

A crítica de Hart à tradição clássica do Direito Natural

The Hart's critique to classical Natural law tradition

Marcos Rohling

Professor do Instituto Federal Catarinense – IFC, Câmpus Videira. Graduado em Filosofia (UFSC), graduando em Direito (UNISUL), mestre em Ética e Filosofia Política (UFSC), doutorando em Educação (UFSC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1426156565430729>. E-mail: marcos_roh@yahoo.com.br

Artigo recebido em 12/08/2014 e aceito em 8/12/2014.

Resumo

O presente artigo versa sobre a crítica que Hart faz à doutrina clássica do direito natural. Para tanto, o artigo articula quatro momentos: no primeiro, tem-se a apresentação da teoria do direito de Hart, como descrita em *The Concept of Law*; na sequência, expõe-se a doutrina clássica do direito natural, destacando as figuras de Cícero e de Tomás de Aquino; discute-se, em terceiro lugar, a crítica de Hart ao direito natural propriamente, pondo em relevo duas noções: a de teleologia humana e a da validade de leis injustas; por fim, no quarto momento, argumenta-se especificamente sobre a relação entre direito e moral, apontando, notadamente, para o *conteúdo mínimo do direito natural*.

Palavras-chaves: positivismo jurídico. direito natural. Hart.

Abstract

This article deals with the critique Hart makes of doctrine of natural law. To this end, the article puts forward four moments: first is the presentation of Hart's Theory of Law, as described in *The Concept of Law*; following the classical doctrine of natural law is presented, highlighting the figures of Cicero and Aquinas; it is discussed, thirdly, Hart's critique to natural law itself, while emphasizing two notions: a human teleology and the validity of unjust laws; and, finally, in fourth, it is argued specifically about the relationship between law and morality, pointing, especially, toward the *minimum content of natural law*.

Keywords: Legal positivism. Natural law. Hart.

Introdução

O direito natural é uma das mais longas e tradicionais doutrinas filosóficas. Tem uma prestigiada lista de pensadores enfileirados em seus renques. No entanto, sobretudo a partir dos séculos XVIII e XIX, veio a cair no ostracismo teórico, principalmente por conta das críticas de pensadores como Hegel, Comte, Marx, Mill e Bentham, para indicar alguns apenas. Coincidiu com seu descrédito o aparecimento do positivismo jurídico como conjunto de ideias a dar fundamentação para a compreensão do fenômeno jurídico. Notadamente, Austin deu-lhe a solidez teórica ao estabelecer o entendimento do direito como comando.

Ao longo do século XX, apoiando-se no itinerário teórico de Austin e contrastando com algumas posições de Kelsen, Hart submete as teses mais primitivas do positivismo jurídico ao rigor da filosofia analítica. O jurista inglês foi um autor prolífico e sua influência é evidente ao perceberem-se os destacados autores – Rawls, Dworkin, MacCormick, Finnis, Raz, entre outros – que, em diferentes tempos, tiveram contato com ele e com sua obra, quer como alunos, quer como críticos, quer como defensores, quer como admiradores. Em muitos aspectos, justamente, deve-se pontuar, sua obra *The Concept of Law*¹, lançada em 1961, é reconhecida como uma das obras mais influentes no âmbito da filosofia do direito, no século XX, marcando uma nova era na defesa do positivismo jurídico. Mas, além disso, seu método e rigor analítico produziram uma obra inovadora e abrangente, cujos efeitos são duradouros e profundos (ROHLING, 2013, p. 123).

Em seu *CD*, Hart faz uma releitura do positivismo jurídico, a partir das posições de Bentham e Austin, descrevendo o direito como um sistema em torno da união de regras primárias e secundárias, e estabelecendo, como consequência, novas críticas àquela tradicional doutrina do direito natural.² A

¹ Doravante, *CD* para: HART, *The Concept of Law*. 2ª. Ed. Oxford: OUP, 1998, tradução portuguesa: *O Conceito de Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001; *AANR* para: **Are There Any Natural Rights? The Philosophical Review**. Vol. 64, nº 2, p. 175-91, Apr., 1955.

² Nesse texto, serão tomadas como sinônimas as expressões *direito natural* e *lei natural*. Sabe-se, contudo, que essas terminologias, no interior das discussões jusnaturalistas, se não em todo caso, não podem ser tratadas sempre como sinônimas.

par disso, pretende-se apresentar as críticas que Hart formula ao direito natural. Desse modo, o artigo articula quatro momentos: no primeiro, tem-se a apresentação da teoria do direito de Hart; na sequência, expõe-se a doutrina clássica do direito natural, destacando as figuras de Cícero e de Tomás de Aquino; discute-se, em terceiro lugar, a crítica de Hart ao direito natural propriamente, pondo em relevo duas noções: a de teleologia humana e a da validade de leis injustas; por fim, no quarto momento, argumenta-se especificamente sobre a relação entre direito e moral, apontando, notadamente, para o conteúdo mínimo do direito natural.

1. Hart e o Positivismo Jurídico em *The Concept of Law*

A ideia central de Hart é a de levar a um nível mais defensável as ideias propostas inicialmente por autores do século XVIII e XIX, como Bentham e Austin, especialmente, no que se entende como o positivismo jurídico clássico. A ideia clássica referida é condensada na afirmação de que *“a existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra [...] Um direito, entre os realmente existentes, é direito, ainda que ocorra de não o aprovarmos [...]”* (AUSTIN, 1954, Lição V, p. 157, tradução minha). Para tanto, Hart passa em revisão as suas principais teses, depurando-as de suas fragilidades, conforme o rigor da filosofia analítica. De certo modo, pode-se dizer que a filosofia praticada por Hart se insere no interior de uma filosofia analítica do direito. A crítica que Hart faz dos teóricos clássicos do positivismo jurídico, como Bentham e, incidentalmente Hobbes, mas especialmente Austin, concentra-se principalmente no fato de que esses autores afirmaram que o direito deve-se basear apenas na coação. Segundo Hart, o modelo positivista de Austin padece de várias ordens de defeitos, algumas relativas ao conteúdo das leis e outras aos âmbitos de sua aplicação e origem. Do mesmo modo, afirma que o conceito de soberano supremo e independente a quem habitualmente se obedece é, sob vários aspectos, enganoso, posto não haver nada que corresponda a tal descrição nos sistemas jurídicos atuais (HART, 2001, p. 23-31).

Nessa linha, se é verdade que Hart é fundamentalmente influenciado pelas teorias de Bentham, Mill e Austin, também é verdade que a sua teoria do direito delas se separa consideravelmente. Como sugere MacCormick, a teoria de Hart, a despeito do direito como um sistema de regras sociais, no sentido de uma união de regras primárias e secundárias, é radicalmente diferente das considerações de Bentham e de Austin acerca do sistema jurídico. Como indica, para estes, as regras de um ordenamento jurídico são especialmente comandos emitidos por superiores políticos aos subalternos nas sociedades políticas. Em geral, *superiores políticos* são aqueles a quem os outros, por qualquer que seja a razão, obedecem com certo hábito, ao passo que os superiores políticos são os soberanos. Nesse sentido, as leis são comandos emitidos direta ou indiretamente pelos soberanos aos subalternos. Sobre os *comandos*, cabe ressaltar que, diversamente de pedidos ou convites, eles implicam na ameaça de uma sanção a ser imposta àqueles que não obedecem (MACCORMICK, 2010, p. 41). A teoria de Hart, por sua vez, é uma crítica dessas posições. Mais ainda: a teoria das regras sociais, em particular,

[...] aborda a inadequação da noção de 'hábito', que se relaciona a regularidades *externas* do comportamento, para representar a atitude *interna* essencial para a elucidação completa e apropriada da ideia de uma regra. Assim, embora concorde que o Direito sempre e necessariamente deriva de 'fontes sociais', Hart discorda profundamente de Bentham e Austin quanto à caracterização adequada dessas fontes (MACCORMICK, 2010, p. 41).

Vista sob esse matiz, de acordo com o que sugere Volpato Dutra, a teoria de Hart explica que o direito é uma convenção que pode ser estudada como um fato, ao mesmo tempo em que enfatiza o seu caráter hermenêutico, baseado na perspectiva do participante – o *ponto de vista interno* ao direito (VOLPATO DUTRA, 2013, p. 195). Nesse sentido, remetendo-se ao aspecto dos conteúdos da lei, Hart constata que nem todas elas são formadas por mandatos que afixam sanções, no caso de desobediência. Inequivocamente, existem leis cujas existências se justificam na não prescrição de sanções, como é o caso do direito penal, mas na delegação de poder para que se leve a cabo

certos atos, como as que facultam distintas divisões do governo a se ocupar de tal e qual assunto (HART, 2001, p. 111-21).

Volpato Dutra ainda explica que essa inovação hartiana, em relação aos modelos de Austin e Bentham, que considera o direito sob a perspectiva do participante, isto é, essa inovação da abordagem do direito a partir do ponto de vista interno, permite a Hart distinguir um sistema jurídico o qual tenha fundamento na ampla aceitação de suas regras de um sistema de regras, por exemplo, de um agrupamento de ladrões. Assim, “[...] *seria essa aceitação que diferenciaria o direito de um sistema baseado na força, como aquele de um bando de gângsteres ou aquele de um regime tirânico*” (VOLPATO DUTRA, 2013, p. 195).

Hart edificou sua concepção do positivismo jurídico, no que se refere ao conceito de direito, frente às posições clássicas, singulamente Austin, em critérios, ou mais especificamente, na defesa de três teses: a) a tese das fontes sociais do direito; b) a tese da separação conceitual entre direito e moral; e c) a tese da discricionariedade judicial (HART, 1980, p. 04-06). Nesses termos, em evidência, a versão de Hart do positivismo jurídico é, então, mais sofisticada e refinada que aquela de Austin, pois, partindo das deficiências do modelo austiniano (por ser baseado num sistema de comando e força), o qual, como enfatiza, “*contém realmente, embora de uma forma confusa e equívoca, algumas verdades acerca de certos aspectos importantes do direito [...]*” (HART, 2001, p. 111), chega a verdade sobre a natureza do direito que, contudo, só podem ser apresentadas sem confusão, bem como sua importância corretamente avaliada

[...] nos termos de uma situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação de regras primárias de obrigação. É esta situação que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico (HART, 2001, p. 111).

Posto nesses termos, o modelo de positivismo jurídico de Hart entende que um sistema jurídico é um sistema de regras, constituído por: i) *regras primárias*, orientadas, em primeiro plano, para os cidadãos particulares, e que

estabelecem obrigações e deveres, bem como proíbem as formas de transgressões chamadas de crimes, contravenções, atos infracionais e delitos, e ii) *regras secundárias*, dirigidas às autoridades (MACCORMICK, 2010, p. 35). As regras secundárias dizem como identificar, modificar e aplicar as regras primárias, ao passo que a *regra do reconhecimento*, que, como uma regra secundária, destinada para as autoridades, é uma regra para a identificação conclusiva das regras primárias de obrigação (HART, 2001, p. 111). Ou seja, a *regra de reconhecimento* estabelece os critérios por meio dos quais se determina a validade de todas as outras regras de um sistema jurídico particular, impondo deveres sobre aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente o poder de julgar (MACCORMICK, 2010, p. 35).

Nesse sentido, essa *regra de reconhecimento*, que parece lembrar nitidamente a da *Grundnorm*, de Kelsen (PASCUA, 2011, p. 341), tem uma função especialmente determinante na teoria hartiana, pois,

[o]nde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem [...] tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos (HART, 2001, p. 111).

E mais que isso: diferentemente de um sistema jurídico pré-moderno, cuja característica é a pouca complexidade, nos sistemas jurídicos modernos, nos quais existem variadas *fontes* de direito, a *regra de reconhecimento* é, conforme Hart, a correspondente mais complexa, pois que

[...] os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativa (HART, 2001, p. 112).

Com efeito, Hart defende que, na maior parte dos casos, a *regra do reconhecimento* não se encontra enunciada de modo evidente; não obstante,

sua existência é manifesta no modo por meio do qual as regras concretas são identificadas em todas as instâncias que se envolvam com o direito, abarcando, assim, os tribunais e os seus funcionários, bem como os cidadãos particulares e aqueles que tomam para consultores. Esse aspecto corresponde àquilo que se denomina *ponto de vista interno*, que, em geral, quer dizer justamente a aceitação do uso das regras como regras de orientação por parte das pessoas (HART, 2001, p. 131).

Esses são os aspectos mais sobressalientes da teoria positivista do direito de Hart. Evidentemente, sua obra não permite um enfoque tão unilateral e, em função disso, uma abordagem mais profunda seria essencial para a compreensão de muitos dos termos acima referidos. No próximo tópico, por seu turno, serão vistas as críticas que o pensador inglês faz ao direito natural.

2. A Doutrina Clássica do Direito Natural

Para melhor entender a crítica de Hart, vale a pena evocar algumas ideias gerais feitas pelos filósofos do direito não simpáticos ao positivismo jurídico. Em termos gerais, existem alguns pontos concordes nas teorias clássicas da lei natural, os quais podem ser indicados na ordem que se segue: i) a teoria da lei natural afirma existirem diversos princípios que, segundo algumas vertentes de ambos os lados, são inconciliáveis com o positivismo jurídico; além disso, ii) para os teóricos jusnaturalistas, existe uma necessária (isto é, não contingente) relação entre direito e moral, de tal modo que, quando há um conflito entre a lei natural e a lei humana, o direito natural deve prevalecer e, nesse sentido, a lei natural determina que todas as leis feitas pelo homem devem estar de acordo com os seus princípios fundamentais, como alguns princípios da lei natural de Tomás de Aquino, tais como fazer o bem, evitar o mal e promover o bem comum; iii) o proponente da lei natural acredita que toda lei deve ser moralmente justificada se for para ser, em todo caso, legitimamente chamada de *lei*. Assim, qualquer ordem jurídica moralmente aceitável deve reconhecer

não apenas o direito natural, mas, também, incorporar seus princípios fundamentais no seu interior (STARR, 1984, p. 673-4).

Esses pontos, de algum modo, extenalizam as imagens que se têm da doutrina clássica direito natural, expressas em autores clássicos, como Cícero e Tomás de Aquino.³ A teoria da lei natural de Cícero é uma das primeiras formulações jusnaturalistas, não obstante a sua gênese e toda a tradição posterior ser remetida às teorias gregas, entre as quais são destacáveis as de Platão e de Aristóteles (JAEGER, 1953; TORRE, 1962). Apesar disso, em seus aspectos mais amplos, reconhece-se a cosmologia estoica como sendo a grande influência sobre a formulação do Arpinate. Essa influência se percebe quando a atenção se volta para os objetivos da teoria de Cícero do direito natural. Esta teoria é caracterizada pelo propósito de defender a existência de uma lei natural que deveria constituir-se como parâmetro de avaliação da justiça do *direito civil* e do *direito das gentes*, e que seria imutável e universal, não podendo ser transgredida. A comunidade humana (a *societatis* humana), ecoando a influência de Panécio de Rodes, é considerada como sendo fundada na *natureza*, segundo um vínculo (*vinculum*), que não é outra coisa senão a razão ou a própria lei natural. Essa lei, portanto, está baseada na Natureza. A *natureza*, por sua vez, é a razão, e a razão, que é a *recta ratio*, encontra-se tanto nos homens como nos deuses. Uma das passagens mais citada dos escritos de Cícero é aquela dada por Lélío, no terceiro livro de *De Re Publica*, a saber:

A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas

³ São muitos os pensadores identificados como jusnaturalistas, incluindo Platão e Aristóteles. No entanto, em Cícero mais ostensivamente, essa doutrina é formulada, ao passo que Tomás de Aquino é visto como seu grande baluarte. Por isso, a apresentação dessa doutrina clássica será dada a partir desses dois pensadores. Em geral, as ideias e os pontos que seguem são tomados de empréstimo do meu artigo: *Natureza, Direito e Justiça. O Fundamento da Lei Natural na Natureza Humana em Cícero*. **Cultura e Fé. Revista de Humanidades** (Porto Alegre). n. 145, Ano 37, Abril-Jun., p. 165-179, 2014.

uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios (CÍCERO, 2011, III, XVII, p. 87-8).

Em resposta ao ataque de Filão à base da lei natural, como é evidente na citação acima, Lélío afirma que a verdadeira lei é a reta razão, a *recta ratio*, de acordo com a *natureza*, a qual é imutável, eterna e de aplicação universal, chamando, ao dever, os seus comandos e evitando irregularidades por meio de suas proibições. É esta noção de lei natural que está na base da teoria ciceroniana como fundamento do direito, de forma que o justo direito a respeitaria.⁴

Divergindo dessa posição, mas ainda em seu lastro, Tomás de Aquino, na célebre *Summa*, apresentará um estudo aprofundado sobre o *direito* e a *lei naturais*, nos tratados da *lei* e da *justiça*.⁵ Para Hart, a doutrina tomista, no que se refere à teoria da lei natural, é a mais clara expressão dessa modalidade de teoria, portando uma dupla afirmação: que há certos princípios de verdadeira moral, passíveis de descoberta pela razão humana, e que as leis elaboradas pelos homens que contrariam esses princípios não podem ser consideradas

⁴ As interpretações recorrentes da passagem acima não são reticentes em afirmar haver certa identidade entre essa posição e aquela que tinham os estoicos. Não entanto, muitos críticos e especialistas têm relutado e oferecido interpretações diferentes. Entre esses teóricos, notadamente, encontram-se STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Lisboa: Edições 70, 2009; NİCGORSKI, Walter. *Cicero's Paradoxes and His Idea of Utility*. *Political Theory*, 12, 557-578, Nov., 1984; HORSLEY, Richard A. *The Law of Nature in Philo and Cicero*. *The Harvard Theological Review*, 71, 35-59, January-April, 1978; HOLTON, James E. *Marco Túlio Cicerón*. In: *Historia de la Filosofía Política*, 158-176; CROSSON, Frederick. *Religion and Natural Law*. *American Journal of Jurisprudence*, 33, 1-17, 1988; e ARKES, Hadley. *That 'Nature Herself Has Placed in Our Ears a Power of Judging:': Some Reflections on the 'Naturalism' of Cicero*. In: *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 245-277.

⁵ É preciso dizer que a obra de Tomás de Aquino tem suscitado um caloroso debate no que se refere à compreensão de suas teorias ética, jurídica e política e da doutrina da lei natural. Nesse campo, não se tem hoje um posicionamento concorde e pacífico. Entre as diferentes leituras, têm-se as de: FINNIS, John. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: OUP, 1998; GEACH, Peter. *The Virtues*. Londres: Cambridge University Press, 1977; GOYETTE, John, LATKOVIC, Mark S., MYERS, Richard S. *St. Thomas Aquinas & the Natural Law Tradition: Contemporary Perspectives*. Washington: The Catholic University of America Press, 2004; LISSKA, Anthony. *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1996; MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru: EDUSC, 2001; PIZZORNI, Reginaldo. *Il Diritto Naturale – dalle origini a S Tomamaso d'Aquino*. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 2000; VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

como direito válido (HART, 2001, p. 170).⁶ A teoria de Tomás de Aquino, conforme sustenta Buckle, de algum modo se coloca no lastro daquela de Cícero, pois, ainda que os interesses do Aquinate sejam metafísicos e religiosos, sua exposição da lei natural não apela para doutrinas metafísicas, nem religiosas; ela explica, outrossim, tanto o caráter natural, como aquele legal da lei natural, em termos de razão (BUCKLE, 2004, p. 240). Dessa forma, a compreensão da doutrina do direito natural impescinde de sua antropologia: a lei natural seria natural porque está de acordo com a natureza humana que é, por sua vez, uma natureza racional (Ia IIae, q. 71, a.2, c).

No *Tratado da Lei*, o Aquinate parte da distinção entre quatro tipos de leis, a saber: i) a *lei eterna*, que corresponde à ordem estabelecida por Deus para a criação como um todo, conhecida apenas por Deus; ii) a *lei natural*, que é a participação da lei eterna nas criaturas racionais, os quais são, então, capazes de orientar o pensamento e a ação em conformidade com o que a razão estabelece como necessariamente adequado a partir da eternidade da criação; iii) a *lei divina*, vista como simples expressão da vontade de Deus nas Escrituras no sentido de ser uma espécie de lei positiva escrita por Deus para o homem; e, finalmente, iv) a *lei humana* ou *positiva* a qual objetiva, em primeiro lugar, corporificar a normatividade vigente numa determinada comunidade, normatividade esta que é estabelecida para obtenção do bem comum de maneira a superar a generalidade da lei natural (que por si não determina ser mais ou menos racional a conveniência de se circular pelo lado direito da estrada ou pelo lado esquerdo da estrada, por exemplo) e, em segundo, a induzir quotidianamente a razoabilidade dos comportamentos humanos.

Sugere-se, desse modo, que a doutrina de Tomás de Aquino do direito natural não é exclusivamente intelectualista nem exclusivamente voluntarista: antes, a lei natural é duas coisas: a condução prática pela razão e a formulação da lei eterna para os homens, pelo que é, em simultâneo, orientação racional e determinação da vontade de Deus: expressa como que um *intelectualismo voluntarista*.

⁶ Substancialmente falando, essa é a base da crítica de Hart à teoria da lei natural. Na seção seguinte, esse tópico será mais bem visto.

Nesse contexto, o caráter legal da lei natural está em função de sua racionalidade, posto que a lei seja uma ordenação da razão para o bem comum. Assim, a lei é norma e medida dos atos, mediante as quais o homem se move à ação ou para a sua abstenção, ao passo que a razão é a norma e a medida dos atos humanos (Ia IIae, q. 90, a1, 4). Como indica Burkle, Tomás manifesta uma preocupação para com a multidão, pois uma lei, para que seja tal, deve ser promulgada pela autoridade competente, uma vez que apenas desse modo é que pode vir a ser medida da razão (BUCKLE, 2004, p. 241).

Por sua vez, no *Tratado da Justiça* (Ia IIae q. 57), a partir da definição de *ius* como justo ou aquilo que é adequado e proporcional a outra coisa, Tomás de Aquino afirmará que existem especialmente dois modos nos quais algo é adequado para o homem: i) de acordo com a natureza da coisa (referente ao direito natural) e ii) por convenção ou comum acordo (referente ao direito positivo). Nesse sentido, o direito natural seria um conjunto ordenado de princípios da razão prática. Ora, isso sugere, como faz Hespanha, a ligação do direito natural, em última instância, a Deus, como fundamento da ordem moral. Dessa forma, Tomás de Aquino compreenderia o direito natural como

[...] as regras que deveriam presidir a prática humana, de modo a que esta resultasse adequada aos desígnios de Deus quanto à vida em sociedade e quanto ao lugar do homem na totalidade dos seres criados (HESPANHA, 2005, p. 206).

Com base na cosmologia que evoca o texto de Cícero e da conexão com o pensamento religioso que, no contexto mais amplo, assenta a obra de Tomás de Aquino, o senso comum moderno caricaturou, pode-se dizer, a doutrina jusnaturalista, tanto é que o jusnaturalismo moderno se propõe ser racional, abandonando muitas de suas bases clássicas. Essa forma de entendê-lo aparece notadamente em Hart, o qual traça uma reconstrução da posição moderna frente às doutrinas clássicas do direito natural, principalmente a partir das posições sustentadas por Bentham e Mill.

3. A Crítica de Hart ao Direito Natural

Hart é um crítico da teoria do direito natural, embora admita que ela tenha um núcleo de verdades, as quais são descritas como *conteúdo mínimo do direito natural*. Hart afirmou que a teoria do direito natural, em todas as suas variadas roupagens, tenta asseverar que os seres humanos são igualmente dedicados e concordes a suas concepções de objetivos outros (a busca do conhecimento, justiça para seus semelhantes) que não os da sobrevivência (HART, 1958, p. 623). A ideia de Hart, no entanto, é que a doutrina jusnaturalista não oferece uma explicação aceitável do que é um sistema jurídico no sentido de estabelecer a validade de suas normas. Em *CD*, o autor aborda a divergência teórica entre a doutrina do direito natural e a do positivismo jurídico desenvolvendo uma análise sobre a falácia da expressão *direito natural*, com base na crítica de Mill a Montesquieu, associada à distinção entre leis descritivas, estabelecidas pela ciência, e leis prescritivas, endereçadas aos seres humanos.

No que se refere à questão do direito natural, Hart a aborda no Capítulo IX, de *CD*, situando-a, nos termos dessa relação, no terreno da moral, no sentido de que o direito natural pertence à esfera moral. Nesse particular, o da pertença do direito natural à moral, Hart constata haver muitos diferentes tipos de relação entre direito e moral, os quais, no entanto, não podem ser isoladas com proveito para efeito de estudos. Ainda assim, entre os modos de conexão mediante os quais o direito tenha sido influenciado pela moral, Hart nomeia alguns, a saber: i) quando o direito é influenciado pela moral convencional; ii) ou pelos ideais de grupos sociais particulares; ou, uma vez mais, iii) por formas de crítica moral esclarecidas, as quais podem ser sustentadas por indivíduos, cujos horizontes morais tenham transcendido a moral corretamente aceita. Dessa conexão verdadeiramente estabelecida, Hart afirma que muitos teóricos, em muitos casos, tomam-na ilicitamente como justificação de afirmações, as quais (i) o sistema jurídico deve mostrar conformidade com a moral e (ii) deve repousar sobre a convicção de há uma obrigação moral de lhe obedecer (HART, 2001, p. 201).

Partindo dessa constatação, pode-se mais abertamente estabelecer os pontos os quais são rejeitados por Hart no jusnaturalismo. Desse modo, entendendo a doutrina clássica do direito natural como aquela na qual se afirma haver “*certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido*” (HART, 2001, p. 202), basicamente, os pontos que serão percorridos são dois, conforme sugere Orrego Sanches, em sua interpretação da tradição do direito natural por Hart (ORREGO SANCHES, 2004, p. 287-8): i) o conceito de natureza que se encerra na *teleologia humana* e ii) a ideia de conexão entre direito e moral que toma corpo no entedimento da *validade de leis injustas*.

i. teleologia humana

Hart discorre sobre essa noção relacionando-a ao *conceito de natureza*. E, para que essa referência à natureza seja bem compreendida, indica pontos de crítica nas duas tradições, rementendo-se à vasta literatura que, desde Platão até o presente de seu tempo, indicava que a conduta dos proponentes de ambas as posições parece não se entender em relação à discussão. Sendo assim, numa direção, os críticos do direito natural, notadamente, os positivistas jurídicos, afirmam que a pretensão de que há princípios verdadeiros de conduta correta, suscetíveis de descoberta racional, foi apresentada originalmente como parte de uma concepção geral da natureza, inanimada e viva, que é, de muitos modos, antitética com a concepção geral da natureza que se constitui a estrutura do pensamento secular moderno. Por essa razão, para os seus críticos, a teoria do direito natural tem parecido brotar de confusões profundas e antigas, das quais o pensamento moderno se tem libertado triunfantemente. De outro lado, os defensores do direito natural afirmariam que os seus contendores insistem apenas em banalidades superficiais, ignorando verdades mais profundas (HART, 2001, p. 202).

É desse ponto de partida que Hart apontará à crítica de Mill a Montesquieu, no que se refere aos sentidos de *lei*, que, uma vez resolvida, constituiria na ruína da tradição jusnaturalista, tendo em vista que evidenciaria

a incapacidade de se distinguir entre os sentidos de lei. Segundo Hart, Mill respondeu à questão de Montesquieu, segundo a qual, conforme esboçada no primeiro capítulo de *Esprit des Lois*, as coisas inanimadas, como as estrelas e os animais, obedecem à lei da natureza, ao passo que o homem não o faz, por sua vez, mas cai em pecado, do seguinte modo: à questão corresponde uma confusão perene entre o que denomina: (a) leis que formulam o curso ou as regularidades da natureza – que podem ser descobertas pela observação e pelo raciocínio e são chamadas de *leis descritivas*, cabendo, pois, ao cientista a sua descoberta – e, (b) leis que exigem que os homens se comportem de certos modos, as quais não podem ser determinadas, porque não são afirmações ou descrições de fatos, mas prescrições ou exigências de que os homens se comportem de certos modos. Dessa feita, carece de sentido dizer que as *leis descritivas*, isto é, as *leis científicas*, podem ou não ser violadas, pois ficaria a cabo do cientista descobri-las, enquanto que as *leis prescritivas* podem ser violadas, continuando elas, contudo, a ser vistas como leis (HART, 2001, p. 203).

Com efeito, para Hart, a teleologia presente na natureza e que, indiretamente, abarca o universo humano, é um traço característico da doutrina do direito natural clássica. Como afirma, a doutrina do direito natural é parte de uma concepção mais antiga da natureza, mais que aquela que vem por meio da modernidade, na qual o mundo observável não é apenas palco de regularidades e o conhecimento da natureza não consiste apenas num conhecimento dessas regularidades. *A contraria sensu*, como quer Hart,

[...] nesta visão mais antiga, cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como dirigindo-se para um estado definido ótimo que é o bem específico – ou o fim (*telos*, *finis*) apropriado para tal (HART, 2001, p. 205).

Nessa concepção teleológica, considera-se que a natureza tenha, em si mesma, níveis de perfeição que as coisas realizam. A progressão das coisas, qualquer que seja a espécie, nessa modalidade de teleologia, é dada por meio de regularidades, as quais podem ser formuladas por meio de generalizações

que descrevem o modo característico de mudança da coisa, da ação ou do desenvolvimento. Mais que isso: cada acontecimento no processo de desenvolvimento natural é visto como sendo o que deveria acontecer em vista de tender para o *bem*. No caso do ser humano, ele tende naturalmente à busca da felicidade ou racionalidade, não porque as considere desejáveis, mas antes, são desejáveis porque são, já, o fim humano natural, específico. Como Hart pontua, esse fim humano específico é, parcialmente, uma condição da maturidade biológica, mas é, também, um desenvolvimento e uma excelência de espírito e de caráter que se manifestam no pensamento e na conduta (HART, 2001, p. 206).

Evidentemente, a crítica de Hart se orienta no sentido da rejeição da carga metafísica que os pensadores modernos não aceitaram. Diferentemente da posição clássica, Hart pensa que a teleologia ainda permanece na ação humana, mas em termos dos fatos biológicos, os quais são partilhados entre o homem e os outros animais. Essa visão aponta para a *sobrevivência* como elemento teleológico reconhecido. Ademais, essa visão, em relação à Aristóteles e Tomás de Aquino, que a pensavam como extrato mais baixo de um conceito muito mais complexo e mais debatido de fim humano ou de bem para o homem, é mais palpável e, por isso, não rejeitada por teorias modernas, como as de Hobbes e Hume, as quais, a seu modo, confeririam bom senso empírico à terminologia do direito natural. Aqui se percebe já a indicação de um *conteúdo mínimo de direito natural* que será defendido por Hart.

Dessa forma, mesmo que a *sobrevivência* seja um objetivo ou uma finalidade de praticamente todo ser humano, o qual, para alcançá-la, admite vários sofrimentos, disso não se segue que esse processo se dê por algo além de mero desejo. Ainda assim, inegavelmente, ela tem importância fundamental, conquanto estruturar a visão humana de mundo, numa polaridade clara: perigo e segurança, dano e benefício, necessidade e função, doença e cura. Ora, a *sobrevivência* seria, então, um traço necessário do direito e da moral, porque todos os arranjos sociais buscam garanti-la. E, nesses arranjos, que têm a finalidade de possibilitar uma existência continuada, evidentemente há algo de comum entre direito e moral, nas sociedades que o diferenciam, pois, no que se refere à natureza humana e ao

mundo em que os homens vivem, há certas regras de conduta que qualquer organização social deve respeitar para ser viável (HART, 2001, p. 208-9).⁷ Assim, seguindo a tradição moderna, Hart rejeita, na doutrina clássica do direito natural, a carga metafísica bem como tudo aquilo que não se coloca no sentido de centrar-se na sobrevivência humana.

ii. validade de leis injustas

Outro elemento que Hart rejeita na tradição jusnaturalista é notadamente a afirmação da validade jurídica em virtude do valor moral, isto é, aquele entendimento de que as leis injustas não são leis porque são moralmente reprováveis. Na verdade, essa questão é dada nos termos entre a validade jurídica e os valores morais como resultado do relacionamento do direito com a moral. Nesse particular, Hart entende ser possível certa desarmonia entre direito e moral. Conforme será visto, o direito e a moral partilham de elementos comuns quanto ao *conteúdo mínimo do direito natural*, mas disso não se segue que direito e moral sejam identificados plenamente.

A questão das leis injustas (*lex injusta non est lex, sed corruptio legis*) está associada àquela da validade do direito, isto é, àquela que torna uma regra jurídica válida. A validade do direito é relevante porque, uma vez que se considere uma regra jurídica como válida, inevitavelmente geram-se implicações, como para o caso das leis injustas. Ora, num sistema jurídico atuante de regras, uma regra válida é aquela que os juízes irão aplicar (apropriadamente aos casos oportunos). Essa regra, por sua vez, gera nos indivíduos uma presunção de que deve ser obedecida. Não há, estritamente falando, um dever moral de obediência ao direito, em Hart, mas podem ser colecionadas moralmente várias razões que levariam à sua obediência sem

⁷ Esses princípios ou regras de condutas são os truísmos do *conteúdo mínimo do direito natural* que Hart defende, como núcleo de bom senso presente na doutrina da lei natural. Mais adiante, esses princípios serão vistos com mais atenção.

que, com isso, torne-se necessário afirmar haver necessariamente uma obrigação moral de obediência.⁸

Para Hart, conforme indicado, uma regra é válida quando satisfaz aos critérios especificados pela *regra de reconhecimento*. No entanto, admitir que uma regra seja válida dentro de algum sistema não diz nada sobre a validade do sistema em si – e, principalmente, se há alguma ordem moral à qual ele esteja subordinado. Na verdade, a questão da validade das regras é intrínseca ao sistema jurídico: se a regra de reconhecimento determina que os juízes devem reconhecer as leis como direito, e a regra em questão está contida numa lei, então, a lei em apreço deve ser considerada válida. Dessa forma, a satisfação do que preceitua a regra de reconhecimento determina a validade das regras jurídicas. Vale recordar que, para Hart, a regra de reconhecimento é a mais importante de um sistema jurídico. Assim cotejados, em resumo, os princípios morais não desempenham qualquer papel na explicação do conceito de direito, de tal modo que

[...] as regras injustas podem ainda ser parte de um sistema jurídico, válidas como qualquer outra regra do sistema. O que torna uma regra parte do sistema jurídico e o que torna um sistema jurídico parte de uma sociedade, é determinado, em última análise, por atitudes e ações humanas, e não por algum preceito normativo independente (ALTMAN, 2011, p. 44).

Quer dizer, assim, mesmo que exista uma lei natural, coisa que Hart não diz, que o conceito de direito por ele firmado sustenta que as leis são determinadas pelos preceitos estabelecidos de acordo com a *regra de reconhecimento*, de tal forma que, nesse sentido, inexistente uma obrigação moral de obedecer ou desobedecer ao direito, no caso de leis injustas, estritamente falando. Nesse particular, há, todavia, um aspecto a ser

⁸ Nesse sentido, é oportuno indicar que prevalece, para Hart (tal como descreve em *AANR*, de 1955, artigo que posteriormente foi rejeitado em sua tese básica, a de que existe pelo menos um direito natural), a ideia de que os vínculos com a sociedade e com o direito estariam acentados consistentemente nos benefícios recíprocos e mútuos que um sistema social cooperativo pode proporcionar. Ao beneficiarem-se desse sistema, mediante a sujeição dos outros às regras, os indivíduos estariam, pois, comprometidos com ele, tal como é evidente no princípio do *fair play*. Esse é o mesmo princípio que opera no estabelecimento de vínculos de obrigação e obediência ao direito no artigo *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, de Rawls. Sobre esse tema, recomendo meu texto: ROHLING, M. *Hart e Rawls. "Fair Play", Obediência ao Direito e Obrigação Política. Lex Humana* (Petrópolis), Vol. 5, nº. 2, p. 121-141, 2013.

lembrado: Hart parte de uma presunção a favor da obediência não categórica, nem inquestionável. Dessa forma, a crítica moral como a iniquidade ou a injustiça de uma lei, pode fornecer bases para a desobediência de uma lei específica (HART, 2001, p. 226). A questão da invalidade jurídica de uma lei em função de sua reprovação moral, todavia, não pode ser pensada nesses termos: mesmo injusta, uma lei continua a ser válida se formulada de acordo com os parâmetros previstos e em conformidade com o que rege a regra de reconhecimento (*lex injusta, sed lex*). No fundo, como sugere MacCormick, o direito está sempre suscetível à avaliação moral porque tanto o direito, como a moral, constituem restrições sociais sobre a ação, apesar de o direito distinguir-se da moral por conta de seu aspecto coercitivo (MACCORMICK, 2010, p. 206).⁹

Então, na visão hartiana, a recusa dos jusnaturalistas clássicos em reconhecer a validade de leis injustas por conta de sua imoralidade é, a um só tempo, um equívoco e um simplismo exagerado e grosseiro. O seu positivismo jurídico procura superar a essa questão, pois que a distinção entre *invalidade* e *imoralidade*, no que se refere ao direito, permite ver a complexidade que se esconde por detrás de si, tais como: as da obediência e as da submissão (HART, 2001, p. 227). Vistas por uma via mais restrita do conceito de direito, pode-se encobrir o que é importante. No entanto, “[...] *pode ser reivindicado a favor do positivismo simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita*” (HART, 2001, p. 228). Assim, embora não exista uma obrigação de obediência ao direito, e as leis injustas sejam vistas como leis, há a necessidade de um mínimo de obediência para o sistema jurídico exista e seja duradouro.

Claro que é provavelmente verdade que, a menos que uma maioria de cooperar voluntariamente a obedecer às regras de um sistema jurídico coercitivo, este não poderá perdurar. Inclusive, pode ser verdadeiro que, a menos que um grande número desses indivíduos acredite que tanto eles mesmos como os demais estão moralmente obrigados a obedecer a essa ordem, o sistema poderia ser muito instável. No entanto, isso não é suficiente para

⁹ Para uma introdução à visão do aspecto moral que envolve o direito, em Hart, ver: MACCORMICK, 2010, p. 206-9.

demonstrar a suposta conexão lógica entre “existe um sistema jurídico na Inglaterra” e “em Inglaterra há um reconhecimento geral de uma obrigação moral de obedecer ao direito”, mesmo que a primeira dessas afirmações seja certamente verdadeira e a segunda provavelmente seja (HART, 1977, p. 16, tradução minha).

Não é verdade, por sua vez, que dessa necessidade se infira a obrigação moral de obediência como condição lógica e necessária da existência da ordem jurídica. Conclusivamente, então, leis injustas continuam a ser leis válidas, se produzidas de acordo com as regras, embora moralmente reprováveis, e não existe uma obrigação moral de obediência ao direito no interior do próprio direito, ainda que existam moralmente razões que levem os indivíduos a obedecer a demanda jurídica que sobre eles recai.

4. A Relação entre Direito e Moral: o Conteúdo Mínimo do Direito Natural

O direito e a moral guardam semelhanças linguísticas, é verdade. Mas elas, por si sós, não seriam indicativos mais bem aceitos dessa congruência formal advinda da linguagem. Tendo em vista deixar claro a não identidade entre direito e moral, Hart estabelece alguns pontos de congruências entre esses domínios. Conforme Hart, i) o direito e a moral são vinculativos, independentemente do indivíduo dar seu consentimento; ii) as regras morais e jurídicas de obrigação e de dever são assumidas por séria pressão social; iii) o cumprimento das regras de obrigação, quer jurídicas, quer morais, não é tomado como motivo de elogio ou de destaque, mas apenas como uma contribuição mínima para a vida social; e iv) tanto as regras jurídicas, como as morais, embora possam fazê-lo ocasionalmente, ocupam-se mais das condutas habituais da sociedade do que de situações especiais (HART, 2001, p. 187).

Apesar dessas características congruentes entre direito e moral, Hart defende a existência de um *conteúdo mínimo de Direito Natural*, composto por princípios de condutas reconhecidos universalmente, os quais dizem respeito à natureza dos seres humanos, necessitados, pois, de viver em sociedade por uma questão de sobrevivência. Em verdade, os teóricos do direito teriam confundido a necessidade de uma estrutura de regulamentação que provém

de alguns truísmos básicos da natureza humana com sistemas complexos de moralidade (MORRISON, 2006, p. 436). Conforme Hart,

Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte para ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito (HART, 2001, p. 204).

Em razão disso, o positivismo jurídico defendido por Hart (um *positivismo moderado* ou, na terminologia recente, um *positivismo inclusivo*) diferencia-se daquele que um autor como Kelsen propôs, pois, para Hart, um ordenamento jurídico deve estar baseado na vulnerabilidade natural do ser humano e na sua necessidade de viver em grupo. É a partir daí que surge a necessidade da existência de uma legislação, cuja finalidade é a de regulamentação de condutas interpessoais e cuja extensão não impede que o direito aborde qualquer conteúdo necessário para garantir a vida em sociedade.

Com efeito, o *conteúdo mínimo do direito natural*, do qual Hart fala, é composto por aquilo que ele chama de *truísmos*, os quais são, na verdade, conexões entre direito e moral respeitantes à natureza humana e ao mundo no qual os homens vivem no sentido de serem respeitadas como regras de conduta por quaisquer organizações sociais para que sejam viáveis (HART, 2001, p. 209). Esses truísmos (HART, 2001, p. 210-4) são:

- i) *vulnerabilidade humana*. É o primeiro desses elementos destacados por Hart para a formulação do *conteúdo mínimo do direito natural*, e refere-se à restrição do uso da violência para matar ou causar ofensas corporais em função de os seres humanos serem vulneráveis a eles; e ganha termo na expressão *não matarás*. Contudo, não é uma exigência absoluta e imutável, pois pode ser que um dia o homem deixe de ser vulnerável;
- ii) *igualdade aproximada*. A ideia de Hart, que claramente evoca o estado de natureza de Hobbes, é a de que, apesar das muitas diferenças físicas e intelectuais, nenhum indivíduo é muito mais poderoso que os demais, de forma que os indivíduos são suscetíveis a serem subjugados uns pelos outros. Seja como for, o fato da igualdade aproximada, tanto para o direito, quanto para a

moral, torna evidente a necessidade de um sistema de abstenções mútuas e de compromissos o qual está na base das obrigações moral e jurídica. Embora penosa, essa submissão é menos desagradável do que o estado de coisas a permitir múltiplas formas de agressão e violência;

iii) *altruísmo limitado*. Hart entende que, embora por força da necessidade de sobrevivência o direito e a moral sejam necessidades humanas, não se está autorizado a dizer que, por isso mesmo, o ser humano seja predominantemente egoísta e despreocupadamente desinteressado a respeito da sobrevivência ou do bem estar de seus semelhantes. Assim, para Hart, o ser humano é altruísta, mas limitadamente altruísta: não é demônio, nem tampouco anjo; na verdade, está entre os extremos, e esse fato é que torna possível que um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário, como a moral e o direito, seja exequível;

iv) *recursos limitados*. A ideia de Hart é a de que os recursos necessários à sobrevivência humana, tais como a alimentação, as roupas e os abrigos, evocando a noção de escassez moderada de Hume, são bens cuja existência é limitada e escassa. Em termos simples, esses fatos, potencialmente conflituosos, exigem regras mínimas de propriedade e de sua proteção, regras estáticas, que estabelecem abstenções. Contudo, a divisão do trabalho demanda regras mais dinâmicas, as quais asseguram o reconhecimento das promessas como fonte de obrigação e, por conseguinte, fomentam a produção que haverá de garantir a própria sobrevivência da vida em sociedade, por meio do estabelecimento de sanções, quando de uma ação divergente daquela prevista ou permitida; e

v) *compreensão e força de vontade limitadas*. As pessoas, em geral, conseguem facilmente vislumbrar as razões que tornam a existência de regras sociais como necessárias à vida social, tendo em vista os benefícios evidentes. Embora a maior parte seja capaz de sacrificar seus interesses pessoais imediatos em conformidade com tais regras, esse comportamento, contudo, não é uniforme, posto que, por vezes, as pessoas são tentadas a preferir os seus próprios interesses particulares. Dessa forma, o modo por meio do qual se procura garantir e estimular a obediência às regras é a sanção, nos termos de uma organização responsável. As vantagens são muito grandes quando existe a submissão voluntária às regras, sem que seja preciso as punições. É nesse sentido que se entende a afirmação de Hart de que as sanções são exigidas não como a razão normal à obediência, mas como uma garantia, porque “[...] obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação voluntária num sistema coercitivo” (HART, 2001, p. 214).

Deveras, para Hart, esses truísmos não apenas revelam o núcleo de bom senso da doutrina do direito natural, mas, uma vez alçados à condição de elementos de importância vital para a compreensão do direito e da moral, são fundamentais para explicar a razão de a definição das formas fundamentais

dos próprios truísmos em puros termos formais, sem referência a nenhum outro conteúdo específico ou a nenhuma necessidade social, ter-se mostrado tão inadequada, conforme se observa nas críticas modernas (HART, 2001, p 214).

Conforme Kiraly, cabe indicar, ainda, uma outra questão no que se refere à liberdade. A liberdade, em termos simples, é vista como um direito moral mínimo. Essa ideia aparece no artigo *Are There Any Natural Rights?*, de 1955. Inspirando-se em Hampshire, nessa ocasião, Hart defende que se existem direitos morais, então, pelo menos, um direito natural é existente, vale dizer, o direito de todos os homens, de forma igual, a serem livres. Noutros termos, Hart quer dizer que, quando determinadas condições especiais consequentes com o fato de que o direito é igual para todos estão ausentes, todo ser humano adulto capaz de escolher tem: i) direito a que os demais se abstenham de exercer a coerção ou aplicar restrições contra si; e ii) liberdade para realizar – no sentido de que nada o obriga a abster-se de realizar – qualquer ato que não seja coercitivo, restritivo ou, ainda, que tenha por finalidade causar danos a outra pessoa (HART, 1955, p. 175. Ver também: ROHLING, 2013, p. 03-4). Entende-se que não há uma oposição entre os termos *conteúdo mínimo do direito natural*, proposto em *CD*, e *direito moral mínimo*, em *AANR*, pois enquanto

[...] o conteúdo mínimo de direito natural enumera, de modo não exaustivo, as características da natureza e como se relacionam com a manutenção e criação de regras, o conceito de direito moral é um pressuposto político para a criação de regimes jurídicos livres. Se a natureza humana não pode prescindir dos elementos mínimos para a sua sobrevivência, os regimes políticos não precisam estar necessariamente comprometidos com a liberdade. A natureza humana é um imperativo para as regras, a liberdade é um elemento desejável, desde que se almeje viver em sociedades livres (KIRALY, 2008, p. 176-7).

A questão é, portanto, complementar e não se coloca no mesmo nível: o *conteúdo mínimo do direito natural* diz respeito aos traços característicos da natureza humana que ensejam a sobrevivência e o direito moral mínimo estabelece as bases políticas de sistemas jurídicos justos.

Apesar disso, são necessários outros elementos para dar completude à conexão entre o direito e a moral. Em *CD*, Hart aponta seis outras formas por meio das quais esta relação pode ser reforçada e evidenciada, muito embora não estejam no mesmo nível de distinção dos truísmos, porque não são tão claros e precisos. Estas formas, são, pois, as seguintes (HART, 2001, p. 218-24):

- i) *poder e autoridade*: um sistema jurídico certamente sofreria de extrema instabilidade caso se baseasse apenas num sistema coercitivo que garantisse sua obrigatoriedade. Assim, além da força coercitiva que lhe é inerente, deve ele recomendavelmente ostentar a lealdade da população, que, dentre os muitos modos possíveis, destaca-se a aceitação moral do ordenamento jurídico;
- ii) *influência da moral sobre o direito*: trata-se de apontar para o fato de que a moral social e os ideais morais, quaisquer que sejam, influenciam o direito de todas as sociedades, variando na forma, conteúdo e amplitude;
- iii) *interpretação*: as leis exigem interpretação, no caso de se desejar aplicá-la aos casos concretos. Para isso, partindo-se do entendimento da *textura aberta do direito*, um dos pilares de sua teoria do direito, Hart defende que os juízes possuem liberdade para interpretá-las (a *discrecionabilidade*), atividade na qual a ação judicial envolve valores morais, isto é, a escolha dos juízes é orientada pela noção de que a finalidade da regra que estão a interpretar é razoável, de modo que não objetiva criar injustiças ou ofender princípios morais da sociedade;
- iv) *crítica do direito*: é o entendimento de que um sistema jurídico, suscetível de avaliação moral na crítica do direito, deve tratar todos os seres humanos dentro do seu âmbito de aplicação como titulares de certas proteções e liberdades fundamentais, as quais estão atreladas à moral. Essa avaliação, advinda de uma moral esclarecida, se admitida, não pode mudar o fato de que os sistemas jurídicos internos, com a sua estrutura de regras primárias e secundárias, subsistiram durante longos períodos, apesar de não respeitar esses parâmetros de justiça;
- v) *princípios de legalidade e de justiça*: trata-se de, na acepção de se falar de um bom sistema jurídico, considerar que ele se realiza na aplicação de um mínimo de justiça, entendida como aplicação a uma multiplicidade de pessoas diferentes da mesma regra, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos, nos termos de uma imparcialidade reconhecida sob o nome *princípios da justiça natural*. Daí se segue que essa imparcialidade, mesmo diante de uma regra rechaçável moralmente, pode garantir um mínimo de justiça; e
- vi) *validade jurídica e resistência ao direito*: trata-se da afirmação de Hart – no interior da teoria positivista do direito, que é vista como a mais adequada para tratar dessas questões – no sentido de uma defesa de que a iniquidade de certas regras jurídicas não lhas priva o caráter jurídico, e que, diante delas, deveria-se dizer ‘isto é direito, mas demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido’. Ora, a validade jurídica não deriva da validade moral

e, por conseguinte, sua validade jurídica não impede sua rejeição moral, como forma de resistência.

Esses pontos, para Hart, corroboram a conexão entre direito e moral, ainda que o autor não os considere no mesmo nível que os truísmos que definem o *conteúdo mínimo do direito natural*. Na verdade, esses elementos que conectam direito e moral são fortes indicativos do *positivismo moderado* (ou *positivismo inclusivo*), como Hart denominou no pós-escrito de seu *CD* (HART, 2001, p. 312): o direito é um empreendimento social que está, certamente, relacionado à moral, mas não de modo a ser a conclusão da moral. Dessa forma, referindo-se aos intentos de Austin e de Kelsen, especialmente, afirma:

O que estes pensadores estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. A sua visão foi a de que, ao pensar em tais leis, quer o jurista teórico, quer os infelizes funcionários ou o cidadão privado que foram chamados a aplicá-las ou a obedecer-lhes, só podiam ser confundidos por um convite de recusa do título de “direito” ou de “validade” relativamente a elas. Pensaram que, para encarar tais problemas, existiam recursos mais simples e cândidos, que iluminariam muito melhor todas as considerações intelectuais e morais relevantes: devíamos dizer: “isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido” (HART, 2001, p. 223-224).

Dessa feita, parece aceitável supor que, com a fórmula da iniquidade (*isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido*), Hart estaria a reconciliar o positivismo com as pretensões éticas do humanismo ocidental, sobretudo se se considerar as recentes atrocidades oriundas, por certo, do mau uso do direito (LÓPEZ, 2006, p. 255). Assim, manter a distinção entre direito e moral, muito embora sua conexão, é um modo seguro de se precaver das iniquidades morais que ocorrem no direito, como efetivamente indica MacCormick:

O que se tem feito em nome e ‘na forma’ do Direito muitas vezes é de uma aterradora iniquidade moral. O modo mais seguro de abrir os olhos dos seres humanos à possibilidade de tal

iniquidade, e de mantê-los abertos e alertas para a sua ocorrência ou recorrência, é ensinar que as 'leis' recebem esse nome por causa das propriedades estruturais e funcionais do sistema a que pertencem. Não recebem esse nome por serem ou por poderem ser consideradas exigências de uma moral esclarecida (MACCORMICK, 2010, p. 212).

Dito isso, pode-se pensar que, ao separar o direito da moral, por um lado, está-se a potencializar, na verdade, o potencial crítico da moral, e, por outro lado, a preservar o direito de seu mau uso, quando radicado numa moral questionável, capaz de produzir atrocidades seguramente lamentáveis.

Considerações Finais

Cabe indicar algumas elocubrações conclusivas. O debate entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, longe de se encerrar, encontra-se em pleno vigor, cada vez mais com novas facetas. Se é verdade que se fala hoje de *positivismos inclusivo* e *exclusivo*, também é verdade que essa mesma qualificação passou a integrar a teoria da lei natural: *jusnaturalismos inclusivo* e *exclusivo*, conforme a maior inclusão ou exclusão da moralidade no direito.

Hart não deixou de se posicionar sobre uma abordagem do direito natural, como aquela desenvolvida por Finnis. Para ele, essa nova perspectiva, longe de ser uma adversária, seria uma via complementar (HART, 1983, p. 10). Seu mérito, conforme Hart, seria o de estudar o direito no contexto das outras disciplinas, bem como o de favorecer a percepção da maneira pela qual questões não expressas, o senso comum e os propósitos morais influenciam o direito e integram a judicialização (HART, 1983, p. 11).

No entanto, em sua base clássica (e mesmo em sua recente versão), Hart ainda rechaça o jusnaturalismo como engenho teórico que explique a natureza do direito, em virtude de se constituir uma teoria obscura e sem precisão, o que parece não ser o caso no positivismo jurídico. Entre os pontos rejeitados por Hart, estão principalmente a concepção teleológica da natureza e a conexão entre direito e moral, no sentido de uma determinação do direito pela moral. No que se refere ao primeiro ponto, Hart rejeita a carga da

metafísica clássica e, recuperando Hobbes e Hume, entende uma teleologia centrada na *sobrevivência*: os seres humanos buscam a sobrevivência. De algum modo, em torno desse ideário se centrará o ponto comum entre o direito e a moral, no que Hart denomina *conteúdo mínimo do direito natural*. Esse conteúdo, por sua vez, se estabelece em cinco truísmos, notadamente: i) *vulnerabilidade humana*; ii) *igualdade aproximada*; iii) *altruísmo limitado*; iv) *recursos limitados*; e v) *compreensão e força de vontade limitadas*. Assim, por meio desses truísmos, qualquer arranjo social que se pretenda viável terá condições de existência, posto albergar a preocupação com a sobrevivência humana.

Quanto ao segundo ponto, aquele da clássica temática que se estabelece nos termos de que *lex iniusta non est lex, sed corruptio legis*, Hart distingue entre avaliação moral e validade jurídica. Nesse sentido, qualquer regra jurídica que tenha sido estabelecida por meio dos procedimentos reconhecidos como adequados que, em última instância, são avaliados pela *regra de reconhecimento*, é considerada válida. O sistema jurídico não é determinado pelo valor moral. No entanto, Hart não nega a existência de regras jurídicas injustas. Ao contrário, em relação a elas, afirma que, embora seja direito, deve-se considerá-las demasiadamente iníquas para serem aplicadas. Esse papel cabe à moral. Disso não se segue a existência de uma obrigação moral de obediência que conduziria, por sua vez, à rejeição de que leis injustas não são leis e de que o direito deve ser moralmente obedecido. Que existam razões morais para obedecer ao direito é até provável (entre as muitas que conduzem as pessoas a se manterem vinculadas cooperativamente ao sistema jurídico), mas não há necessariamente um nexó lógico que conduza à obediência moral do direito.

Referências Bibliográficas

ALEIX, Cristina Fuertes-Planas. *Validez, Obligatoriedad y Eficacia del Derecho en H. L. A. Hart*. **Anuário de Derechos Humanos. Nueva Época**. Vol. 8., p. 131-186, 2007.

ALTMAN, Andrew. *Problemas Centrais em Filosofia Contemporânea do Direito*.
Fundamento: Revista de Pesquisa em Filosofia, vol. 2, nº. 2, p. 41-57, Jan. –
Abr., 2011.

AQUINO. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Rio de Janeiro: Vozes,
1997.

_____. *Corpus Thomisticum*. Disponível em:
<http://www.corpusthomisticum.org/wintropt.html>, acessado em 12/05/13.

_____. *Suma Teológica*. Trad. Aimom - Marie Roguet et al. 9 volumes. São
Paulo: Edições Loyola, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Col. Os
Pensadores).

_____. *Política*. Brasília: UnB, 1985.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Noonday
Press, 1954.

BIX, Brian. *Sobre a Linha Divisória entre a Teoria do Direito Natural e o
Positivismo Jurídico*. **Theoria - Revista Eletrônica de Filosofia**, Vol. V, nº. 13, p.
161-74, 2013.

BURCKLE, Stephen. *El Derecho Natural*. In: SINGER, Peter. **Compendio de Ética**.
Madrid: Alianza Editorial, 2004.

CÍCERO, Marco Túlio. *De Re Publica*. Disponível em:
<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/repub.shtml>, acessado em 14/10/2012.

_____. *Da Republica*. Tradução e notas por Amador Cisneiro. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. *De Legibus*. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/leg.shtml>, acessado em 14/10/2012.

_____. *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.

DE BONI, Luís Alberto. *De Abelardo a Lutero – Estudos de Filosofia Prática na Idade Média*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

ETCHEVERRY, Juan B. (Org.). *Ley, Moral y Razón. Estudios Sobre el Pensamiento de John M. Finnis. A Propósito de la Segunda Edición de Ley Natural y Derechos Naturales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

FINNIS, John. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: OUP, 1998.

_____. *Collected Essays of John Finnis*. Volumes I–V. Oxford, Oxford University Press, 2011.

_____. *Direito Natural em Tomás de Aquino: Sua inserção no contexto do Juspositivismo Analítico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

_____. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

_____. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

_____. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

_____. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. *Natural Law: The Classical Tradition*. In: COLEMAN, J. SHAPIRO, S. (Eds.) **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition, Chicago: Chicago University Press, 1969.

HART, H. L. A. *Are There Any Natural Rights?* In: WALDRON, Jeremy (Ed.). **Theory of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Are There Any Natural Rights?* **The Philosophical Review**. Vol. 64, nº 2, p. 175-91, Apr., 1955.

_____. *Direito, Liberdade e Moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. *El Nuevo Desafío al Positivismo Jurídico*. **Sistema**, Vol. 36, p. 03-18, Mayo, 1980.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. *O Conceito de Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Obligación Jurídica y Obligación Moral*. **Cuadernos de Crítica**, 3ª Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

_____. *Positivism and Separation of Law and Moral*. **Harvard Law Review**, vol. 71, nº 4, 1958.

_____. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

_____. *The Concept of Law*. 2ª Ed. Oxford: OUP, 1998.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européica: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 2000. (Col. Os Pensadores).

HUME, David. *Ensaio Morais, Políticos e Literários*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores).

JAEGGER, Werner. *Alabanza de la Ley. Los Orígenes de la Filosofía del Derecho y los Griegos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.

LISKA, Anthony. *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. *Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el Derecho Injusto*. In: RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). **El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios em Homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

KIRALY, Cesar. *O Guarda-Chuvas de Regras: Um Ensaio sobre a Filosofia de Herbert Hart*. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Márcio V. *A Moral em Hart*. **Âmbito Jurídico**, v. 73, p. 7145, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7145#_ednref8, acessado em 20/12/13.

MONGE, Jorge Trías. *Teoría de la Adjudicación*. Puerto Rico: La Editorial Universidad de Puerto Rico, 2000.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pos-Modernismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORREGO S., Cristóbal. H. L. A. *Hart's Understanding of Classical Natural Law Theory*. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 24, pp. 287-302, 2004.

_____. *Antecedentes lusfilosóficos de El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart*. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Vol. XXVIII, nº. 84, p. 1091-1137, 1995;

PASCUA, Jose Antonio Ramos. *Teoría Positivista del Derecho y Derechos Naturales en H. L. A. Hart*. **Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época**. Vol. 12. 2011.

PIZZORNI, Reginaldo. *Il Diritto Naturale – dalle Origini a S Tomamaso d’Aquino*. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 2000.

PLATÃO. *A República*. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbbenkian, 2001.

RAWLS, John. *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*. In: RAWLS, J. (Org. Samuel Freeman). **Collected Papers**. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: OUP, 1979.

_____. *The Concept of a Legal System*. 2ª Ed. Oxford: OUP, 1980.

ROHLING, Marcos. *Lei Natural e Direito. A Crítica de Finnis ao Positivismo Jurídico*. **Ethic@** (UFSC), Vol. 11, nº. 1, p. 159-182, 2012.

_____. *Hart e Rawls. “Fair Play”, Obediência ao Direito e Obrigação Política*. **Lex Humana** (Petrópolis), Vol. 5, nº. 2, p. 121-141, 2013.

_____. *Bem Comum, 'Civitas' e Direito. A Necessidade da Ordem Jurídica no Pensamento Político de Tomás de Aquino*. **Pensar - Revista Eletrônica da FAJE** (Belo Horizonte). v. 5, n.1, p. 147-167, 2014.

_____. *Natureza, Direito e Justiça. O Fundamento da Lei Natural na Natureza Humana em Cícero*. **Cultura e Fé. Revista de Humanidades** (Porto Alegre). n. 145, Ano 37, Abril-Jun., p. 165-179, 2014.

STARR, William C. *Law and Morality in H.L.A. Hart's Legal Philosophy*. **Marquette Law Review**. Vol. 67, Issue 4, p. 673-89, 1984. Disponível em: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol67/iss4/8>, acessado em 10/01/14.

TORRE, A. S. *Los Griegos y el Derecho Natural*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962.

VOLPATO DUTRA, Delamar J. *Positivismo Jurídico Inclusivo e Positivismo Jurídico Exclusivo*. In: BUENO, Roberto. (Org.). **Racionalidade, Justiça e Direito: Ensaio em Filosofia do Direito**. 1ª. Ed. Uberlândia: EDUFU, 2013.

_____. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.