



QUÃO CONVINCENTE É A TEORIA POSITIVISTA DE H.L.A. HART?
(IM)PROCEDÊNCIA DAS CRÍTICAS

HOW CONVINCING IS H.L.A. HART'S POSITIVIST THEORY?
(IM)PROVEMENT OF THE CRITICISMS

Marcos Kauffman

Coventry University, Inglaterra

<https://orcid.org/0000-0002-5465-2368> | <http://lattes.cnpq.br/1758996060255320>

RESUMO: Este artigo discute o sistema legal positivista tal como apresentado por Herbert Lionel Adolphus Hart, que baseou seu trabalho na teoria do positivismo jurídico como afirmado inicialmente por Jeremy Bentham e John Austin. E mais, após analisar contrapontos, principalmente na obra de Ronald Dworkin, este escrito procura traçar cientificamente argumentos a fim de espargir infundadas críticas e leituras equivocadas da teoria hartiana, concluindo por uma avaliação de quão convincente permanece a teoria hartiana, a despeito de tantos debates e críticas sofridas ao longo de mais de quatro décadas.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teorias do sistema legal; Hart e Dworkin.

ABSTRACT: This article discusses the concept of law as presented by Herbert Lionel Adolphus Hart, who has based his work on the theory of legal positivism as stated initially by Jeremy Bentham and John Austin. Moreover, this paper analyses various criticisms to Hart's concept, especially the work of Ronald Dworkin, with the intent to scientifically trace his key arguments in order to sprinkle unfounded criticisms and misreadings of the hartian theory. The paper will conclude with a short assessment as to how convincing is still Hart's concept of law despite the various debates and criticisms which it has subject to over the past four decades.

Keywords: Legal Positivism; Jurisprudence; Legal Philosophy; The Concept of Law; H.L.A. Hart; Theory of Legal Systems; Hart/Dworkin Debate.

1 INTRODUÇÃO SOBRE HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

O positivismo jurídico, nas ideias de Jeremy Bentham e John Austin, ganhou força no século XIX, mas foi com Herbert Lionel Adolphus Hart que, apresentando novas evoluções, esse pensamento atingiu sua maturidade. Bem por isso Hart é considerado o maior nome da doutrina legal, um dos mais citados pela jurisprudência e alguns estudiosos até diriam que ele foi o maior filósofo do direito do século XX¹.

Hart foi Presidente do Colégio de Jurisprudência na Universidade de Oxford (Chair of Jurisprudence at Oxford University) e publicou diversos artigos e livros, incluindo "O Conceito

¹ Alguns estudiosos preferem Hans Kelsen, sem embargo, Hart e Kelsen são dois dos maiores filósofos do direito de todos os tempos. (Gardner, John. Book Review. 121 Law Q. Rev. 329 – 2005, p. 333). "Hans Kelsen e H.L.A. Hart, as duas figuras dominantes da Filosofia do Direito no século XX têm a todos beneficiado com a análise e refinamento de conceitos centrais que anteriormente foram teorizadas, conceitos como autoridade, razões, regras e convenções sistemática." (Leiter, Brian, The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. U of Texas Law, Public Law Research Paper n. 70, Set./2004, pp. 4-5.)



de Direito” “The Concept of Law”², o qual é considerado a base da revolução da filosofia legal positivista que, diga-se de passagem, por muito tempo esteve à deriva.

A teoria de Hart foi dissecada por alguns, analisada e criticada no trabalho de muitos estudiosos. No entanto, apesar de seu impacto imponente na filosofia jurídica, seu trabalho foi e continua alvo de muitas críticas e ceticismo por estudiosos atuais que, em grande parte, tais conclusões são precipitadas, decorrentes, em verdade, de má interpretação de sua obra.³

Nesse sentido, para efeitos desse ensaio, faz-se importante uma rápida análise das teorias que influenciaram Hart, em seguida uma análise básica da teoria hartiana como foi descrita no livro de 1961 *The Concept of Law*, incluindo a versão publicada postumamente em 1994 “*Postscript, The Concept of Law*”; tecendo análise de suas principais críticas, para, finalmente, concluir pela validade ou não da teoria hartiana nos dias atuais, como profundo conhecedor e formulador de uma teoria normativa, que inclui regras e princípios como reguladores das complexas relações sociais e políticas⁴. Nessa análise, começemos no tópico que se segue pela notícia sobre o positivismo clássico.

² Discorrendo sobre as características da condição humana e a capacidade de apreensão legislativa, observa Hart que “trabalhamos em duas desvantagens em sua regulação: a primeira, a nossa relativa ignorância da verdade; a segunda é a nossa indeterminação relativa do objetivo. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado apenas por um número finito de recursos, e isso junto com todos os modos em que eles poderiam combinar eram conhecidos por nós, então, poderia prever com antecedência para todas as possibilidades. Poderíamos fazer regras perenes, com a aplicação de que aos casos particulares nunca seria necessária uma nova análise, tudo poderia ser conhecido, e por tudo, desde o que podia ser conhecido, algo poderia ser feito e previamente especificado pela regra. Este seria um mundo adequado para um tipo de jurisprudência mecânica”. Todavia, o mundo permanece indecifrável em sua plenitude diante das múltiplas possibilidades interpretativas. (Hart, H.L.A. *The Concept of Law The Postscript* - second edition 1994, first edition 1961, third edition. Ed ed.P. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 2012, p. 128).

³ “Dworkin é muitas vezes criticado por ter atribuído a Hart uma visão altamente implausível, ou seja, que a lei consiste unicamente de regras, não de princípios. Quando Hart falou apenas de regras legais, geralmente aponta-se em defesa que ele não quis dizer, para destacar apenas, ‘tudo ou nada’. (...) Ele simplesmente pretende referir-se a normas que são obrigatórios em um determinado sistema jurídico e têm como função a orientação e avaliação de conduta. Assim, aquelas críticas não são inteiramente justas. Entendido caridosamente, a atribuição de Dworkin à Hart foi um exercício de interpretação. Nesta leitura, Dworkin não estava relatando tudo o que realmente disse Hart; em vez disso, ele foi tentando explicar doutrina da forte apreciação do Hart, atribuindo-lhe uma visão que ele nunca expressou. Dworkin perguntou o quê fez Hart acreditar que os juízes não são obrigados por lei em casos difíceis, apesar do fato de que eles apelam para princípios para resolver tais casos? Pensou ele em resposta que Hart não acreditava que estes princípios são parte da lei. Se a lei contém apenas regras, não há o que fazer quando as regras “acabam”, assim é a lei. Embora a interpretação de Dworkin de Hart seja justa, eu não acho que isso seria a melhor explicação para a teoria da discricção judicial de Hart. Seu maior defeito decorre do fato de Hart ter oferecido, explicitamente, uma explicação muito diferente e muito mais plausível para sua doutrina da forte discricção. Segundo Hart, a discricção judicial é uma condição necessária subproduto da indeterminação inerente de orientação social. É impossível, Hart argumentou, transmitir aos outros padrões de conduta que se instalam em qualquer contingência antecedente.” (Shapiro, Scott J., *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007, pp. 15-16).

⁴ Hart, H.L.A. *Concept of Law, Postscript*, 2012, p. 66.



1.1 METODOLOGIA

Em um segundo tópico da introdução se aponta a metodologia empregada na pesquisa. Salutar verificar que o positivismo jurídico, escola da qual se partem as pesquisas, foi toda talhada com base na metodologia hipotético-dedutiva, muitas vezes referida como método dedutivo, é uma abordagem de pesquisa que se baseia na formulação de hipóteses específicas e na dedução lógica para testar essas hipóteses por meio de evidências empíricas.

Então, o artigo com a hipótese de que Herbert Hart desempenhou um papel significativo na evolução e maturação do positivismo jurídico, apresentando novas perspectivas que contribuiriam para o desenvolvimento dessa corrente de pensamento.

Não menos importante foi a revisão da literatura e contextualização da literatura relacionada ao positivismo jurídico, abordando as contribuições de pensadores como Jeremy Bentham e John Austin, contextualizando o leitor sobre as influências e o contexto em que Herbert Hart desenvolveu suas teorias.

Então é fácil constatar, sob a ótica metodológica, ao abordar o positivismo clássico de Bentham e Austin, formula a hipótese de que suas teorias possuem limitações, especialmente no que diz respeito à explicação de certas leis que não se encaixam no modelo de comando e sanção. O artigo também aborda críticas e debates em torno da teoria hartiana, o que sugere a formulação de hipóteses sobre a validade e aplicabilidade contínua da teoria de Hart nos dias atuais. Ao final do artigo, no presente artigo se conclui sobre a validade ou não da teoria hartiana nos dias atuais, com base em sua análise e nas hipóteses formuladas ao longo do texto.

Em suma, a metodologia hipotético-dedutiva permeia todo o artigo, desde a formulação de hipóteses iniciais até a análise crítica, a apresentação da teoria, e a conclusão sobre a validade da teoria de Hart. Esse método proporciona uma estrutura lógica para a investigação e análise da teoria jurídica em questão.

2 POSITIVISMO CLÁSSICO

Alguns princípios do positivismo jurídico têm suas raízes na obra de filósofos políticos, como Thomas Hobbes e David Hume, no entanto os estudos formulados por Bentham e Austin foram as primeiras fontes de literatura no assunto e como tal, este foi o ponto de partida do conhecimento jurídico na qual Hart mergulhou a fim de ampliar a sua compreensão a fim de lançar posteriormente seu profundo olhar sobre a realidade jurídica.



Bentham procurou explicar a lei como norma jurídica⁵ objetiva em termos que não se confunde o que a lei "é" com o que a lei "deveria" ser. Sua teoria contesta a existência de uma conexão necessária entre moralidade e direito, devido aos valores morais serem subjetivos e, portanto, a leis com base em tais valores seriam incertas e incoerentes. Assim, Bentham defendeu que a lei poderia ser descrita separadamente de qualquer referência à moral ou qualquer outro critério evolutivo, assim não estava preocupado com a descrição ou apontando para a lei mais correta, mas só o fato de que a lei existe e controla o comportamento da sociedade. Portanto Bentham descreve as leis como *"... um conjunto de sinais declarativos.....concebido ou adotado pelo soberano em um Estado...a respeito da conduta a ser observada...por uma certa classe de pessoas..."*.⁶ Assim tal definição envolve quatro elementos distintos: (i) os comandos do Estado soberano, (ii) comunicados aos cidadãos e oficiais, (iii) que requer uma ação ou exige restrição da ação, (iv) sanções.

O trabalho de Bentham foi seguido por seu célebre aluno John Austin que, por sua vez, desenvolveu o trabalho de seu mestre e criou uma visão mais popular da Teoria de Comando (em inglês, "Command Theory"),⁷ vindo a apoiar a visão positivista definida por

⁵ Atualmente se conhece que "norma jurídica é uma locução ambígua. (...) A questão de a quem compete criar normas, a resposta vai depender do sentido atribuído a esse termo. Se for norma entendida como documento normativo - texto de direito positivo - será aquele sujeito prescrito como competente pelo próprio sistema de direito positivo, pela norma jurídica de competência. Possuem tal aptidão, não só o legislador, para editar normas gerais e abstratas ou concretas que a todos obrigam, como os agentes da Administração Pública, os juizes e os particulares. Noutro sentido, porém, tomando norma jurídica como significação construída na mente do intérprete, pouco importa o sujeito competente. Isto porque, nesta acepção, criar normas significa interpretar, atribuir sentido aos textos de direito positivo, tomar ciência de que 'diante do fato F, deve ser a consequência R, onde serão prescritos direitos e deveres.' (...) "O direito, sendo linguagem, pressupõe interpretação." (GAMA, Tácio Lacerda. Obrigação e crédito tributário: anotações à margem da teoria de Paulo de Barros Carvalho. Revista Tributária e de Finanças Públicas 11 (50), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 104).

⁶ *"... An assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to such power: such volition trusting for its accomplishment to the expectation of certain events which it is intended such declaration should upon occasion be a means of bringing to pass, and the prospect of which it is intended should act as a motive upon those whose conduct is in question."* Em tradução livre, as leis formariam "... um conjunto de sinais declarativos de uma volição concebida ou adotada pelo soberano em um país, sobre a conduta a ser observada em um determinado caso, por uma determinada classe de pessoas, que são ou deveriam ser objeto de tal poder: tal vontade confiado para a sua realização com a expectativa de certos eventos que se destinam tal declaração deve, em certas ocasiões, ser um meio efetivo, e a perspectiva de que se destina deve agir como um motivo àqueles cuja conduta está em questão." O texto é cópia por Wakefield de um panfleto anônimo do Museu Britânico, intitulado Esboço de uma Proposta de "Colonizing Australasia, & c. (np)" e traz a inscrição na caligrafia de Bentham: Jeremy Bentham/13 de julho de 1829/ recebeu de autor desconhecido, sem nota de acompanhamento". (Bentham, Jeremy. Critical assessments of leading political philosophers. First published, London: Edited by Routledge. 1993, p. 31).

⁷ O positivismo jurídico é a tese de que a existência e conteúdo da lei dependem de fatos sociais e não a aplicação per se, do seu texto frio ou pelos seus próprios méritos. O jurista Inglês John Austin (1790-1859) formulou assim a teoria de comando: "a existência de lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é



Bentham, segundo a qual a lei não depende de quaisquer valores morais. Austin tinha muito a dizer sobre a política superior que ele chamou de "soberana". O soberano funcionava em uma sociedade política independente, emitindo os comandos que eram válidos porque a maior parte da sociedade tinha o hábito de obediência. Austin descreveu este hábito de obediência como "fato político" que seria gerado através de admiração ou medo.

Portanto, Austin descrevia leis como comandos emitidos pelo todo-poderoso soberano e acompanhadas de sanções. O descumprimento dos comandos seria, segundo seu pensamento, seguido por uma punição de algum tipo. A aplicação de sanções, de acordo com Austin, é uma característica fundamental e necessária do direito, uma vez que seria a única razão para obedecer às leis.⁸ Eis os fundamentos do positivismo clássico: a lei atrelada a um comando que deve ser seguido pelo jurisdicionado.

3 A CRÍTICA DA TEORIA DE COMANDO (THE COMMAND THEORY) CONCEBIDA POR HART

Hart defendia que várias leis não seguem o padrão descrito pela teoria de comando; em casos pontuais seria descabida a descrição usada por Bentham e Austin, pois não seriam comandos apoiados por uma ameaça de punição, citando como exemplo leis contratuais, administrativas e de procedimentos em geral⁹. Nesse sentido também são as leis processuais e sobre o procedimento legislativo, que não observam o referencial punitivo, mas apenas, por vezes, a sumarização de um ônus pela omissão, por vezes, nem isso. Ainda, não se pode esquecer que a legislação, no mais das vezes, é tomada por hipótese e, em sendo realizado o ato de outra forma, mas que atinja a finalidade, pode ser dado como válido, o que revela que o comando legal pode não ser necessariamente seguido e, ainda assim, nenhuma penalidade tenha sido atrelada ao descumprimento.¹⁰

outra; quer se queira ou não. A aplicação da lei é um inquérito; se o intérprete autêntico quiserá aplicar ou não um padrão assumido é outra questão. E mais, uma lei que realmente existe está sujeita a um texto que admite regularmente a nossa aprovação ou desaprovação." (Austin, John (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, Lecture I. Ed. W.E. Rumble, 1995, p. 157). Em suma, "a aplicação da lei comporta um comando, ou seja, a expressão do desejo de que os outros se comportam de um modo particular." (Dworkin, Ronald M. *The Model of Rules*. Chicago: The University of Chicago Law Review. Vol. 35:14, 1967-1968, p. 18).

⁸ Austin, John (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, Lecture I. Ed. W.E. Rumble, 1995, p. 157.

⁹ *The Concept of Law*, pp. 91-92.

¹⁰ A lição é atual, tanto que o princípio da instrumentalidade das formas é largamente utilizado nos Tribunais. Nesse sentido, já tivemos oportunidade de escrever que: "A justiça não deve ser adiada, mas ministrada o quanto antes ... E que não se aleguem defesas de nulidade processuais, pois o efeito da instrumentalidade deve orientar [sempre quando possível] o afastamento do rigorismo processual exagerado em face do nítido direito material". (SOARES, Marcelo Negri. *Constituição, devido processo*



Hart também apontou que, em leis gerais de natureza pública, como o direito administrativo ficariam fora da descrição dos comandos apoiados por sanções. Ele também contestou a visão colocada por Austin de um soberano de uma forma todo-poderoso acima da lei, dando o exemplo de leis que devem ser obedecidas pelo soberano, como o processo de criação de novas leis que se seriam obrigatórias para o soberano. Outro ponto feito por Hart foi que a teoria de comando fica aquém em descrever as leis consuetudinárias como estas não se originam como um comando do soberano. Em conclusão, Hart desafia a noção de hábito da obediência como defeituosa, dando o exemplo de Rex I e Rex II. Quando Rex I morre e Rex II assume não há necessidade de um padrão de obediência se formar antes que Rex II seja reconhecido como o soberano, se fosse esse o caso, não haveria nenhuma lei até que o padrão de obediência fora estabelecido.

Estas ‘falhas’ levaram Hart a elaborar sua própria teoria do direito e uma base inteiramente nova para o positivismo com o âmbito de descrever o conteúdo de um sistema legal sem referência para critérios morais.

4 HART E SEU CONCEITO LEGAL - “THE CONCEPT OF LAW”

Hart enfatizou sua visão positivista com “O conceito da lei”, porém ao contrário dos positivistas clássicos anteriores, ele se concentra nos fenômenos sociais, abrangendo elementos na esfera social que seus antecessores não entendiam ou simplesmente ignoravam e afirmou que existem certas regras que qualquer organização social deve seguir para ser viável.

Em termos, Hart concordava com Austin em dois pontos: i) a valorização do fato de que onde há lei, haverá conduta humana feita em algum sentido obrigatório; e ii) Hart também se recusou a admitir uma conexão entre direito e moralidade, em sua opinião, apesar de reconhecer que existam muitas conexões contingentes entre direito e a moral, ele defendia que não existem conexões necessárias para a existência de leis.¹¹

legal e coisa julgada no processo civil. 1. Ed. – São Paulo: Artemis Editora & Art Mutatis Mutandis, 2015, p. 106).

¹¹ Hart, H.L.A. Concept of Law, Postcript, 1994, p. 268.



Assim, Hart defendeu a “Tese da Separabilidade” que é a base do positivismo legal¹² como válida e importante para sua teoria. No entanto, Hart acreditava que um sistema legal deveria apresentar-se em harmonia com a moralidade e a justiça.¹³

Enfim, a conduta de qualquer sociedade tem uma base em “verdades” elementares ao convívio humano, seu ambiente e os objetivos reconhecidos na sociedade em que inserido. Para Hart certas verdades elementares são consideradas o conteúdo mínimo do direito. Assim Hart afirma que sem o conteúdo mínimo as leis e morais de certa sociedade não seriam aceitas por não transmitir o propósito mínimo de sobrevivência entre membros desta sociedade. Assim, portanto, “os homens, como eles são, não teriam nenhuma razão para obedecer voluntariamente quaisquer regras”.¹⁴

A teoria hartiana é composta de um sistema de regras primárias e secundárias.¹⁵ Regras primárias são regras sociais controlando o comportamento de membros da sociedade, tais como apresentadas no último parágrafo, que a maioria da sociedade segue apenas em razão e em função do sucesso desta mesma sociedade, ao invés de medo ou sanções, como no caso da Teoria de Comando. Hart identifica essas regras primárias como falhas ou de âmbito limitado e propõe que tais regras devem ser combinadas ou suplementadas com as regras secundárias que especificam as formas em que as regras primárias podem ser introduzidas, identificadas, variadas e eliminadas.

A possibilidade da violação dessas regras também deve ser levada em consideração. Assim, Hart identificou três falhas ou limitações nas regras primárias como apresentadas pelas teorias positivistas anteriores. i) a incerteza; ii) caráter estático; e iii) ineficiência. Hart então propõe as regras secundárias, a fim de resolver as falhas nas regras primárias e ele define tais regras também em três partes; i) regras de reconhecimento; ii) regras de mudança; iii) as regras de adjudicação.¹⁶

A regra de reconhecimento (em inglês: *The rule of Recognition*) é destinada a lidar com a falha de incerteza, tal regra irá especificar alguma característica ou características pela

¹² Separability Thesis – Teoria da separabilidade é a teoria do positivismo legal que defende que lei e moral não possuem uma conexão direta, como oposição daquilo que propagam outras escolas filosóficas como os naturalistas como por exemplo São Tomás de Aquino e Professor John Finnis. (Leiter, Brian. *Positivism, Formalism, Realism*. Published by: Columbia Law Review Association, Inc. *Columbia Law Review* 99, pp, 1138-1164, n. 4, May (1999), p. 1142). Neste ensaio o Professor Leiter questiona análise jurídica de Sebok em seu artigo a seguir referenciado: Sebok, Anthony. *Legal, Positivism*. in *American Jurisprudence*. New York: Cambridge University Press, 1998. pp. 327 e ss.

¹³ Hart, H.L.A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* 4 *Harv. L. Rev.*, 71, pp. 593-629.

¹⁴ Hart, H.L.A. *Concept of Law, Postscript*, 1994, pp. 89 e 194-195.

¹⁵ A definição de normas primárias e secundárias é muito utilizada em lições doutrinárias para entendimento do sistema normativo. Paulo de Barros Carvalho, ao se referir às fontes formais, utiliza o qualificativo de instrumentos introdutórios de normas. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 43).

¹⁶ Hart, H.L.A. *Concept of Law, Postscript*, 1994, p. 90-92.



qual uma regra sugerida é tida como uma indicação afirmativa conclusiva de que esta é uma regra legalmente válida em certa sociedade. Tal regra poderia ser no formato de "uma lista oficial ou o texto das regras ... em um documento escrito ou esculpida em algum monumento público"; ou, no caso de jurisdições de direito comum, pode ser uma forma de "*algumas características gerais possuídas pelas regras primárias*". É importante destacar que Hart é classificado como positivista inclusivo, tal leitura foi concebida devido ao fato que seu conceito da regra de reconhecimento não aceita nenhuma ligação necessária entre leis e morais, porém Hart acreditava que se incorporados¹⁷ como parte das características ou critérios para identificação, considerações morais podem fazer parte das leis, como por exemplo na Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁸

Hart, em seguida, passou a apresentar as regras de mudança (em inglês: *The Rules of Change*), para sanar os defeitos de "estática" como tal regra é o que capacita um indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas regras primárias e eliminar as velhas regras. Hart ofereceu uma explicação no sentido que existe uma ligação muito estreita entre regras de mudança e a regra de reconhecimento, pois as regras de mudança fazem parte das de reconhecimento no sentido de que a posterior faz menção a anterior como uma das características de identificação legal.

Finalmente, as regras de adjudicação (em inglês: *The Rules of Adjudication*), devem resolver as falhas de "ineficiência", de acordo com a teoria de Hart, indivíduos teriam o poder de fazer determinações de autoridade a questão de saber se, em uma ocasião certa regra primária foi quebrada. As regras de adjudicação caminham lado a lado com as regras de reconhecimento como essa também será parte integral no funcionamento do sistema legal no que diz respeito a identificação de regras primárias através das decisões dos tribunais. Portanto, as regras de reconhecimento estão presentes em ambos os outros tipos de regras secundárias e são vitais para a existência do sistema legal de Hart.

Após esta breve exposição da teoria hartiana, atenção será dedicada para algumas das áreas onde ela instigou vários debates e críticas.

5 DEBATES E CRÍTICAS DA TEORIA HARTIANA

Desde de sua publicação o Conceito de Direito (original: *The Concept of Law*) tem sido debatido e criticado por vários livros especializados, revistas e artigos. No entanto a tarefa de

¹⁷ Hart, H.L.A. *Concept of Law*, Postscript, 1994, p. 250-254.

¹⁸ The Constitution of the United States, Amendment 1. (Blasi, Vincent. *The Checking Value in First Amendment Theory*. In: *Law & Social Inquiry* - Chicago: Journal of the American Bar Foundation, Volume 2, Issue 3, July 1977, pp. 521-649).



descrever a essência de um debate ou destacar críticas filosóficas pode ser muito complicada, e isso se deve por várias razões. Por exemplo, como em qualquer debate, parcelas dos participantes podem não concordar sobre o assunto que está sendo discutido; por outro lado, parcela dos participantes pode adotar posição condicional, posto que, uma vez adotadas algumas premissas, então poderiam vir a concordar com o posicionamento explicitado pelo debatedor ou palestrante. Fato é que nem sempre essas premissas são as mesmas. Isto é, se um lado pode estar firmemente convencido de que a questão assim é se X é verdadeiro, enquanto o outro supõe que a questão assim é se Y é verdadeiro. Notoriamente, o debate Hart-Dworkin começou apenas em tal nota.

Em "O Modelo de Regras I" (título em inglês: "The Model of Rules I"), Dworkin afirmou que a disputa entre ele e Hart era a respeito do sistema legal como um modelo de regras.¹⁹ Porém, Hart nunca defendeu que um sistema legal é simplesmente um modelo de regras (no mesmo sentido da "regra" usado por Dworkin).²⁰

Outra dificuldade com debates filosóficos é que, ao contrário de debates formais, eles não são sobre apenas um tema. Tudo de um modo o outro acaba ligado a tudo, portanto controvérsias filosóficas podem variar e mudar ao longo das diversidades de assuntos e aspectos diferentes, mas que no fim estão todos relacionados. Assim, por exemplo, o debate de Hart e Dworkin ocorreu em temas como o da existência de discricção judicial,²¹ o papel da

¹⁹ Hart salienta: "uma regra nunca pode ser obrigatória apenas porque alguma pessoa com poder físico quer que seja assim. Ela deve ter autoridade para emitir a regra ou não é regra, e essa autoridade só pode vir de outra regra que já é obrigatória para os destinatários jurisdicionados. Esta é a diferença entre a lei válida e as ordens de um homem armado." (In: Dworkin, Ronald M. *The Model of Rules*. Chicago: The University of Chicago Law Review. Vol. 35:14, 1967-1968, p. 20.)

²⁰ Hart aceita culpa por parte da confusão: "Muito do crédito é devido à Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância de princípios legais e seu papel no raciocínio jurídico, e certamente foi um grave erro da minha parte não ter destacado a sua força, embora não-conclusivo." Mesmo assim ele descredita a interpretação de Dworkin e seu ponto de vista: "Mas eu certamente não fiz no meu uso da palavra reivindicação" de regra "que os sistemas jurídicos compreendem apenas 'tudo ou nada', normas ou regras." H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, eds. Penelope Bulloch and Joseph Raz (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 263.

²¹ Dworkin, Ronald. "Judicial Discretion". *The Journal of Philosophy*. Vol. 60, No. 21. Philadelphia: American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting. (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.



política na adjudicação, os fundamentos ontológicos das regras,²² a função da lei,²³ a natureza da inferência legal,²⁴ a objetividade dos valores²⁵ e a imprecisão de conceitos.²⁶

Uma última consideração a respeito dos debates filosóficos seria que eles normalmente são alvos móveis e muito ariscos, pois filósofos são extremamente ágeis e mudam suas posições para acomodar as objeções e críticas de seus oponentes, em prejuízo de adaptações para atender mudanças sociais. Um exemplo é a versão de positivismo jurídico que Dworkin ofereceu em 1967, radicalmente diferente da versão apresentada em 1986. Qualquer descrição de um debate ou críticas neste caso, deve, portanto, tentar capturar a essência da polemica e discussão de um modo geral. Com esse desafio em mente, a análise dos debates e críticas à teoria hartiana podem ser divididas em três seguimentos principais a serem discutidas em turnos; i) um sistema legal baseado em regras (termo *lato sensu*, o que inclui a norma, com regras *stricto sensu* e princípios); ii) a regra de reconhecimento (Tese *Pedigree* ou convenção como origem da autoridade da lei perante a sociedade); iii) a tese da separação entre lei e moral e o criticismo da metodologia Hartiana.

5.1 UM SISTEMA LEGAL BASEADO EM REGRAS

Hart defendeu que as leis são um sistema de regras baseadas em fatos sociais, tais regras são, como mencionado acima, divididas entre regras primárias (que podem conter

²² “A distinção relevante aqui foi originada nos estudos de Bentham e Austin entre a moralidade positiva e crítica; moralidade positiva sendo convenções sociais criadas pelo homem (e, portanto, possivelmente, no campo do direito civil) e moral crítica aos padrões pelos quais essas convenções sociais são julgadas. Hart usando mais tarde a distinção entre Lei, Liberdade e Moralidade contra a equação de consenso público com a moralidade, a fim de mostrar que o consenso público em si, pode abrigar o preconceito, a falta de lógica, a repetição de pontos de vista e assim por diante. Esta distinção é presente em todo escritos de Dworkin. Ao falar sobre a Seriedade dos Direito, ele critica a regra convencional da teoria do reconhecimento, em seu segundo ataque contra o modelo de regras (o modelo das Regras II).” (Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Stanford: Stanford University Press, third edition, 2013, p. 127).

²³ Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*, p. 93 e Hart, H.L.A. *Concept of Law*, p. 249.

²⁴ Dworkin, Ronald. “The Model of Rules I,” p. 41. Hart, H.L.A. *Concept of Law*, Chs. 5 and 6, pp. 79-123.

²⁵ Vide: Dworkin’s “On Objectivity and Interpretation,” in *A Matter of Interpretation*, *Law’s Empire*, 76–86. Dworkin’s “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It,” *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996): 87–139. Hart, H.L.A. “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream,” in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 139–40. Hart, H.L.A. “Legal Duty and Obligation,” in *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982) 149, 159.

²⁶ Com proveito, sobre a imprecisão de conceitos: Dworkin, Ronald. “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” reprinted in *A Matter of Principle* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985), p. 101 e ss. e tb. Dworkin, Ronald. “On Gaps in the Law,” in *Controversies about the Law’s Ontology*, editions Neil MacCormick & Paul Amselek (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), pp. 84–90 e Hart, H.L.A. *Concept of Law*, Postscript, 2012, pp. 123–36. Ainda: Raz, Joseph. “Legal Reasons, Sources and Gaps,” in *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), and Timothy Endicott’s *Vagueness in Law* (Oxford: Clarendon Press, 2000), esp. Chs. 4 and 8, p. 40 e ss.



defeitos) e regras secundárias que são formais e introdutórias, mas que também, de acordo com Hart, são vocacionadas a resolverem os defeitos das regras anteriores. No entanto, Ronald Dworkin discordava desta versão e defendia que o sistema de regras como proposto por Hart é falho devido ao fato de ser baseado somente em regras e não considerar princípios legais que em sua opinião eram cruciais.

Dworkin defendia que os juízes não decidem casos tendo como base as regras secundárias, eles baseiam as suas decisões nos recursos disponíveis e dá respostas de acordo com esses recursos. Ele afirma que quanto às decisões judiciais, os magistrados permitem-se, como todo ser humano, pautar-se instintivamente por suas próprias convicções para buscar a melhor interpretação da lei a ser aplicada ao caso concreto.

E continua Dworkin, “as reinterpretações progressivas e transformações são muito mais complexas do que descrevi nos estudos preliminares, isso porque a evolução faz com que cada intérprete construa um novo rearranjo prático à medida que analisa situações similares, alcançando interpretação diferenciada na última análise.”²⁷

Assim, de acordo com Dworkin, um julgamento vai além de regras; inclui opiniões, critérios morais e valores sociais; essa é a base da tese de coerência (em inglês: *The Coherence Thesis*) defendida por Dworkin (leis são uma combinação das regras escritas e identificadas em fontes como legislação, junto com a melhor interpretação e justificativa moral).

O exemplo do caso Americano da jurisdição de Nova York, *Riggs v Palmer*,²⁸ foi usado por Dworkin para demonstrar esse ponto. A questão neste caso era se o neto que havia assassinado o avô poderia herdar com base no testamento deixado pelo falecido. O ingrediente importante no julgamento é que ficou apurado que o motivo do assassinato era herdar o dinheiro antes que seu avô pudesse modificar formalmente o testamento, já que em vida o testador havia mudado de ideia e disse que queria excluir o neto da herança. De acordo com a lei disponível na jurisdição e na data dos fatos, o neto teria o direito garantido à herança. No entanto, a maioria dos Juízes decidiram que o princípio de direito comum, que “nenhum homem deve lucrar do seu próprio crime ou tirar vantagens de sua própria torpeza”, deveria ser interpretado com as disposições legais aplicáveis, resultando no indeferimento da herança. Neste caso, um resultado indesejável da lei explícita foi evitado pelo uso de um princípio legal, esse princípio, por sua vez, sendo usado para sugerir que aqueles que tinham

²⁷ Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 74.

²⁸ Case: *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).



adotado as disposições pertinentes nunca adotaram tal lei para favorecer uma pessoa nas circunstâncias do caso acima.

Mesmo se visto como convincente à primeira vista, o argumento de Dworkin é muitas vezes criticado, pois atribuiu a Hart uma visão altamente implausível, ou seja, que a lei consiste apenas de regras, nunca de princípios. Quando Hart faz menção a regras e normas legais, ele não quis destacar apenas regras rígidas "tudo ou nada" que não podem entrar em conflito, pelo contrário sua referência era a respeito de normas que são obrigatórias em um determinado sistema jurídico e têm como função a orientação e avaliação de conduta. O termo regra, para Hart, é empregado em sentido amplo, contemplando os princípios.

Portanto essa crítica apresentada por Dworkin não parece justa, pois é baseada na atribuição à Hart de uma versão interpretativa restrita na visão de Dworkin, na qual ele não estava relatando o que Hart realmente disse, em vez disso, ele tentava explicar a doutrina hartiana atribuindo a ela uma visão nunca manifestada por Hart. O maior defeito do ponto exposto por Dworkin decorre do fato de que Hart ofereceu explicitamente uma explicação diferente e, ao mesmo tempo, muito mais plausível. Segundo Hart, em havendo duas ou mais soluções possíveis no Ordenamento Jurídico, igualmente válidas, a opção é do julgador, conforme conclui sua doutrina da forte discricionariedade. Neste aspecto, cabe o julgamento discricionário, optativo do magistrado, para solucionar o caso por uma ou por outra decisão contida no sistema legal. Notadamente que no Ordenamento Jurídico existem tanto as regras como os princípios, razão pela qual o caso *Riggs v Palmer* é solucionado e contemplado na doutrina de Hart. Antes de excepcionar os seus ensinamentos, pelo contrário, a doutrina da forte discricionariedade acaba por confirmar a teoria positivista de Hart.

Segundo Hart, a discricionariedade judicial é um subproduto necessário da indeterminação inerente de orientação social. Hart afirmou que é impossível transmitir todas as contingências de antecedência a todos os padrões de conduta possíveis. Assim, a orientação pelo precedente é imperfeita porque, embora a localização do exemplar se faça por critérios de identificação, a norma pertinente que se diz semelhante, verdadeiramente não é e, sob o ponto de vista temporal e dos valores sociais. Neste caso, embora o bom senso possa eliminar certos padrões de similaridade, sempre haverá um bom número de normas conflitantes que parecem mais ou menos razoáveis e, no mais das vezes, podem gerar pontos de ligação impróprios, no mais das vezes, por ser de aplicação quase automatizada e, assim, imperceptível ao intérprete.

Por fim, considerando a orientação pela legislação, podemos resolver algumas destas dúvidas. Hart defendeu que não podemos eliminar a utilização de termos gerais nos estatutos legais, e ele atribuiu tal característica à "textura aberta" da linguagem que limita a capacidade



de orientação que pode ser proporcionada pela linguagem”²⁹. Novamente, quando as normas são construídas com termos de “textura aberta”,³⁰ a criatividade do julgador pode apontar para um leque maior de aplicação, fazendo com que apareçam mais situações de aplicação discricionária.

Portanto, a doutrina de Hart sobre a discricionariedade judicial não se baseia em um modelo de regras, mas sim em um quadro de leis que privilegia atos sociais de orientação da autoridade na construção da decisão judicial. Para Hart, uma norma jurídica é um padrão que foi identificado e selecionado como ligação por algum ato social, seja uma diretiva especial, a promulgação legislativa, uma decisão judicial, uma decisão administrativa, ou mesmo um costume social. A discricionariedade judicial é inevitável porque é impossível que regras baseadas em fatos sociais definam padrões capazes de resolverem todas as questões possíveis. Daí a necessidade, não somente de regras, mas dos princípios e outras normas de textura aberta, tudo conforme contemplado pelas teorias de Hart.

Em conclusão, fica evidente que nunca houve um debate real entre Hart e Dworkin no que diz respeito a se direito contém princípios, assim como regras, o debate se trata de uma interpretação restrita de Dworkin, a qual Hart nunca se posicionou de forma explícita ou implícita. Portanto, a teoria hartiana segue ilesa no que diz respeito a esse tipo de debate.

5.2 REGRA DE RECONHECIMENTO

A Regra de Reconhecimento foi amplamente debatida por não positivistas, bem como positivistas. A controvérsia principal está em se afirmar se a validade legal se esgotaria na referência às regras de reconhecimento e assim, perder-se-iam outras formas de reconhecimento legal. Por exemplo, em um de seus argumentos principais,³¹ Dworkin acusava Hart de tratar a regra de reconhecimento como uma questão simplesmente histórica ou de *pedigree*, por exemplo *"Se aprovada pelo Parlamento e receber a aprovação real..."* qualquer regra se tornaria lei. Assim segundo Dworkin, Hart tinha em mente questões de

²⁹ "Em todos os campos de experiência, não só que de regras, não há um limite, inerente à natureza da linguagem, com a orientação que a língua geral pode fornecer. Haverá casos manifestos constantes e recorrentes em contextos similares aos que expressões gerais serão claramente aplicadas ... mas também haverá casos onde não está claro se elas se aplicam ou não." É um ônus necessário. (Hart, H.L.A. *Concept of Law*, Postscript, 2012, p. 123).

³⁰ A orientação direta pela legislação pode resolver algumas dúvidas, mas Hart sustentou que a utilização legislativa da "textura aberta" da linguagem favorece a resolução de maior número de casos e também se amolda melhor à mutação dinâmica da sociedade. (Leia mais sobre a teoria da textura aberta: Shapiro, Scott J., *The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed*. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007, p. 16).

³¹ Dworkin, Ronald. "The Model of Rules I," p. 17.



pedigree no que diz respeito a regras de reconhecimento. Esse argumento é conhecido como a *Tese Pedigree*.³²

A *Tese Pedigree* é dividida em duas partes. Na primeira uma constatação negativa: em qualquer comunidade em que vige um sistema legal não existe uma regra principal para distinguir uma regra legal de uma não legal (i.é, apenas moral). Na segunda uma afirmação restritiva: a regra para valer requer que seja investida de autoridade, ou seja, que os critérios de elaboração que conferem a legalidade, previstos pela regra principal do sistema legal, podem referir-se somente a fatos sociais que determinam se a regra tem o "*pedigree*" necessário. Sob este último aspecto, tal regra pode, por exemplo, exigir que leis relativas a certos assuntos devem ser promulgadas exclusivamente pelo legislativo por maioria de votos, ou pode reconhecer as ações de outros órgãos, como tribunais ou órgãos administrativos. A regra principal de qualquer sistema legal, no entanto, não pode definir critérios de legalidade que se referem a moralidade. Em verdade, Dworkin usou a *Tese Pedigree* para tentar capturar a doutrina da Regra de Reconhecimento hartiana.³³ No entanto, sua interpretação mais uma vez difere da interpretação positivista que por exemplo, não encontra nenhuma evidência de que Hart impõe uma exigência de alguma forma de *pedigree* na Regra de Reconhecimento; ao contrário, Hart permite que os critérios de legalidade façam referências explícitas a considerações morais³⁴ uma característica também conhecida como positivismo inclusivo. Nesse sentido, repudia-se o engessamento hermenêutico e permite-se a oxigenação do sistema de referência para julgamento dos casos nos tribunais, à luz de uma interpretação mais consentânea com a elasticidade da interpretação fática, mais rente aos movimentos sociais.

A *Tese Pedigree* se mostra falha, segundo Shapiro,³⁵ pois, para Hart, a regra de reconhecimento é uma regra "social", ou seja, uma convenção entre os juízes para tratar certas regras dotadas de autoridade. A *Tese Pedigree*, no entanto, não coloca nenhuma exigência social sobre a regra principal e assim permite que um teste para a legalidade possa satisfazer a *Tese Pedigree* e ainda não ser uma regra de reconhecimento no sentido dado por Hart. Seja como for, Dworkin sugere que a *Tese Pedigree* e, portanto, a Regra de Reconhecimento, devem ser rejeitadas por duas razões. Primeiro, princípios legais por muitas vezes possuem caráter obrigatório para os juízes, simplesmente por causa de suas

³² Shapiro, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007, p. 7.

³³ Dworkin, Ronald. "The Model of Rules I", p. 39.

³⁴ Hart, H.L.A. Concept of Law, Postscript, 1994, p. 204.

³⁵ Shapiro, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007, p. 7.



propriedades morais e não por causa de seu *pedigree*. Segundo, mesmo quando esses princípios são obrigatórios por força de seu *pedigree*, não seria possível formular uma regra de reconhecimento estável, que escolhe um princípio baseado no seu grau de apoio institucional.³⁶ E assim, com base nestes dois argumentos, Dworkin conclui que o positivismo jurídico hartiano deve ser rejeitado.

Em sua resposta, e aqui encontramos defesa explícita, Hart defendeu que seus críticos, entre eles Dworkin, não entenderam o propósito e a função da Regra de Reconhecimento, afirmando por engano que seu propósito seria determinar completamente o resultado legal de disputas específicas, oferecendo uma solução simples (no sentido que seria simplesmente baseada nos meros critérios identificados nas regras de reconhecimento), para a resolução de qualquer questão jurídica em qualquer caso. Hart defendeu que a teoria em prática é aplicável a regra de reconhecimento, permitindo, assim, os tribunais identificarem a lei com base em práticas e princípios.

Na versão do Conceito Legal publicada postumamente “The Postscript to The Concept of Law”, Hart rebateu a críticas feitas por Dworkin com referência a *Tese Pedigree* nos livros Modelos de Regras I & II “The Model of Rules I” & “The Model of Rules II”, defendendo que além das considerações relacionadas ao *pedigree*, a Regra de Reconhecimento é capaz de fornecer diretivas não somente relacionadas ao conteúdo factual das leis, mas também relacionadas a conformidade com valores ou princípios morais de qualquer sociedade em questão”. Hart também descartou a inferência de que controvérsia implica a ausência de uma convenção. Nesse sentido sua defesa foi que juízes podem estar de acordo sobre a relevância de tais lições como algo resolvido pela prática judicial estabelecida [ou seja, a consolidação da jurisprudência], mas eles podem e muitas vezes discordam na questão da obrigatoriedade na aplicação de certas práticas em casos específicos.³⁷

Mas uma vez, ao que parece, o debate promovido por Dworkin foi baseado na sua própria interpretação da regra de reconhecimento, interpretação esta que descarta completamente o objetivo que Hart propôs para tal tese. Portanto, mais uma vez defendemos que a teoria hartiana segue, no que diz respeito a regra de reconhecimento, intocável.

5.3 TESE DA SEPARABILIDADE E O CRITICISMO DA METODOLOGIA HARTIANA

³⁶ “Podemos argumentar, por exemplo, que o uso que fazemos dos casos anteriores e estatutos é apoiado por uma análise particular do ponto da prática da legislação ou a doutrina do precedente, ou pelos princípios da teoria democrática, ou por uma posição particular sobre a boa divisão de autoridade entre instituições nacionais e locais, ou alguma outra coisa, dessa sorte.” (Dworkin, Model of Rules I, 41).

³⁷ Hart, H.L.A. The Concept of Law, Postscript, 2012, pp. 238, 263 e 268.



A questão da relação entre a lei e a moral é central para a divisão entre positivistas e não positivistas. Positivistas afirmando que a lei e a moralidade são separadas, e naturalistas que defendem a moralidade como condição necessária para validade legal (Naturalistas como John Finnis, discordam da ideia de que positivismo e naturalismo são ideias opostas e defendem que esta visão seria uma criação dos positivistas. Naturalistas como Finnis aparentam absorver o positivismo como uma parte da teoria legal naturalista).³⁸ A visão defendida por Hart pode ser categorizada como positivista 'soft' inclusivo, rotulo dado devido a compatibilidade de fatores morais, não como uma condição necessária para a validade legal, mas como fatores incorporados aos critérios da Regra de Reconhecimento de um determinado sistema legal³⁹. Este ponto de vista foi criticado pelos positivistas exclusivos, os chamados "Hard Positivistas" como Raz⁴⁰ e Shapiro,⁴¹ que rejeitam a noção de incorporação de qualquer critério moral na identificação e validade das leis, mesmo na forma hartiana. O foco dessa última seção será a discussão, conforme identificado por Shapiro, do "debate real"⁴² entre Hart e Dworkin, questão essa que diz respeito ao confronto de modelos muito diferentes de sistemas legais. Trata-se do embate entre dois modelos: o hartiano, baseado em uma descrição de fatos socialmente designados, e; de outro lado, a versão dworkiniana, que visava demonstrar que, na verdade, o sistema legal seria baseado em normas morais dotadas de autoridade.

Dworkin defendia que seria impossível compreender um sistema legal separadamente de seus valores morais. Em seu livro império do Direito (em inglês: Law's Empire) ele introduziu a ideia de leis como um conceito interpretativo no qual a compreensão dependeria necessariamente do entendimento do valor ou objetivo a ser atingido por tal lei. Dworkin defendia tal conceito em razão de sua teoria, segundo a qual o objetivo das leis é justificado no sentido de explicar o poder coercivo do Estado⁴³.

A versão hartiana nos parece mais lógica e objetiva. Assim, em última análise, o positivismo caracteriza o sistema legal como "*a simples constatação de que não faz sentido que as leis reproduzam uma verdade necessária ou que simplesmente satisfaçam*

³⁸ Finnis, John, "Natural Law Theories", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.) 2011, URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/natural-law-theories/>, acesso em: 01/08/2015.

³⁹ Hart, H.L.A. The Concept of Law, Postcript, 2012, p. 263.

⁴⁰ Para Raz, leis abertas a considerações morais negaria o papel mediador das leis e exigiria decisões a considerar pelas mesmas razões e considerações que as pessoas têm que considerar a si mesmos e, portanto, não iria satisfazer sua concepção de serviço. (Raz, 1985, p. 295-324).

⁴¹ Shapiro, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007, p. 8.

⁴² Shapiro, 2007, p. 18.

⁴³ Dworkin, Law's Empire, p. 190.



*determinadas exigências morais, embora reconheça que em realidade as leis têm muitas vezes feito esse papel.*⁴⁴ Assim, Hart defende que algumas leis, mesmo que consideradas imorais, ainda assim são leis. Ele dá como referência o caso das leis da Alemanha Nazista⁴⁵, que era composta por um governo democraticamente eleito pela maioria da população, demonstrando-se a todo tempo dentro da legalidade, mas propiciando fins imorais amplamente conhecidos, como práticas de tortura, extermínio e o genocídio. Um exemplo mais recente se faz na forma da discussão sobre legalidade do aborto irrestrito. Embora seja considerado, ao menos por uma parte mais conservadora de muitas sociedades, como ato absolutamente imoral, no entanto, ainda assim aborto é direito garantidos por leis em várias jurisdições. Outro exemplo é o casamento homoafetivo em contraponto a países que tratam a possibilidade de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como crime ou doença e, neste último caso, até propõe mecanismos para tratamento e cura. No caso da Inglaterra e País de Gales vige a legislação denominada “*The Civil Partnership Act 2004*” que reconhece o direito ao casamento homoafetivo. No Brasil não existe legislação específica, mas adotou-se a partir de 2011 regra permissiva, com esteio na construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.⁴⁶ Mesmo nesses temas, há concepções em defesa da imoralidade e outras, em posição oposta, defendendo a moralidade. A sociedade se alterna entre o que é moral e o que não é. Esse nível de incerteza parece não viger quando se fala em legalidade, que parece mais verificável.

⁴⁴ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2012, p. 185-186.

⁴⁵ Hart, H. L. A. *Positivism and the Separation of Law and Morals* 4 *Harv. L. Rev.*, 71, pp. 593-629

⁴⁶ "O reconhecimento de casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil como entidade familiar, por analogia à união estável, foi declarado possível pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 5 de maio de 2011 no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher. Desde então, as uniões do mesmo sexo utilizam-se das disposições de diversos princípios constitucionais. A coabitação brasileira (uniões não-registradas) é uma entidade real reconhecida juridicamente, que concede aos parceiros direitos e deveres semelhantes ao casamento, como o direito à adoção assim como todos os benefícios e regras do casamento, como pensões, herança fiscal, imposto de renda, segurança social, benefícios de saúde, imigração, propriedade conjunta, hospital e visitação na prisão, além de fertilização in vitro e barriga de aluguel, etc.1 Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que casais do mesmo sexo têm o direito legal a essas uniões e estabeleceu uma base jurídica para uma futura legislação sobre os direitos matrimoniais das uniões de mesmo sexo." (http://pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo_no_Brasil). Foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no dia 14 de maio de 2013, resolução que tornou obrigatório aos cartórios brasileiros a celebração de casamentos homoafetivos. Em balanço da vigência do primeiro ano, somente na capital de São Paulo, foram celebradas 701 uniões dessa natureza, expedindo-se a certidão de casamento. Tenciona-se, com a medida, ampliar a efetividade de direitos, incluindo partilha em divórcio e na sucessão. (Brígido, Carolina. *Jornal O Globo. Um ano após norma, cartórios de SP têm mais de 700 casamentos gays*. 01/03/2014, p. b2).



Bem por isso, em seu Postscript, Hart afirmou que "... *existência e conteúdo da lei podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais, os costumes sociais), sem referência à moralidade*".⁴⁷ Assim, reforçando sua posição positivista de que a moralidade pode estar presente, mas apenas devido aos critérios de reconhecimento da regra e não por seus valores morais; esta versão do sistema legal nos parece mais justa e mais próxima da realidade, pois facilita a identificação e aplicação da lei sem qualquer subjetividade dependente nas perspectivas morais de qualquer indivíduo envolvido na administração e aplicação da justiça. Portanto, seria uma tarefa impossível aceitar a versão dworkiana em concluir que existiria justiça no sentido verdadeiro quando em uma sociedade multicultural e em constante fluxo e refluxo, ao sabor das ondas, um juiz com visões morais de extrema direita, por exemplo, pudesse julgar um caso de um réu acusado e confesso por atos condizentes com tendências de extrema esquerda. Mesmo que não sejam estritamente ilegais tais atos, ao menos no sentido hartiano, poderiam consequentemente serem vistos como atos reprováveis pelo juiz em questão e assim, poderiam afetar o resultado do caso, quando o juiz se deparar em uma linha tênue entre a legalidade e ilegalidade.

Assim, o cabedal cultural do julgador e sua inclinação moral pode afetar percepção da justiça, a depender das perspectivas de cada juiz. Notadamente, o julgador não é infenso às suas convicções morais, mas isso em nada abala o positivismo proposto nas teorias de Hart, pois o juiz somente atua discricionariamente nos limites da lei. Nesse sentido, concordamos plenamente com MacCormick que afirmou "a filosofia do direito *deve a uma quantidade enorme ao Conceito de Hart*"⁴⁸ uma vez que ele fornece material notável no estudo doutrinário e jurisprudencial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de muitas críticas, os objetivos de Hart estão colocados dentro de um discurso plausível, fortemente fundamentado e atual. Portanto, o pensamento hartiano segue, mais do que nunca, convincente, pois a maioria de suas críticas e polêmicas aparentam ignorarem o contexto, propósito e objetivo, ao menos sob o substrato essencial no qual motivou H.L.A. Hart a formular suas teorias.

⁴⁷ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, 2012, p. 268.

⁴⁸ MacCormick, Neil. "A Moralistic Case for A-moralistic Law". Vol. 20, pp. 1-41. Valparaiso: Valparaiso Law Review. 1985, p. 9.



O próprio Hart, em seu livro "The Concept of Law", afirmou: *"meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria da lei simultaneamente geral e descritiva. É geral no sentido de que não está vinculado a qualquer regime jurídico ou da cultura jurídica, mas procura um relato explicativo e de clarificação da lei como uma das instituições sociais e políticas complexas, como uma 'normativa nesse sentido, governado por regras'. É descritivo na medida em que é moralmente neutra e não tem nenhuma justificativa objetiva: não procura justificar ou elogiar, por razões morais ou outras formas, estruturas que aparecem em minha conta geral do direito, apesar de uma clara compreensão destes é, penso eu, uma importante preliminar a qualquer crítica moral útil do direito."*⁴⁹

Talvez a diversidade de críticas, em boa parte infundadas, possa ser atribuída novamente à "textura aberta", agora da linguagem utilizada em seu escrito, bem por isso incompreendida, ou talvez apenas seja um desejo de demonstrar as próprias convicções dos críticos, utilizando ataques a opiniões pinçadas e parciais. Todavia, tal ataque gera reação contrária aos leitores, que vão buscar as justificativas na leitura da obra completa de Hart e, assim, acabam por se deparar com uma teoria normativa consistente e mais profunda do que mera descrição generalizada da lei e, ao mesmo tempo, mantendo um toque de simplicidade baseada na observação e descrição adequada que serve a qualquer sistema legal.

Em conclusão, consideramos que Hart não só atingiu seu objetivo inicial, mas foi além, pois nenhum trabalho poderia melhor descrever e definir as "leis". Portanto, a teoria hartiana permanece com grande valor para fornecer uma visão de sistemas jurídicos e para análise da jurisprudência e da doutrina, eis que sua teoria pode ser aplicada como base para o estudo de qualquer sistema legal, isto é, de qualquer jurisdição à luz de todos os sistemas legais imagináveis, presentes ou mesmo futuros. Daí concluir-se pela improcedência das críticas e, em contrapartida, a constatação de que a teoria positivista de Hart permanece viva e convincente através dos tempos.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, Lecture I. Ed. W.E. Rumble, 1995.

BENTHAM, Jeremy. *Critical assessments of leading political philosophers*. First published, London: Edited by Routledge. 1993.

BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*, H.L.A. Hart. London: Athlone Press 1970.

⁴⁹ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Postscript, 2012, pp. 239-240.



BLASI, Vincent. The Checking Value in First Amendment Theory. In: Law & Social Inquiry - Chicago: Journal of the American Bar Foundation, Volume 2, Issue 3, July 1977, pp. 521–649.

BRÍGIDO, Carolina. Jornal O Globo. Um ano após norma, cartórios de SP têm mais de 700 casamentos gays. 01/03/2014, p. b2.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COLEMAN, J. & Shapiro, S. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, 1ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2002.

DICKSON, Julie, "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret/>>. Acesso: 02/08/2015.

DWORKIN, Ronald Myles. "Judicial Discretion". The Journal of Philosophy. Vol. 60, No. 21. Philadelphia: American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting. (Oct. 10, 1963), pp. 624-638.

DWORKIN, Ronald Myles. 'How Law is like Literature' in Dworkin. R., A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1985.

DWORKIN, Ronald Myles. "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?" reprinted in A Matter of Principle (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985), pp. 101 e ss.

DWORKIN, Ronald Myles. "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It," Philosophy & Public Affairs 25 (1996), pp. 87–139.

DWORKIN, Ronald Myles. "On Gaps in the Law," in Controversies about the Law's Ontology, editions Neil MacCormick & Paul Amselek (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), pp. 84–90

DWORKIN, Ronald Myles. "On Objectivity and Interpretation," in A Matter of Interpretation , Law's Empire, 76–86.

DWORKIN, Ronald Myles. Justice in Robes, Harvard University Press, Cambridge, MA. 2006.

DWORKIN, Ronald Myles. Law's Empire. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986; Simultaneous publication: Cambridge, MA: Harvard University Press. 1986.

DWORKIN, Ronald Myles. Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1977.

DWORKIN, Ronald Myles. The Model of Rules. (Model of Rules I). Chicago: The University of Chicago Law Review. 1967-1968, vol. 35, pp. 14 e ss.

ENDICOTT, Timothy A. O. 'Putting Interpretation In Its Place', Law and Philosophy, 13, 1994.

ENDICOTT, Timothy A. O. Vagueness in Law. Oxford: Clarendon Press, 2000.



FINNIS, John, "Natural Law Theories", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.) 2011, URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/natural-law-theories/>, acesso em: 01/08/2015.

GAMA, Tácio Lacerda. Obrigação e crédito tributário: anotações à margem da teoria de Paulo de Barros Carvalho. Revista Tributária e de Finanças Públicas 11 (50), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. pp. 98-113, 2003.

GARDNER, John. Book Review, 121 LAW Q. REV. 329, 333 (2005) - reviewing LACEY, Nicola. A life of H.L.A. Hart: The nightmare and the noble dream, 2004.

GREEN, Leslie, "Legal Positivism", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Stanford: Stanford University Press, third edition, 2013, p. 127).

HART, Herbert Lionel Adolphus. "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream," in Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1983), 139–40.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the Separation of Law and Morals 4 Harv. L. Rev., 71, pp. 593-629

HART, Herbert Lionel Adolphus. 'Positivism and the Separation of Law and Morals', 4 Harvard Law Review, 71: 593–629. 1958.

HART, Herbert Lionel Adolphus. "Legal Duty and Obligation," in Essays on Bentham (Oxford: Clarendon Press, 1982) 149, 159.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law, edited by Penelope Bulloch & Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 2nd edition. 1994.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law. The Postscript - second edition 1994, first edition 1961, third edition. Ed ed.P. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 2012.

LEITER, Brian. "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", American Journal of Jurisprudence 48: 17–51, 2003.

LEITER, Brian. Positivism, Formalism, Realism. Published by: Columbia Law Review Association, Inc. Columbia Law Review 99, pp, 1138-1164, n. 4, May (1999), p. 1142).

LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. U of Texas Law, Public Law Research Paper n. 70, Set./2004, pp. 4-5.)

MACCORMICK, Neil. "A Moralistic Case for A-moralistic Law". Vol. 20, pp. 1-41. Valparaiso: Valparaiso Law Review. 1985.

PENNER, J. , Melissaris, E. McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence (Oxford, Oxford University press, 5th edition 2012.



RAZ, Joseph, Authority, Law and Shapiro, Scott, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", 2007.

RAZ, Joseph. "Legal Reasons, Sources and Gaps," in The Authority of Law (Oxford: Clarendon Press, 1979); Republish: The Monist Vol. 68 1985, p. 295-324.

SEBOK, Anthony. Legal, Positivism. in American Jurisprudence. New York: Cambridge University Press, 1998.

SHAPIRO, Scott J., The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. U of Michigan - Public Law Working Paper n. 77, March, 2007.

SIMMONDS, Nigel E. Central Issues in Jurisprudence. London; Sweet & Maxwell 4th edition 2013.

SLATER, J. Jurisprudence (Autumn term, Unit 1 - 5). Buckingham: University press of Buckingham 2014.

SOARES, Marcelo Negri. Constituição, devido processo legal e coisa julgada no processo civil. 1. Ed. – São Paulo: Artemis Editora & Art Mutatis Mutandis, 2015.

Recebido em: 06/09/2023

Aprovado em: 17/01/2024