

HART E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: O PAPEL DA FILOSOFIA ANALÍTICA E DOS PRINCÍPIOS EM SUA TEORIA

HART AND JUDICIAL DISCRETION: THE ROLE OF ANALYTICAL PHILOSOPHY AND PRINCIPLES IN HIS THEORY

HART Y LA DISCRECIÓN JUDICIAL: EL PAPEL DE LA FILOSOFÍA Y LOS PRINCIPIOS ANALÍTICOS EN SU TEORÍA

Alexandre Brandão Rodrigues¹

RESUMO

Procura-se, primeiramente, estudar as principais influências filosóficas na teoria de Herbert Hart para melhor entender a sua concepção de Direito. E, assim, compreender qual o papel dos princípios na sua teoria e qual a solução que ele apresenta para a resolução dos casos difíceis (hard cases). Desta forma, o problema pode se dividido da seguinte forma: Quais são as bases filosóficas da teoria de Hart e quais são as principais características da sua teoria? E, qual é a solução da teoria de Hart para a resolução dos casos difíceis (hard cases)? Como resultado, temos que Hart foi influenciado pela filosofia analítica e pela hermenêutica e a sua teoria estabelece um sistema integrado de regras primárias e secundárias e seus critérios de validade, que explica de maneira adequada o funcionamento do sistema jurídico nos casos em que as regras são claras. Agora, quando as regras são abertas, a teoria de Hart deixa a desejar, pois entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Os princípios, para Hart, atuam como meros princípios gerais do ordenamento jurídico, mais não tem um caráter deontológico como categoria normativa.

Palavras-chave: Filosofia e positivismo analítico. Discricionariade. Princípios.

ABSTRACT

Initially, this paper aims to analyze the main philosophical influences on Herbert Hart's theory, to better understand his view on Law and, by doing so, to

1 Bacharel em Ciências Militares pela APM/RS (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestre em Direito pela UNISC (2018). Ex-Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do RS. E-mail: alexandre@defensoria.rs.def.br

understand the role that principles play in his theory, and which solution he presents for the resolution of hard cases. As a result of this analysis, we come to the conclusion that Hart was influenced by analytical philosophy, and by hermeneutics, and his theory establishes a system of primary and secondary rules and the criterion for their validity, which adequately explains the workings of the legal system regarding the cases in which the rules are clear. However, when the rules are “open”, Hart's theory leaves something to be desired, for it proposes that the solution should be made in a discretionary way by the judge. Principles, for Hart, act as mere general principles of the legal system, and do not have a deontological character as a normative category.

Keywords: Philosophy and analytical positivism. Discretion. Principles.

RESUMEN

En primer lugar, se busca estudiar las principales influencias filosóficas en la teoría de Herbert Hart para comprender mejor su concepción del Derecho. Y, así, comprender el papel de los principios en su teoría y qué solución presenta para la resolución de casos difíciles. De esta forma, el problema se puede dividir de la siguiente manera: ¿Cuáles son las bases filosóficas de la teoría de Hart y cuáles son los rasgos principales de su teoría? Y, ¿cuál es la solución de la teoría de Hart para resolver casos difíciles? Como resultado, tenemos que Hart fue influenciado por la filosofía analítica y la hermenéutica y su teoría establece un sistema integrado de reglas primarias y secundarias y sus criterios de validez, lo que explica adecuadamente el funcionamiento del sistema jurídico en los casos en que las reglas son claras. Ahora bien, cuando las reglas están abiertas, la teoría de Hart deja mucho que desear, pues entiende que la solución debe ser tomada de manera discrecional por el juez. Los principios, para Hart, actúan como meros principios generales del ordenamiento jurídico, pero no tienen carácter deontológico como categoría normativa.

Palabras clave: Filosofía y positivismo analítico. Discreción. Principios.

Data de submissão: 17/11/2022

Data de aceite: 06/12/2022

1 INTRODUÇÃO

Herbert Hart, sem dúvidas, foi um dos principais nomes da Teoria e da Filosofia do Direito. Hart, na cátedra de Jurisprudence na Universidade de Oxford, marcou o Direito, em especial a Escola da Common Law, com a sua teoria liberal, positivista analítica. Com o passar do tempo foi muito questionado, como foi e está sendo questionado o positivismo jurídico como um todo, em especial pelas correntes jurídicas pós-positivistas, na qual se destaca o nome do seu principal crítico: Ronald Dworkin. Mas, em que pese as críticas, não se pode negar, nem desmerecer, a contribuição que Hart deu para a Filosofia e Teoria do Direito.

Neste estudo, pretende-se conhecer melhor a teoria de Hart, iniciando pelas bases filosóficas que o influenciou; assim, pode-se compreender melhor o seu positivismo analítico. Posteriormente, com a compreensão da gama de teorias que o influenciaram, analisar-se-á os principais aspectos da sua concepção do Direito.

E, por fim, compreender qual é o papel dos princípios e da discricionariedade judicial na sua teoria, ao se analisar qual é a solução que a teoria de Hart apresenta diante de um caso difícil (hard case), ou seja, um caso em que a regra não se mostra de simples aplicação (tudo ou nada).

Diante do exposto, o problema pode ser dividido em duas partes: Quais são as bases filosóficas da teoria de Hart e quais são as principais características da sua teoria? E qual é a solução da teoria de Hart para a resolução dos casos difíceis (hard cases)?

Acredita-se que essa abordagem possibilitará que se conheça, não exhaustivamente, é claro, a teoria de Hart e possibilitará que sejam salientados os seus méritos e as suas imperfeições.

2 A BASE TEÓRICO-FILOSÓFICA DO POSITIVISMO ANALÍTICO DE HART

Herbert Hart foi um pensador emblemático dentro da perspectiva teórica do positivismo jurídico. A principal obra de Hart, onde ele lança as bases do

seu sistema jurídico, é “O Conceito de Direito”, publicada em 1961. Ele inicia a sua obra tentando responder a seguinte pergunta: “O que é o direito?”. Hart afirma que: “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de forma tão numerosas, variadas estranhas e até paradoxais [...]” (HART, 1994, p. 5).

Mas, não há como entender a teoria de Hart, sem que seja lançada luzes sobre a principal filosofia que o influenciou, no caso, a filosofia analítica, também conhecida como filosofia de linguagem que, nas palavras de Habermas (2003), deram um grande passo na chamada guinada linguística.

A filosofia analítica e o positivismo filosófico tiveram seu início já no final do século XIX, mas se desenvolveram com força no início do século XX, em especial devido ao movimento conhecido como Círculo de Viena. A principal característica desse movimento foi o desprezo da metafísica (muito presente na filosofia desde os clássicos - Sócrates, Platão e Aristóteles, passando pela filosofia da Idade Média, em especial a Escolástica, e indo até a filosofia moderna com Descartes, Kant e Hegel) e a reverência à Ciência, em especial à lógica e ao método científico.

Um dos principais expoentes que influenciou os pensadores do Círculo de Viena e deu as bases para a filosofia analítica, e, conseqüentemente, para guinada linguística², foi Ludwig Wittgenstein, primeiramente, com o seu livro *Tractatus logico-philosophicus*. Segundo Russell (2013, p. 483):

Nessa obra, desenvolveu o conceito de que todas as verdades da lógica são tautológicas. Uma tautologia no sentido técnico que lhe dá Wittgenstein, é uma proposição da qual a contraditória é autocontraditória. Nesse sentido, a palavra “tautológico”, corresponde, *grosso modo*, analítico, mais usual.

Wittgenstein salienta que há diferenças de pensamentos e de suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à

2 Além de Wittgenstein (o primeiro), outros filósofos contribuíram para essa guinada linguística, pode-se citar, somente a título exemplificativo, Gottlob Frege e Bertrand Russell.

consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse medium da linguagem. Para Wittgenstein, é nos limites da linguagem que estão os limites do pensamento de cada pessoa, então, para ele, toda a discussão filosófica até o momento travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade (HABERMAS, 2003).

Wittgenstein é um filósofo interessante, para dizer o mínimo, pois reviu, posteriormente, a teoria exposta no Tractatus na obra Investigações filosóficas. Tanto que na Filosofia é comum falar que existe o primeiro e o segundo Wittgenstein. A teoria do segundo Wittgenstein (1999) se caracteriza pelo entendimento que a linguagem trata-se de verdadeiros “jogos de linguagem”, pois “a linguagem funciona em seus usos, não cabendo indagações sobre o significado das palavras, mas sobre suas funções práticas. Essas são múltiplas e variadas. São verdadeiras formas de vida.” (Zilles, 2006, p. 866). Desta forma, como ressalta Russell (2013) a metafísica não passa de uma apreensão defeituosa da gramática, pois quando se compreende de forma adequada as regras, não há necessidade de tais subterfúgios.

Hart foi influenciado fortemente por Ludwig Wittgenstein, em especial, no que tange ao

[...] instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart vê o Direito como sendo construído por um universo de diferentes jogos linguísticos (os enunciados jurídicos), os

quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. (KOZICKI, 2006, p. 410).

O diferencial da teoria positivista de Hart é que, além de ter uma forte tradição lógico-linguística, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem, é também hermenêutica, pois se preocupa “[...] com aspectos pragmáticos da linguagem do Direito, privilegiando os usos e funções desta. O comportamento significativo é um comportamento governado por regras e a explicitação do sentido desse comportamento implica a apreensão de tais regras”. (KOZICKI, 2006. p. 409).

Então, Hart também é influenciado pela filosofia hermenêutica de Gadamer³, pois introduz a ideia de interpretação tendo como base o ponto de vista interno do participante e não o ponto de vista externo do espectador. Dessa forma, aplica uma perspectiva hermenêutica na análise das regras:

A ideia de um “aspecto interno” na discussão das regras, introduzida por Hart, foi, a esse mesmo respeito, um avanço decisivo para a Teoria Analítica do Direito; como disse P. M. S. Hacker, ela provocou a introdução do método hermenêutico na Teoria Geral do Direito britânica. (MACCORMICK, 2010, p. 52).

Em que pese ser um positivista analítico e ter sido influenciado pelas teorias de Jeremy Bentham e John Austin, Hart opõem-se, em alguns aspectos, as teorias destes teóricos, em especial à ideia de Austin de que o conceito de Direito se resume a uma obrigação garantida por sanções: “Austin reduz todas as regras do sistema jurídico a ordens baseadas em ameaças coercitivas e, para ele, tais ordens devem emanar da figura de um soberano e dos seus funcionários.” (HEINEN; SANTOS NETO, 2010, p. 133). Portanto, Hart (1994) constrói a sua teoria com base nas críticas feitas a essas teorias,

3 Para Gadamer, toda interpretação se dá a partir de uma perspectiva histórica em particular. Tudo que faz parte da história do intérprete (as crenças, as moralidades, os preconceitos, as respostas que quer obter etc.) influenciam a sua interpretação. Não há como, portanto, para Gadamer, se realizar uma interpretação puramente objetiva, pois o intérprete não pode ficar de fora da história e da cultura. Ele faz parte da história e está inserido na cultura. E, essa falta relativa de objetividade, não é algo negativo. Trata-se, na verdade, de ver as coisas como elas são, no seu aspecto concreto, existencial. E, nesse aspecto, toda a interpretação se baseia em predisposições, sem estas predisposições não seria possível ao intérprete interpretar. Ela é uma condição necessária para a interpretação. (PALMER, 1986).

principalmente no que tange as “[...] relações do Direito com a coerção, com a moral e com as regras.” (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 56).

Primeiro, no que se refere ao conceito de Direito como coerção, em apertada síntese, Hart (1994) afirma que nem todas as coerções representam uma obrigação. O Direito, além da sua característica coercitiva, também tem como característica sensibilizar as pessoas a cumprirem os seus comandos, ou seja, gera nas pessoas a ideia de que é importante cumprir as obrigações impostas, de forma voluntária. Segundo, quanto à moral, entende que nem todas as regras têm um conteúdo moral, as regras que dispõem sobre a validade ou sobre a competência, por exemplo, não dispõem de conteúdo moral. E, terceiro, quanto à relação do Direito com as regras, essas “[...] não são dirigidas a pessoas singulares, mas a uma classe de destinatários. E no modelo austiniano, ocorre também outro equívoco: o soberano é excluído do âmbito de aplicação das regras por ele mesmo criado.” (HEINEN; SANTOS NETO, 2010, p. 133).

Ressalta Decat (2015) que a teoria da separação entre o direito e a moral é apenas uma das três teorias defendidas pelos utilitaristas ingleses. A segunda é a da coerção que, como visto, Hart discorda. E a terceira tese, com a qual Hart concorda integralmente, é “[...] que o estudo analítico do significado dos termos jurídicos é fundamental para apreender a natureza do direito.” (DECAT, 2015, p. 57). Trata-se de influência da filosofia analítica na sua teoria.

Para Kelsen, um dos pontos importantes do seu projeto juspositivista era a diferença entre “ser” (causalidade) e “dever-ser” (normatividade), baseado na “Lei de Hume”; e, assim, o Direito trata-se de uma ciência normativa que se refere a preceitos prescritivos, deontológicos (RODRIGUES, 2022). Hart, nesse ponto, adota novamente uma perspectiva hermenêutica, pois entende que: “Para entender a normatividade das regras jurídicas, morais e outras regras sociais, precisamos refletir sobre as atitudes humanas em relação à ação humana.” (MACCORMICK, 2010, p. 42). Ele adota uma espécie de normatividade social.

Com base nas críticas a esses modelos positivistas jurídicos precedentes e influenciado fortemente pela filosofia analítica e pela hermenêutica, Hart parte para a criação da sua teoria, que tem por base um sistema jurídico.

3 A TEORIA JURÍDICA, O CONCEITO DE DIREITO DE HART

Hart, tal como Kelsen, propôs uma concepção de Direito como um sistema escalonado de normas, mas o fundamento do sistema jurídico para Hart (1994) está na aceitação de duas classes de regras: regras primárias (que impõe deveres/obrigações) e regras secundárias (que são todas aquelas que servem para identificar e elucidar as regras primárias – conferem poderes) (MACCORMICK, 2010).

As normas primárias de obrigação são, para Hart, os elementos básicos da ordem jurídica mas, para que o sistema jurídico seja diferenciado de outros sistemas (como a Moral, a Religião etc.), é necessário que essas regras sejam suplementadas pelas regras secundárias. A relação entre as regras primárias e as regras secundárias, para Hart (1994), é a chave do sistema jurídico. Em suas palavras: “deve atribuir-se um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito”. (HART, 1994, p. 122).

Para entender o sistema justeórico ora estudado, deve-se partir da existência de regras primárias que preveem, basicamente, violações de dever e violações de obrigação. Em uma sociedade, se existisse somente tais regras, haveria, inevitavelmente, três defeitos em que Hart classifica como: defeito de incerteza (de clareza sobre as regras, de definição sobre o seu limite); defeitos de qualidade estática nas regras (quanto à alteração deliberada das regras, em especial pelo decurso de tempo); e defeitos de ineficácia (referente ao cumprimento das regras impostas pelo ordenamento jurídico) (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014).

A resolução para esses problemas, dentro do sistema jurídico, se dá pelo estabelecimento de três tipos de regras que são consideradas secundárias: regra de reconhecimento, que resolve o problema da incerteza; a regra de alteração, que resolve o problema da qualidade estática das regras, ao prever as possibilidades de alterações dessas regras; e regras de julgamento, que resolve o problema da ineficácia, ao criar os órgãos responsáveis por dar eficácia às regras primárias (MACCORMICK, 2010; BITENCOURT, CALATAYUD; RECK, 2014).

Ressalta Hart (1994) que em um sistema jurídico complexo, onde existe uma variedade de fontes, a regra de reconhecimento é mais complexa e pode envolver constituição escrita, leis, precedentes judiciais, entre outras normas. Tais critérios são ordenados de forma hierárquica de subordinação e primazia relativas em que se estabelece uma noção de derivação. Essa complexa regra de reconhecimento, baseada em uma estrutura hierárquica de vários critérios, possibilita que se identifiquem as regras válidas do sistema jurídico.

Referente à questão da eficácia social na teoria de Hart, deve-se esclarecer que não existe uma relação necessária entre a validade de uma norma e a sua eficácia social, salvo quanto à regra de reconhecimento, visto que essa exige o reconhecimento social para ser admitida. Mas, ressalta Hart (1994) que seria desarrazoado aferir a validade de uma norma que nunca foi eficaz no sistema jurídico: quando se afirma que uma norma é válida se pressupõe que ela é eficaz, mas isso não quer dizer que não se possa aferir a validade de uma norma que não é eficaz ou, inclusive, que foi abandonada.

Quanto à regra de reconhecimento, em especial no seu caráter supremo, Hart (1994) afirma que tal regra pode ser diferente em cada sociedade. E, no sistema jurídico, a regra de reconhecimento difere das outras regras visto que serve para avaliar a validade destas. A regra de reconhecimento para Hart (1994) é, portanto, o requisito de validade do ordenamento jurídico, ela define as razões de validade das normas que estão no topo de ordenamento (exemplo: a constituição). Segundo Maccormick (2010, p. 148-149), a regra de reconhecimento:

[...] não é, em si, validada por qualquer outra norma ou regra superior, nem mesmo por uma “norma fundamental” pressuposta juridicamente do tipo contemplado por Kelsen. Não é, em si, chamada significativamente de “válida” ou “inválida”. Sua existência como regra é constituída simples e unicamente pelo fato de que “a partir do ponto de vista interno” é “aceita” (espontaneamente aceita), pelo menos pelos juízes e por outras autoridades superiores que exercem poderes dentro do sistema. É uma regra convencional, no sentido de que um padrão existente de conformidade a ela é parte do motivo para que os indivíduos a aceitem.

Tal regra trata-se de uma regra secundária que estabelece os comandos válidos do sistema jurídico e não está formulada de forma explícita. Ela deve ser identificada externamente, na estrutura do corpo social, por isso varia no tempo e espaço, de país a país (DIMOULIS, 2006), trata-se de mais uma característica hermenêutica da teoria de Hart.

A validade de uma regra tem como pressuposto que ela passou por todos os testes (critérios) da regra de reconhecimento (HART, 1994). Nesse ponto, entende Maccormick (2010) que é significativo para a teoria de Hart o caráter convencional da regra de reconhecimento (embora entenda duvidosa a afirmação que a regra de reconhecimento cumpra um papel diferente da norma hipotética fundamental), pois para que se estabeleça uma ordem constitucional é necessário que essa seja obedecida por todas as pessoas que detêm cargos, bem como que seja amparada pelas expectativas dos cidadãos.

A norma de reconhecimento é o fundamento do sistema jurídico, por isso que é suprema e deve ser reconhecida por aquela sociedade que a estabeleceu. Eis um dos grandes traços distintivos das teorias de Kelsen (RODRIGUES, 2022) e de Hart (1994): Ambas estabelecem um sistema jurídico escalonado e hierárquico, mas a grande diferença é a norma que dá validade ao ordenamento jurídico como um todo. Para Kelsen, ela é abstrata, transcendental (Norma Hipotética Fundamental); para Hart, ela é uma questão de fato, por isso aceita pela sociedade que a estabeleceu (Regra de Reconhecimento). Aqui, mais uma vez, verificam-se os critérios de normatividade justificada e social: justificada na norma hipotética fundamental de Kelsen e social na norma de reconhecimento de Hart.

Dessa forma, Hart (1994) estabelece um sistema jurídico com base em um sistema de regras (primárias e secundárias) e seus critérios de validade. A união entre regras primárias e secundárias, como visto, é o ponto central da sua concepção de direito. Mas, isso não basta para a existência de um sistema jurídico, é necessário ainda que haja uma descrição da relação dos funcionários do sistema com as normas secundárias. E é crucial que haja uma aceitação oficial da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema.

Não há dúvidas que como um sistema de regras trata-se de uma ótima teoria, explica a estrutura e o funcionamento de qualquer sistema jurídico quando as regras são claras, quando não há dúvidas quanto ao conteúdo de uma regra. Agora, e nos casos difíceis (hard cases), quando há, nas palavras de Hart, uma “zona de penumbra” na aplicação da regra, como a teoria de Hart se aplica?

4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO POSITIVISMO ANALÍTICO DE HART

Para Hart, as regras são padrões gerais de conduta que podem ter uma forma explícita de linguagem, palavras em termos verbais claros, de modo que o intérprete tem que apenas subsumir os fatos nas classificações gerais e tirar uma conclusão silogística simples (HART, 1994). Tratam-se de casos simples, como a regra do sinal de trânsito, a regra é aplicada na forma de “tudo ou nada”, pois se caracteriza por ter um “núcleo fechado” que determina a interpretação para um só sentido. Quando o semáforo está vermelho, tem que parar; quando está verde, pode seguir.

O problema está no caso complexo, onde o espaço deixado pela norma é muito aberto. Essa “textura aberta” (zona de penumbra) da norma permite um amplo poder discricionário para a decisão judicial e, para Hart (1994), a incerteza da decisão é um preço a pagar diante da impossibilidade dos legisladores humanos de preverem todas as circunstâncias fáticas. Hard exemplifica com o caso de uma regra que proíbe veículos automotores de

transitem nos parques de uma determinada cidade. Fica claro, por esta regra, que um carro ou um caminhão ou uma motocicleta não podem transitar no parque. Mas, e o patinete elétrico de uma criança, pode ou não transitar no parque? Aí está uma situação que entra na zona de penumbra, em que a regra não é tão clara, por isso exige uma interpretação por parte do juiz.

Então, para Hart, a regra pode ter um núcleo fixo (certo) e uma zona de penumbra, que se caracteriza por ter uma textura aberta (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014). Os casos em que entram nessa “zona de penumbra” da regra são “[...] geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la.” (HART, 1994, p. 325). No entendimento de Hart isso significa que, em algumas áreas, a escolha deve ficar a critério dos tribunais. Desta forma, os tribunais, tal como a autoridade administrativa que decreta um regulamento de uma determinada lei, exerce uma função criadora de regras (HART, 1994).

Assim, nessa zona de penumbra da regra, segundo Hart, é possibilitado ao juiz ou ao tribunal que exerçam o seu poder de criação. Mas, mesmo assim, eles continuam a compor um sistema jurídico e, por isso, devem fornecer uma decisão judicial correta. Isso significa que não podem desrespeitar livremente os padrões gerais fornecidos por esse sistema⁴. Mesmo na “zona de penumbra” da norma não pode o tribunal decidir com base em predileções, mas sim, com base nos padrões determinados pelo sistema jurídico, que faz com que se limite o caráter discricionário da decisão (HART, 1994). Nas palavras de Hart:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo o do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão correcta. Estes padrões são considerados pelo tribunal como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas no sistema (HART, 1994, p. 159).

4 Nesse ponto, quanto à liberdade (discricionariedade) judicial, trata-se de mais um, dos muitos pontos de divergência das teorias de Kelsen e de Hart. Kelsen entende que no espaço aberto pela norma geral, mas dentro da moldura dessa, o juiz é livre para criar. A decisão judicial, para Kelsen, é mais do que descritiva da ordem jurídica, ela é constitutiva, ou seja, ela mesma trata-se de uma norma que cria o Direito (RODRIGUES, 2022).

Hart faz questão de ressaltar, novamente, o limite do seu conceito de discricionariedade judicial no posfácio:

[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qual a decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditados pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juizes confrontados com casos difíceis semelhantes. (HART, 1994, p. 336).

Por mais que para Hart (1994) o conceito de Direito seja um sistema de regras, ele entende que as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social. E o Direito, nesse contexto, deve reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares nos casos das classificações gerais estabelecidas pelo sistema jurídico. No pós-escrito do seu livro “O conceito de direito”, em que ele responde às críticas feitas por Dworkin a sua teoria, ele reconhece que em sua obra não foi dado o devido destaque aos princípios, que somente os abordou de passagem.

Hart reconhece a existência de “regras de tudo-ou-nada” e “princípios geralmente não conclusivos”. Tanto que define a sua teoria como sendo um positivismo moderado, isso faz com que Maccormick (2010) o defina como sendo um pós-positivista, definição esta que Hart afastou. Mas, reconhece Hart que há casos em que o Direito é incompleto, que não fornece uma resposta certa para o caso concreto e, nesse caso, o juiz ou tribunal deve utilizar-se de seu poder discricionário:

O meu ponto de vista avançado neste livro é o de que regras e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, têm, muitas vezes, o que designo, com frequência, por “textura aberta”, de forma que, quando, a questão é de saber se dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. Tais casos não são “casos difíceis”, controvertidos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta que é juridicamente correcta, mas o direito em tais casos é fundamentalmente, incompleto; não fornece qualquer resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente regulados e, para se obter uma decisão nestes casos, os tribunais

devem exercer a função restrita de criação de direito que eu designo como “poder discricionário”. (HART, 1994, p. 314).

A crítica apresentada para a teoria de Kelsen é que dentro da moldura estabelecida pela norma geral o juiz tem ampla liberdade para dizer o que é o Direito, inclusive existe ampla liberdade (discricionariedade) na interpretação da própria Constituição (RODRIGUES, 2022). Isso faz com que a teoria de Kelsen permita um espaço de discricionariedade judicial bem maior do que a teoria de Hart, já que ela exige que o julgador decida dentro de padrões gerais do sistema jurídico. O Normativismo de Kelsen não exige uma única resposta. A decisão judicial é política, trata-se de uma escolha dentro da moldura legal, por isso totalmente discricionária.

Hart apresentou uma solução a esse problema, como visto, um juiz deve decidir de acordo com standards, ou seja, princípios gerais definidos previamente e os critérios de reconhecimento é que definem o que é válido para as decisões judiciais, a regra de reconhecimento gera um dever para o juiz de decidir conforme as regras cogentes oriundas do sistema jurídico. Um critério de reconhecimento de regras cogentes a serem aplicadas pelo juiz na decisão judicial, em um Estado constitucional, é que as regras são as que foram decretadas validamente pelo Poder Legislativo. A legislação fornece um fundamento válido para a decisão judicial, que implica um dever judicial de aplicar a disposição constitucional. Mas, como visto, esses critérios podem até limitar, mas não suprimem a discricionariedade do julgador, que pode escolher a sua resposta correta para um caso difícil, que pode ser uma decisão diferente da decisão a ser dada por um outro juiz (MACCORMICK, 2010).

Hart vincula a decisão judicial ao núcleo fixo das regras, o que torna as decisões previsíveis. Nos casos duvidosos, que estão dentro da zona de penumbra:

[...] não previstos ou não regulados completamente pelo ordenamento jurídico. Nessa área limitada, abre-se um espaço, entre várias escolhas possíveis aos tribunais e funcionários, na determinação da significação das regras jurídicas com maior textura aberta. Nessa “fronteira”, que exige maior densificação, Hart concede aos juizes

discricionariiedade, criando até mesmo um direito não previsto no sistema jurídico. (BITENCOURT; CALATAYUD; RECK, 2014, p. 86).

Nesse ponto, Maccormick (2010) critica a teoria de Hart, entende que Hart fornece somente uma compreensão parcial do Direito, isso porque o sistema jurídico é sempre fundamentado em princípios. Dessa forma, nunca o juiz dispõe de discricionariiedade no sentido “forte”. Em casos de textura aberta das normas jurídicas, o juiz dispõe de discricionariiedade para procurar a resposta correta em coerência com os princípios e valores do sistema jurídico. A discricionariiedade do juiz é exercida em *standards* predeterminados: quando esses *standards* são regras, a discricionariiedade se entende por uma área restrita; quando as regras dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se recorrer a outros *standards* de julgamento.

O positivismo analítico de Herbert Hart, que se trata de uma teoria que estabelece um sistema integrado de regras primárias e secundárias e seus critérios de validade, explica, de maneira adequada, o funcionamento do sistema jurídico nos casos em que as regras são claras. Agora, quando as regras são mais abertas e o caso se torna difícil (*hard case*), pois entra na zona de penumbra da regra, a teoria de Hart deixa a desejar.

Nesse caso, por saber que o Legislador não tem como dar respostas para todos os casos, ele entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Claro, esclarece Hart que essa discricionariiedade não é absoluta, pois o juiz deve observar os *standards* e os princípios gerais que dão suporte ao sistema jurídico.

Por mais que Hart tenha uma posição moderada quanto à discricionariiedade judicial, ele mesmo admite em seu posfácio, após a crítica feita por Dworkin, que ele não reconheceu e não esclareceu, de forma adequada, o papel dos princípios no sistema jurídico. Na teoria de Hart os princípios atuam meros princípios ou *standards* gerais do ordenamento jurídico, mais de caráter axiológico e não deontológico, ou seja, para Hart os princípios não têm natureza normativa, mas sim como são *standards* a serem observados pelo juiz ao aplicar a discricionariiedade judicial.

Coube aos teóricos pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas), posteriormente, explicar a devida importância que os princípios dentro do ordenamento jurídico. Em especial Dworkin (2002, 2007 e 2014) que foi o sucessor de Hart na cátedra de Jurisprudence em Oxford e seu principal crítico.

5 CONCLUSÃO

Hart, tal como Kelsen, construiu a sua teoria na esteira do positivismo filosófico analítico, foi influenciado fortemente pela teoria de Wittgenstein e pelas teorias dos positivistas ingleses, em especial as de Jeremy Bentham e John Austin. Por isso, a teoria de Hart tem como característica ser lógico-linguística, preocupada com aspectos sintáticos e semânticos da linguagem. Além disso, concorda também com Bentham e Austin quanto à necessidade da separação entre o direito e a moral, mas discorda, fortemente, da teoria da coação, que entende que o direito se resume a uma obrigação garantida por sanções. Nesse ponto, entende Hart que nem todas as coerções representam uma obrigação, pois o Direito também tem como característica sensibilizar as pessoas a cumprirem os seus comandos.

Além da filosofia analítica, Hart foi influenciado pela hermenêutica, pois na sua teoria se preocupou com aspectos pragmáticos da linguagem, questões afetas a seu uso e suas funções, entende que a interpretação do sistema jurídico deve ser feita com base o ponto de vista interno do participante e não o ponto de vista externo do espectador.

E, com base nessas filosofias, Hart constrói o seu conceito de Direito como um sistema escalonado de regras primárias (impõe deveres/obrigações) e secundárias (identificam e elucidam as regras primárias e conferem poderes). Para Hart não há como se ter um sistema jurídico somente de regras primárias, pois esse sistema teria três defeitos: de *incerteza* (clareza e definição de limites); de qualidade *estática* nas regras (quanto à alteração deliberada das regras); e de *ineficácia* (referente ao cumprimento das regras). Esses problemas são resolvidos com estabelecimento de secundárias: de

reconhecimento, para a incerteza; de alteração, para a qualidade estática ; e de julgamento, para a ineficácia.

A regra de reconhecimento é a mais complexa, em especial no seu caráter supremo, ela difere das outras regras desse sistema, pois tem como função avaliar a validade dessas. Serve como um requisito de validade do ordenamento jurídico que deve ser identificada externamente na estrutura do corpo social.

Assim, pode-se afirmar que a teoria de Hart indica um sistema normativo com base em um sistema de regras (primárias e secundárias) e seus critérios de validade. Em que pese se tratar de uma ótima teoria para explicar a estrutura e o funcionamento de qualquer sistema jurídico, ela é incompleta para os casos difíceis (*hard cases*).

Quando as regras são simples, expressas em uma forma explícita de linguagem, na forma de “tudo ou nada” (ex. semáforo de trânsito), a teoria de Hart se aplica muito bem. Mas o problema está no caso complexo, onde a norma deixa um espaço muito aberto (zona de penumbra). Nesses casos, Hart admite a discricionariedade judicial.

Nesse ponto, Hart tenta modular a discricionariedade judicial, visto que entende que o juiz ou o tribunal devem respeitar padrões gerais e princípios fornecidos por esse sistema, que devem ser o principal instrumento de controle social. Mas o próprio Hart reconhece no pós-escrito do “O conceito de direito” que a sua teoria não deu o devido destaque aos princípios. Por mais que Hart reconheça a existência de “princípios geralmente não conclusivos”, entende que esses princípios podem até limitar, mas não suprimir a discricionariedade do julgador, pois este pode escolher a *sua* resposta correta para um caso *difícil*.

A teoria de Hart é vinculativa da decisão judicial no núcleo fixo das regras, mas incompleta para os casos duvidosos, que estão em uma “zona de penumbra” da regra. Nesse ponto falha a teoria de Hart porque entende que a solução deve ser tomada de forma discricionária pelo julgador. Em que pese que entenda que essa discricionariedade não é absoluta, pois o juiz deve estar atento aos princípios gerais do sistema jurídico.

A falha da teoria de Hart é em não esclarecer o papel dos princípios no sistema jurídico e em não reconhecer a sua importância como categorias jurídicas, de caráter deontológico, com força normativa, mas sim como *standards* a serem observados pelo juiz ao decidir de forma discricionária.

Somente com a guinada argumentativa feita pelas teorias pós-positivistas é que os princípios começaram a ter o devido destaque da Teoria do Direito.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. **Teoria do direito e discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo. Santo Cruz do sul: Essere nel Mondo, 2014.
- DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a faticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, L. A. Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEINEN, Luana Renostro; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Positivismo e Obediência em Herbert Hart. **Seqüência**, Florianópolis, n. 61, p. 127-145, 2010.
- KOZICKI, Katya. Uma abordagem do Direito em Hart. **Seqüência**, Florianópolis, n. 23, p. 79-84, 1991.
- KOZICKI, Katya; HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1972. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MACCORMICK, Neil. **H. L. A. HART**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986.

RODRIGUES, Alexandre Brandão. O positivismo normativo de Hans Kelsen e o problema do decisionismo judicial. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 13, v. 2, n. 33, set. 2022.

RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção: Os Pensadores).

ZILLES, Urbano. Wittgenstein, Ludwig, 1889-1951. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

