

A OBJETIVIDADE DO DIREITO NAS TEORIAS DO DIREITO DE HANS KELSEN E DE HERBERT HART¹⁻²

RESUMO

Neste artigo, procedo a análise da objetividade do Direito partindo da objetividade como discernimento transindividual, espécie pertencente ao gênero epistêmico. Adoto um modelo analítico-conceitual triádico, composto por três elementos: formal, material e factual. Submetidas à referida análise são as teorias do Direito de Hans Kelsen e Herbert Hart, aqui consideradas teorias monovalentes do Direito.

ÍNDICE

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	2
<i>1.1 Da importância do estudo da objetividade do Direito.....</i>	2
<i>1.2 Do sentido de objetividade</i>	2
2 A CIÊNCIA DO DIREITO DE HANS KELSEN.....	5
<i>2.1 A objetividade da Moral positiva</i>	5
<i>2.2 A objetividade do Direito</i>	9
2.2.1 Objetividade da norma jurídica e da proposição jurídica.....	9
2.2.2 Norma fundamental como fonte da objetividade	10
2.2.3 Validade e eficácia como condição da objetividade	11
2.2.4 Objetividade e interpretação	11
3 O CONCEITO DE DIREITO DE HERBERT HART.....	16
<i>3.1 A objetividade do Direito</i>	16
3.1.1 A textura aberta da linguagem aplicada ao Direito	16
3.1.2 Objetividade e textura aberta	18
3.1.3 Objetividade e conteúdo mínimo do Direito natural.....	22
<i>3.2 A objetividade da Moral positiva</i>	23
REFERÊNCIAS.....	24

¹ Este artigo foi extraído da dissertação intitulada *Objetividade do Direito: O conceito de objetividade a partir de teorias monovalentes e bivalentes do Direito*, escrita sob orientação do prof. Dr. Alexandre T. G. Trivisonno, e defendida em 2012.

² Henrique Gonçalves Neves. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito no Hermann Kantorowicz-Institut für juristische Grundlagenforschung da Rechtswissenschaftliche Fakultät, na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 Da importância do estudo da objetividade do Direito

No âmbito da prática jurídica não é incomum se deparar com afirmações de que uma decisão ou sentença judicial é subjetiva, por expressar as opiniões e crenças dos juízes desvinculadas do conteúdo legal. Não raro também são as alegações de que determinado ato legislativo atende somente aos interesses do grupo minoritário que o produziu, razão pela qual se diz que tal ato é subjetivo.

No entanto, ninguém duvidará que a decisão ou sentença judicial exista, fato que pode ser comprovado com a verificação nos autos processuais, ou na publicação do diário oficial do Judiciário, ou no repositório de jurisprudência dos Tribunais. Quanto ao ato legislativo, sua existência pode ser constatada na publicação do diário oficial do órgão competente que o produziu. Além disso, o aparato coercitivo do Estado está disponível para ser utilizado tanto no cumprimento da decisão ou sentença judicial quanto no do ato legislativo.

Ora, mas se a existência da decisão ou sentença judicial ou do ato legislativo é incontestável, e ainda assim estas não são consideradas objetivas, duas possibilidades, dentre várias, destacam-se: (i) ou o conceito de objetividade não se relaciona com a existência empírica do Direito, constituindo-se como algo independente deste; ou (ii) o conceito de objetividade, embora se relacione com a existência empírica do fenômeno jurídico, apresenta essa questão apenas como um dos seus componentes, mas não como a totalidade do conceito.

Eu defendo que a segunda possibilidade está correta. O conceito de objetividade inclui a existência empírica do fenômeno jurídico, ou seja, do Direito positivo, mas não só isso. Trata-se de um conceito com estrutura teórico-prática complexa, que se constitui e se relaciona com o Direito de forma intrincada.

1.2 Do sentido de objetividade

Na análise da objetividade adotarei uma espécie de objetividade epistêmica que pode ser chamada de *objetividade como discernimento transindividual*³ (*objectivity qua transindividual discernibility*). O gênero epistêmico diz respeito à maneira ou modo pelo qual

³ Essa espécie de objetividade pertence a um quadro conceitual traçado por Matthew H. Kramer (2007), em sua obra *Objectivity and the rule of law*. Kramer estabelece três gêneros de objetividade (ontológico, epistêmico e semântico) a partir dos quais decorrem seis espécies de objetividade.

os agentes racionais (*rational agents*) constituem suas opiniões ou crenças acerca das coisas com que estão em interação.

Nesse sentido, a objetividade como discernimento transindividual está relacionada à capacidade de atuar como sujeito em um domínio de investigação que é epistemicamente objetivo na medida em que os indivíduos que o compõem têm a capacidade de investigar as entidades constantes desse domínio e concordarem com a natureza e as especificidades das entidades investigadas. Isto, contudo, sem que os gostos e as peculiaridades próprias de cada indivíduo sirvam de meio para avaliar e garantir as afirmações que são feitas. Em caso contrário, esse domínio de investigação se tornaria demasiadamente subjetivo. O que não é coerente com esse sentido de objetividade, uma vez que se demanda uma investigação em que, embora não se possa eliminar a subjetividade individual, esta fica subordinada ao compartilhamento de conceitos, crenças e opiniões que sustentam uma unanimidade possível acerca das questões decorrentes desses mesmos conceitos, crenças e opiniões, o que torna viável tratar a objetividade (KRAMER, 2007, p. 47).

A objetividade como discernimento transindividual apresenta uma estrutura gradual, isto é, manifesta-se em graus. Enquanto objetividade epistêmica, observa-se que seu âmbito de atuação não se restringe ao jurídico. Assim, consideradas as diferentes áreas do conhecimento científico, tal objetividade se manifestará em distintos graus (KRAMER, 2007, p. 47). No entanto, a graduação não apenas pode ser constatada na comparação dessa espécie de objetividade na sua aplicação às distintas áreas do conhecimento, mas também é possível verificar sua graduação no interior do próprio domínio de investigação. Assim, a partir desse entendimento será possível identificar diferentes graus de objetividade do Direito no âmbito de investigação jurídica.

Importa acrescentar mais algumas considerações a fim de se delimitar com mais precisão o sentido da objetividade que será adotado.

A objetividade como discernimento transindividual está relacionada à investigação do fenômeno jurídico, ou seja, do Direito enquanto sistema de normas jurídicas estabelecidas e vigentes espacial e temporalmente.

Essa objetividade não se limita ao consenso dos sujeitos acerca do que é ou não objetivo. Isso pode ser observado na exigência de dois requisitos. O primeiro diz respeito à necessidade de um acordo amplo e difundido acerca da natureza e das especificidades das entidades investigadas, bem como dos métodos apropriados para se chegar a um consenso acerca das questões ou problemas da investigação dessas entidades. Observe que o compartilhamento do conhecimento de quais questões e problemas estão envolvidos é

condição para a verificação intersubjetiva das respostas dadas a essas questões e problemas. O segundo está relacionado ao emprego dos métodos utilizados para resolver as questões e os problemas postos e se chegar a uma unanimidade aproximada acerca dessas respostas.

Portanto, não exige-se que todos compartilhem todos os pressupostos formais, materiais e metodológicos – pressupostos epistêmicos – para se alcançar à objetividade, mas que os indivíduos possam concordar que esses pressupostos afiguram-se possíveis e razoáveis. Além do mais, não existe frequentemente um acordo amplo acerca dos métodos apropriados para resolver desacordos entre os indivíduos, ou seja, desacordos e divergências são comuns e existem, e exigir um compartilhamento amplo e irrestrito desses pressupostos é uma posição radical que elimina a possibilidade de uma objetividade epistêmica, em razão de uma impossibilidade fática. Cabe, por fim, lembrar que a estrutura gradual dessa objetividade depõe a seu favor, sendo que a convergência e a divergência dos referidos pressupostos são também fatores que participam dessa graduação.

Na análise da objetividade do Direito adotarei um modelo analítico-conceitual triádico, no qual o conceito de objetividade é composto de três elementos: formal, material e factual, podendo ser chamados de objetividade formal, objetividade material e objetividade factual. O que importa é destacar que esses três elementos fazem parte de um conceito único, logo, não se tratam de três objetividades diferentes.

2 A CIÊNCIA DO DIREITO DE HANS KELSEN⁴

2.1 A objetividade da Moral positiva

Na ciência do Direito de Hans Kelsen, tanto o Direito quanto a Moral são ordens sociais que regulam a conduta dos homens, distinguindo-se não pelo *conteúdo* das condutas prescritas ou proibidas, mas pela *forma* como são prescritas ou proibidas. O Direito estatui atos de força como sanção de modo a determinar as condutas que regula. No entanto, não se pode negar que ambas compartilham um ponto comum: as normas tem caráter de dever-ser.

É nesse sentido que Kelsen (2009, p. 74) afirma que o Direito é, na sua essência, moral. Por óbvio que isto não significa que o Direito tenha conteúdo pré-determinado, mas que determina, com caráter de obrigatoriedade, condutas humanas, visto ser constituído por normas sociais.

Se aspectos em comum aproximam essas duas ordens normativas, por certo que o monopólio jurídico do uso da força, definitivamente, afasta-as. Mas, não só isso. Abordar a questão relativa à objetividade de uma Moral positiva demanda a compreensão do fundamento de validade dessa ordem moral.

Depreende-se da ciência do Direito kelseniana a existência de uma *Moral positiva*⁵ em razão da observação de que tanto normas morais quanto jurídicas possam ser criadas pelo costume ou por meio de elaboração, ou seja, possam ser postas por ato de vontade. E tal qual

⁴ Na dissertação “*Objetividade do Direito: O conceito de objetividade a partir de teorias monovalentes e bivalentes do Direito*”, dividi as teorias do Direito em dois grupos valendo-me do do critério de *valência*. Assim, entendi como possível transpor o termo *valência*, que é utilizado na Química e diz respeito à capacidade que os átomos têm de fazer ligações entre si, de modo a criar uma classificação dual para as teorias do Direito. Tal termo passou a ser utilizado na teoria do Direito de forma a expressar a capacidade que uma teoria possui de se ligar (conectar) à prática jurídica. Logo, *teorias monovalentes do Direito* são aquelas que, por se constituírem apenas como teoria do conceito de Direito (*elemento teórico-conceitual*), tem a capacidade de fazer apenas uma conexão com a prática jurídica. Já as *teorias bivalentes do Direito* são aquelas que, por se constituírem como teoria do conceito e teoria da aplicação do Direito (*elementos teórico-conceitual e teórico-aplicativo*), tem a capacidade de fazer duas conexões com a prática jurídica. Assim, enquanto no primeiro tipo de teoria a prática jurídica se conecta ao elemento teórico-conceitual, constituindo apenas uma conexão; no segundo tipo, ocorrem duas conexões com a prática jurídica, tanto com o elemento teórico-conceitual quanto com o teórico-aplicativo. Quanto ao conceito de prática jurídica, esta deve ser entendida em sentido amplo como constituída pela atuação do legislador originário e do derivado, bem como dos agentes do Direito (seja em sentido estrito, como juízes, promotores, defensores públicos, funcionários administrativos, etc.; seja em sentido amplo, incluindo advogados privados, cidadãos – destinatários e titulares do Direito –, teóricos do Direito, etc.), ou seja, por todos aqueles que constroem o conteúdo jurídico.

As teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart foram agrupadas como teorias monovalentes do Direito.

⁵ Considera-se aqui a Moral religiosa incluída na Moral positiva.

a norma fundamental referente ao Direito positivo, o fundamento de validade de uma Moral positiva também não é norma posta, mas pressuposta⁶.

Não obstante a Moral positiva e o Direito positivo pressuponham a norma fundamental como fundamento de validade da ordem normativa, essas ordens sociais se diferenciam com relação à natureza do fundamento de validade, relacionada à aplicação de dois tipos de princípio: um dinâmico e outro estático. Enquanto no primeiro “a conduta é considerada como devida por força do seu conteúdo, e a norma fundamental fornece não só o fundamento de validade, mas também o conteúdo de validade”; no segundo, “a norma fundamental fornece somente o fundamento de validade das normas inferiores, e não o conteúdo” (TRIVISONNO, 2004, p. 236-7).

Diferentemente da ordem jurídico-positiva, que é sistema normativo do tipo dinâmico; a grande maioria das ordens morais positivas são de tipo tanto dinâmico quanto estático. Nesse sentido, Kelsen aceita a reunião do princípio dinâmico e do estático em uma mesma norma:

O princípio estático e o princípio dinâmico estão reunidos numa e mesma norma quando a norma fundamental pressuposta se limita, segundo o princípio dinâmico, a conferir poder a uma autoridade legisladora e esta mesma autoridade ou uma outra por ela instituída não só estabelecem normas pelas quais delegam noutras autoridades legisladoras mas também normas pelas quais se prescreve uma determinada conduta dos sujeitos subordinados às normas e das quais – como o particular do geral – podem ser deduzidas novas normas através de um operação lógica⁷. (KELSEN, 2009, p. 220).

O que isso significa do ponto de vista da validade de um ordenamento moral positivo? São dois os significados:

- a) aplica-se o princípio dinâmico na fundamentação da norma posta pela autoridade que estabelece normas de conduta para os indivíduos subordinados àquele sistema normativo ou institui outra autoridade com competência para tal estabelecimento, uma vez que tal poder é conferido pela pressuposição da norma fundamental, a qual, também, é a razão da obediência dessa norma posta;

⁶ Assim, Kelsen (1986, p. 326) escreve: “[...] o que é o fundamento de validade dessa norma geral? Sobre esse problema, a resposta unicamente possível é: porque, como cristão, se pressupõe que se deve obedecer ao mandamento de Jesus. É o enunciado sobre a validade de uma norma que tem de ser pressuposto no pensamento de um cristão para fundamentar a validade das normas da *Moral* cristã. É a *norma fundamental* da Moral cristã que fundamenta a validade de todas as normas da Moral cristã”.

⁷ Kelsen (2009, p. 220) exemplifica dizendo que “nos Dez Mandamentos não só se instituem os pais como autoridade legislativa, mas também se fixam as normas gerais a partir de cujo conteúdo podem ser logicamente deduzidas normas particulares sem que seja necessário um ato legislativo.”.

- b) aplica-se o princípio estático na fundamentação das novas normas de conteúdo deduzido por operação lógica (como do geral para o particular) e postas pela referida autoridade ou por outra por esta instituída ou delegada. Assim, essas novas normas tem seu conteúdo de validade vinculado a outra norma, motivo pelo qual se pode afirmar que sua condição de validade é a forma como foi posta e a compatibilidade do seu conteúdo com o das normas a partir das quais se operou a dedução.

Desse modo, é condição de validade tanto a *forma*, em razão da exigência de obediência aos aspectos formais da produção normativa estabelecida pela autoridade legisladora superior⁸; quanto a *matéria*, uma vez que as novas normas do sistema normativo tem seu conteúdo vinculado ao conteúdo de uma norma estabelecida pela autoridade legisladora superior. Logo, sendo cumpridas as duas condições a norma é válida.

O que se tratou acima é imprescindível para o entendimento de em que consiste a objetividade da Moral positiva⁹, sendo que a dupla natureza do fundamento de validade será de grande relevância.

No que diz respeito à aplicação do princípio dinâmico na fundamentação da ordem moral positiva, tem-se que a pressuposição da norma fundamental é condição para que se possa interpretar o ato de vontade da autoridade legisladora superior que estabelece normas destinadas à regulamentação da conduta dos indivíduos subordinados àquela ordem moral positiva e que instituem outras autoridades legisladoras como competentes para a produção de normas morais objetivamente válidas.

Pode-se, então, verificar que a objetividade da Moral positiva resulta da norma fundamental. Contudo, cabe distinguir entre a (i) objetividade das normas estabelecidas (as quais estabelecem a forma da produção normativa e o conteúdo das normas produzidas) pela autoridade legisladora superior a que foi conferida poder mediante a pressuposição da norma fundamental, e a (ii) objetividade das novas normas criadas com observância da forma e conteúdo estabelecidos.

No primeiro caso, a pressuposição da norma fundamental é suficiente para objetivar o ato de vontade da autoridade legisladora superior que estabelece normas pelas quais se

⁸ Denomina-se *autoridade legisladora superior* aquela a quem a norma fundamental pressuposta confere poderes para estabelecer normas delegando poderes a outras autoridades legisladoras e normas que prescrevem uma determinada conduta aos sujeitos a elas subordinados e das quais se pode deduzir novas normas mediante operação lógica.

⁹ Optei por analisar apenas a objetividade da Moral positiva a fim de fazer contraponto à objetividade do Direito positivo.

prescrevem determinadas condutas e/ou se delegam a outras autoridades legisladoras poderes para fazê-lo. Essa objetividade é *formal*, pois não se refere a conteúdo, mas apenas a *quem* possui o poder para estabelecer normas válidas.

No segundo caso, interessa a exigência de que as novas normas da ordem moral positiva sejam postas por autoridade com poderes para tanto, mas também que o conteúdo dessas normas esteja vinculado ao conteúdo da norma posta pela autoridade legisladora superior. Portanto, a objetividade dessas novas normas não somente advém do ato posto pela autoridade competente, o processo de criação da norma está vinculado materialmente.

Desse modo, a objetividade das novas normas de uma ordem é formal e *material*. O que faz com que a objetividade de uma norma moral dependa de que, além desta ter sido posta por autoridade com poderes conferidos pela norma fundamental (ou que encontre o fundamento último desse poder nessa norma), seu conteúdo possa ser deduzido logicamente da norma posta pela autoridade legisladora superior.

Além disso, deve-se tratar da questão relativa ao âmbito de validade espacial da ordem moral positiva, o qual repercute na objetividade dessa ordem normativa. Uma ordem moral positiva não estabelece, necessariamente, um âmbito espacial de validade de suas normas, i. e., não há delimitação do espaço geográfico em que aquelas normas morais sejam válidas de modo a regular as condutas dos indivíduos que naquele espaço vivem – sua validade tem pretensões universais, ou seja, a princípio, não se vincula a um território delimitado, embora possa se vincular¹⁰. Um exemplo é a Moral positiva cristã, sua pretensão de validade não é territorial, mas para toda a comunidade cristã, sendo suas normas dirigidas à conduta dos indivíduos que compõem essa comunidade. Importa observar que não há limites territoriais para essa comunidade, como o há para a ordem jurídica estatal, que se restringe ao território de um dado Estado soberano.

Nesse sentido, pode-se também afirmar que enquanto as normas de uma Moral positiva fixam as condutas ou a uma universalidade indistinta de pessoas ou a uma determinada comunidade moral não delimitada territorialmente, as normas de um ordenamento jurídico-positivo regulam apenas as condutas de pessoas que vivem no território do Estado – este é o âmbito de validade pessoal da norma¹¹.

¹⁰ Saliento que, em regra, uma ordem moral positiva não se estabelece em um território delimitado. Porém, isso pode acontecer, já que é possível haver uma moral positiva difusa vigente e eficaz em um território bem delimitado. No entanto, entendo ser isto a exceção, em razão, inclusive, da dificuldade de se delimitar com precisão o âmbito de validade espacial dessa moral positiva.

¹¹ A respeito disso, ver: KELSEN, 1986, p. 183-8.

A despeito disso, deve-se observar que o âmbito pessoal de validade e objetividade de uma ordem moral positiva é mais importante que seu âmbito espacial, já que as restrições espaciais exercem menor influência na consideração dessa objetividade. Observe-se que, embora tais restrições existam, apenas não são bem delimitadas, em razão da difícil precisão em estabelecer os limites. O mesmo não se pode dizer de uma ordem jurídica estatal, a qual somente pode ser considerada objetiva nos limites do território do Estado.

Tratei, até o momento, da objetividade da Moral positiva, ocupando-me em identificar o que faz tal ordem normativa objetiva. Com isso, pode-se perceber que uma ordem moral positiva válida e normas morais positivas válidas são objetivas (aquela por apresentar o elemento formal da objetividade; estas por apresentarem os elementos formal e material). Isto porque a autoridade legisladora superior que estabelece normas que delegam a outras autoridades legisladoras competência de produção de normas e estabelece normas que regulam as condutas dos sujeitos subordinados àquela ordem moral positiva, bem como as novas normas criadas em conformidade formal e material com a norma estabelecida pela autoridade legisladora tem seu fundamento último na norma fundamental. A norma fundamental pressuposta é a fonte dessa objetividade. E a objetividade é conceito que se confunde, em certa medida, com a validade.

2.2 A objetividade do Direito

2.2.1 Objetividade da norma jurídica e da proposição jurídica

De início, cabe observar que Kelsen (1986, p. 215) distingue a (i) relação do ato com o qual se estabelece uma norma e a validade dessa norma da (ii) relação entre o ato com o qual é feito o enunciado e a verdade do enunciado. Assim, enquanto “a verdade de um enunciado não é condicionada pelo ato com que ele se estabelece”, “a validade da norma é condicionada pelo ato que ela é fixada”.

Observe-se, novamente, que a validade de uma norma é a sua existência específica, não do fato do *ser*, mas a existência do sentido do ato de estabelecimento da norma. “Existência de sentido que constitui uma existência ‘ideal’, não ‘real’” (KELSEN, 1986, p. 216). Por outro lado, o enunciado sobre uma norma é verdadeiro se este corresponde ao fato do ser referente à norma que esse enunciado descreve.

Por isso, como se encontram no plano do *ser*, verifica-se a verdade ou a falsidade dos enunciados (pois submetidos à prova de verdade), mas não sua validade. Válidas ou inválidas

são as normas; validade que, como já dito, significa existência específica, que se refere ao plano do *dever-ser*.

Conclui-se, portanto, que somente as normas podem ser qualificadas como objetivas, posto que conferem sentido objetivo de *dever-ser* ao sentido subjetivo dos atos de vontade que as criam. Por outro lado, as proposições jurídicas somente podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas, dada sua relação com a atividade científica que descreve a realidade do seu objeto: o *ser* das normas.

2.2.2 Norma fundamental como fonte da objetividade

A pressuposição da norma fundamental é condição para se interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sentido objetivo de *dever-ser*; é pressuposto para que se conduza de acordo com a Constituição. A norma fundamental é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico-positivo. É fundamento último que objetiva a ordem normativa, motivo pelo qual as normas que compõem essa ordem, caso produzidas em conformidade com a norma fundamental, são normas jurídicas válidas e se relacionam com a da objetividade da norma fundamental.

Em razão do fundamento de validade do Direito positivo ser formal (trata-se de sistema normativo do tipo dinâmico), decorrente de uma norma hipotética, pressuposta (não é posta), sem conteúdo material (é formal), o que explica a não vinculação material (apenas formal) das normas de um ordenamento jurídico-positivo à norma fundamental, é que se pode afirmar pela existência de uma *objetividade formal* no Direito.

Recorde-se a objetividade formal e material da Moral positiva. O Direito positivo não apresenta objetividade material, e sim formal. Dessa maneira, uma norma jurídica posta é objetiva desde que válida, e como norma pertencente a uma ordem escalonada supra-infra ordenada de normas encontra seu fundamento de validade em uma regressão ascendente que se finaliza na norma fundamental. Assim, como a objetividade de todo o Direito positivo resulta da norma fundamental, as normas criadas de acordo com aquela são válidas e objetivas (por apresentarem o elemento formal da objetividade). Isto explica a relação intrínseca entre objetividade e validade.

2.2.3 Validade e eficácia como condição da objetividade

A eficácia é condição de validade, e não fundamento de validade, posto ser este a norma fundamental. Embora seja óbvia a necessidade de existência prévia de um ordenamento jurídico positivo para que se pressuponha uma norma que lhe sirva de fundamento de validade. Não é conseqüência dessa constatação o fato de que esse ordenamento antes deva ser eficaz para que seja possível a pressuposição da norma fundamental. A eficácia é condição da validade, não a própria validade¹². Não se deve esquecer que Kelsen (2009, p. 225) afirma a pressuposição da norma fundamental como condição para que se deva conduzir em conformidade com o sentido objetivo de dever-ser do sentido subjetivo dos atos de vontade da autoridade a que a norma fundamental confere poderes para estabelecer normas.

Ora, se por eficácia se entende observância e aplicação das normas, somente caso se pressuponha o dever de observar e aplicar as normas é que se pode observá-las e aplicá-las; e disto decorrerá a eficácia, que é condição de validade. Condição esta que se junta a outra: a positividade, o estabelecimento da norma. Assim, satisfeitas essas duas condições (pertencentes a plano do ser) e pressuposta a norma fundamental (pertencente ao plano do dever-ser), a ordem jurídica ou uma norma jurídica singular são válidas¹³.

2.2.4 Objetividade e interpretação

O ordenamento jurídico-positivo é um sistema normativo hierárquico e dinâmico, ou seja, uma ordem escalonada supra-infra ordenada de normas, que regulam seu próprio processo de aplicação e criação. Desse modo, pode-se afirmar que a criação de normas jurídicas gerais se dá mediante aplicação da Constituição, tal qual a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. Esta é a razão pela qual se pode afirmar que o Legislativo, o Judiciário e o Executivo aplicam e criam normas jurídicas, sendo a diferença apenas quantitativa, e não qualitativa.

Segundo Kelsen (2009, p. 387), a aplicação do Direito por um órgão jurídico demanda a fixação do sentido das normas que serão criadas, e tal fixação é feita mediante interpretação,

¹² Nesse sentido, Kelsen (2009, p. 225) afirma que “a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia”.

¹³ “[...] a positividade não assenta sobre a norma fundamental, não é derivada dela. Da norma fundamental somente se deriva a validade objetiva de uma ordem coerciva positiva, isto é, efetivamente posta e globalmente eficaz.” (KELSEN, 2009, p. 419-20).

a qual é definida como “uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

Destaco uma distinção feita por Kelsen que considera os sujeitos que interpretam: (i) os órgãos jurídicos encarregados de aplicar o Direito realizam *interpretação autêntica*; (ii) os destinatários das normas e os cientistas do Direito realizam *interpretação não-autêntica*.

O foco da análise se concentrará na interpretação autêntica por ser esta criadora de normas jurídicas, uma vez que aos destinatários das normas cabe apenas observá-las e à ciência do Direito, descrevê-las.

O processo de criação de uma norma jurídica é disciplinado por uma norma de escalão superior que vincula não somente a forma como a norma de escalão inferior deve ser posta, mas o conteúdo dessa norma. Essa vinculação ou determinação nunca é completa, havendo uma relativa indeterminação a ser preenchida pelo ato de produção normativa. Dessa relativa indeterminação (ou relativa determinação) originou-se a *teoria da moldura*. Segundo Kelsen (2009, p. 388), “a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

O que isto quer dizer é que a norma superior determina a forma e o conteúdo que devem ser obedecidos pelo ato produtivo da norma de escalão inferior para que esta seja válida. Contudo, tal determinação, por ser relativa, deixa margem de livre apreciação para o ato produtivo, de modo a continuar o processo de determinação que constitui o sentido da seriação escalonada das normas jurídicas. Interessa observar que essa indeterminação pode ser *intencional* ou *não-intencional*.

A interpretação autêntica é, enquanto atividade interpretativa e criadora de normas jurídicas, atividade *cognoscitiva-volitiva*, dado que por *ato de conhecimento*¹⁴ da norma de escalão superior se estabelece a moldura com as possibilidades de sentido da norma a ser criada; e por *ato de vontade* se escolhe um dos sentidos possíveis, que será o sentido da norma jurídica criada. Deve-se observar a existência de uma relativa indeterminação que se refere não só aos pressupostos de aplicação da norma, mas também às suas consequências¹⁵.

¹⁴ Esse ato de conhecimento é próprio da ciência do Direito, mas não exclusivo. Assim, pode-se afirmar que a fixação da moldura é um ato descritivo, que tem por objeto a norma jurídica e resulta no conhecimento e descrição (fixação) das possibilidades de sentidos/significados contidos na norma interpretada.

¹⁵ Exemplificando: uma norma determina que um agente de trânsito multe motoristas que estejam conduzindo seus veículos de modo perigoso e estabelece multa de acordo com o grau de periculosidade. Há uma relativa determinação, posto que é estabelecido o pressuposto de aplicação e gradação da multa; e há relativa indeterminação, pois cabe ao agente de trânsito apreciar quais motoristas estão conduzindo seus veículos de forma perigosa, bem como o grau dessa periculosidade.

Como isto reflete na objetividade do Direito positivo, devem-se distinguir três situações:

- a) com relação à objetividade do ordenamento jurídico-positivo como um todo, em nada reflete. Uma vez que sua objetividade (formal) resulta da pressuposição da norma fundamental;
- b) com relação à objetividade da norma posta imediatamente fundamentada pela norma fundamental, também, não há qualquer reflexo, já que esta norma posta apenas estabelece a forma de produção de normas válidas. E como se fundamenta diretamente na norma fundamental, desta resulta sua objetividade (formal);
- c) com relação à objetividade das normas jurídicas criadas em conformidade com a norma que estabelece a forma da produção normativa e, portanto, também em conformidade com a norma fundamental há reflexos, os quais demandam explicação detalhada, o qual se fará abaixo.

Na criação de normas jurídicas, que se faz por meio da aplicação de normas de escalão superior, a atividade interpretativa (como ato de conhecimento) ao conhecer a norma superior fixa uma moldura de sentidos possíveis, em que será escolhido um sentido pela atividade interpretativa (como ato de vontade).

Contudo, esse ato de vontade, em virtude da relativa indeterminação da norma, pode escolher outras normas não-jurídicas (como normas da Moral, normas da Justiça, juízos de valor sociais) a fim de completar o processo de determinação da norma inferior a ser criada. Essas normas não estão contidas na ordem jurídica, pois, caso estivessem, seriam normas jurídicas postas.

Portanto, no processo de criação de normas jurídicas na ciência do Direito kelseniana, há lugar para outras normas que não são normas jurídicas, e que ingressam na produção normativa em razão da relativa (in)determinação das normas de escalão superior. O que se verifica é que tal possibilidade provoca reflexos na objetividade das normas jurídicas, conforme se demonstrará fazendo a seguinte distinção:

- a) a objetividade da moldura e dos possíveis sentidos decorrem de uma norma válida que, em uma regressão ascendente encontram seu fundamento último de validade na norma fundamental, motivo pelo qual se pode afirmar que tal norma objetiva as possibilidades de sentido contidas na moldura, i. e., a moldura é objetiva na

medida em que decorre de normas jurídicas válidas e, em última instância, da norma fundamental;

- b) o ato de vontade que escolhe *normas não-jurídicas* de modo a completar a indeterminação da norma superior que disciplina a produção normativa da norma inferior reflete na objetividade, na medida em que seu sentido não é objetivado pela norma fundamental, posto não pertencerem à ordem jurídica, mas *pele uso comum da linguagem*.

Há uma saída insuficiente para o problema. Ao se considerar a indeterminação intencional¹⁶, pode-se argumentar que a própria norma superior (relativamente indeterminada) prevê a possibilidade do seu processo de determinação ser completado por conteúdos não-jurídicos. Assim, como o próprio Direito prevê o ingresso de conteúdos não-jurídicos no processo de criação da norma de escalão inferior, tal previsão jurídica torna esses conteúdos normas jurídicas-positivas; as quais se objetivam na norma fundamental. Contudo, o problema persiste no que diz respeito à relativa indeterminação não-intencional, em razão da ambiguidade, discrepância normativa ou contradições normativas¹⁷.

O que se percebe é o aparecimento do outro elemento da objetividade das normas jurídicas, o *factual*. Ocorre, pois, que a objetividade das normas jurídicas passa a apresentar tanto um elemento formal decorrente do ordenamento jurídico (e, em última instância, da norma fundamental), quanto um elemento factual, decorrente do uso comum da linguagem¹⁸.

Enquanto a objetividade formal decorre da norma fundamental, a objetividade factual decorre do uso comum da linguagem, sendo que o elemento factual refere-se à relação da objetividade com a linguagem. Como a linguagem é espaço em que o indivíduo exerce sua subjetividade, e como é indubitável sua indissociabilidade do processo de objetivação da norma jurídica, resta evidente uma relação entre a objetividade factual e o uso comum da

¹⁶ Deve-se observar, na indeterminação intencional, que a situação de abertura dos campos é propositalmente prevista pelo legislador. Assim, o órgão que põe a norma jurídica voluntariamente a estabelece com um conteúdo “aberto”, que será preenchido no momento da sua aplicação.

¹⁷ A indeterminação não-intencional pode ocorrer quando: (i) o sentido literal da norma não é claro por conta da ambiguidade de uma palavra ou de uma série de palavras; (ii) entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade criadora da norma existe uma discrepância; (iii) como consequência do fato de duas normas pretenderem valer simultaneamente, mas se contradizerem total ou parcialmente (KELSEN, 2009, p. 387-8).

¹⁸ Esclarece-se que a objetividade factual não é apenas uma questão de fato no sentido de fato empiricamente observável no mundo dos fenômenos. Identifica-se nessa objetividade uma dimensão racional relacionada à atribuição de sentido/significado aos signos linguísticos utilizados na comunicação. Desse modo, não ignoro a dimensão pragmática da linguagem e reafirmo os vários sentidos/significados que estão presentes nos referidos signos. Isto não só não nega como reforça a ideia de objetividade factual, uma vez que, ao se reconhecer a linguagem como algo pertencente ao mundo do ser, reconhece-se a necessidade de uma dimensão racional que, mediando o uso dos padrões linguísticos, viabiliza o processo de determinação dos sentidos/significados dos signos e torna a comunicação possível, em razão dessa mesma objetividade.

linguagem. Nesse sentido, quanto menor o grau de subjetividade (e maior grau de objetividade) no uso da linguagem que integra o processo de determinação das normas jurídicas criadas, maior o grau de objetividade factual; quanto maior o grau de subjetividade (e menor o de objetividade), menor o grau de objetividade factual.

Além disso, entendo possível distinguir duas perspectivas dessa objetividade factual:

- a) a primeira perspectiva relaciona-se ao próprio espaço de (in)determinação contido na norma superior, referindo-se, pois, ao grau de (in)determinação normativa, representando assim uma *tendência*. Portanto, (a.i) quanto maior o grau de indeterminação da norma jurídica superior, maior a tendência da norma inferior a ser criada, a qual tem seu processo de produção normativa disciplinada pela norma superior, ter diminuído o seu grau de objetividade. (a.ii) Quanto menor o grau de indeterminação da norma jurídica superior, maior a tendência da norma inferior a ser criada ter aumentado seu grau de objetividade;
- b) a segunda perspectiva está relacionada ao conteúdo linguístico utilizado no processo de determinação da produção normativa, representando uma *constatação*. Portanto, (b.i) quanto maior o grau de subjetividade presente no uso comum da linguagem, constata-se diminuição no grau de objetividade da norma jurídica a ser criada. (b.ii) Quanto menor o grau de subjetividade presente no uso comum da linguagem, constata-se aumento no grau de objetividade.

Por fim, faço três observações quanto às perspectivas identificadas na objetividade factual:

- a) a primeira perspectiva se apresenta como uma tendência à objetividade; a segunda, apresenta-se como uma constatação;
- b) a primeira perspectiva refere-se à estrutura linguística do texto normativo da norma jurídica que disciplina a produção de outra norma; a segunda, refere-se à estrutura linguística utilizada no processo de determinação do sentido da norma a ser produzida;
- c) a primeira perspectiva se relaciona indiretamente com a norma jurídica que tem sua objetividade analisada; a segunda, relaciona-se diretamente.
- d) ambas perspectivas demonstram que a objetividade factual se apresenta quantitativamente, i.e., em graus de objetividade.

3 O CONCEITO DE DIREITO DE HERBERT HART

3.1 A objetividade do Direito

3.1.1 A textura aberta da linguagem aplicada ao Direito

O Direito é essencialmente linguístico, sendo que na base das práticas e atividades sociais que constituem uma ordem jurídica encontra-se uma complicada estrutura conceitual, formada por um vocabulário vasto e parcialmente especializado e pela linguagem ordinária, que permeia e sustenta toda essa estrutura linguístico-normativa. Nesse sentido, parece indiscutível a exigência de elucidação e análise dessa complexa rede conceitual, tarefa da teoria do Direito.

É por reconhecer esse caráter linguístico que Hart se preocupou com uma análise conceitual do Direito que investigue e teorize as estruturas de linguagem que o compõe. E ele o fez no marco de uma filosofia da linguagem contemporânea.

Talvez um dos elementos teóricos mais importantes do positivismo hartiano seja o conceito de *textura aberta da linguagem* aplicada ao Direito. A tese da textura aberta foi empregada por Friedrich Waissman¹⁹ no contexto da investigação da possibilidade de fornecimento de uma verificação conclusiva para as afirmações empíricas. Em seus estudos, Waissman concluiu pela impossibilidade de se oferecer um significado exaustivo ou completo da afirmação investigada em decorrência da textura aberta da maioria dos conceitos empíricos. Dessa maneira, afirmava Waissman serem impossíveis verificações conclusivas nesse sentido (STRUCHINER, 2001, p. 8-10).

Segundo Waissmann, a textura aberta significa que nenhum conceito está delimitado de modo a não surgir espaços para dúvidas sobre o seu significado, apresentando sempre uma região cinzenta (ou zona de penumbra) em que não se consegue determinar com precisão seu significado. A incompletude e a vagueza são características intrínsecas e inafastáveis dos conceitos empíricos, fato que impossibilita descrever um conjunto total de situações em que uma palavra é aplicada ou não.

Hart, então, utiliza esta construção teórica em seu positivismo jurídico, aplicando a textura aberta da linguagem ao Direito. Segundo Maccormick (2010, p. 165-7), esta foi a

¹⁹ Noel Struchiner (2001, p. 16), em sua dissertação de mestrado intitulada *Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*, afirma que “o conceito de textura aberta da linguagem proposto por Waissmann nasceu do conceito de “hipótese” (*hypothesis*) elaborado por Wittgenstein”.

saída hartiana para o restabelecimento da tese de que as leis são genuinamente regras, como elementos constitutivos do sistema jurídico. Desse modo, ao se por entre o formalismo e o cepticismo (uma vez que contestava a visão formalista, que supervalorizava as regras, bem como refutava o cepticismo, que as desvalorizava em absoluto²⁰), construiu sua teoria sob a consideração de que embora as leis fossem regras, decorria da textura aberta da linguagem das regras jurídicas um espaço considerável de discricionariedade dos juízes e demais autoridades na aplicação das regras ao caso concreto. Assim, considera as leis importantes e necessárias, as quais não podem ser ignoradas; contudo, reconhece a incapacidade destas em oferecer uma única resposta correta.

No que concerne aos expedientes principais para a comunicação de padrões gerais de conduta, Hart (2007, p. 137) afirma que o Direito comumente utiliza dois: a legislação e o precedente²¹. Ambos estruturados e comunicados por meio de linguagem, fato que, por óbvio, os sujeita aos efeitos da textura aberta, ou seja, a incompletude, imprecisão e vagueza dos termos linguísticos utilizados na estrutura desses padrões gerais. Portanto, a utilização de uma regra contida no precedente ou na legislação para a comunicação de padrões de comportamento conduz ao inevitável caminho de incerteza e de indeterminação decorrente da linguagem.

Observe que a textura aberta relaciona-se necessariamente com o poder discricionário. As regras jurídicas, em razão da textura aberta, embora apresentem um núcleo de certeza, apresentam também uma zona de penumbra, o que as leva a não fundamentar totalmente as decisões tomadas em todo o sistema jurídico. Dessa forma, embora os juízes sejam obrigados a aplicar as regras aos casos concretos em que são claramente aplicáveis, eles possuem necessariamente uma margem de discricionariedade para decidir o que fazer nas situações em que as regras não são claras²². Portanto, resta evidente a função criadora integrada à função aplicadora do Direito.

²⁰ Para aprofundamento acerca dessa posição crítico-teórica hartiana, sugere-se a leitura do capítulo VII, intitulado *Formalismo e cepticismo sobre as regras*, da obra *O conceito de Direito*, de Herbert Hart.

²¹ Pode-se considerar o precedente uma regra jurídica na medida em que é extraído deste uma regra para ser aplicada ao caso concreto.

²² Na zona de penumbra, caracterizada pela incerteza e indeterminação das regras jurídicas, em que a aplicação destas não é clara, não há nenhuma condição necessária e suficiente para preenchimento do sentido vago e impreciso dos termos que a constituem. Dessa maneira, a questão passa a ser de justificação, sendo impossível afirmar que apenas uma visão é correta. Assim, o juiz precisa buscar justificativas para incluir ou excluir sentidos e significados dos termos em questão, sempre visando à redução da sua vagueza e indeterminação. Ressalto, pois, que tal atividade não é arbitrária, devendo-se manter fiel, na medida do possível, aos usos já estabelecidos que determinam os sentidos e significados compartilhados dos termos linguísticos.

Daí decorre o significado da textura aberta do Direito para Hart (2007, p. 148), a qual pode ser compreendida como “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.”.

3.1.2 Objetividade e textura aberta

Preliminarmente, antes de iniciar a análise da objetividade do Direito, discorrerei sobre duas questões: (i) a relação entre o aspecto interno, externo e objetividade e (ii) a relação entre validade, eficácia e objetividade.

No que diz respeito à primeira questão, adoto um sentido de equivalência de resultado no exame da objetividade do Direito, e não de equivalência dos sujeitos que realizam tal exame que, por certo, são diferentes, um é participante (ponto de vista interno) outro observador (ponto de vista externo).

Esse entendimento se justifica em razão do esclarecimento apresentado por Herbert Hart no *Pós-escrito* da sua obra *O conceito de Direito*, em resposta à crítica de Ronald Dworkin. Segundo Hart, não há nada que “impeça um observador externo não participante de descrever os modos por que os participantes encaram o direito, de tal ponto de vista interno.”. Os participantes aceitam o Direito como fornecedor de orientações e de padrões de conduta. Assim, mesmo um observador (“teorizador jurídico descritivo”) que não aceita o Direito pode e deve descrever tal aceitação (daqueles que adotam o ponto de vista do interno), desde que compreenda o que é adotar esse ponto de vista (HART, 2007, p. 303-4).

Nesse sentido, a análise da objetividade realizada tanto do ponto de vista interno quanto do externo compartilham o mesmo resultado, desde que o observador compreenda o que é adotar o ponto de vista do interno. Pois, caso não compreenda, restará prejudicada tal análise, sendo possível observar apenas regularidades de comportamento, sem depreender as relações de dever e de obrigação.

Quanto à segunda questão, somente há que se perguntar acerca da validade de uma norma jurídica se essa norma pertence a um sistema jurídico eficaz. Deve-se notar a incoerência de se afirmar a validade de uma regra jurídica pertencente a um sistema que não é aceito e obedecido com regularidade pelos membros de uma dada sociedade. Isto pode ser visto com clareza quando se considera a regra de reconhecimento, fundamento de validade do

sistema jurídico, a qual constitui uma questão de fato e somente existe na prática complexa dos tribunais na forma dos critérios utilizados para a identificação do Direito válido.

Embora a eficácia do sistema jurídico seja condição de validade do sistema como um todo, a eficácia de uma regra jurídica isolada não o é. Ou melhor, apenas o é caso a regra de reconhecimento assim estabelecer. Portanto, há uma relação necessária entre eficácia, validade e objetividade do sistema jurídico como um todo, uma vez que somente há de se perquirir acerca da objetividade de um sistema jurídico eficaz (de um sistema jurídico frequentemente mais obedecido do que desobedecido) e válido (que postula uma regra de reconhecimento como seu fundamento de validade).

Por ser o fundamento último de validade do sistema jurídico, aceita por uma comunidade jurídica como estabelecadora dos critérios de identificação das regras válidas que pertencem àquele sistema, a regra de reconhecimento é imprescindível para a objetividade das regras, decorrendo desta a objetividade formal.

Desse modo, toda regra de um sistema jurídico²³ que satisfaça os critérios de validade constantes da regra de reconhecimento é uma regra jurídica válida, e apresenta o elemento formal da objetividade. Embora seja possível apresentar a objeção de que, em virtude de ser uma questão de fato, a regra de reconhecimento pertence ao plano do ser, e não do dever-ser, o que impossibilita se falar em objetividade formal a partir dessa regra, entende-se que tal objeção não pode prosperar por uma razão simples. Hart adota a distinção entre ser e dever-ser, razão pela qual nega que possa ser derivado um dever-ser de um ser (e vice-versa).

Assim, embora seja uma questão de fato, a regra de reconhecimento tem conteúdo de dever-ser, estabelecendo um estado de coisas a ser satisfeito para que uma regra tenha estatuto jurídico e seja considerada como regra válida, ou seja, o fundamento do dever-ser de uma regra somente pode ser o dever-ser de outra. Por isso, pode-se afirmar que a regra de reconhecimento é fonte de objetividade formal.

A regra de reconhecimento é um tipo de regra secundária e, enquanto regra, é estruturada em linguagem, o que a torna susceptível aos efeitos da textura aberta. Por conseguinte, seus termos estão sujeitos à imprecisão e à vagueza, acarretando incerteza e indeterminação. Assim, como é a regra de reconhecimento que fornece os critérios de validade das regras jurídicas, podem surgir casos duvidosos sobre os modos de agir dos órgãos responsáveis pela criação do Direito. Em tais casos, como não há uma resposta prévia, cabe aos tribunais justificar sua decisão mediante processo argumentativo.

²³ Deve-se entender como toda a regra do sistema jurídico as regras primárias e as regras secundárias de julgamento e de alteração.

Questão importante diz respeito não só à objetividade da regra de reconhecimento, mas à repercussão dessa objetividade das regras jurídicas. No entanto, antes de dar início a essa análise, retomarei a conclusão segundo a qual a objetividade formal e a objetividade material se manifestam qualitativamente, ou seja, ou uma regra jurídica apresenta o elemento formal e/ou o elemento material da objetividade ou não apresenta. O contrário ocorre com o elemento factual que, estando presente na regra jurídica, pode-se apresentar em diferentes graus.

Retomando a análise acerca da objetividade regra de reconhecimento, eu sustento a regra de reconhecimento não está submetida à análise da objetividade formal ou material. E isto se dá em razão da sua natureza de regra última fornecedora do critério supremo, expressa nas práticas de identificação do Direito de uma comunidade jurídica, o que a torna insusceptível ao exame de validade. Então, resta-me apenas proceder à análise da objetividade factual.

Antes de se iniciar essa análise, é importante frisar que Hart (2007, p. 166) considera como condição necessária de um sistema jurídico que nem todos os pontos da regra estejam sujeitos à dúvida. Assim sendo, Hart afirma a existência de núcleos de certeza ao lado de uma zona de penumbra em todas as regras. A regra de reconhecimento a isto não escapa, sendo, pois, dotada de um núcleo de certeza, com extensão variável na proporção inversa da zona de penumbra. Nesse sentido, distingo duas perspectivas da objetividade factual da regra de reconhecimento:

- a) a primeira perspectiva relaciona-se à sua incerteza e indeterminação, referindo-se à extensão do núcleo de certeza e da zona de penumbra, representando assim uma *tendência*. Portanto, (a.i) quanto mais extenso o núcleo de certeza e menos extensa a zona de penumbra da regra de reconhecimento, maior a tendência de aumento do seu grau de objetividade. (a.ii) Quanto menos extenso o núcleo de certeza e mais extensa zona de penumbra da regra de reconhecimento, menor a tendência de diminuição do seu grau de objetividade;
- b) a segunda perspectiva está relacionada ao conteúdo linguístico utilizado no processo de redução da incerteza e da indeterminação da zona de penumbra, representando uma *constatação*. Portanto, (b.i) quanto maior a precisão do uso compartilhado dos termos linguísticos que se relaciona a esse processo de redução, constata-se aumento no grau de objetividade da regra de reconhecimento. (b.ii) Quanto menor a precisão do uso dos termos linguísticos

compartilhados, constata-se diminuição no grau de objetividade da regra de reconhecimento.

A partir da apresentação dessas duas perspectivas da objetividade factual, torna-se mais clara a análise da repercussão da objetividade factual da regra de reconhecimento na objetividade das regras jurídicas²⁴. Pode-se observar que a tendência à objetividade da regra de reconhecimento não tem uma repercussão efetiva na objetividade das regras jurídicas uma vez que apenas expressa o potencial grau de objetividade daquela regra, e não a efetiva. Por isso, prescinde-se de análise rigorosa.

Da análise da objetividade relacionada ao uso compartilhado dos termos linguísticos no processo de redução da incerteza e da indeterminação da zona de penumbra, pode-se inferir que, uma vez declarada pelo tribunal, órgão ou autoridade jurídica a validade de uma regra jurídica, a objetividade factual da regra de reconhecimento repercutirá reafirmando a objetividade formal daquela regra. Tal regra jurídica será válida e apresentará o elemento formal da objetividade, posto que cumpre os critérios de validade jurídica exigidos. Porém, importa destacar que não haverá repercussão na sua objetividade factual, e isto exige maior explicação.

Os tribunais, órgãos e autoridades jurídicas, no momento de aplicação da regra de reconhecimento, ao se depararem com uma zona de penumbra, devem justificar sua postura reducionista da incerteza e da indeterminação mediante fundamentação argumentativa e racional. E como não existe um método único e preciso que proporcione uma única resposta correta, devem buscar no uso compartilhado dos termos linguísticos elementos para o cumprimento dessa atividade interpretativa, aplicadora e criadora de Direito.

Portanto, uma vez aplicada a regra de reconhecimento, e identificada a validade e o estatuto jurídico de uma determinada regra, esta passa a apresentar a objetividade formal e a possuir ao menos um grau mínimo de objetividade factual, não atribuído pela regra de reconhecimento, mas por sua própria estrutura linguística. Observe, pois, que o elemento factual da objetividade da regra de reconhecimento repercute reafirmando o elemento formal das regras jurídicas, mas não repercute no elemento factual destas.

²⁴ Optei por não proceder à análise da objetividade do Direito fazendo distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos. Nota-se na 1ª edição de *O conceito de Direito* a ausência de um estudo distintivo e aprofundado acerca desses dois elementos. Hart (2007, p. 322) reconhece, no *Pós-escrito*, tal ausência como um defeito da sua obra e esclarece que embora não tenha abordado os princípios de forma detalhada, o fez de passagem. Contudo, ressalto que todas as considerações acerca da objetividade (formal, material e factual) relacionadas às regras jurídicas valem também para os princípios.

Por fim, analisarei a objetividade factual das regras jurídicas válidas. Para tanto, valer-me-ei das conclusões obtidas com a análise da objetividade factual da regra de reconhecimento, por duas razões: (i) as regras primárias e secundárias são regras componentes do sistema jurídico e (ii) ambas são estruturadas em linguagem, possuindo e estando sujeitas aos efeitos da textura aberta.

Nesse sentido, as regras jurídicas possuem tanto um núcleo de certeza quanto uma zona de penumbra, e as extensões destes estão um para o outro numa relação de proporção inversa. Logo, é perceptível a presença das duas perspectivas da objetividade factual, bem como a equivalência da sua estrutura, nos termos aqui apresentados. Assim sendo, pode-se fazer três observações:

- a) a primeira perspectiva se apresenta como uma tendência à objetividade; a segunda, apresenta-se como uma constatação;
- b) a primeira perspectiva refere-se à estrutura linguística da regra jurídica; a segunda, refere-se ao uso compartilhado dos termos linguísticos no processo redução da incerteza e da indeterminação da zona de penumbra;
- c) ambas perspectivas demonstram que a objetividade factual se apresenta quantitativamente, i. e., em graus de objetividade.

3.1.3 Objetividade e conteúdo mínimo do Direito natural

Herbert Hart (2010, p. 86), como John Austin, entendia que sistemas jurídicos desenvolvidos contêm noções fundamentais necessárias e fundadas na natureza comum dos homens. Assim, refletindo sobre generalizações óbvias concernentes à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem, Hart (2007, p. 209) concluiu pela necessidade de certas regras de conduta que qualquer organização social deveria conter para ser viável, afirmando que tais regras são condição necessária para a existência das demais regras sociais, vez que sem estas não haveria nem que se falar em sociedade.

Essas regras básicas foram denominadas conteúdo mínimo do Direito natural, as quais não devem ser entendidas como formas fundamentais em puros termos formais, mas se referenciado a um conteúdo específico, decorrente da finalidade de sobrevivência. Tal conteúdo mínimo é formado por cinco truísmos: (i) vulnerabilidade humana, (ii) igualdade aproximada, (iii) altruísmo limitado, (iv) recursos limitados e (v) compreensão e força de vontade limitadas.

Do fato de se conceber um conteúdo mínimo inerente ao sistema jurídico, considerado condição necessária para sua existência, infere-se que existem regras jurídicas necessariamente vinculadas a esses cinco truísmos, acarretando uma decorrência lógica do seu conteúdo a partir desses truísmos. Ou seja, existem regras do sistema jurídico com conteúdo pré-determinado, vinculado, imune à alteração deliberada dos membros da comunidade jurídica, dada a sua essencialidade para a viabilidade e manutenção da vida social.

O que se pode dizer, então, da objetividade dessas regras jurídicas com conteúdo vinculado as cinco truísmos citados? Bem, a objetividade dessas regras se relaciona ao conteúdo, e não aos critérios de identificação²⁵. Assim, apenas se pode tratar de uma objetividade material, que advém do fato de terem seu conteúdo vinculado ao conteúdo mínimo do Direito natural, mas não de objetividade formal.

Além disso, todas as considerações feitas acima acerca da objetividade factual demais regras jurídicas são também aplicáveis a essas regras jurídicas (básicas) que tem seu conteúdo vinculado ao conteúdo mínimo do Direito natural, pela simples razão de serem estruturadas em linguagem.

3.2 A objetividade da Moral positiva

É importante observar que o conteúdo mínimo do Direito natural é compartilhado tanto pelo Direito quanto pela Moral. Assim, se as regras jurídicas vinculadas ao conteúdo mínimo do Direito natural possuem objetividade material, é inconteste que as regras morais vinculadas a esse conteúdo mínimo também a possuirão.

Nesse sentido, sustento que as regras morais que tem seu conteúdo extraído por dedução lógica das cinco generalizações hartianas referentes à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem possuem objetividade material.

Contudo, tais regras morais não apresentam, como também não apresentam as demais regras pertencentes à Moral positiva, objetividade formal, por duas razões. Em primeiro lugar, a Moral positiva não postula uma regra de reconhecimento como critério de identificação das regras morais válidas. Ou melhor, sequer possui regras secundárias para correção dos três defeitos já apontados em um sistema apenas de regras primárias. Em segundo lugar, mesmo

²⁵ Veja-se que tais regras básicas são condição necessária para se falar em um sistema jurídico, logo, são condição para se postular uma regra de reconhecimento. Portanto, não assiste razão em se submeter tais regras básicas ao exame de validade com base nos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, já que se declaradas inválidas, segundo a exposição teórica acerca do conteúdo mínimo, o sistema jurídico ruiria.

que o tivesse, as regras morais básicas seriam condição necessária para existência da Moral positiva, não estando sujeitas aos critérios de identificação da validade.

Portanto, as regras morais relacionadas ao conteúdo mínimo do Direito natural apresentam o elemento material da objetividade, desde que a Moral positiva seja eficaz. E também apresentam, como o restante das regras que pertencem à Moral, o elemento factual, devido à estrutura linguística de que se servem para a comunicação dos padrões de comportamento.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de Maurício Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. Tradução de Vicente Herrero. México: FCE, 1994.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do Direito**. 5 ed. Tradução de António José Brandão. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada. Atualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

HART, H. L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HART, H. L. A.. **O conceito de Direito**. 5 ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica Ronaldo Porto Macedo e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KRAMER, Matthew H. **Objectivity and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LOSANO, Mário G.. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 5 ed. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. VII-XXXIII.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão técnica de Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**. (Ensaio analítico). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação no Direito**. 2001. 102f. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes Travessoni. **O fundamento de validade do Direito**. Kant e Kelsen. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner. Notas revistas por Eric Desmons. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.