

AS TRANSFORMAÇÕES DA TEORIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA NO CONTEXTO DO TRINÔMIO MORAL-PRINCÍPIOS-DISCRICIONARIEDADE

Uma abordagem no marco de *O Conceito de Direito* de Herbert Hart

Clarissa Tassinari

claunisinos@gmail.com

RESUMO

O conceito de Direito produzido pela modernidade estava assentado no que havia sido desenvolvido teoricamente pelo positivismo jurídico. Com as transformações ocorridas na sociedade e, também, na teoria do direito, o paradigma jurídico contemporâneo é caracterizado pelo *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, ou seja: *a)* pelo predomínio da utilização de princípios; *b)* pela incorporação da moral ao Direito; e *c)* pelo reconhecimento do poder discricionário dos juízes. Em razão disso, a pergunta pelo conceito de direito *parece* ganhar uma nova resposta, forjada a partir do que vem sendo academicamente denominado de pós-positivismo. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar o positivismo jurídico de Herbert Hart no que diz respeito à questão do Direito concebido como um sistema de regras e do *critério de escolha* na interpretação do Direito, estabelecendo, ao final, um paralelo entre sua proposta e as atuais transformações pelas quais passa a teoria do Direito.

Palavras-chave: Discricionariedade. Pós-positivismo. Positivismo jurídico. Herbert Hart.

ABSTRACT

The concept of Law produced by the modernity was sitting on what has been theoretically developed by the juridical positivism. With the transformations occurred in society and also on the Law theory the juridical contemporary paradigm is characterized by the trinomial moral-principles-discretion, that is, *a)* for the predominance of using of principles, *b)* for the incorporation of morality to the Law, and *c)* for the recognition of the judges' discretion power. Because of that, the query for the concept of Law seems to gain a new answer forged from what has been academically denominated of postpositivism. In this context, the goal of this article is to analyze the juridical positivism of Hebert Hart with regards to the question of Law conceived as a system of rules and the criterion of choice in the Law interpretation, establishing at last a parallel between its proposal and the current transformations through which the theory of Law goes through.

Keywords: discretion, postpositivism, juridical postpositivism, Herbert Hart

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Colocando o problema: o *trinômio moral-princípios-discricionariedade* e a proposta de superação do positivismo jurídico; 3. Herbert Hart e seu conceito de Direito: o sistema de regras e o *critério de escolha* na interpretação do Direito; 4. Balanço final: a teoria do Direito *entre o positivismo jurídico de Herbert Hart e o pós-positivismo*; Referências.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Talvez uma das perguntas jurídicas mais difíceis de ser respondida seja aquela que perquire sobre o *conceito de Direito*. Entretanto, por mais complexo e trabalhoso que possa ser o enfrentamento de tal indagação, numerosa é quantidade de autores que, ao longo dos séculos, vêm se debruçando sobre o tema¹. A *aparente* paradoxalidade dessas afirmações se dissolve diante da importância desta questão – eis que a busca pelo conceito de Direito implica discutir paradigmas.

Mas o que isto significa? Significa que, quando se pretende compreender o que seja algo, também se está perguntando por seus fundamentos. Então, a pergunta pelo conceito de Direito também é a pergunta *por aquilo que o sustenta, por seu fundamento*. Sob esta perspectiva, é possível afirmar que a tradição jurídica é historicamente marcada por dois principais paradigmas: na Idade Média, o jusnaturalismo e, na modernidade, o positivismo jurídico².

Estes dois *modelos de Direito* repercutiram sobremaneira na criação e na aplicação do direito. Isto é, por muito tempo, estas foram *as janelas através das quais os juristas enxergavam o mundo do Direito*. Foi por meio do que foi desenvolvido teoricamente por autores como Santo Agostinho, Tomaz de Aquino, Herbert Hart e, especialmente, Hans Kelsen, por ser este talvez um dos que mais influenciou o imaginário jurídico moderno, que o *conceito de Direito* ganhava conteúdo, sendo irradiado para a particularidade, para a *concretude* do caso jurídico.

Ocorre que, atualmente, a sociedade e, com isso, o Direito, vêm passando por transformações. Há uma simbólica tentativa de se romper com a concepção moderna de sociedade e de Direito. Ou seja, se antes a sociedade era considerada *moderna* e o paradigma jurídico predominante era o *positivismo*; agora, a sociedade se intitula *pós-moderna* e, por conseguinte, o Direito, *pós-positivista*. Basta que se observe a produção literária que toma

¹ Como escreve Herbert Hart, nas linhas iniciais de seu livro: “Poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranhas e até paradoxais quanto a pergunta: ‘O que é Direito?’”. (**O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009. p. 1)

² Sobre este tema, a obra de Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer apresenta uma detalhada abordagem sobre as propostas teóricas que, ao longo da história, procuraram dar fundamento ao fenômeno jurídico (**Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002). Ainda, no que diz respeito a uma visão contemporânea sobre o conceito de Direito, ver o verbete “Direito” no *Dicionário de Filosofia Política*, em que o autor justamente coloca o jusnaturalismo e o positivismo como os dois principais paradigmas jurídicos (STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150).

conta das livrarias para se verificar o que acima foi afirmado: *vivemos em tempos de uma anunciada ruptura*.

Mas o que parece mudar? Em tese, muita coisa: a mudança tende a ser, pois, paradigmática. Contudo, como não se pretende esgotar tal assunto, em razão dos limites a que se propõe este artigo, é possível simplificar em poucas palavras: a sociedade passa a ser a sociedade do risco, da velocidade, da fluidez, da dinamicidade das relações, dos novos direitos³. E o Direito? No Direito, sob a égide do Estado Democrático de Direito e do que vem sendo chamado de pós-positivismo, há uma tendência majoritária de incorporar ao seu conteúdo três elementos: *a moral, os princípios e a discricionariedade*⁴.

A visão acima exposta pode ser considerada um tanto quanto reducionista, no sentido de que ainda haveria muito mais aspectos possíveis de ser mencionados, tanto em relação à sociedade, como ao Direito. Apesar disso, é inegável que o *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, formado por temas com relevante conexão, é o centro do debate e da proposta pós-positivista. Atualmente, não há como negar que o Direito assume uma *faceta marcadamente principiológica*, agregando, com isso, a noção de uma moralidade jurídica, questões que, dependendo da forma de abordagem, conduzem ao reconhecimento da discricionariedade judicial.

Nesse contexto, parece estar-se inaugurando um novo conceito de Direito. Assim, considerando que esta *nova fase* do Direito justamente surge com a pretensão de rejeitar a proposta positivista de compreensão do fenômeno jurídico, o objetivo deste artigo é retomar o conceito de Direito do positivismo jurídico de Herbert Hart. Para tanto, será analisada a questão do Direito concebido como um sistema de regras e do *critério de escolha* na interpretação do Direito, estabelecendo, ao final, um paralelo entre sua proposta e as atuais transformações pelas quais passa a teoria do Direito.

2. COLOCANDO O PROBLEMA: O TRINÔMIO MORAL-PRINCÍPIOS-DISCRICIONARIEDADE E A PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Muito já foi mencionado, para fins introdutórios, o surgimento de uma nova teoria do Direito, conhecida como pós-positivismo. É preciso esclarecer, portanto, que, por uma visão

³ Sobre o tema, existe vasta literatura, como: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, c1998; e BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

⁴ Nem todos os pós-positivismos, que são vários, são marcados por estas três características, tema que será a seguir abordado.

ampla, o pós-positivismo, como mesmo indica a grafia da palavra, pode indicar tão somente *algo que vem depois, após o positivismo*. Isto é, assim como o positivismo jurídico não foi *um único positivismo, mas de vários autores*, também o pós-positivismo pode ser considerado *um momento, marcado pela eclosão de diversas construções teóricas que pretendiam romper com a visão positivista de Direito*.

Neste sentido, inclui-se, por exemplo, a teoria de Ronald Dworkin, com seu conceito interpretativo de Direito, que reconhece a moral da comunidade política como instituidora do Direito, bem como o importante papel dos princípios no fechamento aplicativo dos direitos, elementos que conformam a sua tese da possibilidade de uma única resposta correta⁵. Inclui-se, também, Neil MacCormick, com sua proposta de “reconciliação” entre o caráter argumentativo do Direito e o Estado Democrático de Direito, através do “reconhecimento de um freio fundamental no processo de argumentação jurídica”, que é a conformação da argumentação às “condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática”⁶. Podem também ser mencionados Jürgen Habermas, ou até mesmo Niklas Luhmann, que, com as particularidades e a sofisticação de suas teorias, por vias diversas, trazem ao Direito a questão da comunicação⁷.

Embora todos estes autores, em um sentido amplo, possam ser considerados pós-positivistas, não é esse pós-positivismo que se pretende diretamente explorar. Para colocar o problema, quando aqui se faz referência à *doutrina pós-positivista*, se está indicando a *pretensa tentativa de mudança paradigmática no Direito operada a partir de uma relação consequencial (se quiser, causal) entre o trinômio moral-princípios-discrecionabilidade*⁸. E este pós-positivismo é próprio de grande parte das teses neoconstitucionalistas⁹, que inauguraram um novo modo de pensar o Direito.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 23.

⁷ Sobre os autores, ver as obras: HABERMAS, Jürgen. **Conciencia moral y acción comunicativa**. Barcelona: Península, 1996 e LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

⁸ Vale referir que os autores acima mencionados, como Dworkin e Habermas, também tratam do problema da moral, dos princípios e da discrecionabilidade no Direito, entretanto, não no sentido que majoritariamente tem caracterizado o pós-positivismo (da idéia de que a incorporação dos princípios e da moral ao Direito, necessariamente, implica discrecionabilidade).

⁹ Aqui é necessário fazer uma ressalva: nem todos os neoconstitucionalistas partilham desse entendimento. É o caso, por exemplo, do que propõe Lenio Streck, para quem o neoconstitucionalismo deve ser compreendido em descontinuidade com o positivismo jurídico, demandando novas teorias das fontes, da norma e da interpretação. A partir de uma imbricação Gadamer-Dworkin, afirma que os princípios fecham a interpretação, que a moral é cooriginária ao Direito e que o juiz tem o dever de dar respostas corretas, não admitindo, portanto, a discrecionabilidade judicial. Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição,

De fato, como já mencionado, é possível que os diversos autores do chamado neoconstitucionalismo tematizem assuntos diferentes ou que, sob um mesmo enfoque, apresentem posicionamentos conflitantes, especificidades teóricas. Todavia, especialmente observando o fenômeno jurídico brasileiro, é possível identificar um *núcleo comum* a todas essas novas teorias. Sem dúvida alguma, no paradigma jurídico contemporâneo, este *núcleo comum* traz a marca do *trinômio moral-princípios-discricionariedade*.

Apenas para ilustrar o que foi referido acima, veja-se, por exemplo, o posicionamento de Susanna Pozzolo a respeito da questão da moral. Para a autora, a constituição, axiologicamente concebida, retoma a ligação entre direito e moral, o que conduz a uma interpretação do direito vinculada às valorações éticas. Como consequência, a interpretação moral da constituição possui uma dupla face: ao mesmo tempo em que concretiza a justiça substancial, “*vuelve al derecho incierto*” através da “*elección de los valores que se creen prevalentes*”¹⁰. Assim, dando continuidade, apesar de alertar para o perigo da formação de um “governo de juízes”, Pozzolo entende a leitura moral da constituição como equivalente à realização de uma “*reflexão moral individual*” do julgador no processo decisório¹¹.

É possível perceber, pelo que foi exposto por Susanna Pozzolo, que a incorporação da moral ao direito produz uma elasticidade interpretativa, que, ao fim, acaba afirmando a discricionariedade judicial, por meio da *eleição* de valores. No que diz respeito aos princípios, a situação não é diferente: para Prieto Sanchís, a diferença entre a interpretação da constituição e a de uma lei é quantitativa, porque, considerando que a constituição é formada por princípios, eles aumentam (numericamente, então) as possibilidades interpretativas, ou seja, as zonas de penumbra. Isso porque, para Sanchís, os princípios: *a)* possuem elasticidade interpretativa; *b)* quando não positivados no texto constitucional, “aparecem como estándares débiles o simples razones para decidir”; e *c)* são aplicados com a ajuda de critérios – por ele chamados de “valores” – extrajurídicos¹².

Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁰ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570/740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 10 jun 2010.

¹¹ Idem, ibidem (grifo meu).

¹² SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 9, pp. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)>. Acesso em: 10 jun 2010.

Ainda sobre os princípios, Paolo Comanducci, por sua vez, diz que as Constituições do novo constitucionalismo tendem a “potenciar *políticamente* a los jueces”¹³. No seu entendimento, a positivação de princípios e sua aplicação na resolução de casos através da ponderação, sem que haja a fixação de hierarquia entre eles, gera “la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores sino incluso [...] coautores de la misma Constitución”¹⁴. Ou seja, para este autor, assim como para Pietro Sanchís, são os princípios constitucionais que *abrem espaço* para o livre-arbítrio do julgador, a ponto de torná-los constituintes¹⁵.

Ao fim, para mais uma vez demonstrar o quanto o tema da discricionariedade judicial está presente nesta *nova tendência*, é importante trazer o posicionamento de Gustavo Zagrebelsky. Para o jurista italiano, sua idéia de constituição viva – de uma constituição cuja atualização não depende de reformas, mas de uma contextualização – está vinculada à discricionariedade. Isso porque, em sua concepção, o poder discricionário dos juízes é inevitável ou, nas palavras do próprio autor, “irremontable”¹⁶.

Sobre os posicionamentos acima expostos, de Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Paolo Comanducci e Gustavo Zagrebelsky, é necessário que sejam feitas pelos menos três observações. *Primeira*, que eles demonstram o quanto o tema da moral e, principalmente, dos princípios estão interligados com a discricionariedade decisória – são, inclusive, os motivos pelos quais é possível se afirmar uma *elasticidade interpretativa que conduz a uma questão de discricionariedade, eleição, escolha*. *Segunda*, que eles estão inseridos no contexto da construção de um novo paradigma, ou seja, a incorporação de princípios e da moral ao Direito e o reconhecimento da discricionariedade dos juízes são concebidos como *elementos inéditos, rupturais* para a teoria do Direito, que inauguram uma nova tradição jurídica. *Terceira*, que eles são representantes de uma vasta doutrina que influenciou diretamente o sistema jurídico brasileiro.

¹³ COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Tradução de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.

¹⁴ Ibid., p. 66.

¹⁵ Não se pode deixar de mencionar que Comanducci faz muito mais um alerta quanto ao perigo da ponderação e do conseqüente convite à discricionariedade do que propriamente uma defesa do decisionismo na esfera judicial. Evidentemente, é mais do que importante e bem colocada a observação do autor quanto aos riscos de se ponderar (e disso não se pode discordar). Contudo, as afirmações feitas por ele são bastante questionáveis, pois têm como ponto de partida: a) que os princípios necessariamente exigem ponderação, b) que os princípios autorizam a discricionariedade, c) que a solução – desastrosa, diga-se de passagem – para isso seria criar uma metodologia aplicativa dos princípios com base numa hierarquia.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 16.

Com efeito, no Brasil, nunca se falou tanto em princípios. Na contemporaneidade, o paradigma jurídico contemporâneo é marcado pelo predomínio dos princípios, o que atinge os âmbitos da aplicação, da teoria e, inclusive, da produção (legislativa) do direito, com a incorporação (e criação), na dogmática jurídica, de *novos princípios*¹⁷. Para comprovar esta afirmação, basta que se observe: *a)* na esfera legislativa, o anteprojeto de Código de Processo Civil, que inclui, no texto legal, uma numerosa quantidade de *novos princípios*, como o da razoabilidade, da eficiência, da confidencialidade, da alternatividade, do sorteio, dentre outros; *b)* na esfera jurisdicional, a não aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do art. 212 do Código de Processo Penal, que estabelece que, no inquérito, “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”, que sucumbe em face da primazia dada ao chamado “princípio do prejuízo”¹⁸; e *c)* na esfera doutrinária, a numerosa quantidade de novos princípios que são teoricamente criados¹⁹.

Na mesma linha dos princípios, também não houve outro período em que mais tenha se defendido a liberdade do juiz no julgamento da causa ou a possibilidade de que decida com base em critérios extrajurídicos (de acordo com seus sentimentos, por exemplo)²⁰. Nunca antes esteve tão em evidência no país a polêmica entre o ativismo e a judicialização da política. Ainda, parece ser atributo deste período o reconhecimento de uma centralidade da jurisdição, caracterizada por um forte papel de última palavra na determinação do conteúdo do Direito²¹.

Mas o que é isto contra o que a doutrina, no Brasil e no cenário mundial, parece se insurgir tão radicalmente? Do que pretende se *libertar* quando torna o Direito principiológico

¹⁷ Sobre a proliferação de cada vez mais princípios, como o da felicidade, da carga dinâmica da prova, da afetividade, para citar apenas alguns, ver a crítica ao *panprincipiologismo*, em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, op. cit., em especial, o posfácio, p. 415-574.

¹⁸ Tal *princípio* é utilizado no sentido de que somente poderia ser causa para anulação da inquirição caso restasse demonstrado o prejuízo, não apenas consubstanciado na condenação. Sobre o tema, ver a seguinte decisão do STJ: HC n.º 121.215/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. em 01/12/2009, DJe 22/02/1010.

¹⁹ Nesse sentido, como uma crítica ao caráter de princípio destes *novos princípios*, relevante é a obra de Rafael Tomaz de Oliveira, que, ao delimitar o tema de sua proposta, coloca a importância, nestes tempos, de se problematizar o conceito de princípio, com a seguinte frase (que faz alusão à obra de Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*): “[...] ultrapassamos *uma questão de princípio*, para colocar os *princípios em questão*” (**Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64).

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, v. 1. (Coleção “O que é isto?”)

²¹ No que diz respeito a esta centralidade da jurisdição, a obra de Francisco José Borges Motta apresenta uma acertada crítica ao protagonismo judicial, especialmente no âmbito do processo civil. (**Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010).

deste modo? Quais eram os *gessos* do Poder Judiciário que, agora, com a reconhecida discricionariedade judicial, parecem ser quebrados? Para responder a estas indagações, é necessário que se retome o conceito de Direito do positivismo jurídico, o que será feito no tópico a seguir, através do estudo da proposta de um dos mais importantes autores positivistas, Herbert Hart.

3. HERBERT HART E SEU CONCEITO DE DIREITO: O SISTEMA DE REGRAS E O CRITÉRIO DE ESCOLHA NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Por que obedecemos ao Direito? Qual a relação entre Direito e moral? É o Direito apenas um sistema formado por regras? Por meio destas indagações, é possível expor o que, para Herbert Hart e seu positivismo jurídico, são os principais aspectos pelos quais inegavelmente passa a controversa questão que, ao longo dos tempos, mais tem preocupado os diversos autores: afinal, o que é o Direito? Assim, é sob estas três perspectivas, consideradas núcleo fundamental de abordagem, em razão de que as diferentes propostas teóricas existentes foram e são usualmente construídas a partir deste *eixo*, que o autor, no decorrer de sua obra, vai responder à pergunta por aquilo que deu origem ao título de seu livro – *seu conceito de Direito*.

Embora os problemas da obediência, da moral e da concepção de Direito como um sistema de regras possam ser abordados de forma autônoma, no sentido de que cada qual possui a peculiaridade de abordagem que nos apresenta Herbert Hart, todos eles estão interligados. Isso porque, no fundo, a questão da obediência do Direito também é uma pergunta por sua validade. Ora, debater a validade do Direito nos remete à discussão por seus fundamentos, que, ao final, retoma a polêmica sobre a moral e de se saber qual o conteúdo do Direito, ou seja, de se saber se ele apenas se constitui de um sistema de regras. Para além disso, juntos, o desdobramento desses três enfoques, formam uma só teoria: *o denominado positivismo jurídico moderado de Herbert Hart*²².

Mas o que torna Hart um positivista moderado? Por uma leitura contemporânea, é possível que o uso de tal expressão seja explicado por dois motivos. O primeiro deles faz referência à análise da relação de Direito-moral, em razão de que o conceito de Direito de Hart não exclui completamente o conteúdo moral do Direito, como *tradicionalmente se*

²² O próprio Hart denomina sua proposta como um “positivismo *brando*”, *soft*, no pós-fácio de seu *Conceito de Direito*. Ele faz isso para se defender da acusação de Dworkin de que sua teoria se trata de um positivismo dos “simples fatos”, demonstrando, ao final, que, em relação à regra de reconhecimento, admite a existência de princípios morais, o que, como veremos adiante, será fundamental para considerá-lo um positivista moderado. Ver: HART, Herbert. **O conceito de Direito**, op. cit., p. 323.

caracterizou o positivismo jurídico²³. O segundo motivo, por sua vez, pode ser atribuído ao fato de que Hart, em sua obra, enfrentou veemente o realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes, e, neste sentido, se o direito não é aquilo que os tribunais dizem o que é²⁴, então, a questão da discricionariedade judicial fica, no mínimo, amenizada.

No livro que escreve sobre Hart, MacCormick afirma que uma das principais características do positivismo é a negação de um “elo conceitual *necessário* entre o Direito e a moral”²⁵. Em outras palavras, o positivismo jurídico tem a marca da negação de que o Direito tenha *essencialmente* um caráter moral em sua *fundação*. Entretanto, o positivismo jurídico de Hart apresenta uma tese diferenciada, que a idéia de uma inevitável sobreposição entre o Direito e a moral²⁶.

No capítulo que intitula de *O Direito e moral*, Herbert Hart reconhece que o direito possa a ser influenciado pela moral, entretanto, ressalta que isso não ocorre necessariamente²⁷. Ou seja, ele não nega a possibilidade de ligação entre direito e moral, mas apenas afirma que dessa relação não depende a validade das regras jurídicas. O que isto significa? Primeiro, que o Direito não apresenta, necessariamente, conformidade com a moral; segundo, que não existe uma obrigação moral de obedecer à lei²⁸.

²³ Veja-se, por exemplo, Hans Kelsen, um dos principais nomes do positivismo jurídico normativista, cuja proposta era a criação de uma ciência do direito, dotada de um rigor científico, que expurgasse do Direito tudo aquilo que não fosse jurídico, como a moral, em direção à construção de uma teoria pura (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

²⁴ No texto *The Path of the Law*, Oliver W. Holmes pergunta pelo que constitui o Direito. O autor diz que muitos consideram o Direito como algo diferente do que decidem os tribunais: como um “sistema da razão”, uma dedução a partir de princípios éticos ou reconhecidos axiomas (“[...] a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms” [...]). Entretanto, sob a perspectiva do homem mau, Holmes afirma que ele não está preocupado com isso, mas em saber o que os tribunais farão de fato. E termina dizendo que isto é o que se entende por Direito: “I am much of his mind. The prophecies of the what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**. The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 336).

²⁵ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Tradução de Claudia Santa Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 40. (grifo meu)

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Sobre a imbricação Direito e moral, Jeremy Waldron faz uma leitura do debate que houve entre Lon Fuller e Herbert Hart, a respeito da “Hart’s Holmes Lecture”. Waldron afirma que, para Fuller, a lei nazista não era direito, porque as violações formais e procedurais tem um significado moral substantivo, o que Waldron chama de “principles of legality” (e Fuller de “internal morality of law”). Em contraposição, Waldron diz que Hart não estava preocupado com esta questão, pois “principles of legality, Hart implied, may be among the principles we should use for evaluation of law, but their study is not part of the philosophical discipline that tries to tell us what law essentially is”. Ou seja, para Hart, as regras até estão sujeitas a uma avaliação moral, mas isso não significa que a moral determine o conteúdo do Direito. Com este artigo, o objetivo de Waldron é demonstrar que, em relação ao tema da moral, a proposta de Hart é inconsistente (WALDRON, Jeremy. Positivism and legality: Hart’s equivocal response to Fuller. **New York University Law Review**, New York, v. 83, p. 1135-1169, October. 2008. p. 1137-8)

²⁸ HART, Herbert. **O conceito de direito**, op. cit., p. 239-40.

Então, qual o *lugar da moral* em Hart? Para o autor, tanto a moral quanto o Direito compartilham de um conteúdo mínimo de Direito Natural²⁹. Isso quer dizer que existe um *mínimo* naturalmente necessário para que haja estabilidade social. Na leitura de MacCormick, “há aspectos naturais da existência humana que tornam necessário que os seres humanos (aqueles que têm o desejo de sobreviver) participem das ordenações sociais”. São estas regras *essenciais* ao convívio harmônico humano que também fazem parte de um “código moral”, de modo que, “as regras jurídicas básicas são também, de quase todos os pontos de vista, regras morais básicas”³⁰.

É preciso lembrar, neste ponto, que, para Hart, o sistema jurídico é um sistema composto por regras – primárias e secundárias. As primárias são aquelas que impõem deveres e obrigações; as secundárias são as que concedem poderes (em uma linguagem mais simples, são regras procedimentais, de competência). Ambas, são *regras sociais*, que “devem sua origem e existência exclusivamente às práticas sociais humanas”³¹ e, portanto, seu cumprimento não se traduz em uma exigências de *obediência moral*.

Onde fica, então, a validade deste sistema de regras? O que torna as regras primárias e secundárias Direito? Para responder a estas perguntas, Hart cria a regra de reconhecimento: uma regra secundária que estabelece critérios para que as demais sejam válidas. Uma regra que quem “impõe deveres sobre aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente o poder de julgar”³². E é aqui que, novamente, entra a questão da moral, pois, em resposta à crítica de Dworkin, no posfácio de sua obra, Hart afirma que “a norma [regra] de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”³³.

Como se pode notar, Hart desenvolve uma noção *forte* de sistema de regras. Isso é resultado de sua insurgência contra o realismo jurídico, que preconizava o papel dos tribunais na determinação do conceito de Direito, como já demonstrado pelo posicionamento de Oliver Wendell Holmes. Com isso, preconizava um conceito de Direito que não dependesse exclusivamente do entendimento dos juízes, mas que reconhecesse a importância das regras, pois, para ele, um jogo de beisebol cujas regras fossem desconsideradas ou ignoradas por

²⁹ Ibid., p. 250.

³⁰ MACCORMICK, Neil. **H. L. A; Hart**, op. cit., p. 39.

³¹ Ibid., p. 35.

³² Ibid., p. 37.

³³ HART, Herbert. **O conceito de direito**, op. cit., p. 323.

decisão do árbitro seria qualquer outro tipo de jogo – o jogo do árbitro, talvez – menos o jogo de beisebol³⁴.

Apesar disso, desta defesa “das regras do jogo”, Hart admite que as regras que constituem o Direito possuem uma textura aberta. Isto é, para o autor, todas as regras possuem um núcleo rígido de significado e uma zona de incerteza, que ele denomina de zona de penumbra. Na decisão judicial, o juiz (ou o tribunal), em face dessa zona de incerteza, tem o poder de *escolha*³⁵.

A escolha se dá entre os possíveis significados que podem ser atribuídos à lei. Ou seja, é no nível interpretativo que se dá a escolha. Como afirma Hart: “o juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que ‘significa’ um precedente”³⁶. Veja-se o quanto isso é simbólico: Hart rompe com a dedução, com o silogismo, que, para ele, é considerado um modo de ignorar a textura aberta do Direito, tratando a questão dos casos simples e complexos, também conhecidos como fáceis e difíceis, no plano lingüístico.

Isso porque a questão dos casos simples é resolvida no âmbito semântico. Para Hart, quando perguntamos por algo, perguntamos por sua definição. E como se define algo? “Há uma estrutura de palavras que pode sempre substituir a palavra definida”³⁷. Então, ele assume a possível cisão entre casos fáceis e casos difíceis a partir de um critério lingüístico. E, para o autor, o grande problema não é a existência de casos fáceis, mas o Direito se contentar em pensar que os conflitos jurídicos apenas se constituem deles. Assim, quando não há escolha? Quando dominamos a linguagem³⁸.

³⁴ Ibid., p. 183-7.

³⁵ Brian Bix faz uma interessante exploração do tema da textura aberta e da discricionariedade em Hart. O autor inicia seu artigo afirmando que a noção de “open texture of language” é extraída por Hart de Friedrich Waissmann, que, por sua vez, estava fundamentado em Ludwig Wittgenstein. Esclarece, também, que a textura aberta é compreendida por Hart como uma vantagem, porque assim as regras são aplicadas coerentemente (*reasonably*). Neste contexto, a tese de Bix é de que o argumento da discricionariedade em Hart não deveria ser lido como baseado na natureza da linguagem, mas como algo que explica por que, na aplicação da regra, é requerido discricionariedade. Assim escreve Bix: “I do think that Hart’s conclusion of partial indeterminacy – in my view, summarized by more than based upon the Idea of ‘open texture’ – derived from a view of language so much as from a view of how people create and think about rules. Hart was not concerned about creating, elaborating, or defending a particular general philosophy of language. His concern was (descriptively and prescriptively) with the way that rules are applied and the way they should be applied. [...] he gave reasons why legal texts should be interpreted in a way that leaves judges discretion in applying the law” (BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language. **Law and Philosophy**, Oxford, v. 10, n.1, p. 51-72, fev. 1991).

³⁶ HART, Herbert. **O conceito de direito**, p. 15-6.

³⁷ Ibid., p. 19.

³⁸ Neste sentido, Brian Bix afirma que, às vezes, parece que a discricionariedade é descartada por Hart, mas que, quando assim ele argumenta, ressalta os prejuízos interpretativos: “While Hart seemed to argue that something about language makes it inevitable that judges will have discretion, he seemed at other times to concede that judges could interpret rules in such a way that they would not have discretion” (BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language, op. cit., p. 67).

E neste ponto da questão da textura aberta e do critério de escolha para a interpretação das regras, podemos retomar a questão da moral. Quando trata da moral, Hart também aborda a questão da textura aberta e qual a relação que se pode fazer com os princípios morais. Nesse ponto, ele deixa bem claro que a escolha da qual ele se refere não significa arbitrariedade, motivo pelo qual ele exclui que a decisão judicial consiga se basear em um princípio moral, porque “é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”. Em razão dessa afirmada numerosidade de princípios morais, “não é possível demonstrar que uma decisão é a única correta”, mas é necessário que ela se revele imparcial, nem arbitrária, nem mecânica³⁹.

Para finalizar, se fosse possível resumir Herbert Hart e seu conceito de direito, poderiam ser feitas as seguintes anotações: a) que o Direito é um sistema de regras; b) que este sistema de regras não possui uma necessária relação com a moral; c) que o Direito possui uma textura aberta; d) que, diante desta textura aberta, a moral abrem as possibilidades interpretativas, pela numerosidade de princípios morais existentes; e) que a textura aberta exige escolha dos órgãos jurisdicionais; e f) que esta escolha não significa desconsiderar as regras do jogo.

Parece, então, claro o conceito de Direito de Herbert Hart. A pergunta final a ser feita é: afinal, *quanto de positivismo há no pós-positivismo?*

4. BALANÇO FINAL: A TEORIA DO DIREITO ENTRE O POSITIVISMO JURÍDICO DE HERBERT HART E O PÓS-POSITIVISMO

As duas últimas partes deste artigo possuem um forte caráter descritivo. Nelas, se procurou fazer uma abordagem que explorasse as principais características dos dois mais relevantes paradigmas jurídicos. Analisando o pós-positivismo – e sua pretensão de ruptura a partir da incorporação ao Direito do *trinômio moral-princípios-discricionariedade* – e o positivismo jurídico de Herbert Hart – com seu sistema de regras e seu critério de escolha na interpretação do Direito –, se pretendeu identificar, para cada qual, o respectivo conceito de Direito.

Feito isso, a proposta é que se realize um balanço final, que, evidentemente, não se trata apenas realizar uma comparação, mas uma análise crítica, que, inclu uma leitura que tem como horizonte de sentido uma imbricação entre o conceito interpretativo de Dworkin e a

³⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**, op. cit., p. 265.

hermenêutica filosófica de Gadamer, tal como propõe Lenio Streck. Assim, da análise do que foi exposto:

- a) É possível perceber que, dentre os pós-positivistas, há uma leitura equivocada do positivismo jurídico quando se considera que a atribuição de maiores poderes aos juízes é o caminho de superação do positivismo jurídico, pois a questão da discricionariedade (ou da escolha, em Hart) desde sempre esteve presente nas teorias positivistas normativistas, paradigma moderno de concepção do Direito que se buscou ultrapassar;
- b) Nesse sentido, quando o pós-positivismo associa elasticidade interpretativa com discricionariedade, está se retomando a questão que já se havia reconhecido e afirmado com o positivismo jurídico: de que o direito possui uma textura aberta, demandando, portanto, que o juiz decida por um critério de escolha. Assim, mais uma vez, não há que se falar em mudança ruptural. E mais: neste aspecto – da textura aberta –, não é nenhuma novidade pós-positivista dizer que “as leis possuem vaguezas e ambigüidades” ou que “não se consegue prever todas as hipóteses de aplicação da lei”, porque o próprio positivismo de Herbert Hart há muito já constatava isso.
- c) Quando o positivismo se refere à moral, vincula este tema com abertura interpretativa. Da mesma forma, o pós-positivismo relaciona a discricionariedade judicial com o reconhecimento da moral, dos valores, porque a proclamada elasticidade interpretativa justamente seria forjada no seio de uma teoria do direito que incorpora a moral. Não parece, assim, que haja um salto paradigmático em relação ao tema. É claro que, por uma leitura mais extensiva, poderia se dizer que, diferente do positivismo, o pós-positivismo traz a moral como conteúdo do Direito, entretanto, o faz, ao fim, retomando uma das principais características do positivismo: a discricionariedade.
- d) Nessa linha, a moral a que se refere o positivismo é, por assim dizer, uma moral individual, no sentido de valoração subjetiva, daí a noção de que os diversos princípios morais impossibilitariam a demonstração de uma única resposta correta. Assim, o pós-positivismo, ao tratar do tema da moral, considerando a moral como

o veículo da discricionariedade, parece retomar justamente a moral positivista – do julgamento individual. Ou seja, isso nenhuma relação tem com a noção de moral da comunidade política, que institui um ideal de vida boa para a comunidade, nos termos que trabalha Dworkin⁴⁰, com quem concordamos.

- e) Ainda neste assunto, veja-se que, pelos motivos abordados acima, Hart e com ele toda a tradição positivista, exclui o conteúdo moral do Direito. Assim, ao que parece, a teoria positivista estaria muito mais preocupada com a autonomia do Direito do que o pós-positivismo, que anuncia trazer avanços para a concretização de direitos.
- f) Com o pós-positivismo, se inicia uma *era principiológica* que parece ir além do que propôs o positivismo: primeiro, porque reconhece princípios, tema que, no âmbito da aplicação do Direito, não foi trabalhado por Hart; segundo, porque, ao fazer isso, vincula o tema dos princípios ao da ponderação, ao da discricionariedade. Se Hart preconiza seu sistema de regras, o pós-positivismo parece ignorar.

Para finalizar: é possível, sim, que se fale em superação do positivismo jurídico por meio de uma proposta pós-positivista (desde que a proposta pós-positivista seja a de efetiva ruptura com o positivismo jurídico). Entretanto, é inegável que a relação consequencialista no *trinômio moral-princípios-discricionariedade*, como demonstrado acima, não dá as condições para que esta anunciada mudança paradigmática se opere. É necessário ver além.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, c1998.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language. **Law and Philosophy**, Oxford, v. 10, n.1, p. 51-72, fev. 1991.

⁴⁰ Sobre a moral da comunidade política, ver: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la constitución. Tradução de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 41-67.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Conciencia moral y acción comunicativa**. Barcelona: Península, 1996.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fonte, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**. The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes, n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/235828443225707_40087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 10 jun 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. Notas sobre la interpretación constitucional. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 9, pp. 175-198, 1991. Disponível em: <[HTTP://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_09_173.pdf)> Acesso em: 10 jun 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 145-150.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas no direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, v. 1. (Coleção “O que é isto?”).

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.