

## POR QUE SURGEM AS REGRAS SECUNDÁRIAS?

### Uma reinterpretação da fábula de Hart

André L. S. Coelho<sup>1</sup>

#### RESUMO

No Cap. V de *O Conceito de Direito*, Hart fala das regras secundárias como remédios para os defeitos de uma ordem social baseada apenas em regras primárias. O relato fixando o cenário, descrevendo os problemas e indicando as soluções é aqui chamado, seguindo Gardner, a “fábula de Hart”. Quanto à natureza da fábula, MacCormick e Gardner concordam que está longe de relato histórico. MacCormick a concebe como um argumento *ex post facto* sobre o papel crucial que a regra de reconhecimento, das regras de alteração e das regras de julgamento desempenham em nossos sistemas jurídicos, e Gardner, concordando com Hacker, a concebe como uso de um método analítico-genético que analisa a natureza das regras secundárias por meio de sua gênese num cenário hipotético. Meu artigo combina os insights tanto de MacCormick quanto de Gardner e Hacker com a ideia de proteção do positivismo jurídico como chave para a leitura de *O Conceito de Direito*. Minha tese é que a fábula de Hart é um experimento mental visando mostrar não apenas a natureza das regras secundárias, mas também os riscos de comprometer o funcionamento de tais regras ao abraçar concepções antipositivistas do direito.

**Palavras-Chave:** H. L. A. Hart – Regras Secundárias – Experimento Mental – Positivismo Jurídico

## WHY SECONDARY RULES MIGHT EMERGE?

### A Reinterpretation of Hart’s Fable

**Abstract:** In Ch. V of “The Concept of Law” Hart speaks of secondary rules as remedies for defects of a social order based solely on primary rules. The report setting up the scenario, describing the problems and indicating the solutions is here called, following Gardner, “Hart’s fable”. As to the nature of the fable, MacCormick and Gardner agree that it is far from a historical report. MacCormick conceives of it as an *ex post facto* argument about the crucial role that a rule of recognition, rules of change and rules of adjudication play in our legal systems and Gardner, agreeing with Hacker, conceives of it as the use of a genetic-analytic method that analyze the nature of secondary rules by means of their genesis in a hypothetical scenario. My paper combines the insights of both MacCormick and Gardner-Hacker with the idea of protection of legal positivism as a key to the reading of “The Concept of Law”. My thesis is that Hart’s fable is a thought experiment intended to show not only the nature of secondary rules, but also the risks of compromising the functioning of secondary rules by embracing either imperativist or anti-positivist conceptions of law.

**Key-Words:** H. L. A. Hart – Secondary Rules – Thought Experiment – Legal Positivism

## Introdução

---

<sup>1</sup> Professor de Filosofia do Direito no Centro Universitário do Pará (CESUPA), Mestre e Doutorando em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Este autor foi convidado pelo Editorial a contribuir com esta edição.

No Cap. V de *O Conceito de Direito* Hart fala de regras secundárias como remédios para os defeitos de uma ordem social baseada apenas em regras primárias. O argumento toma a forma de uma narrativa, relatando como uma comunidade que tivesse apenas regras primárias teria que recorrer a regras secundárias como remédios para os defeitos de sua ordem social. Seguindo Gardner, chamo esta narrativa de “fábula de Hart”. O propósito do meu artigo é propor e defender uma hipótese a respeito da natureza da fábula. Minha hipótese se beneficia de *insights* tanto de MacCormick quanto de Gardner a respeito da natureza da fábula, bem como da ideia de que proteger o positivismo jurídico (presente em *Positivism and the Separation of Law and Morals*) é a chave para a leitura de *O Conceito de Direito* em geral e da fábula em particular. Deixem-me explicar como combino esses elementos para fundamentar minha tese interpretativa.

MacCormick (2008, 134-6) rejeita a leitura da fábula de Hart como relato histórico de como sociedades primitivas passaram do estágio prejurídico para o jurídico. Hart fala de uma comunidade e seu desenvolvimento em termos claramente apenas hipotéticos. A linguagem de defeitos que surgem e remédios que são encontrados poderia sugerir um racionalismo construtivo, isto é, uma visão do desenvolvimento social como produto de planejamento e escolha. Mas se sabe que Hart aderiria a uma imagem evolucionista, em vez de planejada, do desenvolvimento social. MacCormick, então, oferece seu *insight* interpretativo: A fábula de Hart deve ser entendida como um argumento *ex post facto* sobre a necessidade de regras secundárias. Ela toma o ponto de vista não de comunidades primitivas, mas de sociedades modernas, e examina os problemas que surgiriam se uma sociedade como a nossa deixasse de ter regras secundárias. Uma vez que incerteza, caráter estático e ineficiência surgiriam a partir da falta de regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento, estas últimas podem ser consideradas remédios para aqueles primeiros. Esse caráter de remédio seria sua verdadeira natureza enquanto regras, a razão pela qual um sistema jurídico desenvolvido precisa tê-las. Mas essa natureza é percebida não pelo membro da sociedade primitiva de que a fábula fala, mas só pelo membro das sociedades desenvolvidas para quem a fábula fala. Como a fábula formula um argumento em favor das

regras secundárias que soa convincente apenas para quem já está acostumado ao valor destas regras, ela pode ser vista como um argumento *ex post facto*.

Gardner (2013, 82-3), por sua vez, concordando com Hacker, concebe a fábula de Hart como uso de um método genético-analítico. Como MacCormick, Gardner e Hacker rejeitam a leitura da fábula como relato histórico. Eles consideram o cenário pintado pela fábula de Hart como um expediente para analisar a natureza das regras secundárias. De acordo com este método, é possível analisar a natureza de certa instituição mostrando em que cenário se tornaria necessário que ela existisse. Este cenário provaria que as instituições em questão resultam de uma necessidade social. Na fábula de Hart, as regras secundárias são apresentadas como remédios para defeitos de um ordem social baseada somente em regras primárias. Hart fornece a imagem razoável de uma comunidade que tivesse apenas regras primárias, faz uma predição razoável dos problemas que tenderiam a surgir nesta comunidade e, ao final, faz uma defesa razoável das regras secundárias como remédios para estes problemas. Isso mostraria que regras secundárias são necessárias e que um sistema jurídico surge apenas da união entre regras primárias e regras secundárias.

Como disse, minha hipótese se beneficia dos *insights* tanto de MacCormick quanto de Gardner no que diz respeito à natureza da fábula. Mas combino ambos os *insights* com a ideia de que proteger o positivismo jurídico, reformulando-o no método da análise e na linguagem das regras, é a chave para a leitura de *O Conceito de Direito* em geral e da fábula em particular. No texto de 1958, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Hart estava preocupado que as fraquezas da versão imperativista do positivismo jurídico criassem espaço para concepções antipositivistas não apenas equivocadas, mas perigosas. Em risco estavam algumas das conquistas intelectuais e políticas do positivismo jurídico, como a separação entre descrição e avaliação e a separação entre direito e moral.

Estendo o mesmo raciocínio para o valor das regras secundárias. Hart considerava a descoberta das regras secundárias como sua grande façanha intelectual. Ele escreve: “[W]e shall make the general claim that in the combination of these two types of rule there lies what Austin wrongly claimed to have found in the notion of coercive orders, namely, ‘the key to the science of jurisprudence’.” (1961, 79). Mas defendo que, do ponto de vista de Hart, além

de sua façanha intelectual, no nível da teoria, de ter descoberto “a chave para a ciência da jurisprudência”, há, no nível da realidade, a façanha evolucionista de a sociedade ter desenvolvido sólidas regras secundárias, como algo tão valioso que não deveria ser comprometido. Na minha leitura, Hart prediz incerteza, caráter estático e ineficiência não como o que se seguiria em ordens sociais baseadas somente em regras primárias, às quais então requereriam regras secundárias (a leitura problemas-vindo-antes), mas como o que se seguiria do comprometimento destas regras nas mãos de concepções antipositivistas do direito (minha leitura problemas-vindo-depois).

Isso fixa o roteiro de pontos que preciso defender neste artigo. Primeiro, tenho que mostrar que a fábula de Hart é um experimento mental (como no “método genético-analítico” de Gardner) empregado para demonstrar a função de regras secundárias do ponto de vista do membro de uma sociedade com um sistema jurídico moderno (como no “argumento *ex post facto*” de MacCormick). Segundo, tenho que argumentar em favor das vantagens de uma leitura defeitos-vindo-depois da fábula de Hart em detrimento de uma defeitos-vindo-antes. Por fim, tenho que conectar o sentido da fábula na leitura defeitos-vindo-depois com a preocupação de Hart de proteger as conquistas do positivismo como formulada em *Positivism and the Separation of Law and Morals*, mostrando que a mesma preocupação permanece em jogo em sua obra posterior.

### **1 A fábula de Hart como experimento mental**

Para sustentar que a fábula de Hart é um experimento mental, artificialmente construído para os propósitos de sua tese teórica e prática, dois passos são necessários: (a) afastar a ideia de que é um relato histórico do que aconteceu ou poderia ter acontecido em comunidades primitivas conforme cresciam em tamanho e complexidade; e (b) apresentar indícios de que a fábula de Hart só pode ser levada a sério como um cenário contrafactual com o objetivo de provar uma tese. Nesta seção do artigo, executo ambos estes passos mais ou menos ao mesmo tempo.

Eis as palavras iniciais com as quais Hart começa sua fábula:

It is, of course, possible to imagine a society without a legislature, courts or officials of any kind. Indeed, there are many studies of primitive communities

which not only claim that this possibility is realized but depict in detail the life of a society where the only means of social control is that general attitude of the group towards its own standard modes of behavior in terms of which we have characterized rules of obligation (1961, 89).

Destaco a combinação de ambas as expressões “é possível imaginar” e “muitos estudos afirmam e descrevem”, a primeira indicando o caráter hipotético das considerações que se seguem e a segunda indicando sua não absurdidade empírica, isto é, compatibilidade suficiente com relatos científicos sobre sociedades primitivas reais. Essa mistura de construção hipotética e responsabilidade empírica se repetirá muitas vezes na fábula de Hart, até o ponto (o surgimento dos defeitos) em que Hart abandona a responsabilidade empírica completamente e anda apenas com sua primeira perna. Antes disso, contudo, a fábula de Hart faz sua caminhada sempre com um passo hipotético primeiro (“podemos imaginar isso...”) e um passo empírico depois (“...mas isso não está longe da realidade”).

Mas, a fim de afastar a ideia de que a fábula de Hart é um relato histórico, enfatizo o papel diferenciado que ambos os fatores, hipotético e empírico, desempenham ao longo da narrativa: Enquanto o fator hipotético é constitutivo (é um guia positivo), construindo a história, o fator empírico é regulativo (é um limite negativo), apenas mantendo sua plausibilidade. O fator hipotético faz a narrativa avançar. Hart nunca retira de relatos empíricos e estudos científicos o que acontecerá em seguida em sua fábula. Nada acontece porque a história de sociedades primitivas reais mostra que é o que é comum ou esperado que aconteça. Ao contrário, as partes posteriores da história estão sempre ligadas às partes anteriores por nexos de inteligibilidade, semelhantes a implicações lógicas de um cenário previamente assumido. Por seu lado, o fator empírico intervém apenas para garantir que a imaginação não nos esteja levando longe demais da realidade. Não há orientação empírica, apenas responsabilidade empírica; não há intenção de falar do que acontece na realidade, apenas de uma imagem suficientemente diferente da realidade para provar uma tese, mas não excessivamente diferente para deixar de ser relevante. O fator empírico não aparece como o elemento que conta a história, mas apenas como prevenção contra implausibilidade empírica e irrelevância argumentativa.

A mesma mistura de construção hipotética e responsabilidade empírica se encontra novamente em duas outras passagens da narrativa. A primeira é esta:

If a society is to live by such primary rules alone, there are certain conditions which, granted a few of the most obvious truisms about the human nature and the world we live in, must clearly be satisfied. The first of these conditions is that the rules must contain in some form restrictions on the free use of violence, theft, and deception to which human beings are tempted but which they must, in general, repress, if they are to coexist in close proximity to each other. Such rules are in fact always found in the primitive societies of which we have knowledge, together with a variety of others imposing on individuals various positive duties to perform services or make contributions to the common life (1961, 89).

Muitos pontos neste excerto confirmam o procedimento em dois passos que acabo de descrever. Hart diz que, dados alguns truísmos sobre seres humanos e o mundo, uma sociedade com somente regras primárias teria que satisfazer duas condições, a primeira sendo ter regras contra violência, roubo e fraude (da segunda ele fala no excerto que citarei depois). Mas, se Hart estivesse extraindo isso da história de sociedades primitivas reais, ele indicaria as condições presentes em todas as sociedades primitivas e não precisaria recorrer aos truísmos sobre seres humanos e o mundo. Esses truísmos desempenham o papel de não tornar sociedade hipotética afastada demais de uma sociedade humana. Além disso, Hart diz que as duas condições “precisam claramente ser satisfeitas”, com “claramente” apelando para implicações lógicas e presunções razoáveis, e não para informação empírica. Depois de introduzir sua primeira condição – ter regras contra violência, roubo e fraude – Hart a justifica mencionando atos de violação que os seres humanos são tentados a cometer mas devem reprimir, sendo tanto a tentação quanto a necessidade de repressão truísmos sobre seres humanos que Hart pode esperar que qualquer leitor saiba.

Só então, depois de tornar a primeira condição convincente com base nos truísmos sobre seres humanos, Hart traz à mesa o fator empírico, dizendo que as regras contra violência, roubo e fraude que ele acaba de exigir que sua sociedade hipotética tivesse “são de fato encontradas nas sociedades primitivas das quais temos conhecimento”. Ele garante, pois, que o que o pensamento racional nos fez presumir não está na verdade distante da realidade social. Hart sempre menciona os dados empíricos muito vagamente. Mais atrás ele se referiu aos “estudos de comunidades primitivas”; agora ele alude às “sociedades primitivas de que temos conhecimento”. Nenhum estudo, obra ou cientista social é de fato indicado. É como se Hart se referisse ao conhecimento comum das pessoas modernas educadas sobre o estudo de sociedades primitivas. Outro detalhe: Hart diz que, além das regras contra

violência, roubo e fraude que ele coloca como condição para a existência da sociedade hipotética, sociedades primitivas reais têm outras regras (impondo deveres positivos) que ele, contudo, não se vê obrigado a incluir em suas condições necessárias. Novamente, não é a realidade que diz a última palavra, e sim o pensamento racional.

A segunda passagem que ilustra o mesmo procedimento em dois passos vem logo depois, quando Hart fala da segunda condição:

Secondly, though such a society may exhibit the tension, already described, between those who accept the rules and those who reject the rules except where fear of social pressure induces them to conform, it is plain that the latter cannot be more than a minority, if so loosely organized a society of persons, approximately equal in physical strength, is to endure: for otherwise those who reject the rules would have too little social pressure to fear. This too is confirmed by what we know of primitive communities where, though there are dissidents and malefactors, the majority live by the rules seen from the internal point of view (1961, 89).

Mesma estrutura: uma condição é introduzida como uma pressuposição racional e então se diz que não está longe da realidade. A ideia de que em toda a sociedade existem “aqueles que aceitam as regras e aqueles que as rejeitam exceto quando o medo da pressão social os induz a se conformarem” não é um truísmo, mas uma afirmação feita pelo próprio Hart enquanto discutia o ponto de vista interno das regras (“já descrito”, 1961, 88). A pressuposição racional agora é que, se falamos de uma sociedade em que a pressão social é o único freio aos violadores, este freio só será forte o bastante os obedientes voluntários devem ser a maioria. Esta tese é proposta sem indício empírico, por meio apenas de especulação racional. Mas então Hart diz “isso também é **confirmado** pelo que sabemos de comunidades primitivas”. Ora, se nosso conhecimento sobre comunidades primitivas fosse a fonte da fábula, então, não faria sentido que este mesmo conhecimento “confirmasse” a hipótese. Falar de confirmação em vista de nosso conhecimento empírico prova apenas que nosso conhecimento empírico não é a fonte da narrativa. É apenas, como já disse, seu controle de plausibilidade.

O ponto em que o procedimento de dois passos deixa de ser seguido é citado abaixo:

More important for our present purpose is the following consideration. It is plain that only a small community closely knit by ties of kinship, common sentiment, and belief, and placed in a stable environment, could live successfully by such a régime of unofficial rules. In any other conditions such a simple form of social

control must prove defective and will require supplementation in different ways (1961, 89-90).

Agora construção hipotética e informação empírica se separam. Em sociedades primitivas reais, que são pequenas, ligadas intimamente por laços de parentesco, sentimento comum e crença e habitam ambientes estáveis, uma ordem social de regras primárias pode funcionar e funciona. Portanto, em sociedades primitivas como as descritas nos estudos científicos e registradas em nosso conhecimento comum, os “defeitos” que movem adiante o argumento de Hart não apareceriam. Neste tipo de sociedade primitiva Hart não pode provar sua tese e derivar suas regras secundárias. Por esta razão, Hart não está interessado em sociedades primitivas reais. Ele está interessado, sim, numa sociedade hipotética, que tem traços em comum com sociedades primitivas reais, mas não aqueles (simplicidade e solidariedade) que tornam sua ordem social não defeituosa. Hart concebe uma sociedade provida apenas de regras primárias, com regras contra violência, roubo e fraude, com maioria de obedientes voluntários, mas sem a simplicidade e solidariedade que fazem com que sociedades primitivas reais funcionem. Sua sociedade hipotética é semelhante às sociedades primitivas nos primeiros traços, mas semelhante às modernas nos últimos. Ela carece de simplicidade e solidariedade. É complexa, variável, pluralista e individualista, como as sociedades modernas. Apenas uma sociedade primitiva o bastante para ter apenas regras primárias mas moderna o bastante para carecer de simplicidade e solidariedade experimentaria os três defeitos que Hart está prestes a abordar. Apenas esta quimera<sup>2</sup> da imaginação pode fazer o argumento de Hart avançar.

Existe, contudo, outro traço importante da sociedade hipotética de Hart que não deve ser negligenciado. Como ele propõe que esta sociedade tenha apenas regras primárias e como concebe qualquer autoridade como fundada em regras secundárias, sua sociedade hipotética deve ser, então, isenta de autoridade. Sua falta de autoridades capazes de criar a revogar regras e resolver dúvidas e disputas é a razão por que os três defeitos surgem em primeiro lugar. Então, para que o argumento de Hart funcione, ela tem que ser isenta de autoridade.

---

<sup>2</sup> “Quimera” é usada aqui, de modo um tanto analógico, em seu sentido mitológico e biológico, como um ser artificial feito das partes de vários seres naturais. Não deve ser entendida em seu sentido comum de “bobagem”, “coisa sem importância” etc.



Contudo, não se sabe de qualquer sociedade primitiva que carecesse totalmente de autoridade (o que implicaria carecer de autoridade política, religiosa e familiar). Se Hart estivesse falando de pequenos grupos de caçadores e coletores, os quais poderiam (talvez) ser descritos como isentos de autoridade, sua descrição desses grupos como “ligados intimamente por laços de parentesco, sentimento comum e crença, e alocados em ambientes estáveis” estaria errada, pois tal descrição seria apropriada apenas para sociedades agrícolas e comerciais, as quais nunca carecem de autoridade. Então, a quimera de Hart passa de ter duas para ter três raízes: A sociedade hipotética de Hart é, como grupos de caçadores e coletores, isenta de autoridade; é provida, como sociedades agrícolas e comerciais, de regras primárias; e carece, como sociedades modernas, de simplicidade e solidariedade. Nenhuma sociedade na história teve estes traços ao mesmo tempo. Apenas uma sociedade hipotética, feita para os objetivos de seu criador, pode tornar esta quimera possível.

E esta é a prova definitiva de que Hart não está fornecendo um relato histórico. Na verdade, ele sequer está seriamente preocupado com informação empírica, a não ser quando ela dá à sua narrativa confirmação e plausibilidade. Ele está disposto inclusive a tornar sua sociedade hipotética bastante dessemelhante de sociedades primitivas reais para abordar os defeitos que levarão a suas regras secundárias. Isso não deixa espaço para outra conclusão que não que estamos diante de experimento mental puramente racional, feito artificialmente para os propósitos de sua tese teórica e prática. Mais: Um experimento mental com uma narrativa que soa convincente apenas para um membro de uma sociedade moderna – o que leva ao meu próximo tópico.

## **2 Por que preferir a leitura defeitos-vindo-depois da fábula**

O último excerto citado, contudo, poderia ser interpretado numa direção distinta. A parte que diz “em quaisquer outras condições” poderia significar não que os defeitos apareceriam apenas se aquela sociedade fosse diferente de um sociedade primitiva real – não tendo o mesmo grau de simplicidade e solidariedade –, mas sim que apareceriam logo que a sociedade primitiva se tornasse complexa o bastante e seu ambiente se modificasse. Uma sociedade primitiva com simplicidade e solidariedade poderia de fato sustentar uma ordem

social de regras primárias, mas apenas pelo tempo limitado em que sua simplicidade e solidariedade sobrevivessem; uma vez que desaparecessem, o que aconteceria cedo ou tarde, os três defeitos certamente surgiriam. Tanto na minha interpretação quanto nesta outra, há um cenário A, em que uma ordem de regras primárias pode ser mantida, e um cenário B, em que não pode. A diferença entre as duas interpretações é que, de acordo com a minha, a transição de A para B é feita na mente do filósofo, como uma combinação hipotética de algo próprio de sociedades primitivas (ter apenas regras primárias) e algo próprio de sociedades modernas (não ter simplicidade e solidariedade), enquanto, de acordo com a outra interpretação, a transição é feita não na mente do filósofo, mas na realidade (mesmo que seja na realidade hipotética sugerida por Hart), e não como um passo hipotético, mas como um evolução do cenário A. Nesta última interpretação, B é um desenvolvimento evolutivo plausível de A, algo que A se tornaria se coisas que ocorreram a sociedades primitivas ocorressem também a A. Então, chamo a minha de “interpretação combinatória” e a outra de “interpretação evolutiva” da transição de A para B.

Algumas coisas podem ser ditas em defesa da última interpretação. Primeiro, ainda que Hart não tenha dado à sua sociedade um esquema temporal evolutivo, tal esquema poderia ser um dos “truísmos óbvios sobre a natureza humana e o mundo em que vivemos”: neste caso o truísmo óbvio de que sociedades humanas crescem e mudam com o tempo. Hart poderia ter facilitado a vida de seus leitores dizendo isto explicitamente, mas o fato de não tê-lo feito não é prova final de que não o pressupôs. Segundo, ao falar dos defeitos que surgiriam, Hart emprega algumas expressões que seriam mais facilmente entendidas como referência a um processo evolutivo. Por exemplo, sobre o defeito da incerteza, Hart diz: “Daí que, se surgirem dúvidas quanto ao que as regras são ou quanto ao escopo preciso de alguma regra dada, não haveria um procedimento para resolver esta dúvida” (1961, 90). Isso parece sugerir um processo em que dúvidas antes inexistentes começam a surgir. Sobre o defeito do caráter estático das regras, ele diz: “O único modo de mudança nas regras conhecido em tal sociedade será o lento processo de crescimento (...) e o processo inverso de decadência (...) [de obrigações]” (1961, 90). Há aqui novamente a ideia de um processo, a ideia de que a sociedade hipotética de Hart se move e muda ao longo do tempo. Por fim, sobre ineficácia,

Hart diz: “Disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada sempre ocorrerão e, exceto nas menores sociedades, continuarão interminavelmente (...) (1961, 91). Se a sociedade de Hart fosse uma imagem estática, suspensa na imaginação além do fluxo do tempo, não haveria espaço para violações, dúvidas e disputas surgirem e continuarem “interminavelmente”. Isso parece dar à interpretação evolutiva vantagem sobre a minha.

Mas isso requeria que a evolução da sociedade de Hart fosse previsível, se fosse para o relato de Hart permanecer plausível. O leitor teria que ser capaz de comparar duas linhas de desenvolvimento: A linha I, oferecida por Hart na sequência de sua narrativa, levando o experimento do cenário A ao B, e a linha II, seguindo as consequências naturais do cenário A que qualquer leitor prediria. A linha I levaria o leitor do cenário A ao B (B sendo a imagem oferecida por Hart, em que os defeitos surgem), enquanto a linha II o levaria do cenário A ao B’ (B’ sendo a imagem a que o leitor chegaria sozinho, guiado apenas pela razão). Quanto mais semelhante fosse B a B’, mais plausível seria o relato de Hart. Ocorre, contudo, que a sociedade de Hart é uma quimera completa, diferente demais de qualquer sociedade conhecida para reter qualquer previsibilidade quanto ao seu futuro desenvolvimento. A essa altura, o leitor esperaria que B’ fosse praticamente qualquer coisa que Hart quisesse que ele fosse.

Quando Hart finalmente revela sua versão do cenário B, a familiaridade que ele desperta no leitor não se deve à semelhança de B com B’. A essa altura, como disse, o leitor não conseguiria preferir uma versão de B’ a qualquer outra. Deve-se, sim, à semelhança de B com C (C sendo nossas modernas sociedades), isto é, com situações que o leitor conhece em sua própria sociedade moderna. O leitor (mesmo que seja leigo, mas mais ainda se for um jurista) está acostumado a certo grau de incerteza sobre o direito, a certo atraso do direito para acompanhar as mudanças sociais e a certo grau de ineficácia das leis contra seus violadores. Hart se serve desta experiência que o leitor já tem e mostra como cada um destes problemas seria imensamente ampliado se nossas regras secundárias deixassem de existir. Isso faz com que seu relato soa natural e plausível. Mas esta plausibilidade não vem do quanto B resulta prospectivamente de A (adivinhandos quais problemas surgiriam), mas sim do quanto B retrospectivamente de C (ponderando como velhos problemas seriam ampliados).

Apenas se baseando nas experiência de um leitor acostumado a C Hart pode convencê-lo de B.

Este é o sentido geral da tese de MacCormick de que a fábula de Hart consiste num argumento *ex post facto*: Ela não mostra por que sociedades primitivas chegaram a ter regras secundárias, mas por que sociedades modernas deveriam considerá-las necessárias. Mas MacCormick não leva esta tese tão longe quanto levarei agora. Na minha versão, os defeitos que Hart assinala à ordem de regras primárias *somente aparecem* em sociedades modernas cujas regras secundárias foram comprometidas. Não é apenas que a função social de regras secundárias seja mais facilmente reconhecida pelo membro de uma sociedade moderna em que elas já funcionam, mas também que os defeitos de que Hart está falando correspondem a *problemas e receios* que apenas uma sociedade moderna teria. A meu ver, a fábula de Hart funciona como um *conto de advertência* sobre o que aconteceria se nossas atuais regras secundárias fossem comprometidas. Ela se baseia inteiramente nos problemas e receios da experiência jurídico-social moderna. Minha versão ampliada do argumento *ex post facto* é o que chamo de *leitura defeitos-vindo-depois* da fábula de Hart.

Chamo-a de defeitos-vindo-depois em contraste com uma leitura defeitos-vindo-primeiro, que ainda é possível mesmo para quem que aceitou a tese de MacCormick sobre o argumento *ex post facto*. Na leitura defeitos-vindo-antes, mostram-se as regras secundárias como remédios para *defeitos que existiam antes* que elas estivessem em funcionamento. Havia um problema não resolvido, para o qual as regras secundárias se provaram a solução apropriada. Que elas sejam de fato remédios para os defeitos é mais facilmente reconhecido por quem já vive numa sociedade em que tais regras são operativas. Isso o torna um argumento *ex post facto*. Mas o que está sendo reconhecido *ex post facto*, isto é, depois da experiência do fato, é que as regras secundárias são remédios eficientes contra os defeitos que existiam antes de seu aparecimento. Os defeitos são anteriores aos remédios, mas o conhecimento de que as regras secundárias são remédios eficientes é posterior à sua existência. O leitor, com base em seu conhecimento *ex post facto* de como funcionam regras secundárias, percebe que elas funcionam como remédios para defeitos que existiam mesmo quando tais regras não tinham sequer sido inventadas.

Na leitura *defeitos-vindo-depois*, que aqui proponho, os defeitos para os quais as regras secundárias são remédios não existiam antes que as regras secundárias operassem. Eles não existem em sociedades que ainda não têm regras secundárias, mas apenas em sociedades que as têm – e nas quais elas foram comprometidas. Eles não são problemas de falta de regras secundárias não existentes, mas de perda das regras secundárias existentes.

Para deixar isso mais claro, tenho que introduzir algumas distinções. A primeira é entre a sociedade hipotética de Hart e sociedades históricas. A segunda é entre as regras secundárias em geral e aqueles tipos específicos que funcionam como remédios para os defeitos. Ora, é verdade que, na sociedade hipotética de Hart, os defeitos vêm antes dos remédios. Mas o que minha leitura sugere é que, em sociedades históricas, aqueles defeitos vêm depois da existência de regras secundárias. Então, eles advêm primeiro no plano hipotético, mas advêm depois na realidade social. Além disso, não houve sociedades históricas que carecessem totalmente de regras secundárias (pois autoridade de algum tipo teve sempre que existir), mas houve sociedades históricas que careciam daqueles tipos específicos de regras secundárias que Hart lista. Minha hipótese nesse ponto é que as funções que os três tipos de regras secundárias desempenham em sociedades modernas eram preenchidas no passado por forma tradicionais religiosas de autoridade. Neste caso, em sociedades históricas houve regras secundárias mantendo a ordem jurídica existente e operativa. Mas as regras secundárias de sociedades primitivas instituíam autoridades religiosas tradicionais, enquanto as de sociedades modernas instituem autoridades seculares formais. Esta leitura weberiana da fábula de Hart muda o sentido da transição de que Hart está falando: Deixa de ser a transição da ausência para a presença de regras secundárias e se torna a transição de certos tipos (religiosos, tradicionais) para outros tipos (seculares, formais) de regras secundárias. Num mundo em que a religião e a tradicional perderam credibilidade (e aplicabilidade política), a fábula de Hart é um tipo de história recontada das ordens jurídicas – uma história que varre a religião e a tradição para fora da imagem.

Poder-se-ia chamar esta de uma interpretação sociológica da fábula de Hart. Isso estaria provavelmente correto. Mas, com ainda mais razão, se poderia perguntar se isso de fato ainda conta como uma interpretação da fábula de Hart. Seria uma questão justa. Estou

certamente indo bem além do que as próprias palavras de Hart sugeririam ou autorizariam. Mas ainda reclamaria para minha leitura defeitos-vindo-depois o status de interpretação. Apenas que estou interpretando mais o que Hart estava fazendo do que o que ele estava dizendo. É uma interpretação de por que recorrer à fábula e por que a construir de forma tão exótica. Uma vez que se deixe claro que o que temos ali é uma história transformada do direito, isto é, a história de uma ordem jurídica moderna como ela seria recontada a partir das intuições de um indivíduo moderno, o estranhamento dá lugar à curiosidade. Há uma lacuna no relato de Hart, um tabu narrativo, algo que não pode ser dito, que é sempre necessário contornar, e esta presença silenciosa é o binômio tradição e religião. Cada estranheza é um desvio disso. Cada virada repentina se torna consistente assim que o obstáculo invisível é posto à mostra. Neste sentido, é também uma interpretação sobre por que a fábula silencia sobre algo obviamente tão importante e sobre como este mutismo autoimposto explica o estranho caminho que ela toma. É uma interpretação do que é dito com base no que é deixado sem dizer.

O que é realmente uma sociedade só com regras primárias, isenta de autoridade, sem simplicidade nem solidariedade e sem regras secundárias? Não é, certamente, nenhuma sociedade pré-moderna. Minha hipótese é que esta sociedade é o que restaria de nossas sociedades modernas se elas tomassem o caminho arriscado do antipositivismo. Uma vez que, para Hart, uma concepção antipositivista do direito comprometeria os limites do direito, a autoridade dos funcionários e a validade das regras jurídicas, ela enfraqueceria nossa substituta para a ordem religiosa tradicional, que é a ordem formal secular que constitui o direito moderno. Incerteza, caráter estático e ineficácia não são defeitos de sociedades primitivas, porque estas são não apenas simples e solidárias o bastante para viver sem os três tipos de regras secundárias, mas são também mantidas unificadas por regras religiosas tradicionais. Incerteza, caráter estático e ineficiência são defeitos de sociedades modernas, porque suas ordens jurídicas ficam aquém de prover o que religião e tradição deram por tanto tempo. Apenas que, se os três tipos de regras secundárias estão operativos, aqueles defeitos são mantidos *num nível administrável*. Mas, se estas regras são comprometidas, o que se

segue é caos. Sem religião e tradição, as regras secundárias são o que nos separa de um fracasso cognitivo e prático do direito. Isto leva ao meu item final.

### **3 Os riscos do antipositivismo: A fábula de Hart como um conto de advertência**

Em 1957, dando sua Oliver Wendell Holmes Lecture em Harvard, Hart pronunciou o discurso *Positivismo and the separation of law and morals* (doravante, PSLM), cuja versão publicada na Harvard Law Review deflagrou o famoso debate Hart-Fuller e pode ser facilmente classificado entre os mais importantes textos na história da filosofia do direito. Hart era então um professor menos conhecido de teoria do direito em Oxford, professor visitante recém-chegado a Harvard, e publicaria sua *opus magna* apenas em 1961. Fuller, por sua vez, já era um professor influente em Harvard, e seus textos “The law in quest of itself” (1940) e “Human purpose and natural law” (1953) eram largamente conhecidos e debatidos em todas as faculdades de direito nos EEUU. Em seus escritos e discursos, Fuller insistia que o direito tinha uma conexão necessária com a moral, revelada patentemente no modo como os juristas interpretavam o direito em casos desafiadores. Seu argumento em favor do caráter finalístico do direito de acordo com objetivos humanos tomava a forma de uma denuncia dos erros do positivismo jurídico e de uma defesa robusta do direito natural. Hart estava preocupado particularmente com tais desenvolvimentos e o que ele considerava como suas possíveis consequências. Neste contexto, PSLM era tanto um testemunho de sua preocupação (não só com Fuller, mas com muitos outros escrevendo na mesma direção) quanto uma tentativa de reverter o cenário de volta para a hegemonia não perturbada do positivismo jurídico.

Das muitas passagens citáveis de PSLM se referindo às ideias de Fuller e de seus seguidores como o produto de confusão conceitual, há uma que mostra mais que qualquer outra o que Hart percebia como o problema. Hart lista três teses como o núcleo tradicional do positivismo jurídico de Bentham e Austin e depois sustenta que elas são independentes uma das outras, o que permitiria que a mais problemática delas (a concepção imperativista do direito) fosse excluída sem prejuízo das outras duas (a concepção descritiva da teoria do direito e a separação entre direito e moral). Hart diz:

These three doctrines constitute the utilitarian tradition in jurisprudence; yet they are distinct doctrines. It is possible to endorse the separation between law and morals and to value analytical inquiries into the meaning of legal concepts and yet think it wrong to conceive of law as essentially a command. One source of great confusion in the criticism of the separation of law and morals was the belief that the falsity of any one of these three doctrines in the utilitarian tradition showed the other two to be false; what was worse was the failure to see that there were three quite separate doctrines in this tradition. The indiscriminate use of the label "positivism" to designate ambiguously each one of these three separate doctrines (together with some others which the Utilitarians never professed) has perhaps confused the issue more than any other single factor (1958, 601).

A razão por que Hart toma este curso de argumento é que está convencido que a concepção imperativista era uma descrição pobre da natureza e do funcionamento do direito e tinha receio de que este passageiro problemático afundasse a jangada modesta mas resistente com que o positivismo jurídico navegara as águas revoltas da teoria do direito. Ele estava mais que disposto a sacrificar o passageiro para salvar a embarcação. A sua estratégia de desconexão levava a encostar no porto da análise, deixar a concepção imperativista na margem, embarcar a concepção baseada em regras em seu lugar e retomar a viagem. Com este novo membro da tripulação, as outras duas teses estavam a salvo, e a jangada, intacta.

Isto teria um valor cognitivo evidente. Como Hart achava as críticas de Fuller à separação entre direito e moral uma confusão conceitual, esperava-se que a refutação de tais críticas trouxesse clareza e precisão conceitual. Contudo, esta não era a extensão total de seu valor, pois havia também uma componente política no empreendimento. Hart estava preocupado que a ideia de uma conexão necessária entre direito e moral aumentasse o grau de incerteza sobre o conteúdo do direito e impedisse a crítica moral e política do direito, ao espalhar a ideologia de que o direito já era bom e justo. Aqui Hart não está pensando só como um filósofo analítico interessado na melhor descrição do direito, mas também como um jurista liberal interessado em manter espaço para o melhoramento moral e político do direito por meio de crítica social constante. Fuller não estava só confuso, mas ameaçava os fundamentos da abordagem liberal do direito, jogando, assim, o jogo favorito do tirano.

Embora escrito quatro anos depois e por motivos levemente diferentes, *O Conceito de Direito* (doravante, CD) não era estranho à mesma preocupação. Hart anuncia sua tese principal no livro dizendo que o direito tem um tipo particular de normatividade, uma que tem algo em comum tanto com a coerção quanto com a moral, sem ser nenhuma delas. Então,



a este respeito, diferente de PSLM por ser menos uma defesa do positivismo jurídico do que a tentativa de reformar todas as concepções existentes do direito, inclusive o positivismo jurídico tradicional. Contudo, além do argumento analítico de oferecer uma melhor descrição do direito (Cap. II-V), achamos também o argumento normativo tanto de evitar incerteza do conteúdo do direito (Cap. VI) e de manter espaço para a crítica social do direito (Cap. IX). Isto nos permite supor que o ponto de vista de Hart como jurista liberal também está em jogo em CD. Não iria tão longe a ponto de dizer que sua abordagem do direito é normativa em vez de descritiva, mas sustentaria, sim, que ele julga a abordagem descritiva tão atraente e necessária também por razões normativas.

Se agora, depois deste breve desvio, retornamos à interpretação da fábula de Hart, podemos aplicar as ideias de preocupação contra o antipositivismo e de ser descritivo por razões normativas para apoiar a hipótese ousada que levantamos na última seção do artigo. Como para Hart o antipositivismo comprometeria tanto a certeza do conteúdo do direito e a possibilidade de crítica social ao direito, começa a haver interessantes semelhanças entre o que ocorreria se um sistema jurídico caísse sob influência de uma concepção antipositivista do direito e o que ocorreria a uma ordem de regras primárias sem a assistência de regras secundárias. Essa semelhança pode fornecer uma chave para o tipo de interpretação da fábula de Hart que concordaria com a minha. Contudo, algo permanece por ser provado: Que o dano que uma concepção antipositivista produziria ao direito tem algo a ver com o enfraquecimento ou desaparecimento de suas regras secundárias.

Isto sustento com base na ideia de que ter regras secundárias é o que torna o direito um objeto insuscetível de outra abordagem que não o positivismo jurídico. Claro, numa ordem de regras primárias, as regras jurídicas já eram conceitualmente independentes das regras morais, mas isto era difícil de ser percebido, pois os dois tipos de regras estavam bastante entrelaçados. Uma vez que as regras secundárias surgem e cercam a província do direito como um muro protetor, qualquer regra só é autorizada a entrar ou sair pelos funcionários, que desempenham o papel de sentinelas do muro. Isso dá ao direito a objetividade que torna possível e necessário falar dele como distinto de nossos desejos, interesses, opiniões, costumes e valores. No principal exemplo disso, a saber, a regra de

reconhecimento, algo pode muito bem ser bom, valioso, útil ou necessário, sem nenhuma destas qualidades contando como razão para considerá-lo direito – a menos que as regras secundárias assim o digam.

Raciocinando agora *contrario sensu*, o que uma concepção antipositivista faria é precisamente enfraquecer as funções das regras secundárias. Dito de outra forma, se as regras secundárias tornam o direito insuscetível de outra abordagem que não o positivismo, não há outra forma de apresentar o direito como suscetível do antipositivismo que não atenuar as regras secundárias. Quanto mais fracas as regras secundárias, mais suscetível o direito se torna como objeto do antipositivismo. Tomemos o exemplo da versão de Fuller. Se o direito deve ser interpretado em relação com propósitos humanos e estes não estão completamente contidos nas próprias leis, então, a regra de reconhecimento não teria a palavra final sobre o conteúdo do direito; as regras de alteração não teriam a palavra final sobre modificação do direito; e as regras de julgamento não teriam a palavra final sobre a aplicação do direito. Em todos os casos, o que a regra secundária diz pode ser completado ou revogado por considerações sobre objetivos humanos não expressos nas próprias leis. Mas, se é assim, então, Hart prediria, de acordo com a fábula, que um sistema jurídico fulleriano teria incerteza, caráter estático e ineficiência. O mesmo se aplicaria ao sistema jurídico que tivesse caído sob a influência de qualquer outra concepção antipositivista do direito. Em resumo: O que ocorre à ordem hipotética de regras primárias na fábula de Hart também ocorreria a um sistema jurídico que embarcasse na aventura do antipositivismo. Daí salto para esta conclusão: A fábula não apenas relata o que ocorreria a uma sociedade hipotética, mas também prediz o que ocorreria a sistemas jurídicos modernos se ouvirem o canto das sereias sem estar firmemente amarrados ao mastro do positivismo jurídico.

Neste sentido, minha leitura da fábula de Hart a torna não o relato de um passado real ou hipotético, mas um conto de advertência sobre riscos do presente. Não sobre o que ocorre a uma sociedade que carece de regras secundárias, mas o que ocorre a uma que, ao abraçar uma concepção antipositivista do direito, comprometeu as regras secundárias que em algum momento teve. Os três defeitos da incerteza, do caráter estático e da ineficiência deixariam de ser insuficiências que aprendemos a evitar e passariam a ser ameaças à espera de sistemas

jurídicos não cautelosos o bastante para se agarrarem ao positivismo jurídico como chave de sua própria sobrevivência. Como uma figura pato-coelho, a fábula de Hart apareceria, então, como uma representação diferente a depender do ponto de vista pela qual fosse examinada. Do ponto de vista cognitivo da análise conceitual, seria uma peça de método analítico-genético para lidar com a natureza das regras secundárias; do ponto de vista prático do empreendimento liberal, seria um conto de advertência, recorrendo a um argumento *ex post facto* para alertar contra os riscos de tomar qualquer outro caminho que não o positivismo jurídico.

E não seria este último sentido particularmente importante para sistemas como os nossos na América Latina, que começam a experimentar as consequências de abraçar as versões do antipositivismo de Dworkin e Alexy? Não estariam nossas sistemas jurídicas passando pelos exatos problemas que a fábula de Hart prediz que eles passariam? Não são os três defeitos mais atuais que nunca em nossos sistemas jurídicos? Talvez o conto de advertência não fosse no fim das contas apenas uma história.

### Referências

FULLER, Lon L. *Human Purpose and Natural Law*. Chicago, IL: Foundation Press, 1940.

FULLER, Lon L. *The Law in Quest of Itself*. Boston: Beacon Press, 1940.

GARDNER, John. *Why Law Might Emerge: Hart's problematic fable*. In: D'ALBERT, Luís Duarte, et alii (ed.). *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 81-96.

HART, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. In: *Harvard Law Review*, n. 71, p. 593. Boston: Harvard University Press, 1958.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008, Ch. 10, pp. 130-152.