

## A REGRA DE RECONHECIMENTO EM HART

### A RECOGNITION OF RULE IN HART

João Martins Bertaso<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo faz uma leitura da obra o “Conceito de Direito” de Herber Hart, inserida na Filosofia Pragmática, de onde o autor trabalha as estruturas do Direito, do caso concreto, através da lingüística. Afirma que o Direito sofre um processo de legitimação social, tornando-se uma instituição da sociedade. Levanta-se a questão da legitimação, no entanto essa questão tende a reconhecer a conduta como fundamento do sistema, privilegiando a instituição.

**Palavras-chave:** Regra de Reconhecimento. Conceito de Direito. Textura aberta. Semântica Pragmática.

**Abstract:** This article is a reading of the work the " law concept" of Herbert Hart , part of the Pragmatic Philosophy, where the author works the Law of the structures , of the case, through linguistics. Says the law undergoes a process of social legitimacy , making it an institution of society. Raises the question of legitimacy , however this issue tends to recognize the behavior as a system basis , focusing on the institution.

**Keywords:** Standard Recognition. Law Concept. Open texture. Semantic Pragmatic.

### Considerações iniciais

A Ciência Jurídica como postulado de pureza metódica, sustenta-se na Teoria Pura kelseniana, importando as formas para estabelecer sua natureza normativa que tem como critério ficcional de validade a Norma Fundamental Gnosiológica.<sup>2</sup> Em contrapartida, a concepção de

---

<sup>1</sup> Pesquisador Sênior pelo CNPq. Pedagogo especializado em psicologia da educação pela Faculdade de Ciências e Letras de Santo Ângelo. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo. Especialista em direito pela UFSM. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Pesquisador vinculado a URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo-RS, e coordenador acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - URI – Santo Ângelo-RS. Desenvolve pesquisa em cidadania, direitos humanos, interculturalidade e psicanálise. Possui estágio de pós-doutoramento pela UNISINOS.

<sup>2</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** p. 281-284. No sistema kelseniano, a norma fundamental é que indica o processo de sistematização do Direito Positivo. Para o autor, *a ciência jurídica de forma estrita é um saber que nos fala de um setor social, visto como um conjunto de normas, como uma ciência normativa, estas só podem ser entendidas como que conformando um sistema. [...] O Direito positivo não pode ser sistematizado parcialmente [...] Por isso, os juristas precisam construir um critério de*

Herbert Hart tem na base a conduta como condição de validade do sistema jurídico; pretende que a prática social fundamente e viabilize o sistema jurídico, tornando-o legítimo.

A distinção entre *ser obrigado* e *ter obrigação*, entre os conceitos de *leis, comandos e ordens*, e a consideração de que o direito é uma *união de regras primárias e secundárias*, fazem da obra **O Conceito de Direito**,<sup>3</sup> de Hart, uma abordagem das mais ricas, contemporaneamente, sobre a teoria jurídica analítica, marcando um avanço na Filosofia e na Teoria do Direito. Considerando que o sistema jurídico está relacionado com os demais sistemas sociais, Hart refletiu sobre o Direito a partir da Filosofia Semântica Pragmática, corrente vista como uma derivação da Filosofia Analítica.<sup>4</sup>

Diferentemente do Positivismo Analítico, que estabelece uma distinção entre o Direito e a Moral (J. Austin, 1790-1859), Hart interessa-se acima de tudo pela análise dos termos da lei, buscando as correlações lógicas entre as proposições legais. A Filosofia Analítica toma a linguagem como matriz epistemológica para a reflexão filosófica. Já a Filosofia Analítica *strito sensu* situa-se no âmbito da sintaxe; preocupa-se com a estrutura formal da linguagem, com a situação interna e a relação das normas entre si. Por sua vez, o normativismo quer a ciência do direito sistematizada; limita-se a descrever, analisar e detalhar as normas. Já a Filosofia Analítica *lato sensu* preocupa-se com a linguagem em termos gerais. Desse modo, serve-se da hermenêutica, trabalhando o Direito a partir da linguagem do caso concreto, na proposta de Hart, coloca os textos – as enunciações – no centro das discussões. E na medida em que aborda os textos (a hermenêutica) privilegiando as definições, a Filosofia Analítica insere-se na pragmática da linguagem. Sendo a Filosofia Pragmática uma derivação crítica da Filosofia Analítica, Hart seria porta-voz do positivismo analítico (Austin) e do utilitarismo (Bentham).

---

*reconhecimento desse Direito positivo, dar um fundamento unitário de validade último e único, constituído em uma norma ou em um conjunto de normas: as normas constitucionais.* Essa base epistemológica se propagou na Europa continental e América Latina.

<sup>3</sup> HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1961.

<sup>4</sup> Para uma maior compreensão das matrizes contemporâneas do Direito, ver Leonel Severo Rocha, *Matrizes Teórico-Políticas da Teoria Jurídica Contemporânea*, publicado in Revista **Seqüência**, número 24 da UFSC. Entre os pensadores contemporâneos, Hans Kelsen e Norberto Bobbio são neopositivistas, enquanto que Herbert Hart e

## **1 As condições de Reconhecimento**

**O Conceito de Direito** apresenta grande capacidade de análise, trazendo uma argumentação elucidatória sobre a natureza do Direito. A obra de Hart reflete sobre questões relativas ao significado das palavras, mostrando que as relações ou situações sociais devem ser mais bem esclarecidas através do exame do uso padronizado de expressões relevantes, que são contextualizadas socialmente. Assim, estabelece a distinção necessária entre os fatores interno e externo das regras. O professor de Oxford considera o Direito como uma União de Regras Primárias e Secundárias, abrindo um amplo debate no mundo filosófico do Direito contemporâneo; fala da relação íntima entre Justiça e Moral, e desta com o Direito.

À luz da semiótica, identificam-se as vertentes das diversas Teorias do Direito (matrizes contemporâneas), abordadas a partir do Normativismo, da Hermenêutica e da Sistêmica. Hart, trabalha o Direito apoiado na Semântica-Pragmática (filosofia pragmática), analisando as estruturas do Direito, do caso concreto, a partir da linguística.<sup>5</sup> Neste sentido, o autor evidencia a relevância do fenômeno linguístico, pois o Direito começa a ser compreendido em função da linguagem normativa (analítica).

Sustenta que o Direito é uma instituição social e, enquanto instituição social, torna-se um fenômeno cultural constituído pela linguagem (semântica-pragmática). Dessa forma, pretende interpretar a normatividade do Direito privilegiando o uso da linguagem, ou seja, o modo como a sociedade o acolhe. Que os enunciados normativos são o ponto de partida para a compreensão do sistema jurídico. Porém, a preocupação com a jurisprudência não deve partir somente da análise pura do signo, como fazem os normativistas. Hart procede a análise dos enunciados, penetra na dimensão política da semiótica, e revela que as enunciações não somente representam o social,

---

Ronald Dworkin pertencem à corrente filosófica da semântica pragmática do direito, considerada uma derivação da Filosofia Analítica.

<sup>5</sup> No Brasil, a Matriz Pragmático-Sistêmica é um campo de observação proposto por Leonel Severo Rocha, que por sua vez, nos remete à Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, constituindo, ambas, os pressupostos teóricos fundamentais do presente trabalho. Trata-se de observações de segunda ordem, privilegiando teorias que levem em conta categorias como paradoxo, risco e complexidade. Uma abordagem que sugere enfoques diferenciados das

mas fazem parte dele.

O autor refere-se a uma visão interna e externa da norma jurídica, isto é, afirma que a norma precisa do reconhecimento da sociedade para ser encarada como dever social. Através desse processo de legitimação, institucionaliza-se no grupo e em cada indivíduo. Somente assim a norma passa a ser direito. Quando alguém afirma “tenho o dever de”..., expressa-se um reconhecimento: esta conduta é adotada como referencial de comportamento. O indivíduo reconhece quem formula a regra, desejando implementar sua conduta concreta por ela; ao mesmo tempo, espera que a regra sirva como implementadora da conduta de todos. Por outro lado, do ponto de vista externo, o indivíduo seria um mero observador, não aceitando a norma, e cumprindo-a apenas com o intuito de escapar da sanção. Assim, de acordo com Hart, a sociedade concebe o Direito como um conjunto de ordens coercitivas, que tornam a conduta humana não-facultativa ou obrigatória.

Uma das principais teses da obra de Hart consiste na apresentação de dois tipos de regras, as quais seriam fundamentais para a compreensão do sistema jurídico. O primeiro tipo, ele chama de *regras primárias* ou de *obrigação*, pois impõem condutas. O autor adverte que essas regras apresentam falhas quanto àquilo que os indivíduos devem ou não fazer; são incertas quanto à sua aplicação no caso concreto; são estáticas, isto é, lentas e imprecisas, revelando-se ineficazes quando tornam-se alvo da pressão social. A solução para tais problemas dar-se-ia com as *regras secundárias*. Sua finalidade seria tornar dinâmicas as regras de *Reconhecimento*, *Alteração* e de *Julgamento* – que atribuem poderes.

A regra de *Reconhecimento* soluciona as incertezas das regras primárias, estabelecendo o que seria direito para o caso singular. A regra de *Alteração* confere poderes a pessoas ou órgãos – estabelecendo como se pode *dizer* o direito – para que qualifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico, solucionando, assim, o problema da lentidão e da imprecisão das regras primárias. Já a regra de *Julgamento* instaura o processo de competência que permite aos indivíduos proferirem determinações dotadas de autoridade – o direito acionante – referente a uma regra primária. A regra de *juízo* define o caminho a ser seguido, solucionando, dessa

---

perspectivas tradicionais, demonstrando uma grande fecundidade, na medida em que visa a produção de diferença, o que de certa forma, permite novas problematizações do Direito e de toda a epistemologia jurídica.

forma, o problema da ineficácia. As *regras secundárias* dizem respeito às *regras primárias*, estabelecendo o modo pelo qual estas podem ser excluídas, criadas e alteradas.

Hart, ao justificar a existência de *regras secundárias* que possibilitam um concreto entendimento das *regras primárias*, afirma que da união das duas regras surge a consistência do sistema. Entretanto, apesar da união das *regras primárias* e *secundárias*, o autor afirma a impossibilidade de solução de todos os aspectos referente à sua compreensão e funcionamento enquanto sistema, vindo apontar para uma “textura aberta do direito”. Neste sentido, aparecem os problemas das regras gerais, ambíguas e vagas, em virtude do limite e da natureza da própria linguagem. Nesse espaço, entra o poder discricionário do Juiz na solução dos conflitos. E vai bem além do normativismo estabelecendo uma íntima relação entre a Justiça e a Moral, entre esta e o Direito. Parte da estrutura da idéia de justiça quanto aos seus aspectos uniformes constantes, ou seja, do critério de tratar da mesma maneira casos semelhantes, e do seu aspecto variável, que prevê a possibilidade de considerar, em casos distintos, a semelhança de finalidade, pois, os aspectos íntimos das normas são padrões orientadores e críticos de conduta.

Quanto às regras morais e jurídicas, Hart afirma que o equilíbrio ou ordem de igualdade entre elas é estabelecido pela moral, sendo que as semelhanças, na medida em que são vinculativas, independem do consentimento do indivíduo. São sustentadas por pressão social, pois a vida social é baseada em um processo de abstenções recíprocas. Hart afirma que na interpretação da lei, sempre há uma escolha entre valores morais.

Assim, reconhecendo a complexidade do mundo atual, Hart mostra que um sistema legal positivo não é um todo que se contenha em si mesmo. As normas legais são, muitas vezes, vagas e imprecisas em sua periferia – em virtude da própria linguagem –, exigindo, por esta razão, uma interpretação baseada em critérios de finalidade social e política.

Pela análise estrutural que Hart faz do Direito, constata-se o inter-relacionamento entre os enunciados das diferentes normas. Para o autor, o Direito não é um sistema que se fecha em si mesmo. O seu reconhecimento surge do sistema com o qual identifica-se, podendo auto-regular-se pelas regras de *Alteração* e de *Julgamento*.

Mesmo assim, o autor adverte, “a atenta e cuidadosa análise das noções jurídicas fundamentais e daquelas que se encontram nos limites de um sistema jurídico legal, muitas vezes,

mais do que a interpretação do Direito (no sentido técnico-positivista do termo), e das forças não jurídicas da vida social, deve continuar a ser o principal objetivo da Ciência do Direito”. Por entender que as conceituações não favorecem a leitura do fenômeno jurídico, Hart não estabelece definições para o Direito, a fim de não fechar as possibilidades de investigação permanente. **O conceito de Direito** enfoca os grandes temas que envolvem o direito, sem, com isso, estabelecer verdades acabadas, referentes às questões que afetam o mundo jurídico.

## 2 Algumas considerações de análise

A partir de uma prática institucionalizada, em Hart, a *norma fundamental* legitima-se pelos procedimentos.<sup>6</sup> No sentido em que Warat coloca: *Hart não faz outra coisa além de converter a norma fundamental em regras de conduta, introduzindo no sistema positivo o dever de aceitar a ordem jurídica vigente, cujo cumprimento é controlado pelos próprios órgãos do sistema e não pela sociedade.*<sup>7</sup> A norma deve ser encarada como dever social, pois assim se legitima e institucionaliza-se no grupo, tornando-se direito.

O *reconhecimento* impõe-se como conduta-guia do comportamento individual e coletivo, definindo os critérios que identificam as normas, sua validade, e ensejando a coesão do sistema jurídico e a pragmatização do direito.<sup>8</sup> Assim a sociedade exige o cumprimento da norma, remetendo ao Poder Judiciário a obrigação de aplicá-la. Dessa forma, confere dinamicidade às normas primárias, tornando o sistema eficaz e efetivo. Os padrões de conduta estabelecidos pelas regras são aceitos pela sociedade, mas o dever de controlá-las – a sua efetivação – fica a cargo dos órgãos judiciais.

Nesse sentido, em Hart, as dimensões significativas passam pelo sistema, que, apesar de

---

<sup>6</sup> A norma básica do sistema kelseniano não se caracteriza como uma norma posta, mas sim pressuposta; na concepção hartiana é regra de reconhecimento, ou seja, busca numa regra positiva os critérios pelos quais darão unidade e validade às normas do sistema, no âmbito pragmático do Direito.

<sup>7</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Segundo este autor *a norma fundamental em Kelsen está implícita no pensamento judicial, quando considera o direito, válido por sua obrigação de observar a regra de que certos atos legislativos criam direito [...] estamos, segundo Kelsen, diante de um efeito imaginário de validade, que separa da sociedade a legitimação de suas normas coercitivas. As normas se legitimam pelo sistema e o sistema se legitima pelo Estado e o Estado pela razão*. P. 108-109.

apresentar-se como algo aberto, vem a completar-se através das regras secundárias. Auto-regulando-se, funciona como significante de uma cadeia discursiva. Somente assim, a normatividade torna-se legítima socialmente, e o *reconhecimento* pode colocar a teoria de Hart no centro da hermenêutica.

Entretanto, em Hart, o sistema jurídico é imaginado a partir de uma realidade abstrata. As significações do mundo do *ser* – o mundo das relações sociais –, o universo onde interage o indivíduo concreto não se constitui como espaço dialógico entre a autoridade e o cidadão. A racionalidade estatal permanece com o monopólio da coerção, ligando os órgãos à norma.<sup>9</sup> Suas interpretações são logicamente determinadas, obedecendo ao sentido estabelecido pela leitura jurídica. Os órgãos do sistema são tomados como imparciais e neutros, podendo *extrair* o conflito do tempo, e, após *decifrar* as verdades do processo, devolver às partes e à sociedade o conflito "dominado".

Mesmo diferenciando-se do sistema kelseniano quanto a justificação, o sistema hartiano mantém o sujeito reduzido ao sentido atribuído pela norma, a cidadania envolvida em seu processo de regulação, reconhecendo o *deve ser*. O sistema não enseja a construção da autonomia individual e coletiva, a qual resulta da possibilidade da sustentação do diálogo e do conflito decorrente das relações sociais, entendidas como relações de força e poder. Ou seja, o reconhecimento social do sistema não basta para torná-lo mais democrático, funciona como ilusão de sentido, pois não enseja a interpretação dos sentidos imanente dos conflitos, interindividuais ou coletivos, que encaminham as soluções. Basta-lhes a interpretação do método e do sistema, "como" o juridicismo se legitima, ficando distante da significação política-histórico-temporal, fonte e substancialidade do Direito.

## Referências

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa : Fundação

---

<sup>8</sup> Segundo Warat, esse efeito é alcançado por Kelsen através da condição imaginária produzida pela norma gnosiológica que, por sua vez, dá funcionalidade ao saber jurídico.

Calouste Gulbenkian, 1961.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Amado, 1976.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica : uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1985.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre : Sérgio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Trad. de Carlos Grufo Babo. 2ª. ed. Lisboa : Presença, 1980.

**Recebido em:** 12 de dezembro de 2014

**Aceito em:** 15 de fevereiro de 2015

---

<sup>9</sup> O neopositivismo pretendeu dar segurança e certeza ao conhecimento, no caso do Direito, ao acolher esse postulado, impõe sua normatização com a finalidade de administrar os conflitos humanos, planejando a estabilidade social; em ocorrendo o conflito, decide coercitivamente.