem das perguntas: “como pode o direito internacional ser vinculativo?”, “o direito internacional gera obrigações?” (HART, 2005, p. 232). Um dos argumentos corriqueiros de teóricos do direito é de que a falta de um sistema centralizado de sanções incapacitaria o direito internacional de gerar obrigações. Hart (2005, p. 233) comenta que mesmo com o estabelecimento da Carta das Nações Unidas (com seu cap. VII deliberando sobre ações relativas a ameaças à paz, rupturas da paz e atos de agressão), não foi criado, no direito internacional, algo similar às sanções de direitos internos. O poder de veto dos países membros do Conselho de Segurança (cap. V da Carta das Nações Unidas), capaz de paralisar as deliberações da Organização das Nações Unidas, é um exemplo claro dessa diferença. Como um país pode ser vinculado a uma obrigação se ele mesmo tem o poder de deliberar sobre ela?

Mesmo que Hart (2005, p. 236) afirme essa discrepância entre os sistemas de sanções internacionais e internos, ele descarta o argumento de que, pela falta de sanções centralizadas, o direito internacional seja incapaz de comportar regras de obrigação, e de que, por essa razão, não possa ser chamado de direito. Aceitar esse raciocínio seria ir ao encontro da teoria imperativa do direito criticada por Hart. Uma vez livre da ideia de que o Direito é essencialmente matéria de ordens baseadas em ameaças, não há boas razões para refutar o caráter jurídico do Direito Internacional pela falta de um sistema centralizado de sanções (HART, 2005, p. 234).

Outra fonte de dúvida para a objeção do caráter jurídico do direito internacional se relaciona à falta de uma *regra primária de obrigação*, proibindo o uso livre da violência e regras legitimando o uso oficial da força para garanti-la. (HART, 2005, p. 234). Segundo Hart (2005, p. 235), o Direito Internacional se desenvolve de forma diferente do direito interno. Existem características próprias a comunidades de seres humanos que não podem ser usadas de parâmetro para uma comunidade de Estados. São verdades elementares sobre os seres humanos e seu ambiente que constituem o contexto físico e psicológico do direito doméstico.

Em sociedades de indivíduos, diferentemente da comunidade de Estados, os membros são aproximadamente iguais em força física e vulnerabilidade. Nesse contexto doméstico, as sanções físicas são tanto necessárias quanto possíveis (HART, 2005, p. 235). A igualdade aproximada dos membros de um Estado permite que seja improvável que qualquer combinação de malfeitores exceda a força daqueles que voluntariamente cooperam para a manutenção de um sistema de restrições.

A agressão entre Estados, por sua vez, é de uma natureza diferente para que o argumento da falta de uma *regra primária de obrigação* proibindo o uso livre da violência e regras legitimando o uso oficial da força para garanti-la seja transferível diretamente do contexto interno para o internacional. Na comunidade internacional de Estados, não existe um contexto de igualdade aproximada e o uso da violência é público. A disparidade de forças faz com que não seja possível afirmar que a força combinada da comunidade de nações seja capaz de superar a força de um só Estado disposto a transgredir as regras internacionais (HART, 2005, p. 235). Não há um vislumbre de que um poder de polícia internacional supere a força militar de uma super potência, por exemplo.

Além disso, para Hart (2005, p. 236), sem a repressão organizada e sanções aos crimes em um contexto de direito interno, a violência e o furto seriam constantes. Acontece que, no direito internacional, mesmo sem um sistema de sanções, existem longos períodos de paz entre as guerras. Isso é racionalmente esperado dados os riscos e resultados da guerra e a necessidade mútua dos Estados ⁵³.

Quanto à natureza das regras de Direito Internacional, Hart (2005, p. 236) conclui que não se pode fazer uma dedução simples de que pela falta de um sistema organizado de sanções, dada a diferença de contexto de fatos físicos e psicológicos do direito internacional e doméstico, de que não são impostas obrigações, condutas não são vinculadas e, portanto, o Direito Internacional não mereça o tratamento de Direito.

3.7.2 A Soberania Estatal e as Obrigações Internacionais

A segunda fonte de dúvida quanto à natureza jurídica do Direito Internacional trabalhada por Hart diz respeito à pergunta: “como pode um Estado estar sujeito à obrigações e

⁵³ Cia-se aqui as correntes realistas de direito internacional que tem força no campo da teoria das Relações Internacionais (OHLIN, 2015, p. 90). Goldsmith e Posner (2005, p.3), por exemplo, afirmam que o direito internacional surge de Estados agindo racionalmente para maximizar seus interesses, dada suas percepções dos interesses de outros Estados e a distribuição do poder estatal

ser soberano ao mesmo tempo?”. Essa dúvida, segundo ele, é mais radical que a trabalhada na seção anterior, quanto à natureza das sanções, pois há uma inconsistência radical em afirmar a soberania absoluta de um Estado e a sua sujeição a obrigações internacionais (HART, 2005, p.237).

A ideia de soberania estatal, de acordo com Hart, remete ao século XVI e às monarquias absolutistas que apresentavam uma identificação simbólica entre monarca e Estado. Um dos eventos históricos definitivos para a concepção clássica de soberania do direito internacional (que vigora até hoje) ocorreu em 1648, com uma série de tratados celebrados entre países europeus depois da Guerra dos Trinta Anos. Esses tratados são referidos como a Paz de Westphalia e estabeleceram os princípios que caracterizam o Estado moderno, “destacando-se as normas da soberania, da igualdade jurídica entre os Estados, da territorialidade e, por consequência, de não-intervenção” (JUBILUT, 2010, p. 205).

O princípio da soberania estatal, mesmo com a constante evolução do Direito Internacional⁵⁴ ainda é um dos pilares necessários para se analisar como as regras internacionais se configuram. Sua importância é tamanha que foi incluído na Carta das Nações Unidas em seu artigo 2º:

A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.

A teoria imperativa do direito, segundo Hart (2005, p. 237), também causa confusão entre os teóricos do Direito Internacional nesse aspecto. A tendência de identificar a autoridade do Direito na figura de um comandante incomandado remete à ideia da soberania absoluta dos Estados. Essa concepção se equivoca sobre o que, de fato, significa ser um Estado, que segundo ele (HART, 2005, p. 237) é composto de dois aspectos:

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.

A soberania absoluta de um Estado não é um dado *a priori* e não contempla a complexidade das relações de dependência entre a comunidade internacional. Países no formato de uniões federativas, ex-colônias e territórios independentes são exemplos da relatividade desse princípio. Essa complexidade de relações deve ser considerada um passo para se pensar na insuficiência da soberania estatal tanto como base para rejeição como para fundamentação do direito internacional (HART, 2005, p. 239).

⁵⁴ Cita-se aqui a inclusão de outros sujeitos de direito como o da pessoa humana.

Ao invés de assumir a soberania absoluta de antemão, Hart propõe que as perguntas que devem ser respondidas são: a) por parte dos Estados, qual a extensão da autoridade legislativa suprema reconhecida neste sistema? b) para o direito internacional, qual o alcance da soberania estatal permitido pelas regras internacionais? Para se compreender como se dá a soberania no âmbito internacional, Hart diz que devem se observar se as regras funcionam de fato como tais (HART, 2005, p. 240).

O uso acrítico do termo “soberania” e a crença na existência necessária de um soberano juridicamente ilimitado inverte o tratamento do problema ao pensar em como o direito internacional deve se configurar, dada a soberania, ao invés de em que medidas as regras de fato sugerem essa configuração em termos de soberania (HART, 2005, p. 240):

Não há modo de saber que soberania têm os Estados até que saibamos quais são as formas do direito internacional e se são ou não meras formas vazias.

Na seção seguinte, será trabalhada a objeção de Hart às teorias do consentimento que tentam conciliar a soberania absoluta dos Estados com a normatividade do Direito Internacional. Se a própria concepção da soberania absoluta dos Estados é controversa, a tentativa de atrelá-la à ideia da normatividade no campo internacional, como será visto a seguir, se mostrará tão complicada quanto.

3.7.3 Objeção às Teorias Voluntaristas ou Teorias do Consentimento

Muitos debates jurídicos, segundo Hart, resultaram da tentativa de atrelar à ideia da soberania absoluta dos Estados a geração de obrigações (como regras autoimpostas). Essas teorias, conhecidas como *voluntaristas* ou *teorias do consentimento*, são um reflexo das teorias de contrato social da ciência política. Hart (2005, p. 240) refutará essas teorias partindo de três argumentos.

Primeiramente, ele afirma que essas teorias falham por completo em explicar como Estados *só* podem ser sujeitos a obrigações autoimpostas e por que a soberania absoluta *deve* ser aceita antes de qualquer análise factual sobre as regras de direito internacional (HART, 2005, p. 240).

Segundo, nas formas mais extremas de teorias da “autolimitação”, os acordos e tratados celebrados por Estados são considerados como meras declarações de sua conduta futura proposta. Não se fala aqui em violação de obrigações, pois a teoria da soberania absoluta é incompatível com a ideia de obrigação em *qualquer* espécie.

Essa teoria também recai na incoerência, pois para que:

(...) palavras, faladas ou escritas, devam em certas circunstâncias funcionar como uma promessa, acordo ou tratado e assim deem origem a obrigações e confirmem direitos que os outros podem exigir, devem já existir regras que disponham que um Estado fica vinculado a fazer seja o que for que ele se comprometa a fazer através de palavras apropriadas. Tais regras pressupostas na própria noção de obrigação autoimposta não podem obviamente derivar seu estatuto obrigatório de uma obrigação autoimposta de lhes obedecer (HART, 2005, p.241) ⁵⁵.

Em terceiro lugar, Hart insiste que não se pode confundir a crítica feita de que os Estados só podem se sujeitar a obrigações por meio da autoimposição com a afirmação de que, apesar da haver outras formas de vinculação, atualmente não se pode observar nenhuma outra forma de obrigação na facticidade do direito internacional (HART, 2005, p. 242).

Ronald Dworkin (2013, p.10) também rejeita a ideia de que o consentimento é o fundamento do direito internacional:

Chego a essa conclusão: não podemos tomar a autolimitação consentida de nações soberanas para ser o fundamento do direito internacional. A tentação para tanto é compreensível. Ela torna o direito internacional compatível, como eu disse, com a doutrina da soberania do Estado. Ela também coaduna com uma concepção bem popular de legitimidade política: que o domínio coercivo pode ser justificado apenas pelo consentimento unânime daqueles sujeitos a esse domínio. Essa concepção de legitimidade gerou a tradição do contrato social na filosofia política e as concepções artificiais de consentimento que foram necessárias para sustentar essa tradição. Eu argumentei em outro lugar que todas essas concepções falham e são desnecessárias de qualquer forma pois o consentimento não é uma base nem suficiente nem necessária de legitimidade⁵⁶.

Se as teorias voluntaristas não servem para justificar a normatividade do direito internacional e a existência de regras internacionais é um dado, qual seria a natureza dessas regras? Seria o Direito Internacional um regime composto por regras morais? A próxima seção tratará dessa pergunta.

3.7.4 Direito Internacional e a Moral

Como já vimos ser afirmado por Hart nos capítulos anteriores, o Direito Internacional se assemelha a formas simples de estrutura social com regimes formados somente por *regras*

⁵⁵ Hume faz crítica similar ao contratualismo (ver referência). Se o Direito Internacional fosse visto como um sistema de promessas de condutas futuras não haveria incoerência. A questão controversa é no sentido de se afirmar a existência de obrigações legais internacionais.

⁵⁶ I draw this conclusion: we cannot take the self-limiting consent of sovereign nations to be the basic ground of international law. The temptation to do so is understandable. It makes international law compatible, as I said, with the doctrine of state sovereignty. It also resonates with a very popular conception of political legitimacy: that coercive dominion can be justified only by the unanimous consent of those subject to that dominion. That conception of legitimacy generated the social contract tradition in political philosophy and the artificial conceptions of consent that were necessary to sustain that tradition. I have argued elsewhere that these accounts all fail and are anyway unnecessary because consent is neither a necessary nor a sufficient ground of legitimacy.

primárias de obrigação. Hart (2005, p. 243) criticará a ideia de que só por ser uma forma simples de estrutura social, o direito internacional seria um conjunto de regras morais. Segundo o autor, certos tipos de dogmatismo veem na falta de uma estrutura social não baseada em ordens coercivas uma justificativa para identificar o direito internacional com a moralidade. O direito internacional, entretanto, apresenta diferenças de forma e função social suficientes para que o direito internacional não se confunda com a moral (HART, 2005, p. 244).

A primeira razão apresentada pelo autor é o fato de Estados reprovarem mutuamente e com frequência a conduta imoral ou demonstrar aprovação quando outros Estados se comportam moralmente. Sistemas morais se baseiam em um tipo de pressão moral que não recorre ao medo de ameaças de retaliação ou cobranças de compensação, mas a apelos à consciência para que os divergentes lembrem quais princípios estão em jogo. Um sistema moral é guiado pelo medo e culpa. O direito internacional, por sua vez, faz referência a tratados, precedentes, doutrinas jurídicas; normalmente não se refere a concepções de certo ou errado, de bom ou mau (HART, 2005, p. 244).

Um segundo aspecto é o fato de que as regras de direito internacional são, com frequência, e em certa medida, indiferentes à moral. Uma regra pode existir apenas por conveniência ou necessidade, e não por uma importância moral. Uma das funções típicas do Direito é introduzir esses elementos para maximizar a segurança e previsibilidade e facilitar a prova e avaliação de demandas (HART, 2005, p. 245). Regras que uniformizam unidades de medida, que definem um quórum mínimo para sessões ou que estabelecem parâmetros de comunicação, tem uma natureza puramente coordenativa. Apesar de nem todas as regras do direito internacional serem desse tipo, um sistema moral não as comporta. Regras morais não podem ser deste tipo, as jurídicas podem (HART, 2005, p. 246).

Um terceiro fator a se considerar é que não há nada de inconsistente na natureza ou função do direito internacional com a ideia de que regras estão sujeitas a alteração legislativa. A falta de um corpo legislativo é considerada por muitos apenas um defeito contingente. Um sistema moral, porém, é o parâmetro último pelo qual os seres humanos avaliam suas ações e não pode se sujeitar a mudanças legislativas (HART, 2005, p. 246).

O quarto e último aspecto que diferencia o direito internacional de um regime de regras morais é a crença de que o direito internacional deve estar apoiado na convicção dos Estados de que existe uma obrigação moral de obedecê-lo. O aspecto vinculativo do direito internacional, por sua vez, não precisa ser pensado em termos morais. Ele só funciona e se pretende como vinculante. A motivação dos Estados pode tanto estar baseada em cálculos de

interesse a longo prazo, interesses em continuar uma tradição ou por simples desinteresse em participar de questões internacionais (HART, 2005, p. 247).

3.7.5 Analogias de Forma e Conteúdo: uma Regra de Reconhecimento Internacional?

Como temos enfatizado, o direito internacional carece de um poder legislativo, tribunais com jurisdição obrigatória e sanções oficialmente organizadas. Como visto anteriormente, ainda hoje, o direito internacional tem um caráter altamente fragmentado e descentralizado. Instituições distintas governam de forma diferente com atuação em regiões diferentes (CHRISTIANO, 2012, p. 25).

Essas diferenças, em contraposição ao direito interno, aproximam o direito internacional a um regime simples de direito primário em relação à forma pela qual se estruturam devido à inexistência de *regras secundárias*. No conteúdo, porém, existem grandes semelhanças na natureza das regras próprias de sistemas domésticos com as regras internacionais. Na ansiedade de defender o título de direito para o direito internacional, Hart diz que teóricos minimizaram as diferenças e exageraram nas analogias de forma entre o direito interno e o direito internacional (HART, 2005, p. 248).

Poder-se-ia argumentar a favor da força dessas analogias formais com o fato de que a maior parte das sentenças do Tribunal Internacional de Justiça foram executadas pelas partes, mas como nenhum Estado pode ser levado a esses tipos de tribunais internacionais sem o seu consentimento prévio, a analogia se enfraquece (HART, 2005, p. 249).

Depois da aceitação da Carta das Nações Unidas em 1948, juntamente com a criação da Organização das Nações Unidas, pode-se dizer que essas analogias foram fortalecidas, pois a centralidade de poder decisório e a aceitação pela comunidade internacional desses mecanismos se ampliou em muito. Mesmo assim, a execução do disposto na Carta é posto à prova por questões como o poder de veto de países integrantes do Conselho de Segurança, divisões ideológicas e alianças de grandes potências (HART, 2005, p. 249).

Dentre essas analogias formais, Hart analisará a insistência de juristas (como Kelsen, por exemplo) em que o direito internacional possui e deve possuir uma norma fundamental, ou nos termos de Hart, uma regra de reconhecimento que defina um critério de validade para as demais regras internacionais. O ponto de vista oposto é que essa analogia estrutural é falsa, e de que o direito internacional consiste apenas de um conjunto de *regras primárias* que não estão unidas de forma sistemática (HART, 2005, p. 249).

Hart (2005, p. 250) não discutirá a existência ou não de uma regra de reconhecimento internacional. Em vez disso, questionará a suposição *a priori* de que o direito internacional deva ter uma norma fundamental e a definição precoce de que essa deva ser a natureza das regras do direito internacional.

Segundo ele (2005, p. 250), é perfeitamente concebível a existência de uma sociedade que viva sob um regime não unificado de regras de obrigação, sem que haja um critério validador e a formação de um sistema jurídico. Mesmo sem as vantagens trazidas pelas regras secundárias, as *regras primárias de obrigação* podem ser aceitas como padrões de conduta e apresentar uma pressão social no sentido de conformidade. A regra de reconhecimento, nas palavras do próprio Hart (2005, p. 251), não é uma necessidade e sim um “luxo” de sistemas sociais avançados.

Ronald Dworkin (2013, p. 5) afirma que juristas tentam identificar no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça uma norma internacional fundamental:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Mas, como visto anteriormente, não importa a regra de reconhecimento estar escrita, como de fato ela raramente se encontra. Para realmente saber se uma *regra de reconhecimento* existe, ela deve ser encontrada de fato. O fato de as regras serem vinculativas desde que sejam aceitas e funcionem como tal pode ser obscurecido pela busca obstinada de unidade e sistema quando esses elementos de fato não existem (HART, 2005, p. 252).

Depois de livrar-se da suposição de que o direito internacional deve conter uma regra fundamental, Hart levantará a importante pergunta: “Qual a natureza efetiva das regras, tais como funcionam nas relações entre Estados?” (HART, 2005, p. 252). Hart (2005, p. 252) admite que matérias importantes do direito internacional são reguladas por tratados multilaterais e que há argumentos no sentido de que esses tratados vinculam Estados não-signatários. Segundo ele, se for observado que essa regra é geralmente obedecida, atos legislativos internacionais seriam concebíveis e uma regra de reconhecimento efetiva poderia ser formulada.

A possibilidade de que o direito internacional esteja em uma fase de transição em que essas analogias podem adquirir substância e as dúvidas sobre o caráter jurídico do direito internacional se tornem obsoletas é uma possibilidade. Até que isso aconteça, porém, Hart (2005, p. 253) afirma que as analogias são de função e conteúdo, não de forma.

O Conselho de Segurança da ONU, por exemplo, assumiu funções similares a legislativas depois do fim da Guerra Fria, mesmo que consideravelmente limitadas. Esse mesmo órgão também exerce uma forma similar de autoridade coerciva ao permitir que Estados ajam contra Estados que ameaçam a paz e segurança internacionais (CHRISTIANO, 2012, p. 380).

Outras instituições exercem um tipo de autoridade administrativa estabelecendo parâmetros para a implementação de regras dentro da estrutura de um determinado Tratado. O Protocolo de Montreal, por exemplo, dispõe sobre criação e alteração de regras nesses termos (CHRISTIANO, 2012, p. 381).

Algumas entidades internacionais também exercem algo similar a uma autoridade judicial. O mecanismo de resolução de conflitos da Organização Mundial do Comércio reclama autoridade de deliberar sobre conflitos quando um Estado-membro acusa outro de violação das regras. A Corte Internacional de Justiça também desempenha papel similar na resolução de conflitos entre os Estados que aceitam sua jurisdição (CHRISTIANO, 2012, p. 381).

Com a constante evolução do Direito Internacional, a multiplicação dos tratados e da conformidade dos Estados desde a publicação do Conceito de Direito em 1961, não se pode descartar a necessidade de uma análise mais completa sobre como esse desenvolvimento contribuiu para o fortalecimento das analogias de forma.

Para Hart, porém, é certo afirmar que as analogias predominantes são as de função e conteúdo. As de função podem ser observadas no que diz respeito àquelas características que diferenciam o direito internacional da moral em relação a regras que maximizam a segurança e previsibilidade e facilitam a prova e avaliação de demandas. As de conteúdo consistem na série de princípios, conceitos e métodos comuns ao direito interno e internacional que possibilitam a transição da técnica do jurista entre os dois domínios (HART, 2005, p. 253).

Mesmo que sejam evidentes as diferenças entre o direito interno e o Direito Internacional e que haja uma tendência de teóricos exagerarem nas analogias de forma (às vezes, na afirmação da necessidade de uma norma fundamental internacional), Hart afirma que nenhum outro tipo de regras sociais está tão próximo do direito interno como o direito internacional (HART, 2005, p. 253).

4 A RELAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS

O primeiro capítulo teve como objetivo apresentar a teoria de Hart. O segundo buscou identificar e contextualizar a teoria hartiana dentro do positivismo jurídico e apresentar a concepção de Hart sobre o Direito Internacional. A questão a ser trabalhada no presente capítulo será a de buscar as contribuições que a teoria hartiana oferece para a compreensão da relação entre sistemas jurídicos.

O caminho que pode ser depreendido dos três capítulos não é mero acaso. Obviamente não seria possível falar sobre a comunicação de sistemas sem um conceito de sistema - o que foi mostrado no primeiro capítulo. A exposição da concepção de Direito Internacional de Hart por sua vez, também tem um papel central nessa empreitada. O objeto de estudo desse trabalho surgiu justamente pela polêmica gerada por Hart em legar ao Direito Internacional um caráter periférico à sua concepção de sistema jurídico.

Essa escolha foi baseada na intuição de que o próximo passo teórico, depois de definidas as unidades de sistema jurídico, seria entender como elas se relacionam entre si. O Direito Internacional tem como um de seus traços essenciais a relação de sistemas jurídicos na forma dos Estados. Mesmo que o indivíduo humano seja sujeito de Direito Internacional, os principais atores do Direito Internacional ainda são os Estados. Como conceber dentro da teoria Hartiana uma concepção analítica do Direito Internacional sem antes estudar a relação entre sistemas?

Assume-se, neste capítulo, que o estudo da relação entre sistemas jurídicos tende a ser o passo teórico anterior a uma análise do Direito Internacional hartiana que vá além de legar ao campo um lugar periférico. Assumindo o caráter relacional de sistemas essencial do Direito Internacional, parece prematuro afirmar que a concepção de Hart sobre o Direito Internacional tenha sido ensurdecadora como nas palavras de Waldron (citar fonte). O objetivo do capítulo não será desenvolver essa possível compreensão do Direito Internacional, mas sim buscar os principais insights de Hart sobre a relação de sistemas e desenvolvê-los na medida do possível.

Mesmo que o objetivo de Hart fosse compreender o Direito doméstico, a elaboração da relação entre sistemas jurídicos parece ser crucial para prosseguir não só com um conceito analítico do Direito Internacional, mas para a própria elucidação da dinâmica de como sistemas jurídicos se relacionam com elementos externos a eles. Muitas das críticas à teoria hartiana quanto a sua “falha” em contemplar o universo jurídico internacional se baseiam na suposta incapacidade de sua teoria para lidar com o dinamismo das intensas relações internacionais que eram observadas já na época de Hart, mas se intensificaram cada vez mais com o processo de globalização.

Hart não desenvolveu teoricamente essa dinâmica de relações entre sistemas jurídicos, mas advertiu sobre a importância de prosseguir teoricamente nessa área. Sua contribuição mais explícita sobre o tema foi a apresentada no ensaio que será analisado neste capítulo. Como se verá, Hart não trata explicitamente do problema da relação de sistemas jurídicos, mas ao falar sobre a importância de se estabelecer critérios de reconhecimento de filiação de regras e individuação de sistemas, trata evidentemente sobre o tema.

A relação entre sistemas jurídicos é um tema que, se desenvolvido, contribui não só para a compreensão do Direito Internacional, mas para a compreensão da convivência de quaisquer sistemas de regras. Nesse capítulo o foco será na relação entre sistemas jurídicos de Estados, mas o tema poderia ser ampliado, por exemplo, para questões relativas a Federações ou Direito Canônico. Todas as questões caras para quem busca uma concepção do Direito que não negligencie a dinâmica evidente que existe entre sistemas de regras.

Esse é o contexto do terceiro capítulo. Será analisado o ensaio Kelsen's Doctrine of the Unity of Law, em que Hart critica a concepção do filósofo austríaco Hans Kelsen de que o Direito Internacional e os Direitos domésticos integram o mesmo sistema jurídico. Nesse contexto, Hart desenvolve dois pontos que para ele merecem ser desenvolvidos pela filosofia analítica do direito: a) reconhecimento de filiação a um sistema: estabelecer critérios para definir se uma lei faz parte de um sistema ou não; b) individuação de sistemas: o que delimita um sistema de outro.

Essas duas empreitadas se fazem justamente por causa da convivência de diferentes sistemas jurídicos. Hart, desenvolve a ideia de dois tipos de reconhecimento de filiação de regras a um sistema: o reconhecimento original e reconhecimento derivado. Como será visto, o caminho de Hart foi justamente o de esclarecer certos pontos de como sistemas jurídicos lidam com o elemento estrangeiro ao invés de buscar uma possível estrutura para um sistema jurídico internacional.

Mesmo que Hart proponha a divisão de dois tipos de reconhecimento para elucidar a forma como sistemas jurídicos se relacionam, ele deixa em aberto para desenvolvimento qual seria a natureza das regras estrangeiras que são recepcionadas por um sistema doméstico. Esse será o ponto de partida para as seções posteriores.

Qual a natureza dessas regras e como sistemas mantêm a unidade e a eficiência de relação? Como sistemas jurídicos podem comunicar regras uns com os outros mantendo sua unidade ao mesmo tempo que buscam uma eficiência mínima de comunicação? Será proposto, então, que esse conflito entre unidade e eficiência é resolvido por meio da comunicação contida

de conteúdo das regras. O conteúdo de uma regra pode estar vinculado a um sistema jurídico estrangeiro sem comprometer sua filiação ao direito doméstico.

O ponto de vista simulativo será melhor formulado para explicar como algo extra-sistêmico pode ser executado dentro de um sistema sem que o sistema estrangeiro comprometa sua unidade. Ao final propõe-se que o Direito Internacional, dentro de uma concepção Hartiana, pode ser visto como um centro coordenativo para as relações de sistemas jurídicos. Essa formulação, porém, só pode ser feita depois de uma análise das formas mais básicas de relação de sistemas jurídicos, as relações entre Estados.

4.1 O ENSAIO DE HART: A CRÍTICA À KELSEN

No ensaio de Hart, chamado “A Doutrina de Kelsen da Unidade do Direito”, o autor (HART, 1983, p. 309) começa explicando que examinará a doutrina da unidade de Kelsen na forma da afirmação de que “todas as leis válidas necessariamente formam um único sistema e de que leis válidas não podem ser conflitantes”. Kelsen afirma que sua teoria é monista com relação à unidade atribuída a um sistema jurídico doméstico e ao Direito internacional em detrimento de teorias pluralistas que concebem ambos os sistemas como independentes (HART, 1983, p. 311) O Direito Internacional, portanto, compõe o mesmo sistema legal que direitos domésticos para Kelsen.

O problema na teoria de Kelsen, para Hart, é que há uma diferença entre uma regra de fato determinar a validade de outra regra e uma regra somente se propor a validar outra regra e não o fazer de fato. Do ponto de vista de Kelsen, por exemplo, seria correto afirmar que no caso de o direito de um país considerar a lei de outro país válida (como no exemplo da Parlamento britânico ter reconhecido que a lei da União Soviética era válida) significa dizer que existe uma relação de validação entre os dois sistemas e, portanto, os dois sistemas jurídicos fazem parte de um sistema jurídico maior que os engloba. O mesmo se aplica para o direito doméstico e o Direito Internacional. Regras do Direito Internacional que se propõem a validar as regras de Direito doméstico não cumpre necessariamente esse papel (HART, 1983, p. 319).

O problema para Hart está em afirmar que o Direito Internacional e os direitos domésticos fazer parte de um mesmo sistema. Ao apresentar o equívoco de Kelsen, Hart afirma que essa empreitada é importante pois mostra que a filosofia do direito analítica ainda tem muito a dizer sobre: a) que leis pertencem ou constituem um sistema de leis e uma visão sobre um critério para determinar a que sistema determinadas regras pertencem; b) o que delimita um sistema jurídico de outro (HART, 1983, p. 310).

Para Hart a teoria pura de Kelsen é defectiva pois não contempla as circunstâncias sobre a origem das leis e como elas são feitas. Seu foco está demasiadamente no conteúdo das leis. O ponto é que, por mais que o Direito Internacional e o direito doméstico possam aparentemente ter o propósito de validar um ao outro, isso pode ser apenas uma questão de conteúdo de regras. Não se pode determinar se leis pertencem ao mesmo sistema ou a sistemas diferentes apenas pelo conteúdo. É preciso analisar de que forma leis são feitas e reconhecidas (HART, 1983, p. 313). Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, o caso central do Direito é distintivamente um sistema interdependente de regras.

4.1.1 Proposições de Hart

Na seção final do ensaio aqui tratado, Hart propõe pontos mais construtivos na tarefa de compreender “o conceito de sistema jurídico e o critério de filiação de diferentes leis em um mesmo sistema” (HART, 1983, p. 334). Para Hart essa questão faz parte dos “assuntos inacabados” da filosofia analítica do Direito e mesmo dizendo não ser competente para essa empreitada, aponta ao menos uma direção para a clarificação do problema (HART, 1983, p. 334). O reconhecimento e a individuação de leis serão os dois pontos principais tratados por Hart.

Hart usa o exemplo do “Soviet Laws Validity Act” promulgado pelo parlamento inglês. Essa lei identificava como válidas as leis soviéticas. Hart usa essa lei como exemplo para rebater o teoria de Kelsen: uma lei que se propõe a validar outra não denota que os dois sistemas jurídicos fazer parte de um sistema maior. Os órgãos legislativos e executivos soviéticos não reconhecem a lei inglesa como fonte de validade de leis soviéticas. A lei inglesa valida o Direito soviético de forma subordinada ao Direito Inglês (HART, 1983, p. 335).

Hart afirma que a assertiva de que leis fazem parte do mesmo sistema apenas pela análise do conteúdo e pelo propósito de validação só pode ser feita se se ignorar a linha divisória introduzida pela ideia de que o reconhecimento pelos órgãos executivos e legislativos, em um determinado território, são cruciais para determinar a qual sistema uma lei pertence. Seria negar a importância da existência de Estados (HART, 1983, p. 336). O reconhecimento pelos oficiais de um Estado é crucial como critério de filiação de uma lei a um sistema.

Sobre a individuação de sistemas, qual o critério que os órgãos de um Estado usam para distinguir sistemas jurídicos? Dizer que uma lei, de fato, valida outra, e não apenas tem o propósito de tanto, significa dizer que órgãos legislativos reconhecem uma lei que confere

poderes e tratam-na como uma razão para considerar válidas as leis. Deve-se observar não só o conteúdo, mas o modo de criação das regras.

4.1.2 Reconhecimento Original e Derivado

Hart, depois de propor o reconhecimento por parte dos oficiais como critério de individuação de sistemas, afirma que essa concepção precisa ser refinada em diferentes direções (HART, 1983, p. 340). Um aspecto importante levantado por Hart para o desenvolvimento desses apontamentos é a análise das regras que estão no ponto de contato da relação de dois sistemas jurídicos. Hart (1983, p. 341) afirma que todos os sistemas jurídicos civilizados contêm regras especiais para lidar com o elemento estrangeiro (e.g. contratos internacionais de comércio, direito civil de imigrantes, etc.). Hart cita constantemente o exemplo de que há uma grande probabilidade de um matrimônio contraído em um país ser reconhecido por outros justamente por esse intercâmbio jurídico ser algo que acontece com frequência.

Essas regras especiais que estão no ponto de contato entre dois sistemas jurídicos determinam tanto quando os tribunais tem jurisdição para contemplar tais casos, como quais sistemas jurídicos devem ser referenciados pelos tribunais no exercício dessa jurisdição. Hart as delimita como regras de Direito Internacional Privado e diz que se quisermos desenvolver nossa compreensão sobre essas regras, precisamos desenvolver a noção de reconhecimento por parte dos oficiais que as aplicam (HART, 1983, p. 341).

Hart levanta duas possibilidades: a) de que as leis de um país aplicadas pelo tribunal de outro país pertencem tanto a um sistema jurídico como ao outro; b) de que a lei aplicada nessa situação tem um caráter puramente doméstico mas é similar à lei estrangeira. A primeira possibilidade cria o problema de como a mesma regra pode pertencer a dois sistemas jurídicos diferentes. A segunda possibilidade resolveria esse problema. Seja por uma ou por outra, o problema de que tipo de reconhecimento tribunais tem por leis estrangeiras aplicadas e ao reconhecimento usado como critério de filiação continua.

O problema é atacado por Hart que sugere a divisão entre reconhecimento original e derivado. Tribunais não baseiam o reconhecimento de leis domésticas no fato de que os oficiais de outros países as reconheceram. A regra de reconhecimento do sistema doméstico é que define os critérios de reconhecimento. Nesse caso, Hart nomeia o tipo de reconhecimento como reconhecimento original. Porém, quando parte das razões que oficiais usam para reconhecer uma lei como válida é o fato de que ela foi ou teria sido originariamente reconhecida por outro país, o reconhecimento é chamado por Hart de reconhecimento derivado (HART, 342).

Para Hart, precisamos dessa distinção entre esses dois tipos de reconhecimento, pois parece claro que tribunais reconhecem leis estrangeiras com frequência. O desenvolvimento dessas duas categorias de reconhecimento merece atenção independentemente da lei aplicada ter a) um caráter puramente doméstico e conteúdo similar ao da lei estrangeira ou b) ter uma natureza híbrida, pertencendo a ambos os sistemas. Hart conclui: “se devemos dizer desses casos que o tribunal aplicou a lei que foi derivativamente reconhecida ou apenas que ele aplicou uma lei com conteúdo similar, eu acho, não afeta essa distinção, apesar de eu não ter dúvidas que isso precisa ser melhor elaborado” (HART, 342).

4.1.3 A Relação de Sistemas

Finalizada a exposição do ensaio de Hart, propõe-se, neste momento, desenvolver a ideia de reconhecimento derivado e a relação entre sistemas jurídicos. Ao longo de seu ensaio sobre a doutrina da unidade de Hans Kelsen, Hart diz que não examinará a fundo os tipos de reconhecimento que fazem parte da dinâmica da relação de sistemas jurídicos. Mesmo com a proposição da divisão entre reconhecimento original e derivado, a natureza da regra estrangeira aplicada internamente é mantida em aberto. Se a regra em questão é puramente doméstica e similar no conteúdo ou híbrida, Hart diz não prejudicar essa divisão.

A presente seção pretende desenvolver o tema da relação entre sistemas jurídicos ao responder essa pergunta deixada em aberto por Hart. Propõe-se que as duas opções dadas por Hart não são suficientes para resolver o problema de identificar a unidade de sistemas jurídicos envolvidos em um ambiente de intensas relações jurídicas:

a) se a regra em questão aplicada internamente for considerada como de caráter puramente doméstico e somente similar à regra estrangeira, escapa à análise a possibilidade de que sistemas jurídicos podem considerar outros sistemas válidos como um todo (mesmo que com restrições), e não somente regras isoladas, na dinâmica da relação.

b) se a regra em questão for híbrida ou puramente estrangeira, o sistema jurídico sofreria problemas de unidade de acordo com a concepção hartiana de sistema jurídico, ou seja, no sentido de que haveria mais de uma regra de reconhecimento.

A relação de sistemas, portanto, gera um conflito entre unidade e eficiência. A pergunta central decorrente deste conflito é: como sistemas jurídicos se relacionam de forma eficiente sem perder a unidade? Esse conflito deve ser considerado se se busca uma concepção hartiana para compreender como a relação de sistemas pode ser elucidada por sua teoria. Como será visto nesta seção, sugere-se que a regra de reconhecimento já contém em si os recursos teóricos

para contemplar a relação de sistemas jurídicos e a natureza das regras envolvidas no processo ao recorrer aos tipos de reconhecimento propostos por Hart. Propõe-se também a classificação de um quarto tipo de regra secundária, as regras de relação, que emergem dos problemas de relação.

Para entender como um sistema jurídico lida com o conflito unidade x eficiência de comunicação será desenvolvida a concepção de que as regras externas aplicadas internamente tem uma natureza doméstica em seu aspecto formal, mas comportam uma conexão limitada de conteúdo com o outro sistema jurídico ao qual se referem. Essa conexão de conteúdo limitada permite que as alterações do sistema jurídico externo influenciem a aplicação da lei interna ao mesmo tempo que é mantida a unidade dos sistemas jurídicos que estão recepcionando a regra externa. O ponto de vista simulativo também será introduzido como a perspectiva que permitirá a performance de uma regra extra-sistêmica com sua dinâmica e processo de tradução para a validade.

4.1.4 Problemas na Eficiência da Relação

No ensaio de Hart, previamente examinado, Hart cita dois exemplos para ilustrar suas proposições sobre a relação de sistemas jurídicos. O primeiro é um matrimônio contraído em país estrangeiro. O outro é a “Soviet Laws Validity Act” promulgada pelo parlamento britânico para validar as leis da União Soviética. O primeiro exemplo diz respeito à aplicação de uma regra específica. O outro exemplo, ao reconhecimento de todo um sistema jurídico. Seja por qualquer um dos exemplos, é preciso considerar que, normalmente, sistemas jurídicos não partem do pressuposto de que um outro sistema é inválido quando aplicam regras estrangeiras. Nem todas as regras são analisadas individualmente nas dinâmicas de relação entre Estados. É normal um juiz fazer referência ao Direito de outro país como um sistema, por exemplo, e contemplar as regras como válidas a partir da filiação delas ao outro sistema.

Parte-se desse pressuposto primeiramente pois: a) considerar uma lei que é válida para outro sistema jurídico significa considerar o sistema jurídico a qual ela se refere mesmo que indiretamente; b) seria ineficiente para um sistema (ao ponto da inviabilidade) analisar regras individualmente, separadas de seu sistema originário, para aplicação interna.

Quanto à afirmação a, tem-se que retirar uma norma de seu contexto é retirar, em certa medida, seu sentido. Como visto na primeira parte deste trabalho, umas das características distintivas das normas de direito é justamente sua filiação a um sistema e a sua validação concedida pela regra de reconhecimento. Quanto à afirmação b, digamos que um Estado, na

forma de uma sentença judicial, reconheça eficazes as normas de matrimônio e cada aspecto ou regra relativa aos direitos dos conjugues tenham que ser escrutinadas antes de se conferir a eficácia da figura jurídica. Seria ineficiente, por exemplo, no processo de reconhecimento de uma regra estrangeira, tentar vincular cada ato que compõe o conceito de matrimônio do sistema estrangeiro ao conceito doméstico. Digamos ainda que o país estrangeiro anule o casamento que foi reconhecido internamente. Não faria sentido manter a validade deste casamento, justamente porque o sistema estrangeiro é considerado como um todo. Lidar com o elemento estrangeiro sem referência a um sistema jurídico originário pode gerar um vácuo de situação jurídica, a exemplo dos apátridas, refugiados que eram despidos de seus direitos, renegados por seu Estado e sem um sistema jurídico ao qual se referir.

Depende-se dos exemplos que a quantidade de problemas jurídicos advinda da complexidade dos sistemas e da intensa relação que existe atualmente entre os Estados, tornaria inviável uma relação estável sem o recurso a referência a um sistema como um todo. Por exemplo, se um tribunal determina-se a aplicação da lei estrangeira em um processo falimentar de uma empresa, seria inviável executar uma validação individual das regras aplicadas. A referência ao sistema estrangeiro como um todo gera eficiência, mas uma eficiência vinculada a um grau suficiente de semelhança entre os sistemas que gere conflitos suportáveis entre regras. Presume-se portanto, que um sistema funcional precise, no mínimo, de uma forma eficiente para lidar com problemas de relação. A eficiência de relação é cara, portanto, ao funcionamento de um sistema jurídico. A generalidade desse problema é posta por Hart quando afirma que todos os sistemas jurídicos sofisticados contém regras para lidar com o elemento estrangeiro. A relação entre sistema, portanto, entra no rol de características fundamentais do Direito que precisam ser explicadas.

4.1.5 Problemas de Unidade

Por outro lado, ainda usando o exemplo do matrimônio, consideremos um matrimônio contraído em um país que reconhece como válidas leis que permitem o marido punir fisicamente sua esposa em certos casos. O casal pede o reconhecimento de seu matrimônio em um país que aplica regras de Direitos Humanos. Esse sistema jurídico claramente rejeitaria certos aspectos da figura estrangeira do matrimônio e recepcionaria outros. Se regras estrangeiras basilamente conflitantes fossem recepcionadas, haveria grandes problemas de consistência interna em um sistema jurídico que preza por se relacionar com outros sistemas.

Não se fala aqui nos casos onde há, explicitamente, subdivisões de um sistema jurídico, como em uma Federação ou nas antigas colônias. O ponto aqui considerado é a preservação da unidade de um sistema e não a análise de sistemas jurídicos com subdivisões já aceitas. A regra de reconhecimento foi o tipo de regra que surgiu para que um sistema possa recorrer a critérios para identificar quais regras o compõem. Admitir a recepção de um sistema inteiro, sem critérios de contenção ou submissão, parece ser recepcionar outra regra de reconhecimento. Esse conflito gera instabilidade na unidade de um sistema, tão importante para a própria existência dele.

4.1.6 Unidade *versus* Eficiência de Relação: Comunicação Restrita ao Conteúdo

Na afirmação de que a unidade de um sistema precisa conviver com a eficiência de relação (na forma de considerar um sistema jurídico como um todo), surge então um conflito: como um sistema jurídico é capaz de se referir a outro sistema jurídico como um todo ao mesmo tempo que impõe restrições a sua recepção?

Afirmar que uma lei estrangeira “aplicada” internamente tem uma natureza puramente doméstica e é meramente similar à lei estrangeira resolveria o problema de unidade gerado pelas relações, mas não resolveria o problema do mínimo de eficiência de relação necessário para que um sistema seja considerado “saúdável”. Em outras palavras, se, como sugerido por Hart, esse tipo de regras tiver um caráter puramente doméstico, mas similar, os problemas de eficiência e destreza de relação apresentados anteriormente não serão resolvidos.

Afirmar que a lei estrangeira aplicada teria uma natureza híbrida geraria problemas quanto à confusão de regras de reconhecimento. Em outras palavras, se a natureza da regra for híbrida ou puramente estrangeira, o sistema enfrentará problemas de conflito de regras de reconhecimento e, por consequência, de unidade. Mesmo que se possa admitir esse tipo de dinâmica entre sistemas jurídicos que estão em processo de fusão involuntária ou voluntária, de sistemas que estão sendo forçosamente integrados a outros sistemas, ou sistemas que estão se desintegrando, a unidade da qual referimos é a unidade que mantém a coesão de um sistema jurídico, assim como proposto por Hart.

Como, portanto, os sistemas jurídicos se desenvolveram para gerar eficiência nas relações sem ameaçar a unidade? Essa é a pergunta essencial da presente seção. A sugestão de solução para o problema oferecida por este trabalho é que o que ocorre de fato é a comunicação de sistemas restrita ao conteúdo. Esse tipo de comunicação (não mais só relação) permite tanto

a preservação da unidade de um sistema jurídico como a eficiência da relação entre sistemas jurídicos.

A comunicação de conteúdo, que conecta os dois sistemas, ultrapassa o mero contato e acopla um sistema ao outro, permitindo o fornecimento de conteúdos de forma contida. O reconhecimento derivado sugerido por Hart funcionaria aqui. Parte das razões para reconhecer uma lei é o fato de que ela foi reconhecida como válida por outro sistema. Ou seja, a regra de reconhecimento de outro sistema deriva o reconhecimento do conteúdo da regra, e não da regra em si. Esse reconhecimento restrito ao conteúdo permite a tradução e adequação da regra externa que fornece o conteúdo para a regra interna.

Um exemplo figurativo desse tipo de relação seria o de duas cidades vizinhas divididas por um rio. Uma cidade, com seus próprios recursos, constrói uma ponte sobre o rio com o intuito de facilitar a entrada de mercadorias da cidade vizinha. O controle da ponte é de monopólio da cidade que a construiu e cabe a ela definir e fiscalizar (adequar) as cargas que serão transportadas pela ponte. Esse exemplo busca mostrar que o controle da ponte e do fluxo são de uma cidade. Mesmo que ela recepcione mercadorias (conteúdos) de outra cidade (sistema jurídico), ela mantém sua independência (unidade) ao mesmo tempo que melhora as relações comerciais (eficiência).

Uma vez estabelecida a comunicação de conteúdo, que permite constatar a eficiência de relação e a preservação da unidade, outro problema é posto. A eficiência de relação, na forma de comunicação de conteúdo, pressupõe uma constante dinâmica do fluxo de conteúdos entre sistemas. Caso contrário, dois sistemas não estariam se comunicando; um estaria imitando o outro, espelhando seu conteúdo.

Como visto anteriormente, a mera imitação de regras não contempla a necessidade que um sistema tem de manter sua unidade. A mera imitação/espelhamento de conteúdo de outros sistemas geraria problemas de unidade e de amputamento da regra do sistema originário que a valida. Surge, então, a pergunta: de que forma o reconhecimento derivado é executado pelos oficiais? Por mais que tais regras não sejam híbridas, também não são puramente domésticas. A comunicação de conteúdo merece uma explicação melhor quanto ao seu “não pertencimento” ao outro sistema.

Sugere-se aqui que a aplicação desse tipo de lei exige que os oficiais ajam de um ponto de vista diferente do ponto de vista interno do participante. O reconhecimento original funcionaria da seguinte forma: como oficiais enxergam um sistema como externo mas vinculam atos oficiais a ele? A seguir, serão sugeridas formas de ponto de vista que servem para explicar como que um sistema mantém a eficiência de relação na dinâmica de mudanças constante.

4.1.7 Ponto de Vista Simulativo: Tradução, Adequação e Performance

Resgatando a explicação do primeiro capítulo deste trabalho, o ponto de vista interno é a categoria teórica que põe em foco a perspectiva da pessoa que considera as regras como razões para agir. Ele é a perspectiva da pessoa que participa de uma prática, atividade ou instituição. Essa atitude permite que uma pessoa consiga dizer que “tem uma obrigação” se referindo somente a uma regra.

Em contraponto ao ponto de vista interno, Hart também formulou a concepção de ponto de vista externo. O foco principal de Hart foi o que Kramer (2018, p. 62) chama de ponto de vista externo extremo, que é a perspectiva de quem considera uma prática ou instituição como uma configuração de habitualidade de comportamento de seus participantes. Olhando apenas para a “superfície” do comportamento das pessoas, o observador externo extremo trabalha com noções de causa, efeito, regularidade, previsibilidade como conceitos teóricos centrais. Mesmo que desse ponto de vista possa se afirmar a existência de certos estados mentais, foca-se apenas nas instâncias observáveis da ação.

Existem, porém, outros desdobramentos do ponto de vista externo, como o ponto de vista externo moderado, exposto por Kramer (2018, p. 63). Partindo dessa perspectiva, o observador, apesar de não ignorar as preocupações de um observador externo extremo, atribui atitudes, crenças e preocupações às pessoas que participam dessas instituições ou práticas, sem que ele mesmo participe delas (KRAMER, 2018, p. 63). Desse ponto de vista, seria possível fazer afirmações de “ela tinha a obrigação de”, por exemplo. É possível que uma pessoa afirme, de um ponto de vista externo, que outra pessoa pertence a um sistema da qual ela mesma não faz parte.

Kramer (2018, p. 63) diz que apesar de Hart não ter se ocupado muito sobre o ponto de vista externo moderado, essa concepção teórica é muito importante para a Filosofia do Direito. Ela, na verdade, é a perspectiva adotada por Hart como teórico e por virtualmente todo positivista jurídico contemporâneo (e alguns não positivistas). A divisão de perspectivas mais importante para Kramer não é entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo extremo, e sim entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo moderado. O cidadão, por exemplo, que obedece regras apenas considerando as sanções que as acompanham, age deste último ponto de vista (KRAMER, 2018, p. 64).

O segundo ponto de vista que será interessante para este trabalho é o ponto de vista simulativo exposto por Kramer (2018, p. 65). A pessoa que parte dessa perspectiva, assim como

o que está sob o ponto de vista externo moderado, se esforça para apreender as atitudes normativas dos participantes em alguma prática ou instituição, mas em vez de simplesmente imputar essa atitude a um terceiro, as articula como se fossem suas. Dá voz ao ponto de vista interno dos participantes sem participar dele.

Uma pessoa envolvida com esse ponto de vista faz algo próximo à atuação teatral de um ator. Um ator que interpreta um vilão, por exemplo, não necessariamente se compromete com as escolhas do personagem, mas se esforça para entendê-lo dentro de seu mundo para agir como ele (KRAMER, 2018, p. 66). Essa analogia, porém, segundo Kramer (2018, p. 68), se diferencia do ponto de vista simulativo quando o que contempla a prática ou instituição não se limita em reproduzir ou analisar exatamente. O ponto de vista simulativo deixa muito mais espaço para a inovação do teórico.

Se, de um ponto de vista externo moderado, é possível a compreensão de que uma pessoa tem a obrigação de agir conforme a um sistema jurídico diferente daquele da pessoa que reflete, o ponto de vista simulativo permite a compreensão da dinâmica de outro sistema jurídico. O ponto de vista simulativo carrega a possibilidade de se tratar sobre a funcionalidade do sistema jurídico do qual ele simula suas assertivas.

Para que se enxergue o valor desse ponto de vista, deve-se extrapolar a figura do teórico e se pensar sobre o ponto de vista dos oficiais com relação a sistemas de outros países, por exemplo. Assumir que a única forma de lidar com o elemento estrangeiro de um sistema seja o mero espelhamento parece decorrer da aceitação de que oficiais de um país só podem contemplar sistemas estrangeiros de um ponto de vista externo extremo, o que é incoerente com a referência doméstica ao sistema estrangeiro como um todo eficaz.

De um ponto de vista simulativo é possível operar não só com afirmativas do tipo “ela tem obrigação de” como “eu tenho a obrigação de agir conforme o que ela tem obrigação de”. O ponto de vista simulativo parece ser uma solução para simularia as perspectivas do participante de outro sistema: o participante de um sistema se esforçaria para traduzir as regras identificadas pelo outro sistema, mas sem perder os parâmetros críticos de observador externo.

Com relação à crítica que diferencia o ponto de vista simulativo do ponto de vista interno, pelo primeiro manter os parâmetros de crítica à funcionalidade do sistema, também se observa o valor para a explicação da comunicação restrita. Dentro do exemplo do casal estrangeiro já utilizado, imaginemos de novo que o direito estrangeiro conferiu ao cônjuge “direitos” de punição física contra a esposa em determinados casos. O sistema jurídico que recebe essa figura jurídica, por manter a capacidade crítica, ao mesmo tempo que se comunica com ela, consegue incorporar certos aspectos e rejeitar outros.

Lembrando da analogia de Kramer de que o ponto simulativo seria similar ao de um intérprete em uma encenação teatral, Kramer desqualifica a analogia para abrir a capacidade crítica do teórico. A analogia, porém, parece útil se se admite a capacidade de improviso ou releitura da obra por parte do intérprete teatral. Como existem debates quanto aos limites que um intérprete tem com relação ao autor da peça, pode-se perguntar: até que ponto um improviso de um intérprete pode extrapolar os limites de mera reprodução para se tornar criação? Da mesma forma, pergunta-se, até que ponto um sistema pode simular a performance de um outro sistema sem o perigo de assumir o ponto de vista do personagem ou, ao contrário, se tornar roteirista?

Sugere-se aqui que, se ambos os sistemas comessem a improvisar demais e perdessem a conexão com um mínimo do roteiro, ou da consistência que depende unicamente do sistema jurídico originário, não haveria estabilidade ou reciprocidade o suficiente para manter a comunicação. O ponto de vista simulativo, portanto, parece ter poder explicativo quanto à relação de sistemas. A abertura do sistema jurídico a comunicação não significa a sua entrega, mas, claramente, a exposição a esse risco.

4.1.8 Regras de Relação

Sistemas jurídicos, portanto, contêm elementos formais para lidar com a relação de sistemas. Obviamente que a complexidade das relações entre Estados em contínuo progresso exige que um sistema busque formas mais rebuscadas e estáveis para se lidar com o elemento estrangeiro. Hart afirma que a maioria dos sistemas jurídicos contém regras para lidar com o elemento estrangeiro.

Esse tipo de regra, mesmo que não seja um pressuposto da relação de sistemas, seria a forma mais eficiente de um sistema lidar com o elemento estrangeiro. Esse tipo de regras será chamado aqui de regras de relação. Essas regras poderiam ser um tipo novo de regra secundária pois resolvem problemas de relação entre sistemas e dizem respeito a outras regras. Da mesma forma que a divisão dos tipos de regras do sistema hartiano se refere à solução de problemas em sistemas primitivos, assim como as demais regras secundárias lidam com problemas de identificação, criação, alteração e aplicação, sistemas jurídicos desenvolveram regras secundárias para lidar com problemas de relação.

Essas regras, assim como todas as outras, têm sua validade determinada pela regra de reconhecimento. Essas regras definem os parâmetros para a reprodução contida do conteúdo normativo de outros sistemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM DIREITO INTERNACIONAL PARA HART?

Este trabalho buscou tratar sobre aspectos fundamentais da relação de sistemas tratando principalmente de relações unilaterais. Isso, é claro, não representa toda a complexidade das relações entre Estados, mas pressupõe-se ser o primeiro passo para estruturar essas relações. A partir dessa análise, é possível falar sobre o Direito Internacional como fruto da intensa complexidade de relações e a necessidade de unificação das formas de conexão para preservar a estabilidade dos sistemas jurídicos.

Como exposto na introdução deste capítulo, pressupõe-se que a relação entre sistemas jurídicos é um passo prévio para se falar do Direito Internacional que é permeado não só por relações bilaterais, mas também por relações multilaterais. Todas essas questões clarificam o que pode ser uma concepção Hartiana além da formulação de que o Direito Internacional se enquadra em um caso periférico de sistema jurídico. O aumento e intensificação das relações entre países parece gerar problemas de relação de níveis mais complexos que não podem ser resolvidos pelas regras de relação.

O exemplo, usado anteriormente, de uma ponte construída unilateralmente com monopólio de fiscalização por parte de uma cidade reduz a realidade ao excluir que países se relacionem de forma bilateral. Tratados e acordos internacionais são assinados com o intuito de garantir uma reciprocidade e uma coordenação alinhada entre a forma que dois ou mais países reconhecem o sistema um do outro. Os parâmetros das pontes normalmente são definidos, mantidos e fiscalizados por ambas as partes.

Se a regra de relação busca resolver “como” um sistema vai lidar com o outro internamente, ela não resolve o problema de coordenar como ambos os sistemas lidarão um com o outro. A reciprocidade é um princípio primordial do Direito Internacional. Países que se tratam de forma desigual não conseguem manter um mínimo de estabilidade em suas relações.

Tratados bilaterais, por exemplo, são acordos feitos por Estados justamente para uniformizar problemas de relação entre dois países. Ainda assim, o Direito Internacional não é composto só por relações bilaterais. Os tipos de relações entre Estados são vários. O Direito Internacional poderia, portanto, ser considerado como o centro coordenativo para problemas de relação de sistemas. Ele forneceria um parâmetro mútuo para lidar com sistemas estrangeiros. Um Estado, por exemplo, pode recorrer ao Direito Internacional como esse centro, ao invés de lidar individualmente com cada sistema jurídico. Isso gera ganhos imensos de eficiência. No caso dos apátridas, por exemplo, um acordo mútuo sobre como lidar com refugiados resolveria, em parte, o problema do vácuo causado pela falta de um sistema jurídico de referência para

uma pessoa em outro país. Regras de Direitos Humanos geram benefícios dessas e várias outras formas.

Assim, a sugestão é que, mesmo que o Direito Internacional não possa ser considerado um sistema jurídico em termos hartianos, ele pode ser considerado um centro de coordenação. Isso não significaria só coordenação da relação entre sistemas jurídicos, mas da relação de sistemas com indivíduos, empresas, entidades coletivas ou com o meio ambiente.

Um centro de coordenação pode ser sistematizado na sua forma. Isso pede novas formas de sistematização que não as do caso central de Direito conceituadas por Hart. Mas que tipo de sistema o Direito Internacional constituiria? Essa pergunta é deixada em aberto para o desenvolvimento posterior do presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSION, Samantha; TASIOULAS, John (Orgs.), **The philosophy of international law**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2010.

CARTA das Nações Unidas=**Charter of the United Nations**. 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

COLLINS, R. **The Institutional Problem in Modern International Law** (Hart Monographs in Transnational and International Law). Oxford: Hart Publishing, 2016.

COTTERRELL, Roger. (2012). **What Is Transnational Law?** Law & Social Inquiry. 37. 2012.

CHRISTIANO, Thomas; MARMOR, Andrei (Org.), The legitimacy of international institutions, **The Routledge Companion to Philosophy of Law**, p. 380-393, New York, NY: Routledge, 2012.

DWORKIN, Ronald, A new philosophy for international law, **Philosophy & Public Affairs**, v. 41, n. 1, p. 2–30, 2013.

ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça=**Statute of The International Court of Justice**. 26 de junho de 1945. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A., **The limits of international law**, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2005.

GARDNER, John, **Legal positivism: 5 1/2 myths**. American Journal of Jurisprudence 46 (1):199-227, 2001.

HART, Herbert L. A., **The concept of Law, 2nd Edition**, Oxford, NY: Oxford University Press, 1994.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HART, Herbert L. A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. : Oxford University Press, 1983

JUBILUT, Liliana Lyra, Os fundamentos do direito Internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados, **V Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. 2, n. 9, p. 203-219, 2010.

KRAMER, Matthew, **H.L.A. Hart - The Nature of Law**, Polity: 2018

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

MACCORMICK, Neil. “Beyond the Sovereign State.” **The Modern Law Review**, vol. 56, no. 1, 1993, pp. 1–18.

MARMOR, Andrei. The nature of law: an introduction. *In*: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**, New York, NY: Routledge, 2012. p.3- 15

MICHAELS, Ralf. Law and Recognition – Towards a Relational Concept of Law. In N. Roughan & A. Halpin (Eds.), **In Pursuit of Pluralist Jurisprudence** (pp. 90-115). Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OHLIN, Jens David, **The assault on international law**, New York, NY: Oxford University Press, 2015.

OHLIN, Jens David, **Nash Equilibrium and International Law**. Cornell Law Faculty Publications. Paper 572. 2011.

ORTS, Eric W., Positive Law and Systemic Legitimacy: A Comment on Hart and Habermas*. **Ratio Juris**, 6: 245-278. 1993.

POSTEMA, Gerald J., Coordination and convention at the foundations of law, **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 165–203, 1982.

POSTEMA, Gerald J., Legal philosophy in the twentieth century: the common law world, **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**, v. 11. Chapel Hill, NC: Springer, 2011.

POSTEMA, Gerald J. Custom in international law: A normative practice account. In A. Perreau-Saussine & J. Murphy (Eds.), **The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives** (pp. 279-306). Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PROST, Mario, **The concept of unity in public international law**. Hart Oxford; Portland, 2012.

RAZ, Joseph. Why the State? In N. Roughan & A. Halpin (Eds.), **In Pursuit of Pluralist Jurisprudence** (pp. 136-162). Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

RIESTHUIS, Thomas E. **The Intertwinement of Legal Orders: a Critical Reconstruction of Theories of Jurisprudence**. Erasmus University Rotterdam, 2019

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

VON DANIELS, Detlef. **The concept of law from a transnational perspective**. New York, NY, Routledge, 2016.

WALDRON, Jeremy, **International law: ‘a relatively small and unimportant’ part of jurisprudence?** NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 13-56, p. 209-223, Oct. 2013.