

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Bruno Rombaldi De Rose

**A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DE H. L. A. HART NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADI Nº 4277 E DO
RE Nº 565.089/SP**

Porto Alegre

2020

Bruno Rombaldi De Rose

**A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DE H. L. A. HART NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADI Nº 4277 E DO
RE Nº 565.089/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alejandro Montiel
Alvarez

Porto Alegre
2020

**A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DE H. L. A. HART NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA ADI Nº 4277 E DO
RE Nº 565.089/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais na
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Orientador: Prof. Dr. Alejandro Montiel
Alvarez

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez
(orientador)

Prof. Dr. Carlos Frederico Ramos de Jesus

Me. Augusto Sperb Machado

EPÍGRAFE

Dedico este trabalho aos meus pais, César e Valéria, que desde cedo me incentivaram a buscar conhecimento e a me desenvolver nas esferas pessoal e profissional.

Bruno Rombaldi De Rose

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à minha família, em especial ao César, à Valéria, e à Daniela, bem como a todos aqueles que me proporcionam carinho diário e que contribuíram na minha formação, de forma direta e indireta. Agradecimento também aos meus avós, tios (as) do lado materno e paterno.

Ainda, gostaria de fazer um agradecimento especial a minha namorada Marina, minha companheira de todos os momentos e minha futura colega de profissão. Tu és muito especial para mim e adorei ter compartilhado esses cinco anos de faculdade ao teu lado, vivendo de certa forma as mesmas experiências, mas com diferentes pontos de vista.

Igualmente, gostaria de agradecer a todos os meus amigos, do colégio, da vida e da faculdade. Aliás, muito grato também à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, instituição que possui pessoas brilhantes, que apresenta aos alunos a “vida como ela é” e que os incentiva a sempre buscarem mais conhecimento.

Agradeço, por fim, a todos os professores que fizeram parte da minha graduação, em especial ao meu orientador, professor Alejandro, e aos professores de Filosofia do Direito da UFRGS, Guilherme e Marcus. Vocês me ajudaram muito nesta caminhada até aqui.

A todos vocês, muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os principais pontos da teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart, a qual representou um divisor de águas para as correntes filosóficas do juspositivismo e do jusnaturalismo. Ao se autointitular como positivista jurídico inclusivo, o autor ofereceu uma defesa inovadora de teses positivistas, com críticas a postulados clássicos da teoria. Diferentemente dos seus antecessores — Hans Kelsen, Jeremy Bentham e John Austin — o autor passou a admitir valores morais como critério de validade para sistemas jurídicos, motivo pelo qual suas obras são utilizadas como referencial teórico, tanto por seus seguidores, quanto pelos seus críticos mais assíduos. Nesse contexto, o objetivo geral desta monografia é, utilizando-se de uma metodologia hermenêutica-dialética, verificar se a teoria de Hart possui aplicabilidade prática no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, objetiva-se verificar se as grandes controvérsias jurídicas, políticas e sociais da atualidade contemplam ou reforçam as preocupações teóricas trabalhadas pelo autor em suas obras. A hipótese levantada para o estudo é de que tal premissa é verdadeira, já que seria possível demonstrar que controvérsias jurídicas complexas envolvem muitas vezes problemas conceituais, bem como dilemas que vão além da esfera jurídica, o que demanda certa discricionariedade dos julgadores na sua resolução.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Herbert Hart. Juspositivismo inclusivo. Textura aberta. Direito e moral. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the main points of Herbert Lionel Adolphus Hart's theory, which represented a turning point for the philosophical currents of legal positivism and natural law. By calling himself an inclusive legal positivist, the author offered an innovative defense of the positivist thesis, with critiques to classical postulates of this theory. Differently from his predecessors — Hans Kelsen, Jeremy Bentham, and John Austin —, the author started to admit moral values as a validity criterion for legal systems, the reason why his work is used as theoretical framework by his followers and most assiduous critics alike. In this context, the general aim of this monography is, by using the hermeneutic-dialectic methodology, to verify if Hart's theory has practical applicability on Brazilian legal order, through the analysis of two cases ruled by the Federal Supreme Court. In other words, it aims to verify if the great legal, political and social controversies of the present contemplate or strengthen the theoretical worries of the author in his work. This study claims that this hypothesis is true because it is possible to demonstrate that complex legal controversies often involve conceptual problems as well as dilemmas that go beyond the legal sphere, something which calls for the discretionary powers of judges in their resolution.

Keywords: Legal philosophy. Herbert Hart. Inclusive legal positivism. Open texture. Law and morals. Legal discretion.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O JUSPOSITIVISMO DE H. L. A. HART	11
2.1 A DEFINIÇÃO DO DIREITO E A COMPREENSÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO	11
2.2 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA IMPERATIVA DE AUSTIN	12
2.2.1 Os reflexos práticos do modelo simples	17
2.3 UMA NOVA ABORDAGEM CONSTRUTIVA: O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	19
2.4 A REGRA DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE JURÍDICA	22
3 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NA PERSPECTIVA DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM	26
3.1 A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM	26
3.2 O FORMALISMO E O CETICISMO EM RELAÇÃO ÀS NORMAS	29
3.3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NOS CASOS DIFÍCEIS	32
3.4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL	37
3.4.1 O que é fazer justiça?	37
3.4.2 A obrigação jurídica e a obrigação moral	40
3.4.2 O conteúdo mínimo do direito natural	45
4 INTERPRETANDO AS CONTROVÉRSIAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 565.089/SP.	51
4.1 A ADI Nº 4277	51
4.1.1 A controvérsia	51
4.1.2 Análise do julgamento	52
4.2 O RE Nº 565.089/SP	60
4.2.1 A controvérsia	60
4.2.2 Análise do julgamento	61
5 CONCLUSÕES	68
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Avalia-se constantemente as ações humanas como “boas”, “justas” ou “corretas”. Especificamente no campo jurídico, há muitas reflexões e controvérsias sobre a natureza do direito e a sua relação com a ética, ou mais especificamente com o seu objeto, a moral. O estudo da teoria do direito e da filosofia acabam por revelar que as preocupações clássicas do tema possuem grande relevância, principalmente quando se percebe que as grandes controvérsias políticas e jurídicas da atualidade guardam relação direta com dilemas morais.

Em face desse contexto, destaca-se, no campo da teoria do direito, debates em torno das correntes juspositivista e jusnaturalista. A primeira defende em sua essência uma ciência jurídica autônoma, independente da observância de princípios e de valores morais para a consideração da validade do seu objeto. A segunda, por outro lado, aponta para a moral como critério de validade do direito. Ou seja, aquele direito que não se revela como justo ou condizente com valores morais não pode ser caracterizado como tal.

A presente monografia busca analisar os principais pontos da teoria de Herbert Lionel Adolphus Hart, a qual representou um divisor de águas entre as duas correntes. Ao se autointitular como positivista jurídico inclusivo, o autor ofereceu uma defesa inovadora de teses positivistas, em razão de suas críticas a postulados clássicos da teoria. O fato é que, ao admitir valores morais como critério de validade dentro da ordem jurídica, Hart inovou dentro da teoria do direito, motivo pelo qual suas obras são utilizadas como referencial teórico tanto por seus seguidores, quanto pelos seus críticos mais assíduos.

O interesse na doutrina de Hart perpassa a construção teórica do autor até os problemas práticos com que se depara. O fato é que o autor buscou, por meio de uma filosofia analítica, estudar o fenômeno jurídico e os seus termos, não com o intuito de buscar uma definição definitiva para o Direito, mas para elucidar a sua compreensão como sistema. Nessa perspectiva, o objetivo geral desta monografia é verificar se a teoria de Hart possui aplicabilidade prática no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, objetiva-se verificar se as grandes controvérsias jurídicas, políticas e sociais da atualidade contemplam ou reforçam as preocupações teóricas trabalhadas pelo autor em suas obras. A hipótese levantada para o estudo é

de que tal premissa é verdadeira, já que seria possível verificar que as controvérsias jurídicas envolvem muitas vezes problemas conceituais, bem como dilemas que vão além da esfera jurídica, o que demandaria certa discricionariedade dos julgadores na sua resolução.

Para atingir o objetivo proposto será utilizada uma metodologia hermenêutica-dialética, na medida em que o trabalho busca desenvolver os principais pontos da teoria de Hart em meio a um diálogo de pensadores e comentadores. Após, objetiva-se interpretar, à luz desse referencial teórico, dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Em um primeiro momento, esta monografia de cunho exploratório buscará reconstruir a teoria jurídica do autor, partindo do conceito de “*ordens coercitivas apoiadas por ameaças*”, modelo atribuído a John Austin, a quem Hart direcionou diversas críticas. Para isso, será realizado um levantamento bibliográfico das principais obras de Hart, especialmente *The Concept of Law*, a qual é considerada sua principal produção.

Após, em um segundo momento, pretende-se abordar a temática da relação entre o direito e a moral, sob a ótica do elemento da “textura aberta” da linguagem. Tal expressão diz respeito a conceitos indeterminados que, segundo a linha do autor, ensejam uma solução criativa dos juízes para os casos nos quais esses conceitos se apresentam. Em posse dessa ideia, serão trabalhadas, dentro do segundo capítulo, duas correntes da teoria do direito que dizem respeito à relação entre as regras jurídicas e a sua aplicação: a do formalismo e a do ceticismo. A primeira sustenta que a decisão judicial é um procedimento lógico-dedutivo, no qual o juiz apenas aplica a norma geral ao caso concreto, por meio da técnica da subsunção. Assim, os termos gerais da regra possuem o mesmo sentido para todos os casos que venham a surgir, não havendo espaço para novas interpretações. A corrente cética sustenta o oposto, no sentido de que as regras não detêm tamanha importância na decisão judicial, já que esta não é conclusiva, racional, mas essencialmente retórica. A discussão em torno dessas correntes leva a problemática da discricionariedade judicial, a qual perpassa o estudo de casos que envolvem as regras, o propósito das regras, bem como dilemas morais. Aqui, a relação do direito e a moral será trabalhada, por meio da análise do tema da justiça dentro do direito,

da esfera da obrigação (jurídica e não jurídica) e do conteúdo mínimo do direito natural, defendido por Hart, para que a sociedade se torne viável.

Já em um terceiro e último momento, o enfoque da monografia será direcionado para questões de ordem prática. Assim, serão analisados dois julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal: o da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277 que trata sobre o reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos, bem como o do Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP, que dispõe sobre a demanda de servidores públicos do Estado de São Paulo por uma indenização, decorrente da falta de revisão geral anual de sua remuneração e subsídios, pelo Poder Executivo. A partir de então será possível responder a problemática inicial.

2 O JUSPOSITIVISMO DE H. L. A. HART

2.1 A DEFINIÇÃO DO DIREITO E A COMPREENSÃO DE UM SISTEMA JURÍDICO

A ciência jurídica, diferentemente de outras áreas, possui uma vasta literatura para definir o seu objeto de estudo. As respostas trazem estranheza, ante a diversidade e a persistência em que se debate o tema, o qual pode ser considerada a questão central da filosofia do direito.¹ Referida estranheza não diz respeito somente às respostas que são dadas à pergunta “o que é direito?”, mas também em relação ao motivo dessa pergunta. Não bastaria que as pessoas instruídas identificassem elementos comuns?² De modo a atingir o objetivo do trabalho, é preciso que se investigue a causa da divergência conceitual que envolve o direito, pois ela é decisiva para resolver problemas jurídicos difíceis, já que a interpretação jurídica se utiliza da combinação de aspectos conceituais e normativos.³ Nesse sentido, Hart afirma que a persistência da busca pela definição do direito carrega uma série de aspectos controversos, relacionados com a sua natureza, de três formas: 1) na diferença entre, de um lado, o Direito e a obrigação jurídica e, de outro, ordens sustentadas por ameaças; 2) na obrigatoriedade das normas, no que diz respeito à relação entre Direito e Moral; e 3) na noção de norma e até que ponto ela é um elemento essencial do direito.⁴

Curiosamente, na principal obra de Hart, *The Concept of Law*, a qual será utilizada como esqueleto da apresentação da sua teoria, o que se busca não é obter a resposta do título do livro, mas compreender o fenômeno jurídico e as suas características por meio de uma descrição neutra, analítica do direito.⁵ Considerado como um dos principais defensores da filosofia analítica da linguagem ordinária,⁶ Hart preocupa-se em analisar e distinguir determinados conceitos jurídicos. Segundo o autor, para que se possa compreender de fato o direito, primeiro deve-se analisar a origem de certos equívocos que surgem em decorrência da linguagem.⁷ Além

¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13.

² HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 3.

³ GIACOMUZZI, José Guilherme. Is the taxi a public service? Around concepts and schizophrenia in the Brazilian administrative law. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Curitiba, PR, n. 68, p. 209-250, 2017.

⁴ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 6-13.

⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁶ Denominação de um movimento filosófico que tem como pressuposto metodológico a ideia de que os problemas filosóficos tradicionais resultam de confusões conceituais.

⁷ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 6-13.

disso, ao seguir a linha do positivismo jurídico,⁸ Hart defende que o direito depende de fatos sociais complexos, os quais podem ser melhor compreendidos por meio da distinção entre o que o direito é o que o direito deve ser, noção originalmente defendida pelos teóricos John Austin e Jeremy Bentham⁹. Apesar de algumas semelhanças com os positivistas anteriores, há divergências de Hart, quanto à natureza das fontes sociais.^{10, 11}

O primeiro capítulo deste trabalho procura explorar alguns dos principais argumentos que sustentam a teoria jurídica hartiana. Logo, o que se pretende nesta parte é compreender as suas críticas endereçadas a Austin,¹² autor responsável por formular um conceito de direito em função de elementos simples de comando e de hábitos, os quais compõem o denominado “modelo austiniano”.¹³ A partir das conclusões obtidas por Hart no que diz respeito aos elementos que descrevem o fenômeno jurídico, o estudo será direcionado para os temas que envolvem os conflitos da “textura aberta” da linguagem.

2.2 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA IMPERATIVA DE AUSTIN

Inicialmente, em sua obra *The Concept of Law*,¹⁴ Hart sugere a exposição, e a posterior desconstrução, daquilo que ele considera a tentativa mais clara de analisar o conceito de direito em função de seus elementos: a teoria imperativa simples.¹⁵ Referida teoria, que coincide essencialmente com a doutrina de Austin, embora divergente em alguns pontos, sustenta que a chave para compreensão do direito encontra-se na noção simples de uma ordem apoiada por ameaças,¹⁶ a qual foi denominada por Austin de comando (*command*).¹⁷

Como ponto de partida, o que Hart objetiva não é o esclarecimento desta corrente de pensamento, mas sim o seu combate, pois ela tende a subestimar o

⁸ Aliás, no pós escrito de sua obra *The Concept of Law*, Hart reconhece que a sua doutrina consiste no que tem sido chamado de positivismo brando (*soft positivism*).

⁹ “Existence of law is one thing; its merit or demerit is another.” In: AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 157.

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 41.

¹¹ O tema será desenvolvido no primeiro capítulo deste trabalho.

¹² Considerado por muitos o criador da escola de teoria analítica do direito.

¹³ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 27.

¹⁴ Capítulos II, III e IV.

¹⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 18.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 21.

papel que as regras ocupam no interior do direito. Em razão desse fato, Hart constrói teses e argumentos que objetivam refutá-la, de modo a desenvolver sua teoria do fenômeno jurídico.¹⁸ As objeções de Hart dividem-se em três grandes grupos e referem-se: 1) ao *conteúdo* das leis; 2) ao *âmbito de aplicação das leis* e 3) à *origem* das leis. Além das referidas, Hart destaca que a própria concepção geral de um soberano supremo, independente e habitualmente obedecido é enganosa, já que não há quase nada em um sistema jurídico real que lhe corresponda.¹⁹

De modo a compreender as críticas, destaca-se a necessidade de uma teoria jurídica explicar as condutas obrigatórias, já que não há direito sem o elemento da obrigatoriedade. Tais condutas são assim consideradas quando há uma exigência para que um indivíduo submeta-se à vontade daquele que proferiu uma ordem.²⁰ Para explicá-las, Hart introduz um exemplo de assalto a banco. Nessa situação, ao realizar uma abordagem, o assaltante ordena que o caixa entregue determinada quantia em dinheiro, sob pena de dar-lhe um tiro. Austin, em sua obra *The Province of Jurisprudence Determined*, define tal ordem como um “comando” (*command*), analisando o significado do termo, bem como a sua relação com a palavra “dever” (*duty*):

Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands. [...]. If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command. A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded. If you cannot or will not harm me, in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase. If you are able and willing to harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish amounts to a command, although you are prompted by a spirit of courtesy to utter it in the shape of a request. ‘Preces errant, sed quibus contradict non posset.’ Such is the language of Tacitus, when speaking of a petition by the soldiery to a son and lieutenant of Vespasian. A command, then, is a signification of desire. But a command is distinguished from other significations of desire by this peculiarity: that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case he comply not with the desire. Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am bound or obliged by your command, or I lie under a duty to obey it. If, in spite of that evil in prospect, I comply not with the wish which you signify, I am said to disobey your command, or to violate the duty which it imposes.

¹⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.

¹⁹ HART, Herbert. **The concept of law.** 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 26.

²⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98.

Command and duty are, therefore, correlative terms: the meaning denoted by each being implied or supposed by the other. Or (changing the expression) wherever a duty lies, a command has been signified; and whenever a command is signified, a duty is imposed.²¹

Assim, o assaltante estaria expressando um “comando”, utilizando-se do seu poder para insinuar um desejo de que o caixa pratique a conduta de entregar dinheiro, sob pena de impor-lhe um mal ou dor em caso de desobediência. Hart discorda da utilização do referido termo na ocasião, pois a expressão caracteriza-se pelo exercício da autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano.²² Ou seja, a palavra “comando” não necessita do elemento da ameaça latente de dano para ser considerado como tal. Seria, portanto, uma chamada de respeito pela autoridade.²³ Apesar das divergências a respeito da utilização de tais enunciados,²⁴ a noção de “comando”, na forma do exemplo do assaltante, aproxima-se da noção de direito para Austin, já que o autor acaba por reduzir todas as regras a ordens baseadas em ameaças ou comandos.

A primeira crítica de Hart, portanto, refere-se ao conteúdo das leis. Isso porque, embora a concepção de um comando tenha forte analogia com as leis penais, existem outros tipos de regras que não impõem deveres e sanções no caso de serem violadas, mas conferem poderes a particulares ou funcionários para regularem relações de caráter público e privado.²⁵ Como exemplo, pode-se mencionar as normas que estabelecem as condições de validade de um negócio jurídico, testamentos ou matrimônios. O que essas regras fazem é outorgar poderes jurídicos aos indivíduos para que possam criar estruturas de direitos e deveres, característica que é obscurecida quando o direito é representado, em sua totalidade, como um composto de ordens apoiadas por ameaças.²⁶ Há, ainda, normas que conferem poderes jurídicos a órgãos de natureza pública ou oficial. A competência, por exemplo, como medida da jurisdição, outorga o poder de julgar os litígios ao juiz. Logo, o objetivo dessas regras é definir as condições e os limites dentro dos quais

²¹ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 21. Grifei.

²² HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 26.

²³ *Ibidem*, p. 20.

²⁴ Alternativamente, Hart opta por utilizar as expressões “ordens apoiadas por ameaças” (*orders backed by threats*) e “ordens coercitivas” (*coercive orders*), bem como “obediência” (*obedience*) e “obedecer” (*obey*) para referir-se às ordens e à aquiescência a essas.

²⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98.

²⁶ HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 27-28.

as decisões dos tribunais são válidas.²⁷ Tais normas são chamadas de regras secundárias, e serão trabalhadas mais adiante. Resumidamente, o que Hart conclui neste ponto é que, embora relacionadas, existem outros tipos de norma com funções diferentes das normas clássicas do direito penal, motivo pelo qual não se pode reduzir a natureza do direito a ordens coercitivas.²⁸

A segunda crítica de Hart diz respeito ao âmbito de aplicação da regra. Para melhor compreensão desse aspecto, Hart imagina uma sociedade hipotética reinada por Rex, um monarca soberano.²⁹ No decorrer do tempo, Rex passa a controlar seu povo diretamente por meio de ordens gerais apoiadas por ameaças, desenvolvendo uma relação pessoal entre ele e seus súditos, quando a comunidade o obedece por certo período de tempo. Assim, constitui-se um “hábito de obediência” (*habit of obedience*) por parte das pessoas que naquele território residem.³⁰ O exemplo ilustra, novamente, uma posição crítica de Hart, no que diz respeito a dois pontos: i) a afirmação de que as regras não se dirigem a pessoas singulares e ii) a afirmação de que a regra não se aplica ao soberano que a criou.³¹ A respeito do primeiro, ao contrário do que afirma Austin, no sentido de que existem “leis dirigidas” (*addressed laws*) a certas pessoas, Hart sustenta que a forma-padrão com que o direito opera é por meio de formas gerais de instruções, não se podendo afirmar, portanto, que o caso do assaltante reflete a noção geral do fenômeno jurídico, em razão do direcionamento da ordem proferida pelo assaltante a um único indivíduo.³² Além disso, a forma-padrão não se dirige e nem designa um indivíduo específico, tampouco especifica um ato em particular a ser praticado. Tais instruções oficiais possuem um papel secundário, sendo aplicadas no momento em que há desobediência de regra geral. Um possível exemplo seria o caso de uma fiscalização de pagamento de impostos (*as a tax inspector does*).³³ A respeito do segundo ponto, Hart defende a existência de uma força autovinculante (*self-binding force*) na atividade legislativa que faz com que o criador da lei a ela se submeta, assim como os demais indivíduos, às obrigações que decorrem dessas normas.

²⁷ *Ibidem*, p. 29.

²⁸ *Ibidem*, p. 33.

²⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

³⁰ HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 52.

³¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

³² HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 21.

³³ *Ibidem*.

Essa seria uma característica presente nas sociedades modernas e que não se encontra no exemplo do soberano Rex.³⁴

A terceira crítica de Hart a Austin trata a respeito da origem das leis. A teoria imperativa simples afirma que todas as formas do direito têm, retirados os seus disfarces, um ponto de semelhança com o ato legislativo e devem sua condição jurídica a um ato deliberado de criação.³⁵ Contudo, ao analisarmos a figura do “costume”, não se pode atribuir o seu status jurídico a um ato deliberado de criação do direito. Segundo Hart, o “soberano” não possuiria conhecimento específico, a reflexão e a conseqüente decisão de interferir ou não na formação de um costume.³⁶ Ora, se a teoria imperativa simples defende que o soberano cria direito por meio das suas ordens coercitivas habitualmente obedecidas, com analogia à atividade legislativa, como explicar o reconhecimento jurídico do costume? Desse modo, existiriam normas que não devem seu status jurídico a um ato deliberado de criação.³⁷

Com base nas três críticas mencionadas acima, Hart constata que a teoria imperativa simples não reproduz as reais características de um sistema jurídico. Um dos motivos seria a busca constante pela uniformidade na teoria do direito e na filosofia em geral que acaba por obscurecer a verdadeira natureza das coisas, no caso, do direito.³⁸

Antes de apresentar os novos elementos que compõem a concepção hartiana do fenômeno jurídico, convém apontar os problemas práticos que decorrem do criticado modelo austiniano.

2.2.1 Os reflexos práticos do modelo simples

Anteriormente, foi visto que o conceito de direito proposto por Austin não seria adequado para explicar o fenômeno jurídico. Segundo Hart, um dos motivos para que esse seja compreendido como insuficiente é a utilização da noção de “hábito”, já que o termo fracassa ao deixar de explicar dois problemas centrais: i) a continuidade

³⁴ *Ibidem*, p. 42.

³⁵ *Ibidem*, p. 44-47.

³⁶ *Ibidem*, p. 44-47.

³⁷ *Ibidem*, p. 48.

³⁸ *Ibidem*, p. 49.

da autoridade legislativa e ii) a persistência do direito.³⁹ A retomada à sociedade hipotética de Rex facilita a compreensão. Supondo-se que haja o falecimento do monarca, Rex II, filho de Rex, assumiria o reinado e passaria a proferir ordens à população. O primeiro problema que se apresenta é que não há como explicar a legitimidade do novo monarca, já que o mero hábito da obediência não outorga ao novo legislador o direito de suceder ao antigo, bem como de proferir ordens em seu lugar.⁴⁰ Deveria haver, portanto, uma regra aceita que institui Rex II como legítimo sucessor de Rex, de modo que aquele seria soberano por um direito já conferido de governar.⁴¹ Assim, nas palavras de Luis Fernando Barzotto, “a continuidade do poder legislativo pressupõe uma prática social complexa que consiste na aceitação de uma regra, e a mera noção de um hábito não dá conta de explicá-lo”.⁴² A insuficiência da noção de hábito também é perceptível na tentativa de explicar a persistência do direito: como explicar uma lei antiga em vigor, já que essa foi uma ordem dada por outro soberano? Ou seja, como considerar o elemento do “hábito da obediência” de indivíduos em relação a uma lei de séculos atrás?⁴³ A conclusão é a de que a criação de direito por parte de Rex II é inviabilizada, sendo necessário substituir a noção de hábito pela ideia de regra social (*social rule*).⁴⁴

A respeito dos conceitos de “hábito” e “regra social”, Hart destaca que eles possuem algumas semelhanças, como a característica do comportamento convergente, repetido pela maior parte das pessoas. Contudo, existem três diferenças importantes, sendo a primeira referente aos desvios desse *standard* comum.⁴⁵ Na noção de hábito, os desvios não são vistos como erros passíveis de críticas, ao contrário das regras, em que há uma certa pressão no sentido da obediência, variando de intensidade dependendo do tipo da norma.⁴⁶ Outro fator importante é que, em relação às normas, pode haver uma minoria que recusa a aceitá-las como padrão de conduta a ser seguido, para si e para os outros. Como consequência, acabam por desrespeitá-las, gerando críticas legítimas e justificadas

³⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

⁴⁰ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 51-54.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100.

⁴³ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 47.

⁴⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 55.

⁴⁶ *Ibidem*.

em razão dos desvios.⁴⁷ Hart ainda menciona a necessidade de uma “atitude crítica e reflexiva” (*reflective critical attitude*), dotada de críticas e autocríticas, por parte de indivíduos de uma determinada sociedade, para que exista uma norma social. A expressão característica desse aspecto interno encontra-se nos termos “deve” (*ought*), “tem de” (*must and should*), “certo” (*right*) e “errado” (*wrong*).⁴⁸ A conclusão que se obtém é que, de modo a justificar a existência das regras, Hart parte do princípio de que a análise do nosso comportamento linguístico pode levar a uma conclusão sobre a existência de algo. De acordo com Cláudio Fortunato Michelon Jr., a concepção de realidade de Hart difere da concepção empirista, já que o autor pretende justificar a existência objetiva das regras sociais por meio de um padrão de avaliação das ações humanas. Dessa forma, “o enunciado que asseve a existência da regra é diferente da gramática do enunciado que atesta a existência de um fato bruto ou metafísico”.⁴⁹ Neil MacCormick, ao analisar as expressões mencionadas por Hart como características de um aspecto interno, faz uma objeção de que elas tipicamente seriam utilizadas em situações que não envolvem regras sociais.⁵⁰ Contudo, em sua opinião, a essência da teoria é correta, na tentativa de destacar esse aspecto interno presente nas normas sociais.⁵¹

Em termos práticos, qualquer jogo poderia ilustrar uma situação que envolve regras sociais. Em uma partida de futebol, a cobrança de lateral é realizada com as mãos, e todos os jogadores têm o hábito de fazê-la, encarando-a como um padrão de comportamento a ser seguido. O próprio jogador que realiza a cobrança possui um ponto de vista sobre o quão correta e adequada é aquela ação.⁵² Ainda, existe a divisão entre dois pontos de vista em relação à prática. O primeiro corresponde à figura do observador, o qual percebe o jogo por meio de um “ponto de vista externo”,

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55-56.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁹ MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.

⁵⁰ “Quando um vegetariano afirma que comer carne é errado, pode muito bem ter a consciência de que não há nenhuma regra social condenando os hábitos carnívoros na comunidade dele. Se ensinassem aos filhos que essa ação não é correta, não estariam ensinando uma regra social existente, nem a regra social seria necessariamente o resultado desse ensinamento, por mais que ele tenha sucesso”. In: MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 57.

enquanto o segundo, ao participar do jogo, adota um “ponto de vista interno”^{53, 54}, o qual contempla o aspecto interno mencionado anteriormente. Essa divisão será aprofundada posteriormente.

Exposta e desconstruída a teoria imperativista, passa-se ao exame dos novos elementos introduzidos por Hart em sua descrição do fenômeno jurídico.

2.3 UMA NOVA ABORDAGEM CONSTRUTIVA: O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Ao final do primeiro capítulo, foi visto que, na visão de Hart, a ideia de regra é imprescindível para qualquer explicação do fenômeno jurídico. Contudo, não se trataria de apenas um modelo único de regra, mas sim de dois tipos de regras que se diferenciam em razão das suas funções: as regras primárias e as regras secundárias.⁵⁵

As normas do tipo primário exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, independente da vontade dos indivíduos. Por outro lado, é possível afirmar que existem normas que são secundárias em relação às primárias, já que possibilitam a introdução de novas normas do primeiro tipo, extinguindo, modificando, e determinando novas formas de incidência ou até controlando a aplicação das regras primárias.⁵⁶ O ponto central de distinção entre ambas não é o fato de que uma impõe deveres e a outra concede poderes, mas justamente o caráter funcional de cada uma delas, no que diz respeito ao tipo de ação que se objetiva ao utilizar cada regra. A norma primária não identifica a existência de outras regras, motivo pelo qual necessita da norma secundária.⁵⁷ Hart conclui que, embora não necessariamente encontradas em qualquer uso do termo

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Os diferentes pontos de vista de um participante e de um observador já haviam sido retratados pelo sociólogo alemão Max Weber, na obra *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, retomados por outros juristas e pensadores, como Peter Winch, na obra *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*. Ver: NETO, João Andrade. Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 12, n. 3, 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300869&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 80-81.

⁵⁷ MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 166-167.

“direito”,⁵⁸ a compreensão dos diferentes tipos de normas permite revelar características do direito até então obscurecidas.⁵⁹

Para construir uma descrição do direito que contemple a inter-relação das normas primárias e secundárias, Hart retorna aos primeiros passos de Austin, no que diz respeito à necessidade, para existência do direito, de uma conduta humana obrigatória ou não-opcional.⁶⁰ A concepção de obrigação na visão de Austin pode ser representada no exemplo inicial que envolve o assaltante. Assim, para que se possa saber se o caixa tem a obrigação de cumprir a ordem proferida pelo assaltante, é necessário aferir o grau de probabilidade de que aquele que tem a obrigação sofra uma punição no caso de desobediência.⁶¹ Essa teoria ficou conhecida como “teoria preditiva da obrigação” (*predictive theory of obligation*), a qual é amplamente criticada por Hart pelo fato de: i) obscurecer que as infrações também são justificativas para a aplicação das sanções, e não apenas motivos para que se possa prever as consequências negativas de uma conduta e ii) ser passível de contradições, já que é possível afirmar que um indivíduo possui a obrigação de realizar algo, mesmo não sendo provável a aplicação de uma sanção.⁶²

O que a teoria imperativa faz é eliminar o aspecto interno das normas, já que é meramente factual, sem caráter normativo. Na visão de Hart, a obrigação de realizar uma conduta reside no fato de que há uma norma. Contudo, nem sempre que existe uma norma há uma obrigação, como no caso de uma norma social de etiqueta.⁶³ Outras duas características foram identificadas por Hart para que obrigações sejam impostas: a importância dos valores promovidos pela observância das normas e o possível conflito entre a obrigação e o desejo.⁶⁴ Destarte, as normas apoiadas por uma pressão social são consideradas importantes, pois apresentam um “conteúdo valorativo” relevante na manutenção da vida social. Já o conflito entre obrigação e desejo diz respeito ao envolvimento de certo sacrifício/renúncia na realização de um dever, quando comparado com o interesse pessoal do indivíduo.⁶⁵

⁵⁸ Hart sustenta apenas que elas podem compor as características familiares do direito interno de um Estado Moderno.

⁵⁹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 81.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 84.

⁶² *Ibidem*, p. 84-85.

⁶³ *Ibidem*, p. 85-86.

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 82.

⁶⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 87.

A distinção que elucida o conceito de obrigação de Hart pode ser explicada entre as afirmações “fui obrigado” (*was obliged*) e “tinha a obrigação” (*had an obligation*). A primeira pode ser avaliada no exemplo inicial do assaltante que ordena que o caixa lhe entregue o dinheiro, enquanto a segunda pode ser avaliada no caso de um caloteiro contumaz que tinha o dever de pagar o aluguel e que, contudo, sem ter sentido pressão alguma, foi embora sem realizar o pagamento. O ponto de Hart é que a utilização do termo “fui obrigado” refere-se a uma conduta que se justifica em razão de um fato. No caso do assaltante, as crenças pessoais do caixa no momento da abordagem no sentido de que seria baleado condicionam a sua ação de entregar o dinheiro. No momento da abordagem, ele encontra-se coagido a agir.⁶⁶ Por outro lado, a utilização do termo “tinha a obrigação” insere-se no contexto do caloteiro, pois ele deveria realizar o pagamento independente de sentir pressão ou compulsão para tanto. Se utilizássemos nesse último caso o termo “tinha a obrigação”, estaríamos descrevendo mal a situação do ponto de vista do dever/obrigação.⁶⁷ Em outro exemplo envolvendo um indivíduo que afirma ter a obrigação de pagar impostos, as convicções e motivos particulares do indivíduo não são suficientes para justificar a afirmação de que tinha a obrigação de fazer aquilo. Aqui há uma noção de normatividade que contempla um enunciado interno de alguém que adere à regra do ponto de vista interno. A regra seria supostamente aplicável ao caso concreto.⁶⁸

A partir dessa compreensão do que seria a obrigação, Hart retorna para a ideia da divisão das regras em primárias e secundárias. As primárias seriam as normas básicas de obrigação, conhecidas como elementos primários de direito, enquanto as secundárias seriam regras que suplementam as primeiras, no que tange à identificação, alteração e aplicação das regras primárias.⁶⁹

Para ilustrar a necessidade de regras secundárias, o autor convida o leitor, na obra *The Concept of Law*, a imaginar um sistema jurídico primitivo, no qual existem apenas normas de conduta comum, aplicadas pelos membros da comunidade. Em tal sociedade, não há um poder legislativo, tribunais ou autoridades, motivo pelo qual Hart identifica a existência de três problemas principais: a) a incerteza quanto à validade e aplicação das regras, b) o caráter estático das regras e c) ineficácia da

⁶⁶ *Ibidem*, p. 82.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 83.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 127-141.

pressão social difusa pela qual são mantidas as regras da comunidade.⁷⁰ O primeiro se apresenta pelo fato de não haver característica identificadora comum nessa sociedade, apenas um conjunto de padrões isolados que lembram a “etiqueta social”. Se houvesse dúvida sobre a validade de uma norma ou sobre sua aplicação, não haveria qualquer orientação para dirimir tais incertezas.⁷¹ O segundo problema refere-se à impossibilidade de introdução de novos padrões de comportamento, já que o único modo de alteração seria a transformação espontânea das práticas dos membros da sociedade. Em relação ao terceiro e último problema, a sociedade imaginária teria problemas de organização para a efetiva aplicação das regras ao caso concreto, já que não há previsão de autoridade com poderes para tanto, gerando violência na busca pela autotutela da comunidade.⁷²

Em suma, há necessidade de regras secundárias para suplementar as regras primárias, solucionando tais problemas e formando a estrutura de um sistema jurídico moderno. Dentro do tipo secundário, destaca-se a regra que possibilita a identificação conclusiva das normas de obrigação: a regra de reconhecimento.⁷³

2.4 A REGRA DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE JURÍDICA

No sistema jurídico hartiano, a regra de reconhecimento é uma regra suprema, já que contém critérios comuns para que os indivíduos e autoridades possam identificar as regras primárias. Quando se trata de um sistema jurídico moderno, existem múltiplos critérios para identificação das regras elementares, os quais geralmente incluem uma Constituição escrita ou precedentes judiciais.⁷⁴

Quanto aos seus aspectos constitutivos, embora a existência da regra de reconhecimento seja uma questão factual, ela possui uma natureza dupla: 1) do ponto de vista interno é concebida como regra, já que a sua existência (validade) no interior do sistema é uma questão jurídica, de modo que é determinada por referência a outras regras e 2) do ponto de vista externo é concebida apenas como um fato, já que é uma prática de identificação do direito pelos tribunais e

⁷⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 102.

⁷¹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 91-92.

⁷² BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 102.

⁷³ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 95.

⁷⁴ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 100-101.

funcionários bem como é aceita pela generalidade dos cidadãos.⁷⁵ Logo, a manifestação da regra de reconhecimento é rara, pelo ponto de vista interno, mas ela ficaria demonstrada pela forma de identificação de outras regras no interior do sistema.⁷⁶

Quanto à sua relação com a norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen, embora ambas sejam fundamentos normativos de legitimidade do sistema jurídico, elas possuem várias diferenças, dentre elas, o fato de que a norma fundamental é hipotética, transcendental ou pressuposta, enquanto que a regra de reconhecimento é fática, mas envolvendo dois pressupostos:⁷⁷ 1) a aceitação de quem faz um juízo de validade da regra 2) a aceitação de regras pelos funcionários do sistema.⁷⁸

A noção de da regra de reconhecimento é ilustrada por Hart por meio de sua analogia com as regras de contagem de pontos de um jogo. Enquanto esse acontece, raramente enuncia-se a regra geral. Na prática, ela é utilizada pelo árbitro e pelos competidores para identificar os elementos presentes e, posteriormente, o vencedor.⁷⁹ A concepção que abarca os pontos de vista externo e interno é perfeitamente verificável nessa situação, já que, sob a perspectiva dos jogadores, há a aceitação da norma como diretriz de conduta, o que acaba por relacionar a ideia da regra implícita a um ponto de vista interno, por parte daquela que participa.⁸⁰ Neste momento, o jogador produz o que Hart denomina de enunciado interno (*internal statement*). Por outro lado, sob a ótica do mero observador da partida, há apenas a menção de que os outros aceitam a norma de reconhecimento no local, dando a origem a um enunciado externo (*external statement*).⁸¹ O mesmo pode ocorrer em relação aos árbitros ou aos homens comuns que comemoram um “gol” nas arquibancadas. Esse tipo de linguagem é característico da regra de reconhecimento que, no caso, age para fins de marcação de ponto do evento.⁸² Para Cláudio Fortunato Michelin Jr., é importante compreender a natureza da distinção

⁷⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105.

⁷⁶ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 101.

⁷⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARBOSA, Rodrigo Pedroso Barbosa. Regras de reconhecimento e a legitimidade da decisão jurídica em Hart. **Revista Debates**, Porto Alegre, RS, v. 10, n.3, p.153-168, 2016.

⁷⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105.

⁷⁹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 101-105.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 101-105.

⁸² *Ibidem*.

entre os dois enunciados, por dois motivos: 1) tal compreensão fundamenta a tese de Hart sobre o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos e 2) a justificação das distinções entre hábitos e regras e entre os enunciados dependeria do que ele denomina de “concepção de realidade”. Para o autor, essa distinção é de natureza lógica, e justamente a sua falta de compreensão teria levado ao que ele denomina de interpretações “psicologistas” dos enunciados, fato que é comentado também por Hart.^{83, 84} O que se levaria em conta, ao distinguir enunciados, é a possibilidade de descrever um fenômeno normativo de duas perspectivas diferentes.⁸⁵ Contudo, os dois tipos de enunciados não reproduziriam o mesmo fato, já que a condição de verdade do enunciado interno contempla uma regra, enquanto um enunciado externo apenas um evento físico.

Compreendida a definição e o contexto por meio do qual a regra de reconhecimento se apresenta, faz-se necessário abordar o problema da validade jurídica das normas. De acordo com Hart, uma regra é válida quando a norma satisfaz os critérios da regra de reconhecimento, e isso é mais frequentemente manifestado por meio de enunciados internos. Desse modo, a validade de uma regra é independente da sua eficácia (considerando que a eficácia está ligada ao cumprimento da norma), a menos que a norma de reconhecimento inclua como critério a necessidade de uma eficácia prolongada.⁸⁶ Mas afinal, como aferir a validade da regra de reconhecimento? Não há uma resposta de Hart a essa questão, já que na visão do autor tal pergunta não faz sentido. Formulando-se tal questionamento, a palavra “validade” é retirada do contexto em que ela realmente tem sentido (e, com ela, a própria ideia de fundamentação), uma vez que a regra de reconhecimento é simplesmente um critério compartilhado.⁸⁷

⁸³ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁴ MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

⁸⁵ Em uma perspectiva interna leva-se em conta as regras sociais ali presentes, enquanto na perspectiva externa leva-se em conta apenas a regularidade de comportamento social. Ver MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

⁸⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. p. 106.

⁸⁷ MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

Neste primeiro capítulo, discorreu-se a respeito dos problemas linguísticos que envolvem a teoria hartiana, incluindo as críticas ao modelo austiniano e os novos fundamentos jurídicos introduzidos pelo modelo de Hart. A seguir, a análise passará a ser mais específica, no que diz respeito à resolução de casos considerados limítrofes ou difíceis e que envolvem a regra suprema de sistemas jurídicos modernos.

3 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NA PERSPECTIVA DA TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM

3.1 A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM

Em que pese as críticas iniciais de Hart direcionadas a Austin, os autores convergem em um aspecto: reconhecem que as regras jurídicas possuem uma “textura aberta” (*open texture*). Ocorre que, em certas situações, a linguagem contida no texto do qual se extrai a norma não descreve com exatidão ou alcança de forma exata aquilo que está no mundo. A consequência desse fato é a dificuldade de aplicação da norma ao caso concreto pelo juiz, motivo pelo qual há uma demanda de critérios argumentativos que vão além da mera referência às regras.⁸⁸

Dessa forma, o que se pretende nesta parte do estudo é compreender as origens, o conceito e as consequências da textura aberta da linguagem. Após, irá se analisar a discricionariedade judicial, defendida por Hart nos casos que envolvem um problema da “zona de penumbra” (*problems of the penumbra*), bem como as duas principais correntes que analisam a relação entre as regras e a sua capacidade de oferecerem uma solução para os casos práticos do direito. Na parte final, será discutida a relação entre o direito e a moral, desde a análise de suas respectivas obrigações até o suposto conteúdo mínimo de direito natural que confere viabilidade ao sistema jurídico.

Quando se trata da linguagem, de uma maneira geral, pode-se dizer que o significado de uma oração é determinado pelo significado dos enunciados (ordem semântica) que a integram e pela relação entre eles (ordem sintática). Contudo, em muitas ocasiões, as palavras utilizadas em um texto não só geram problemas na determinação do seu significado, mas também os seus próprios vínculos sintáticos geram equívocos. Essas dificuldades decorrem do fato de que a linguagem natural possui limites que dificultam a transmissão de uma mensagem.⁸⁹

No campo jurídico, essas falhas linguísticas geram dúvidas na interpretação dos textos legais em razão da falta de certeza na identificação de uma norma, prejudicando a solução normativa estipulada para o caso específico. Dentre os

⁸⁸ STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p. 5-6.

⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 305-306.

problemas de interpretação existentes, destaca-se o da imprecisão semântica das palavras que fazem parte de uma regra jurídica. Nesse problema, encontra-se a ideia de “textura aberta da linguagem” ou, aplicado ao caso jurídico, “textura aberta do direito”.⁹⁰ O conceito foi empregado pela primeira vez por Friedrich Waismann,⁹¹ surgido em meio a uma discussão mais ampla que tratava sobre a possibilidade de verificação⁹² de uma afirmação empírica. Em síntese, o autor afirma que os nossos conceitos empíricos, mas não somente eles, não apresentam uma definição exaustiva, havendo uma “incompletude essencial” (*essential incompleteness*) nas descrições empíricas.⁹³ A título exemplificativo, Waismann afirma:

If I had to describe the right hand of mine which I am now holding up, I may say different things of it: I may state its size, its shape, its colour, its tissue, the chemical compound of its bones, its cells, and perhaps add some more particulars; but however far I go, I shall never reach a point where my description will be completed: logically speaking, it is always possible to extend the description by adding some detail or other. Every description stretches, as it were, into a horizon of open possibilities: however far I go, I shall always carry this horizon with me [...] there is no such thing as completeness in the case in which I describe my right hand, or the character of a person; I can never exhaust all the details nor foresee all possible circumstances which would make me modify or retract my statement.⁹⁴

Ou seja, essa incompletude essencial das descrições empíricas, representada acima pela descrição de uma mão, seria responsável pela textura aberta dos conceitos. Em síntese, uma descrição é inesgotável tanto do ponto de vista das propriedades (possibilidade de análise de um ponto de vista diferente), como pelo ponto de vista de que sempre surgirão novas experiências e descobertas capazes de afetar a interpretação dos fatos. Ou seja, a textura aberta seria um termo que se refere a um conceito cuja utilização não é prevista para todas as situações possíveis.⁹⁵

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Filósofo austríaco filiado ao Círculo de Viena e defensor do positivismo lógico (neopositivismo), cujo projeto consistia em basear a ciência em uma linguagem inteiramente redutível a formulações de observações diretas (empirismo lógico).

⁹² Método que consiste em fornecer as condições que devem ser obtidas para que uma dada afirmação seja verdadeira.

⁹³ STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p. 13-14.

⁹⁴ WAISMANN, Friedrich. Verifiability. Ver: BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, SP, p. 71-88, jul., 2017.

⁹⁵ STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p 14.

O filósofo americano Gordon Baker relaciona o conceito de textura aberta elaborado por Waismann ao conceito de hipótese (*hypothesis*) de Ludwig Wittgenstein.⁹⁶ Nesse sentido, afirma: “Uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, nem nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna provável em função das evidências que servem para confirmá-la, mas nunca certa.”⁹⁷ Assim, há a aproximação da hipótese com a textura aberta, a qual também se aproxima de outros dois conceitos: o dos “jogos da linguagem” e o da “semelhança de família”. Wittgenstein, com a obra *Investigações Filosóficas*, acaba por inaugurar uma nova fase de seu pensamento: “o dos jogos da linguagem”. Esse termo, bem como o da “semelhança de família”, guardaria relação com a noção de textura aberta da linguagem. Na visão do autor, diferentemente da versão trabalhada na obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, a linguagem não seria uma captura da realidade, mas sim uma caixa de ferramentas, utilizada para diferentes funções. Quando exemplificamos um “jogo” como futebol, ou pingue-pongue, podemos perceber elementos comuns a eles. Tais elementos podem ser considerados semelhanças, parentescos, mas o ponto de Wittgenstein é que, na medida em que os exemplos vão surgindo, não há elemento comum a todos os jogos. Esse é o raciocínio desenvolvido em uma passagem da obra *Investigações Filosóficas*:

Considera, por exemplo, os processos aos quais chamamos jogos. Quero com isto dizer que os jogos de tabuleiro, os jogos de carta, os jogos de bola, os jogos de combate, etc. O que é comum a todos eles? Não respondas: tem de haver alguma coisa em comum, senão não se chamariam jogos – mas olha, para ver se tem alguma coisa em comum – Porque, quando olhares para eles não verás de fato o que todos têm em comum, mas verás pareenças, parentescos, e em grande quantidade.⁹⁸

Ao comparar a ideia de “jogo” com a linguagem, o filósofo caracteriza as semelhanças existentes entre eles como “semelhanças de família”, em razão do fato de que membros de uma família possuem características que se envolvem e se cruzam entre os indivíduos, dando origem a cor dos olhos, temperamento, dentre outros. Como não há características comuns a todos os membros, tais elementos

⁹⁶ BAKER, G. “Verehrung und Verkehrung: Waismann and Wittgenstein”. In: LUCKHARDT, C.G. (ed.). **Wittgenstein - Sources and perspectives**. Sussex: Harvester Press, 1979. p. 270.

⁹⁷ STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001. p. 16.

⁹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. p. 52.

possuem contornos imprecisos, noção que é compatível com a textura aberta da linguagem.

Compreendido o conceito de textura aberta e a sua origem, volta-se ao autor central do trabalho, que defende, como exposto no capítulo anterior, que os sistemas jurídicos são sistemas de regras e que essas se estruturam e se enunciam em linguagem geral. Contudo, no momento em que a noção de textura aberta da linguagem estende-se ao direito, configura-se uma zona limítrofe no que se refere ao nível de orientação que as regras podem oferecer.⁹⁹ Por isso, direciona-se o estudo para a análise de duas posições teóricas que abordam a relação entre as regras e a resolução prática de casos jurídicos. Compreendidas tais concepções, será tratado o tema do papel do juiz na resolução dos casos difíceis (*hard cases*).

3.2 O FORMALISMO E O CETICISMO EM RELAÇÃO ÀS NORMAS

Para Hart, existem duas estratégias comunicativas de padrões gerais de conduta dentro do direito: a legislação e o precedente. Para a análise de ambas, parte-se do exemplo de um menino que vai acompanhado do pai à igreja. Este comunica ao filho: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Em seguida, o pai, objetivando demonstrar ao filho como comportar-se, retira o seu chapéu e adentra a igreja.¹⁰⁰ Em uma análise simplificada, o autor afirma que essa forma se assemelha ao precedente judicial, já que, por meio do exemplo, procura-se transmitir o ensino de padrões de conduta. Que surjam diversas dúvidas é inevitável: “devo tirar o chapéu com a mão esquerda ou direita?” ou até mesmo “onde devo colocar o chapéu dentro da igreja, posso recolocar na minha cabeça?”. De qualquer forma, seria possível formular em termos gerais: “Todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja.” Esse enunciado não abriria margem para dúvidas, ele é claro, confiável e seguro.

Com o passar do tempo, passou-se a compreender que mesmo as normas gerais formuladas verbalmente podem gerar incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. Ora, se há uma incerteza natural da linguagem (conforme demonstrado no início deste capítulo), não há como prever todas as situações possíveis a serem incluídas em uma norma geral. Nesse sentido, apesar

⁹⁹ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 170.

¹⁰⁰ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 124.

de existirem casos claros que reaparecem em contextos semelhantes, também existem casos em que a norma deixará dúvida quanto a sua aplicação. Nesse sentido, destaca Hart:

*There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. The cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case.*¹⁰¹

O autor introduz o referido problema da zona de penumbra, utilizando-se, como exemplo, de uma norma que proíbe veículos em um parque. Por “veículos” não há dúvidas que o conceito abarca um automóvel, ou um caminhão. Mas as dúvidas poderiam surgir quanto a um skate ou um automóvel de brinquedo. O ponto é que, ao aplicar a norma proibitiva do caso, é preciso assumir a responsabilidade de decidir quais exemplos estão abarcados pela norma. Para Hart, o critério de decisão não envolveria uma dedução lógica por parte do juiz, mas sim um poder discricionário. Logo, nos casos limítrofes, o juiz deve avaliar criticamente o direito, na esfera de como ele “deve ser”.

Na tentativa de apresentar possíveis soluções a tais questões, Hart conecta a problemática da textura aberta no meio jurídico a duas concepções ditas “extremas” da teoria do direito: a do formalismo (*formalism*) e a do ceticismo (*scepticism*) em relação às regras jurídicas. A primeira revela-se insuficiente quando se analisa o caso exposto anteriormente. Ao buscar uma certeza absoluta, o formalismo sustenta que a decisão judicial é um procedimento lógico-dedutivo, logo bastaria ao juiz realizar a subsunção do caso concreto à norma geral. Como consequência, haveria um “congelamento” do sentido da norma, já que os seus termos gerais teriam o mesmo sentido para todos os casos que surgirem. “Esse tipo de técnica acaba por anular a interpretação dos novos casos que possuem diferentes circunstâncias, na busca pelo ‘paraíso conceitual’ dos juristas” (*jurists’ heaven of concepts*).¹⁰² Para Hart, essa crença que diz respeito à natureza dos conceitos jurídicos é equivocada, pois é característica da condição humana a impossibilidade de prever absolutamente todas as combinações possíveis de circunstâncias futuras. Ou seja, os humanos não são deuses e a infinidade de elementos e possibilidades que nos cercam

¹⁰¹ HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, n. 4, p. 607, 1958.

¹⁰² HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 130.

simplesmente refutam o formalismo exacerbado.¹⁰³ Por outro lado, encontra-se o ceticismo em relação às normas, representado pela corrente do realismo jurídico, a qual defende o extremo oposto: a negação da existência de quaisquer normas (ou em um sentido geral, retira a importância das regras). Wladimir Barreto Lisboa, em artigo publicado sobre o tema, destaca que a visão realista trata a argumentação jurídica para a aplicação do direito como persuasiva, já que nenhuma decisão é racional ou conclusiva, de modo que tudo revela-se retórico.¹⁰⁴ Sobre os filiados à corrente cética, Hart os define como “absolutistas frustrados” (*disappointed absolutists*), já que se trata de indivíduos que descobriram que é impossível prever todas as combinações possíveis de fatos (de modo a formular uma regra geral absoluta) e, como resultado, passaram a negar a existência das normas, utilizando-as apenas como possibilidade de previsão do que os juízes farão ao decidir um litígio.¹⁰⁵

Tendo em vista que uma das principais correntes realistas tenha se desenvolvido nos Estados Unidos,¹⁰⁶ convém fazer uma breve menção ao artigo intitulado “A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e nobre sonho”. Nele, o autor justifica, em síntese, que a obsessão dos americanos pela análise dos problemas no processo judicial advém dos amplos poderes que foram conferidos historicamente a sua Suprema Corte, cujas decisões acabaram por criar o que Hart denomina de “mar de controversos juízos de valor”.¹⁰⁷ Assim, relacionando o título do artigo às correntes teóricas mencionadas anteriormente, o “pesadelo” (*nightmare*) seria a configuração de um cenário cético, em que a argumentação judicial e a decisão jurídica assumem um caráter essencialmente retórico.¹⁰⁸ Dessa forma, as pessoas acreditariam que em seus conflitos apareceria um juiz “declarador do direito objetivo, imparcial, erudito e experiente”¹⁰⁹ que fosse

¹⁰³ HART, Herbert. Ensaio 12 – O Céu de Conceitos de Jhering e a Moderna Teoria Analítica do Direito. In: **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 304.

¹⁰⁴ LISBOA, Wladimir Barreto. Formalismo ou Ceticismo Jurídico: a perspectiva crítica de Herbert Hart. **Revista Dissertatio de Filosofia**, Pelotas, RS, v. 35, p. 132, 2012.

¹⁰⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 139.

¹⁰⁶ Pode-se aqui destacar alguns expoentes, como o Ministro Oliver Wendell Holmes e John Chipman Gray.

¹⁰⁷ HART, Herbert. Ensaio 4 – A teoria do Direito Norte-Americano Pelos Olhos Ingleses: O pesadelo e o Nobre Sonho. In: **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 139.

¹⁰⁸ LISBOA, Wladimir Barreto. Formalismo ou Ceticismo Jurídico: A perspectiva crítica de Herbert Hart. **Revista Dissertatio de Filosofia**, Pelotas, RS, v. 35, p. 132, 2012.

¹⁰⁹ Citação de Hart em referência a uma expressão do juiz inglês, Lord Radcliffe.

aplicar uma lei preexistente, quando na verdade o que ocorreria é a criação de um novo direito pelo juiz, com o propósito de resolver o caso concreto.¹¹⁰ No polo oposto, tratando-se do “nobre sonho” (*noble dream*), há a representação de uma crença formalista: apesar dos erros judiciais e mesmo quando uma lei ou precedente não aparenta oferecer uma orientação para o caso em questão, há uma explicação e uma justificativa para a expectativa das partes para que o juiz declare um direito preexistente. No contexto que Hart retrata, o juiz buscaria o direito em algum lugar, recorrendo, em alguns casos, à existência de algo ligado aos fins e valores que se busca por meio das leis.¹¹¹ Assim, o que chama a atenção dos juristas ingleses é o fato de que essa perspectiva de criar o direito não é uma característica apenas de julgamentos complexos, mas uma forma essencial de criar direito.¹¹² Aqui há uma discordância importante, e, para que possa ser bem compreendida, é necessário tratar a respeito do papel do juiz nos casos “nebulosos” ou difíceis, que trazem à tona a problemática da penumbra.

3.3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NOS CASOS DIFÍCEIS

Até o momento, procurou-se demonstrar os pilares de sustentação da teoria defendida por Hart, bem como o problema que envolve a textura aberta da linguagem no campo do direito. A partir de agora, o enfoque da exposição será a análise da forma com que o autor procura solucionar os impasses intrínsecos do direito, concentrando seus esforços na importância que o papel do juiz possui na resolução de conflitos jurídicos difíceis. Se, para Hart, nem o formalismo em relação às regras – em sua tentativa impossível de abarcar todos os casos possíveis dentro de uma regra geral – tampouco o ceticismo – que descarta a centralidade das regras na concepção do direito – dão conta de solucionar o problema dos casos que envolvem a penumbra, qual seria o caminho sugerido por Hart? A resposta será nada mais nada menos que o meio-termo entre as duas concepções. Por um lado, estão as regras que são instruções gerais de comportamento e que muitas vezes são aptas, por si só, a resolverem litígios. Por outro lado, encontra-se a

¹¹⁰ HART, Herbert. Ensaio 4 – A teoria do Direito Norte-Americano Pelos Olhos Ingleses: O pesadelo e o Nobre Sonho, *In: Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 140.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 142.

¹¹² HART, Herbert. Ensaio 4 – A teoria do Direito Norte-Americano Pelos Olhos Ingleses: O pesadelo e o Nobre Sonho, *In: Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 140.

discricionariedade do juiz, utilizada quando este se depara com casos limítrofes. Esse é o entendimento de Hart descrito no capítulo VII da sua obra *The Concept of Law*:

*In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests.*¹¹³

Ao analisar as diferentes modalidades existentes de ceticismo, o autor ataca a tese de que o discurso sobre as normas é um mito, uma vez que esses discursos ocultariam o fato de que o direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões. Dentre as incoerências encontradas em diversas concepções céticas, destaca-se a que se encontra na afirmação de que existem apenas decisões tomadas por tribunais. Aqui, Hart objeta, ignora-se o fato de que existe uma regra secundária que outorga o poder de decidir casos jurídicos. Logo, não seria possível tratar as regras como meras “fontes” do direito e apenas conferi-las caráter jurídico após a sua aplicação.¹¹⁴

De modo geral, Hart descarta, de plano, a tese formalista extrema, pois, segundo ele, se revela impossível prever em normas gerais todas as situações e circunstâncias dos casos práticos, algo que o aproxima da corrente realista. Quanto aos céticos, o autor sustenta que estes estariam confundindo noções importantes, mais precisamente, as de “definitividade” e de “infallibilidade” de uma decisão judicial. De modo a elucidar a diferença entre os dois conceitos, Hart recorre novamente à analogia de um jogo de pontos. Partindo do pressuposto de que há um árbitro que detém autoridade para realizar o cômputo dos resultados, poder-se-ia invocar a premissa cética de que o placar é aquilo que o marcador diz que é. Contudo, pode-se questionar tal afirmação em dois argumentos: i) ignora-se o fato de que existe uma regra prévia de pontuação que constitui um padrão e ii) em consequência do primeiro problema, há uma confusão entre a definitividade da decisão do marcador (não pode ser contestada) e a sua infalibilidade. A regra de contagem de pontos possui um mínimo de certeza, um núcleo definitivo, que impede uma discricionariedade ilimitada por parte do árbitro. Caso haja alguma falha por

¹¹³ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 132.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 136.

parte do árbitro, o jogo segue ocorrendo normalmente, a menos que haja erros tão frequentes a ponto dos jogadores não mais aceitarem as regras. Assim também seria o direito, ao substituir a figura do árbitro pela de um juiz (ou mais de um juiz), e a da regra de contagem de pontos por uma norma do sistema jurídico.¹¹⁵ Como ressalta Brian Bix, essa situação de incerteza que envolve a textura aberta pode não ser desvantajosa:

*Hart added that the 'open texture' of legal rules should be considered an advantage rather than a disadvantage, in that it allows rules to be interpreted reasonably when they are applied to situations and to types of problems that their authors did not foresee or could not have foreseen.*¹¹⁶

A utilização da discricionariedade judicial pelo juiz nos casos complexos evoca a preocupação de Paulo MacDonald no que diz respeito à aplicação equitativa do direito. Neste aspecto, as concepções formalista e ceticista não lograriam êxito em garantir uma aplicação do direito que considere os casos iguais da mesma forma e os casos diferentes de maneira diferente. Nas palavras de MacDonald:

O modelo formalista respeita aplicação equitativa do direito na medida em que trata casos iguais igualmente segundo os critérios estabelecidos pelo conteúdo literal dos dispositivos legais ou das *rationes decidendi*. Todavia, tal concepção viola a equidade devido à sua rigidez, no momento em que não permite a adição de exceções à regra, em razão do surgimento de novos casos com circunstâncias e características diferentes.¹¹⁷

No outro extremo, a posição ceticista colocaria em risco a aplicação do direito com observância à equidade, já que “elimina a distinção entre a constituição de critérios de comparação entre os casos concretos e a aplicação dos critérios na resolução destes últimos”¹¹⁸. Assim, não haveria critério prévio, motivo pelo qual não se pode afirmar quais casos foram tratados de forma igual ou diferente. O questionamento que emerge a partir dessas conclusões é o seguinte: se Hart posiciona-se entre os dois extremos, como garantir a aplicação equitativa da lei? Um possível caminho seria a consideração dos fins das regras, de modo a fornecer ao julgador um critério externo e flexível para aplicação, sem pender para

¹¹⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 144.

¹¹⁶ BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003. p. 8.

¹¹⁷ MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. A aplicação equitativa do direito no quadro conceitual de H. L. A. Hart, *In: Normatividade e argumentação, ensaios de filosofia política e do direito*. 1. ed. Porto Alegre: Linus, 2013. p. 376.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 378.

arbitrariedade. Haveria, portanto, uma dimensão teleológica da regra. No artigo em questão, menciona-se que a aplicação equitativa do direito seria concretizada quando, no momento em que o juiz se depara com a situação de decidir um caso particular:

a) não houver razão para considerar o caso diferente dos demais que foram submetidos à mesma regra; b) os juízes que se depararem com os casos iguais no futuro os tratem segundo os ditames da mesma regra.¹¹⁹

O problema que se apresenta diz respeito ao fato de Hart considerar “que os fins relevantes para solução do caso concreto levam em conta mais a criação de um novo direito do que uma suposta ‘extensão natural’ do ordenamento vigente”, o que seria um problema para a aplicação equitativa. Logo, haveria conflito com o segundo critério (alínea “b”), o qual se refere à necessidade de aplicação segundo os ditames da mesma regra para casos iguais.¹²⁰ Como conclusão, o máximo que poderia ser feito pelo magistrado para preservar o caráter equitativo na aplicação do direito seria considerar algumas virtudes que envolvem a imparcialidade ao criar novas alternativas de resolução do caso concreto, considerando os interesses das partes, bem como preocupar-se em empregar ideais ditos “aceitáveis” para fundamentar sua decisão.¹²¹

A análise teleológica da regra para resolução do conflito remete às ideias defendidas por Lon Fuller, o qual travou um famoso debate conceitual com Hart sobre o próximo tema a ser trabalhado nesta monografia: a relação entre o direito e a moral. Um dos subtemas discutidos pelos autores é justamente sobre a questão da interpretação judicial na textura aberta. Como visto anteriormente, Hart sustenta que há casos comuns em que a linguagem presente na regra oferece uma resposta para solucionar casos concretos, enquanto, na situação da penumbra, deve-se buscar soluções mais criativas pelo juiz. Fuller ataca essa linha de raciocínio, ao afirmar que a clareza das palavras utilizadas na regra, ou da própria regra, está condicionada a uma função do propósito da mesma. Simplificadamente, a análise da

¹¹⁹ MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. A aplicação equitativa do direito no quadro conceitual de H. L. A. Hart, *In: Normatividade e argumentação, ensaios de filosofia política e do direito*. 1. ed. Porto Alegre: Linus, 2013. p. 372-373.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 382.

¹²¹ HART, Herbert. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 105.

dimensão teleológica da regra aceita por Hart em casos específicos se torna a regra geral para Fuller.¹²²

I have stressed here the deficiencies of Professor Hart's theory as that theory affects judicial interpretation. I believe, however, that its defects go deeper and result ultimately from a mistaken theory about the meaning of language generally. Professor Hart seems to subscribe to what may be called "the pointer theory of meaning," a theory which ignores or minimizes the effect on the meaning of words of the speaker's purpose and the structure of language.¹²³

Dessa forma, o equívoco de Hart seria o de atribuir um núcleo duro de sentido aos enunciados, minimizando a intenção do legislador no contexto em que a palavra se encontra. Para ilustrar tal argumento, Fuller utiliza o exemplo da colocação de um caminhão de guerra como memorial no parque.¹²⁴ O que permite enxergar com certeza que ele não é um veículo abarcado na regra é o fato de se ter levado em consideração o propósito dessa regra.

Outro crítico ferrenho de Hart é Ronald Dworkin, o qual critica a teoria da discricionariedade judicial proposta por Hart.¹²⁵ Nos casos difíceis, os magistrados não exerceriam um poder discricionário, por meio de uma racionalidade extrajurídica, mas sim buscariam a melhor interpretação possível segundo critérios que são ditados pelos princípios, dentro do ordenamento jurídico, de modo a resolver o caso concreto.¹²⁶ Como exemplos, o autor menciona os casos "Riggs x Palmer", de 1988, e "Henningesen x Bloomfield Motors, Inc." para demonstrar que os fundamentos dos votos vencedores desses casos foram baseados em princípios jurídicos, não incluídos na regra de reconhecimento hartiana e que levam em conta valores como igualdade e a justiça. Para Dworkin, quando nenhuma regra regula o caso, é papel do juiz descobrir dentro do ordenamento os direitos das partes.¹²⁷

¹²² STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 107.

¹²³ FULLER, Lon. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard law review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, v. 71. n. 4, p. 668-669, 1958.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 663.

¹²⁵ Hart, no posfácio a *The Concept of Law* (p. 272-276), destaca e responde a algumas críticas de Dworkin, ressaltando que o poder dos juízes nos *hard cases* estão sujeitos a muitas limitações que restringem as suas escolhas. Esses não devem ser arbitrários, já que deverão justificar e fundamentar suas decisões mediante razões gerais, atuando como um legislador consciencioso, decidindo com suas próprias convicções e valores.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald Dworkin. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 50-63.

¹²⁷ MORAES, Maria Valentina; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Discricionariedade Judicial e a Definitividade da Decisão Judicial: A Teoria de Hart e as Críticas apontadas por Dworkin. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, ES, v. 20, n.1, jan./abr. 2019.

Em termos práticos, Dimitri Dimoulis destaca que os juspositivistas, em sua grande maioria, reconhecem uma certa margem de liberdade para o aplicador do direito, sem desconsiderar a relativa determinação das normas que garante a objetividade-vinculatividade.¹²⁸ Isso ocorreria em razão da convergência entre quatro tipos de argumento, sendo um deles denominado “argumento linguístico”, o qual se fundamenta no reconhecimento da vagueza estrutural da linguagem, a qual não permite a dedução para solucionar o caso concreto.¹²⁹ Como visto ao longo deste trabalho, tal ponto é bastante presente no positivismo de Hart, o que desconstruiria o “mito” de que o positivismo ainda sustenta um suposto “legalismo primitivo” que nega a discricionariedade e o papel criativo do juiz.¹³⁰

Se para Hart o juiz diz como “deve ser” o direito nos casos difíceis, é importante a reflexão sobre a existência de valores e princípios naturais baseados na igualdade e justiça. Um dos temas mais polêmicos já enfrentados pelos teóricos do direito reside em uma questão conceitual que envolve noções basilares do fenômeno jurídico: a existência (ou não) de uma moral necessária ligada ao direito. A partir de agora, o caminho a ser traçado envolve a análise: 1) da concepção de justiça que envolve o direito, 2) das diferenças entre as obrigações morais e jurídicas e 3) do conteúdo mínimo do direito natural existente pela concepção hartiana.

3.4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

3.4.1 O que é fazer justiça?

Como dito anteriormente, será tratado nesta parte do trabalho o tema da relação entre o direito e a moral, no que toca ao aspecto conceitual do fenômeno jurídico, o qual originou debates entre as correntes jusnaturalista e juspositivista. Um dos segmentos específicos da moral é a justiça, a qual desperta diversos questionamentos e reflexões sobre os dilemas morais que nos cercam. Como ponto de partida da análise desse controverso tema, é necessário compreender o conceito de justiça na linha da teoria hartiana, para que se possa avançar posteriormente no enfrentamento da matéria.

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, BH, n. 102, p.215-253, jan./jun. 2011.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

Quanto ao uso do termo “justiça”, Hart é claro ao afirmar que ele é utilizado por muitas juristas de forma equivocada, com o intuito de realizar críticas morais genéricas¹³¹¹³². Quando uma lei proíbe um certo grupo de pessoas de utilizarem meios públicos de transporte, haveria possibilidade de censura sob a ótica do “injusto”, já que ela estaria tratando pessoas iguais de maneira diferente. Ou seja, o conceito elementar de justiça para Hart é o de que as pessoas fazem jus à certa posição de igualdade ou desigualdade em razão de certas situações e circunstâncias, de modo que casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma e casos desiguais de forma diversa.¹³³ Assim, seria necessário estabelecer quais são as semelhanças e diferenças pertinentes em cada caso, sob pena dessa fórmula permanecer “vazia”.

No contexto da aplicação do direito, pode-se dizer que a concepção de justiça em Hart está relacionada ao uso das regras, ou, dito de outro modo, ao proceder conforme uma regra.¹³⁴ Ao levar-se em conta a generalidade dessas e a classe de pessoas a quem se destina, pode-se dizer que um mínimo de justiça é concretizado, já que a sua aplicação detém certa imparcialidade, não levando em conta preconceitos, interesses ou caprichos. Ou seja, por mais detestável que uma lei seja, pode haver justiça em sua aplicação.¹³⁵

Essa ideia elementar de justiça vai de encontro à linha teórica que identifica a justiça com a obediência ao direito,¹³⁶ já que essa não explica a apreciação do próprio direito, ante a impossibilidade de determinar as semelhanças ou diferenças entre os indivíduos para que a norma trate iguais de maneira semelhante e desiguais de maneira diversa.¹³⁷ Como consequência, a avaliação sobre a justiça ou injustiça do direito pode envolver argumentos oriundos de concepções morais distintas, as quais variam sob o aspecto individual e também coletivo, no decorrer do

¹³¹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 158.

¹³² Para Hart, as pessoas se utilizam dos termos “justo” ou “injusto” para avaliar uma lei que lhes agrada ou desagrada, o que é equivocado, por se tratar de formas diferentes de crítica moral.

¹³³ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 159-160.

¹³⁴ MACHADO, Augusto Sperb. **Da tese do germe de justiça ao ideal do Estado de Direito: um estudo sobre o valor de proceder conforme uma regra na obra de H. L. A. Hart**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Porto Alegre, 2017. 110 f. Não publicado.

¹³⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 206.

¹³⁶ “A menos que este seja interpretado de maneira especialmente ampla”.

¹³⁷ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 161.

tempo.¹³⁸ De modo geral, há para Hart um aspecto central da justiça que é uniforme e constante, por meio do princípio geral de que deve-se tratar iguais de maneira similar e diferentes de maneira diversa, bem como um aspecto mutável, caracterizado na concepção moral individual e coletiva que se altera com o passar do tempo.¹³⁹

Quanto às formas com que a justiça se manifesta, Hart examina, no capítulo VIII da sua obra *The Concept of Law*, o aspecto da justiça sob dois tipos de leis: i) as que tratam da distribuição de encargos e benefícios entre os indivíduos e, em um aspecto mais específico, ii) a reparação por danos causados por uma pessoa à outra. Quanto às primeiras, no caso de uma lei que estipula um auxílio aos pobres, leva-se em consideração, além do princípio geral da justiça, o objetivo a ser alcançado, no caso, a necessidade de auxílio aos indivíduos. Ou ainda, nas palavras de Hart, poderiam envolver “discriminações pertinentes”, como se verifica nas leis que privam o voto dos menores de idade. Quanto ao segundo tipo de norma, as leis poderiam ser consideradas injustas de duas maneiras: 1) pela criação de privilégios ou imunidades ilegítimas, como no exemplo de uma lei que autorizasse somente a nobreza a mover processos por calúnia ou 2) pela falta de oferecimento de reparação a todos os indivíduos, mesmo que houvesse esse direito, podendo ser exemplificado em um contexto de sistema no qual ninguém poderia ser indenizado por lesões corporais gratuitas.

Ainda, seria possível que as exigências da justiça entrassem em conflito com os ideais de “bem público” ou “bem comum”, em razão do fato de que aquela, em alguns casos, pode acabar sendo sacrificada (sob a ótica de “tratar igualmente os casos iguais”) em benefício de um bem estar social. Esse seria o caso da condenação de um indivíduo pela prática de um crime frequente de maneira mais severa em relação aos casos semelhantes, como forma de garantir a segurança das pessoas de uma sociedade.¹⁴⁰

Para Hart, seria necessária uma avaliação imparcial dos interesses de todos, em qualquer escolha legislativa orientada pelo bem comum. Esse é o requisito que caracteriza uma verdadeira justiça distributiva.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 163.

¹³⁹ PONTES, André Luiz Marcondes. **Concepções de direito e justiça**: a teoria do direito de Ronald Dworkin e o liberalismo político de John Rawls. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p 48.

¹⁴⁰ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 167.

Tendo em vista que a crítica do direito apoiada em argumentos morais não se esgota no aspecto da justiça, será abordado agora as diferenças e semelhanças das obrigações morais e jurídicas, de modo a compreender como elas se encaixam na teoria do direito de Hart.

3.4.2 A obrigação jurídica e a obrigação moral

De maneira objetiva, Hart concebe o fenômeno social “moral” em um sentido amplo, considerando-a como padrões de comportamento compartilhados entre um grande número de indivíduos em uma determinada sociedade. A passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico, tratada nos pontos iniciais deste trabalho, é importante para diferenciação das normas jurídicas e morais, já que essas, assim como as jurídicas, exercem forte pressão social no sentido de obediência. Em um primeiro estágio, ambas se confundem, mas com a introdução das normas secundárias de reconhecimento, julgamento e modificação, a natureza diferente de ambas se “cristaliza”.

O que interessa nesse tópico é abordar as formas com que as obrigações morais se diferenciam das normas jurídicas, apesar de algumas semelhanças. Estas revelam-se no fato de ambos os tipos de norma vinculam os indivíduos independentemente de consentimento, aliado a uma forte pressão social para que haja obediência, como forma de contribuição mínima para a vida social. Nesse sentido, é possível que haja uma sobreposição parcial dos conteúdos de obrigações morais e jurídicas, nos casos em que se atribui uma grande importância a normas não jurídicas. Hart identifica quatro “características cardeais” reunidas nos padrões de comportamento, normas e princípios considerados morais que os diferenciam de outros tipos de normas: 1) grau de importância; 2) imunidade à modificação deliberada; 3) voluntariedade e 4) forma de pressão social.¹⁴¹

A primeira diz respeito ao fato de que qualquer padrão moral possui uma importância muito significativa, que não é vista na formação do status jurídico de uma norma. O padrão moral a ser seguido implica um grande sacrifício individual e objetiva assegurar interesses vitais para todos em uma comunidade. Ainda, há nas normas morais uma forte pressão não apenas para a sua obediência, mas também para a transmissão de determinada conduta para futuras gerações, de modo a evitar

¹⁴¹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 160 *et seq.*

mudanças amplas e desagradáveis na vida dos indivíduos. A diferença de importância entre uma obrigação moral e uma obrigação jurídica é que o padrão moral exige um nível de importância elevado para que possa ser considerado como tal, enquanto uma norma social ou jurídica de um ordenamento pode não possuir tamanha relevância.¹⁴²

O segundo ponto reforça uma afirmação de Hart, tratada no primeiro capítulo, no que diz respeito à impossibilidade de um soberano habitualmente obedecido deliberadamente “criar” um costume. Reitera-se parte do raciocínio apresentado para afirmar que, do mesmo modo, normas e princípios morais não podem ser criados, alterados ou eliminados como as normas jurídicas. Logo, somente pela análise dessa segunda característica, não há diferença entre uma norma que trata de qualquer tradição e uma norma moral. A conclusão que se chega, é que ambas não podem ser alteradas diretamente, por meio de um decreto legislativo. A configuração do status de “tradição” só seria passível de alteração mediante um longo processo involuntário.

A penúltima característica diz respeito ao caráter voluntário das infrações morais. Em síntese, se há provas de que há uma falta contra determinados princípios ou normas morais foi praticada involuntariamente, tomando todas as precauções possíveis, não haverá responsabilidade moral e tampouco recairá culpa moral sobre a conduta desse indivíduo. Ou seja, a expressão “não pude evitar” é sempre uma *desculpa*, já que a obrigação moral implica em uma certa capacidade do sujeito. Com relação ao ordenamento jurídico de uma sociedade, muitas vezes torna-se complexo demonstrar fatores psicológicos, de modo que o tratamento tende a ser mais objetivo. Quando se demonstra que alguém praticou um homicídio em um ato de defesa, sua conduta está não “desculpada”, mas *justificada*, em razão das circunstâncias. Essas características levariam a uma concepção errônea, segundo Hart, de que a moral se refere apenas a um aspecto “interno” e o direito a um aspecto “externo”. Nas palavras do autor: “O caráter interno da moral não significa que esta não seja uma forma de controle da conduta externa; mas apenas estipula,

¹⁴² Como exemplo, Hart menciona o caso de normas referentes à boa educação, a etiqueta social e o vestuário, que podem não ser avaliadas com grande importância (normas sociais). A respeito das normas jurídicas, o autor afirma que a observância de uma norma jurídica pode ser considerada desimportante, o que poderia ocasionar a sua revogação.

como condição necessária da responsabilidade moral, que o indivíduo tenha certo tipo de controle sobre seu comportamento.”¹⁴³

A última característica diz respeito à forma de pressão moral que é exercida para a obediência a uma regra moral. No campo jurídico, a sanção é considerada a forma típica de ameaça. No campo da moral, a sanção por si só seria insuficiente para considerar a respectiva norma como moral naquela sociedade. Faz-se necessário um apelo de consciência, para que os próprios indivíduos sintam vergonha e culpa no descumprimento das normas.¹⁴⁴ Importante mencionar que, para Hart, a moral pode ser concebida de uma forma coletiva, configurando a moral social do grupo em uma determinada sociedade. Por outro lado, há uma moral considerada sob um aspecto privado, com indivíduos diferentes que podem não partilhar determinados valores, concepções e ideais com outros indivíduos.¹⁴⁵

Até o momento, tratou-se de maneira breve alguns dos aspectos da moral, como a ideia de justiça e a diferenciação entre as obrigações morais e jurídicas. A conclusão de Hart é que a ideia de obrigação e o dever moral fundamentam uma moral social, apesar de não a esgotarem. A moral social denominada por Hart de “moral positiva” (*positive morality*) refere-se a um padrão aceito e compartilhado por determinado grupo social. Contudo, existe ainda outra concepção denominada de “ideal moral”, na forma de virtudes morais que vão além da esfera do dever. Como exemplo, Hart menciona a coragem, paciência, benevolência ou castidade. Ainda, a moral pode assumir uma perspectiva crítica, no momento em que os padrões de um grupo tornam-se repressores, restringem liberdades individuais, ou até mesmo segregacionistas, no sentido de oferecerem proteção a somente uma classe de membros de uma comunidade. Esse tipo de “moral crítica” (*critical morality*) é concebido na forma de princípios morais gerais utilizados para criticar as instituições sociais de um certo lugar e época.¹⁴⁶

Ao distinguir esses dois tipos de moral, Hart sustenta que está implícita em uma crítica moral “a suposição de que o ordenamento da sociedade, inclusive a sua moral aceita, deve satisfazer a duas condições formais: uma de racionalidade e outra de generalidade”. Segundo MacCormick, a “racionalidade” parece remeter a

¹⁴³ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 167.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 178-180.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ HART, Herbert. **Law, liberty and morality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1968. p. 20.

ideais e valores, não suscetíveis de prova. A natureza e os fundamentos desses valores não seriam objeto da análise de Hart, já que o seu reconhecimento como razões de sustentação fundamentadas, por trás de razões para agir, independe de sua explicação.¹⁴⁷ Tendo em vista que alguns valores morais estão em constante transformação com o passar do tempo, pode-se analisar a interação entre a moral positiva e a moral crítica em um determinado contexto. Se em determinada comunidade, houve a construção de uma visão ultraconservadora de uma convenção, regra ou etiqueta, que não serve a atender nenhuma necessidade ou conveniência, é possível que haja um trabalho por parte de moralistas críticos, por meio da formulação de princípios críticos. A partir de então, pode haver um convencimento da sociedade que acarreta a alteração da moral positiva. Dessa forma, as posturas morais do grupo poderão se ajustar às críticas, atribuindo-se, de forma justificada, a elas os novos princípios formulados.¹⁴⁸

A forma com que Hart expõe o seu entendimento a respeito de diversos conceitos jurídicos e morais, reflete, assim como acontece com todo e qualquer pensador, o contexto histórico em que suas obras foram escritas. Como pensador e escritor, Hart foi um dos mais influentes defensores do pensamento social-democrata, no período do pós-guerra. Filiando-se a corrente liberal, defendeu diversas liberalizações do direito penal, desenvolvendo-se como um moralista crítico. Seus questionamentos buscavam compreender o momento em que a máquina pública do direito deveria ser utilizada e, em relação ao direito penal, era contrário à posição de que este seja utilizado como instrumento de preservação de uma moral dominante, ou, nos terminologia que o autor utiliza, moral positiva.¹⁴⁹ Nas palestras que o autor realizou, defendeu o princípio crítico geral de que o uso do aparato estatal para fins de coerção exige uma justificação como algo *prima facie* condenável. Ademais, tal princípio revela a pressuposição básica da filosofia de punição e responsabilidade de Hart.¹⁵⁰ Neste ponto, Hart invoca doutrina de John Stuart Mill: “The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of civilised community against his will is to prevent harm to others.”¹⁵¹

¹⁴⁷ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 71.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 78-79.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 200.

¹⁵⁰ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 199.

¹⁵¹ MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001. Capítulo 1.

A análise de um caso prático possibilita compreender uma preocupação de Hart no que toca à “legalização da moral”. Essa seria a possibilidade de imposição de determinados valores por meio do Direito, levando em conta as limitações que esse possui ao adentrar na esfera privada dos indivíduos.¹⁵² A obra *Law, Liberty and Morality* de Hart trata a respeito da discussão pública na Inglaterra que envolveu o relatório de Comitê de Transgressões Homossexuais e Prostituição (*The Wolfenden Report*), de 1957. O relatório tratou sobre a reforma da legislação penal que criminaliza a homossexualidade e a prostituição no Reino Unido, concluindo-se que a sexualidade diz respeito ao aspecto privado de cada indivíduo e, portanto, não poderia ser criminalizada pelo Direito. Tal entendimento foi criticado pelo juiz Lord Devlin na obra *The Enforcement of Morals*, o qual defendia, em síntese, que é permitido que uma sociedade impusesse seu código moral por meio do direito penal, com o intuito de preservar sua própria existência como sociedade organizada.¹⁵³ Hart critica as posições de Devlin, sustentando que as características plurais das sociedades contemporâneas tornam difícil a tarefa de construir um consenso moral inalterado que deva ser assimilado pelo direito.¹⁵⁴

Percebe-se, portanto, que Hart é cauteloso quanto à introdução de conteúdos morais no Direito. As divergências teóricas que o tema envolve são inúmeras e incentivam a reflexão a respeito da relação entre os dois campos de estudo. Assim, para concluir esta parte predominantemente teórica do trabalho, mas que envolveu anteriormente aspectos práticos e contextuais, será abordado um dos pontos mais polêmicos da teoria do direito e uma das principais teses do positivismo jurídico do qual Hart filia-se: a tese da separação conceitual entre direito e moral. Para possibilitar a sua compreensão, essa parte será construída com alguns elementos históricos da teoria de Jeremy Bentham e até mesmo de John Austin, desenvolvendo-se até a posição que Hart defende como sendo o conteúdo mínimo do direito natural.

¹⁵² STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo SP, v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁵³ HART, Herbert. **Law, liberty and morality**. Nova York: Oxford University Press, 1968. p. 19.

¹⁵⁴ STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200>>. Acesso em: 28 Abr. 2020.

3.4.2 O conteúdo mínimo do direito natural

A relação entre direito e moral pode assumir diversas formas, em diversas perspectivas. Uma das questões passíveis de análise é o problema da controvérsia envolvendo o direito natural e o positivismo jurídico. No capítulo IX da obra *The Concept of Law*, Hart sintetiza uma das doutrinas clássicas do direito natural como sendo uma corrente que defende a existência de certos princípios de comportamento humano, a serem descobertos pela razão, que devem ser incorporados às leis humanas para que estas sejam consideradas válidas.¹⁵⁵ Dentre os críticos dessa doutrina, encontram-se Bentham e Austin, e, apesar das críticas proferidas por Hart a Austin no que diz respeito à teoria do comando, há um aspecto de concordância quanto à separação entre direito e moral que é reforçada pela análise da distinção entre direito como ele é e o direito como ele deve ser. Nas palavras de Austin: “*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another*”.¹⁵⁶

No artigo *Positivism and the separation of law and morals*, Hart discorre a respeito de algumas críticas que foram formuladas à diferenciação entre o que o direito é e deve ser, provenientes: i) dos realistas jurídicos; ii) dos jusnaturalistas e iii) da doutrina do cognitivismo moral. A primeira, já exposta anteriormente, defende que toda situação de aplicação do direito envolveria uma zona de penumbra. Partindo do pressuposto de que nos casos difíceis o aplicador deveria recorrer ao dever ser para decidir racionalmente, a distinção entre o que o direito é e o que direito deve ser perderia sentido. A segunda sustenta que há uma relação necessária entre direito e moral, motivo pelo qual não poderia existir uma lei injusta, e, desse modo, ficaria prejudicada a distinção entre as esferas do ser e do dever ser. A última sugere que a distinção entre o que é e o que deveria ser é equivocada, visto que, em razão do reconhecimento racional dos últimos fins morais dos seres humanos, existiria algo imposto pela natureza em que vivemos, configurando apenas a esfera do dever ser.¹⁵⁷

¹⁵⁵ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 185-186.

¹⁵⁶ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 157.

¹⁵⁷ DAUD, Felipe Taufik. A Separação entre ser e dever ser na filosofia do direito de Herbert Hart. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n. 109, p. 499, 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/21>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

Hart contesta todas essas críticas, baseado nos seguintes argumentos: a) a crítica realista pode ser recusada já que a distinção reforça a existência de casos centrais e casos obscuros, bem como elucida a fronteira entre a aplicação fria da lei e a realizada por meio de objetivos sociais;¹⁵⁸ b) a crítica jusnaturalista é encarada como uma simplificação grosseira, na medida em que impossibilita a análise de questões muito complexas envolvendo a moral e a justiça¹⁵⁹ e c) a respeito da doutrina do cognitivismo moral, Hart afirma que aceitá-lo não afetaria a distinção entre o que o direito é e o que ele deveria ser: a possibilidade de demonstrar racionalmente que certa lei é injusta não retiraria o seu caráter de lei.¹⁶⁰

Na parte final do artigo, Hart destaca, novamente, o debate com Lon Fuller referente à decisão judicial nas situações de penumbra. Segundo Hart, Fuller fornece uma das críticas mais elaboradas contra a corrente não-cognitivista, ao defender que a inclusão de um novo caso sob o âmbito da norma ocorre por meio de uma “elaboração natural da norma” (*natural elaboration of the rule*), implementando-se um propósito que aparentaria ser natural à regra em si e não ao legislador que a elaborou.¹⁶¹ Para Hart, mesmo que se considere a “fusão” entre o direito que é e o que deveria ser nesses casos, o termo “deveria” (*ought*) pode não possuir relação com a moral. Além disso, seria possível que o desdobramento natural da norma permitiria interpretações que levassem a atrocidades, caso existisse um código imoral e opressor em vigor na sociedade. Ainda, ressalta a excepcionalidade dos casos em que “apenas uma forma de decidir é imposta como a única elaboração natural ou racional de determinada norma”. Dessa forma, o autor conclui:

To use in the description of the interpretation of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here if anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself.¹⁶²

¹⁵⁸ HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, n. 4, p. 612-616, 1958.

¹⁵⁹ HART, Herbert. **The concept of law**, 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 210-212.

¹⁶⁰ HART, Herbert. Positivism and The Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, n. 4, p. 625-626, 1958.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 627.

¹⁶² HART, Herbert. Positivism and The Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, n. 4, p. 625-626, 1958. p. 629.

Retornando a análise para o capítulo IX do *The Concept of Law*, verifica-se a construção de um raciocínio que inicia na exposição teórica das formulações ortodoxas do Direito Natural e que termina com a conclusão de que a sobrevivência humana é necessária para avaliar as fronteiras entre o direito e a moral. Partindo-se do pressuposto que o objetivo geral dos seres humanos é a sobrevivência, Hart sugere uma reflexão sobre a existência de alguns “truísmos a respeito da natureza humana e do mundo no qual os homens vivem que mostram que, enquanto homem e mundo subsistam, haverá determinadas normas de conduta que qualquer organização que se pretenda viável precisa incluir”. Esses “princípios de comportamento universalmente reconhecidos” são considerados por Hart como o “conteúdo mínimo do direito natural”.¹⁶³

A análise da relação entre direito e moral assume uma nova perspectiva neste ponto. Segundo o autor, sem a existência do referido conteúdo não haveria “razões para obedecer voluntariamente a qualquer norma, impossibilitando a conciliação de interesses e a coerção sobre os indivíduos por meio do direito”.¹⁶⁴ A resposta viria com os seus cinco truísmos: i) vulnerabilidade humana, ii) igualdade aproximada, iii) altruísmo limitado, iv) recursos ilimitados e v) compreensão e força de vontade limitadas.¹⁶⁵

O primeira apresenta como principal característica a restrição do uso da violência, de modo a evitar lesões corporais e mortes, levando em conta a vulnerabilidade física dos seres humanos. Atenta-se aqui que esse truísmo não seria necessariamente verdadeiro, já que se os homens perdessem a vulnerabilidade mútua, não haveria mais razão para a principal prescrição comum do direito e da moral: “*Não matarás.*”¹⁶⁶ O segundo truísmo é caracterizado pela necessidade de um sistema de abstenções que evite que aqueles considerados mais fortes (força física, agilidade, inteligência) subjuguem os mais fracos. O terceiro também defende um sistema de abstenções mútuas, já que os seres humanos se encontram em um meio termo entre dois extremos: o desejo de exterminar os outros e interesse altruísta no bem-estar dos outros indivíduos de uma coletividade. O truísmo dos recursos limitados aparece em um contexto de escassez de recursos, como o de alimentos e

¹⁶³ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 192-193.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 194.

de abrigo, que acabam por impor a necessidade de uma forma mínima de propriedade. O último, o truísmo da compreensão e força de vontade limitadas, defende a existência de sanções, não para garantir obediência, mas para que aqueles que obedecem voluntariamente às normas não saiam prejudicados pelos que não as cumprem.¹⁶⁷

Importante mencionar que, para Hart, os truísmos representam apenas uma relação contingente entre as duas ordens. Ou seja, ao afirmar reiteradamente ao longo da exposição dos truísmos que os homens poderiam não possuir determinadas características, como por exemplo, a vulnerabilidade mútua (o qual faria desaparecer o primeiro truísmo), ilustra-se apenas a possibilidade de relação entre ambas em uma determinada sociedade. Percebe-se, portanto, a introdução de um elemento inovador em uma teoria positivista que possibilita que um sistema jurídico incorpore critérios últimos de validade jurídica, princípios de justiça ou valores morais substantivos. Assim, a teoria de Hart assume um “positivismo brando” (*soft positivism*), como o próprio autor reconhece no pós-escrito da obra *The Concept of Law*.¹⁶⁸

Conforme o exposto no primeiro capítulo, a passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico possibilitou a organização da sociedade por meio de um poder legislativo, tribunais, autoridades e sanções, como forma de controle social. Além do mais, permitiu uma série de vantagens, como adaptação da legislação a mudanças, certeza e eficiência. Porém, essa evolução social também permitiu que o controle social fosse utilizado de maneira opressiva, conforme já experimentado na história. Tal fato ensejou a colocação de que o direito deve conformar-se à moral, além do conteúdo mínimo exposto por Hart, de modo a combater tal deturpação do poder. Dentre as diversas afirmações que seguem esta linha, destaca-se a questão que envolve a validade jurídica e a resistência à lei, temas que suscitam muita reflexão sobre as denominadas “leis injustas”. A posição de Hart é de que a tese positivista de que “o direito pode ter qualquer conteúdo” é verdadeira, pois, por meio dessa, seria permitido promover uma percepção mais adequada dos problemas teóricos e morais oriundos das leis iníquas de um sistema jurídico. A experiência da Alemanha nazista insere-se nesse contexto, suscitando dúvidas: “Deveriam ser punidos os informantes que, por motivos egoístas, buscaram o encarceramento de outras

¹⁶⁷ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 199.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 250.

peças por infringirem leis monstruosas promulgadas durante o regime nazista?”¹⁶⁹ Seria possível condená-los nos tribunais do pós-guerra, com base na ideia de que essas leis violavam o Direito Natural e eram, portanto, nulas, de modo que o encarceramento das vítimas pela infração a tais leis era de fato ilegal e buscá-lo constituía, em si, uma transgressão?¹⁷⁰ Hart e Fuller trataram do tema, e concluiu-se, pelo lado positivista, que por mais injusta que uma norma seja, a ponto de não dever ser obedecida, isso não significa afirmar que tal lei não seja uma norma jurídica válida.

Em uma análise global, a teoria descritiva e geral de Hart a respeito do “direito” pressupõe, nessa palavra, a sua consideração em sentido amplo. Por meio dessa concepção, a validade de uma norma jurídica passa a ser analisada em um sentido formal, ainda que certas normas possam causar ofensas morais. Dessa forma, possibilita-se compreender o desenvolvimento e as potencialidades de um sistema de controle social. Tal fato é ressaltado por Hart, que apresenta a mesma justificativa para consideração das esferas do ser/dever do direito. Só a partir desse ponto de vista que se permite ver a complexidade e variedade dos problemas que envolvem as questões morais e jurídicas.

Por todo exposto neste tópico, observa-se que Hart distancia-se das teorias positivistas anteriores, não só na construção da sua teoria do direito (conforme se verifica das críticas ao modelo de ordens coercitivas), como na relação do direito e da moral, de modo a possibilitar que um sistema jurídico adote valores e padrões morais como critérios últimos de sua validade. Quando se trata da discricionariedade judicial nos casos difíceis (*hard cases*), há possibilidade de criação de direito pelo juiz, já que esse, em razão da sua textura aberta, é incapaz de oferecer soluções para todos os casos concretos. Dworkin rejeita veementemente essa concepção (e a teoria descritiva de Hart como um todo) ao defender a existência de princípios jurídicos implícitos a serem utilizados nas decisões dos casos complexos, oferecendo uma justificativa moral para o direito explícito.¹⁷¹ Como resposta, no Pós-Escrito do *The Concept of Law*, Hart afirma que “podem apresentar-se princípios distintos que autorizem analogias conflitantes”¹⁷², de modo que o juiz é

¹⁶⁹ HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 208-212.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Capítulo 4.

¹⁷² HART, Herbert. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 275-276.

obrigado a escolher entre eles, de acordo com suas percepções e convicções. O ato de confiar ao juiz o poder de solucionar criativamente os casos complexos seria o preço necessário a ser pago para evitar métodos alternativos, como o retorno do caso ao poder legislativo.¹⁷³

Tais problemáticas teóricas que envolvem a textura aberta da linguagem e a discricionariedade judicial possuem extrema relevância para a prática jurídica. Em razão disso, propõe-se, no último capítulo, analisar dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que envolveram controvérsias conceituais no âmbito da moral e no âmbito da linguagem das regras. No primeiro exemplo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277, julgada em 2011, debate-se a respeito de um direito até então inexistente, ou não reconhecido: o direito de pessoas do mesmo sexo configurarem União Estável. O segundo exemplo, o julgamento do Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP, realizado em 25.09.2019, trata a respeito da indenização aos servidores públicos do Estado de São Paulo pela ausência da “revisão geral anual” de sua remuneração e de seus subsídios. A partir destes casos, busca-se retomar a teoria de Hart sob um aspecto prático, de modo a responder o problema de pesquisa.

¹⁷³ *Ibidem.*

4 INTERPRETANDO AS CONTROVÉRSIAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4277 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 565.089/SP

4.1 A ADI Nº 4277¹⁷⁴

4.1.1 A controvérsia

Inicialmente, a Procuradoria-Geral da República protocolou, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento Fundamental Nº 178 (ADPF Nº 178), objetivando: a) a declaração de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas. A tese de mérito presente no pedido é a de que o não-reconhecimento dessa união implica em violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, os quais demandariam aplicação direta e imediata.¹⁷⁵

A divergência teórica que ponderava no caso concreto constituiu-se em torno dos arts. 226, § 3º da CF e do art. 1.723 do Código Civil. Veja-se:

Art. 226. **A família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é **reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.¹⁷⁶

Art. 1.723. É reconhecida como **entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.¹⁷⁷

Por um lado, interpretava-se que o regime jurídico estaria restrito às uniões entre homens e mulheres, já que haveria uma dupla omissão do constituinte, no art. 226, § 3º da CF, bem como do legislador no art. 1.723 do Código Civil, no que

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Nº 4277, DJe 05/05/2011.

¹⁷⁵ Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade adotou os fundamentos da ADPF Nº 132/RJ, protocolada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, e que visava a aplicação do método analógico de integração do Direito para equiparar as uniões estáveis homoafetivas às uniões heterossexuais já reconhecidas. Nessa oportunidade, alegou-se que haveria redução de direitos dos casais homoafetivos em face dos arts. 19 e 33 do Decreto-Lei Nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro).

¹⁷⁶ Grifei.

¹⁷⁷ Grifei.

diz respeito ao instituto da entidade familiar. Assim, seria afastada do âmbito de incidência da norma a união de pessoas homoafetivas. Do lado oposto, alegava-se pela violação de direitos fundamentais inerentes à personalidade dos indivíduos que compõem uma relação homoafetiva, já que o não reconhecimento desta como união estável iria de encontro com certos preceitos fundamentais, incluindo o da liberdade, igualdade e o da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁸

Ambas as visões suscitam pontos importantes de análise. A primeira, ao invocar a literalidade dos artigos mencionados, aproxima-se de uma concepção restritiva do significado dos termos “família” e “entidade familiar”, e conseqüentemente dos seus institutos, o casamento e a união estável. Quanto ao segundo ponto de vista, de caráter principiológico, remete a transformações sociais e morais na sociedade, de modo a buscar a interpretação do art. 1.723 do Código Civil em face de princípios positivados na própria Constituição Federal. Dessa forma, a controvérsia se constitui em âmbito conceitual e moral, motivo pelo qual os elementos mencionados serão diretamente contemplados pelos ministros em seus votos, conforme se verá a seguir.

4.1.2 Análise do julgamento

A partir de agora, serão analisados os votos dos nove ministros presentes em plenário.¹⁷⁹ O ministro Ayres Britto, relator do caso, defendeu que a Constituição Federal utiliza a palavra “sexo” simplesmente como diferenciação entre duas tipologias do gênero humano, motivo pelo qual o sexo das pessoas não se prestaria como fator de desigualdade jurídica, salvo determinação expressa. Esse seria o sentido contemplado nos artigos iniciais da Carta Magna, ao exemplo do art. 3º, inciso IV, o qual dispõe que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça e sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Por essa perspectiva, a escolha do parceiro sexual é uma questão de autonomia da vontade das pessoas naturais, sendo um direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Quanto ao conceito de “família” adotado pelo art. 226 da Constituição Federal, o

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. 5 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁷⁹ Os ministros Dias Toffoli (afastado) e a ministra Ellen Gracie (com ausência justificada) não participaram da sessão de julgamento.

ministro asseverou tratar-se de um conceito anímico e cultural, da mesma forma que o significado do termo “união estável”, embora tratem de institutos jurídicos diferentes. Assim, não haveria óbice de as minorias sexuais constituírem união estável, desde que cumprissem os requisitos civis da durabilidade, visibilidade e continuidade, bem como o anseio de constituição de uma família, já atribuídos às uniões heterossexuais.¹⁸⁰

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux destacou que o direito segue a evolução social – “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade está o direito). Assim, se há ligação de afeto entre as pessoas, não se deveria assumir qualquer forma de preconceito quanto às novas configurações familiares, observando-se o princípio da igualdade. Sobre as minorias sexuais, o ministro reforçou o direito de as pessoas construírem os seus projetos de vida, sem a interferência de uma “moral comum majoritária”. Seria justamente o silêncio normativo existente que atesta um “*juízo moral sobre a realização individual pela expressão da sua orientação sexual*”.¹⁸¹ O ministro Joaquim Barbosa também destacou que a Constituição Federal demonstra um descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do direito. Assim, o direito deveria acompanhar as transformações sociais que ocorrem na sociedade e, quando há uma lacuna sobre a matéria, seria função da corte analisar se essa corresponde à intenção do legislador. No caso, o ministro sustentou que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo encontra-se no próprio art. 226 da CF, já que esse foi desenvolvido para sanar preconceitos, bem como os demais dispositivos constitucionais que estabelecem proteção aos direitos humanos, à liberdade e à dignidade da pessoa humana.¹⁸²

A ministra Carmen Lúcia ponderou a importância de observar o pluralismo social que compõe a nossa sociedade, de modo a reconhecer os direitos das minorias, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade.¹⁸³ Complementando tal raciocínio, o ministro Celso de Mello defendeu que o estado não pode adotar medidas que provoquem a exclusão de grupos

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Nº 4277, DJe 05/05/2011. p. 625 *et seq.*

¹⁸¹ *Ibidem*. p. 659 *et seq.*

¹⁸² *Ibidem*. p. 723 *et seq.*

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Nº 4277, DJe 05/05/2011. p. 695 *et seq.*

minoritários, motivo pelo qual cabe ao STF exercer a sua função contramajoritária de protegê-los. Ainda, aduziu que ninguém pode ser privado de direitos e nem sofrer restrições por motivos de orientação sexual, a luz do direito à igualdade, à liberdade e à não discriminação, consubstanciados na Constituição Federal. Ao final, concordou com os demais ministros ao afirmar que há um silêncio normativo que gera um cenário discriminatório.¹⁸⁴

Especificamente no voto proferido pelo ministro Marco Aurélio, houve menção expressa ao debate teórico relatado no capítulo anterior, entre H. L. A. Hart e Patrick Devlin. Nesse contexto, o ministro destacou quatro refutações de Hart à premissa de Devlin de que as leis deveriam refletir a moralidade comum, por meio do juízo de uma pessoa normal (*right-minded person*):¹⁸⁵

a) não deve ser punido o indivíduo que não causou mal a ninguém; b) o livre arbítrio é também um valor moral relevante; c) a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação e d) as leis que tratam da sexualidade dos indivíduos produzem mal estar emocional a elas submetidos.¹⁸⁶

Em termos conceituais, o ministro chegou a afirmar que a visão de Hart prevaleceu no decorrer do tempo, sustentando que não seria possível conceber o direito e a moral como duas esferas independentes – visão de Kelsen –, tampouco adotar a teoria de Bentham, denominada de círculos concêntricos, a qual considerava a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Ou seja, haveria pontos de contato e aproximação entre as duas ordens, embora devam elas ter critérios distintos. Em termos teóricos, o ministro aduziu estar equivocada a tese positivista exclusivista, sob o argumento de que existem princípios constitucionais que refletem certos ideais morais.

Assim, verificou-se dos votos proferidos até o momento que os ministros reproduziram pontos da tese de Hart, tendo em vista que: 1) fundamentaram a sua posição na existência de princípios positivados no ordenamento jurídico, que contemplam valores morais e que estão de acordo com a regra de reconhecimento (interpretados à luz de uma moral crítica); 2) defenderam que concepções morais religiosas não podem direcionar a tutela do Estado referente a direitos fundamentais;

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 823 *et seq.*

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 808 *et seq.*

¹⁸⁶ HART, Herbert. **Law, liberty and morality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1968.

e 3) identificaram a inércia legislativa dos projetos de lei que tratam sobre as minorias sexuais como resultado do preconceito, em desrespeito a uma moral individual que contempla a escolha de um parceiro.

Quanto ao primeiro ponto, os ministros utilizaram como fundamento princípios jurídicos positivados na Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o respeito às diferenças e à liberdade de orientação sexual, os quais guardam certa relação com valores morais substanciais, o que é permitido pelo positivismo inclusivo de Hart. Isso ocorreu em razão de uma interpretação extensiva do termo “família” por parte dos ministros, ao tratarem o conceito como uma construção cultural na sociedade. É justamente essa possibilidade de alteração ao longo do tempo que permite a verificação de uma textura aberta, ou seja, uma indeterminação ou incompletude do termo. Além disso, houve menção ao fato de que o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos apenas à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Logo, o Direito Civil estaria restringido ao “ter”, já que o titular da propriedade era o destinatário das normas. O grande divisor de águas viria a ser a Constituição Federal de 1988, a qual alterou essa visão tradicional, dando lugar principal à pessoa – ligando-a à concepção do “ser” – e introduzindo novos elementos centrais para caracterização da entidade familiar, incluindo amor, carinho e afetividade.¹⁸⁷ O que a Constituição fez, portanto, foi alterar radicalmente os paradigmas hermenêuticos dos modelos de convivência, bem como para solucionar conflitos intersubjetivos na esfera da família.¹⁸⁸ Especificamente quanto ao conceito de “união estável”, pode-se dizer que o termo foi repensado em razão da ação judicial, já que os ministros reconheceram que o seu significado hoje não é mais compatível com a visão tradicional, presente na Constituição Federal e no Código Civil, que contemplava apenas a união entre homens e mulheres. Ou seja, *pensar que os conceitos estão todos prontos e que apenas se aplicam aos casos é não captar o*

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo. **Boletim científico da escola superior do Ministério Público da União**, Brasília, DF, n. 22-23, jan./jun. 2007. p. 91

*que realmente os aplicadores do direito fazem – e não podem fazer de outro modo, já que é uma exigência interna do “jogo” do direito.*¹⁸⁹

Além do mais, quanto ao fato dos ministros criticarem a imposição de uma moral comum aos indivíduos, verifica-se o elemento da moral crítica (*critical morality*),¹⁹⁰ trabalhada no terceiro capítulo, a qual é concebida, na forma de princípios morais gerais, como uma crítica às instituições sociais que contemplam uma moral comum à comunidade. O debate entre Hart e Devlin, mencionado na parte teórica do trabalho, foi citado pelo ministro Marco Aurélio, o qual chegou a afirmar que a concepção moral do inglês prevaleceu sobre a do seu debatedor, quando defendia que as leis não deveriam refletir a moralidade comum. A preservação da moralidade individual também foi colocada pelos ministros como um direito subjetivo, já que a escolha do parceiro se relaciona à autonomia da vontade. Outro ponto importante que foi levantado, mencionado expressamente pelo ministro Luiz Fux, é o de que o direito segue a evolução social – “*ubi societas, ibi jus*”. Tal visão se coaduna com a doutrina Hart que defende que a moral influencia o direito, e vice-versa.

Utilizando-se da doutrina de Hart, poder-se-ia afirmar que, no momento em que se busca a imposição de uma moralidade comum aos indivíduos, institucionaliza-se a ideia perversa de que cabe ao Estado normatizar o modo de ser e até mesmo o modo com que as pessoas devem se sentir em relação a si mesmas, bem como nas suas relações afetivas. Cria-se, dessa forma, estereótipos de “normalidade” e “anormalidade” que configuram o que Hart denomina de “*populismo mora*”¹⁹¹. Este é caracterizado pelo direito de impor um determinado estilo de vida compartilhado pela maioria em detrimento de uma minoria. Isso representaria uma dominação biopolítica, uma “colonização do ser” individual pelo Estado, bem como um atentado a um aspecto fundamental da democracia: “a proteção dos direitos da minoria”.¹⁹² Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a opressão de uma minoria é o

¹⁸⁹ DE JESUS, Carlos Frederico Ramos. **Direito, moral e interpretação**: o debate entre Marmor e Dworkin. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-moral-e-interpretacao-o-debate-entre-marmor-e-dworkin>. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁹⁰ Essa construção encontra-se presente principalmente nas obras *The Concept of Law e Law, Liberty and Morality*.

¹⁹¹ HART, Herbert. **Law, liberty and morality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1968. p. 79.

¹⁹² BALESTERO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias sexuais e homofobia no direito brasileiro: breves delineamentos constitucionais. **Revista Videre**, Dourados, MS, [S.l.], v. 10, n. 19, p. 148-176, jun., 2018. ISSN 2177-7837. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6829>>. Acesso em: 15 jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.30612/videre.v10i19.6829>.

resultado de uma confusão entre religião e o Estado, já que este, em uma perspectiva democrática, “não se funda em razões religiosas de nenhum dos grupos que compõem a cidadania daquele Estado”. Ainda, haveria equívocos na utilização de conceitos de direito natural por parte dos juristas, na medida em que os direitos naturais não são ordens ou comandos, mas condições possíveis de organização social. Em síntese: o direito da sociedade democrática é um direito que assume em sua base uma moral de caráter crítico.¹⁹³

Essa foi a linha adotada pelo ministro Marco Aurélio:

Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema.

Sobre o terceiro ponto, percebe-se que um dos fatores que mais contribuíram para a decisão favorável à demanda foi o contexto atual de descriminalização e violência contra as minorias sexuais. A própria inércia do Congresso Nacional e do Poder Público em reconhecer direitos fundamentais à essas minorias seria o resultado de um preconceito enraizado.

Ainda, foi possível extrair dos fundamentos dos votos uma reflexão acerca do uso da linguagem no cotidiano, questão que interessava a Hart como pertencente da corrente da filosofia da linguagem ordinária.¹⁹⁴ As transformações do conceito de “família”, visto como uma construção social, impactam não só a interpretação jurídica, mas também a utilização dos conceitos no cotidiano dos indivíduos. Dentro do Direito de Família, por exemplo, vêm ocorrendo transformações na sua estrutura geral, com a inclusão de novos conceitos, o que revela a preocupação da doutrina

¹⁹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, SP, v. 2, n. 2, p. 64-95, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100004>.

¹⁹⁴ Hart teve bastante influência de J. L. Austin em Oxford. Ainda, via, no campo jurídico, bons exemplos para reflexões filosóficas ligadas à linguagem.

quanto à influência que determinado termo ou instituto exerce sobre as pessoas.¹⁹⁵ Para Hart, é justamente o desdobramento da filosofia da linguagem ordinária que abre espaço para a discricionariedade judicial, quando se aceita que o direito é parcialmente indeterminado ou incompleto.¹⁹⁶

Quanto à continuação do julgamento, analisando-se os votos que invocaram fundamentos e argumentos diversos, embora tenham concordado no tocante ao mérito da demanda, foi possível verificar uma relação com as teses de Hart. O ministro Ricardo Lewandowski concebeu a união homoafetiva como uma nova construção de entidade familiar: “a união homoafetiva estável”. Segundo ele, o art. 226 da Constituição Federal, elaborado após uma ampla discussão na Assembleia Constituinte, definiu, de modo exclusivo, a união estável entre pessoas heterossexuais. Dessa forma, não seria possível atribuir uma interpretação extensiva dos direitos da união estável heteroafetiva para a homoafetiva, pois isso acabaria por configurar uma mutação constitucional que extrapola os limites da separação dos poderes. O fato é que haveria uma lacuna constitucional que permite uma integração analógica em razão da ausência de norma para o caso concreto.¹⁹⁷ Esse também foi o entendimento do ministro Cezar Peluso, presidente do STF à época, o qual reconheceu a existência de uma lacuna normativa; mas, diferentemente do relator, aduziu que há necessidade de preenchê-la com uma analogia factual, e não pela igualdade entre as duas entidades familiares.¹⁹⁸ Quanto à linha de argumentação do ministro Gilmar Mendes, houve maiores ressalvas, no que diz respeito à atuação do juiz nos casos que envolvem lacunas do constituinte e do legislador infraconstitucional. Ao atestar o grau de relevância social da questão tratada no caso concreto e levando em conta a inércia do Congresso Nacional e do Poder público em reconhecer esses direitos fundamentais, o ministro entendeu que

¹⁹⁵ “Desde 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a expressão visita foi substituída por convivência familiar. [...] Visita traz consigo um sentido mais frio e formal, que é o contrário do que se espera da relação entre pais e filhos. Da mesma forma, a expressão ‘guarda de filhos’, que traz consigo um significado e um sentido de posse e objeto. Por isso, o Estatuto das Famílias do IBDFam objetivava eliminar a expressão ‘guarda’, ficando apenas ‘convivência familiar’”. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/processo-familiar-forca-palavras-direito-familias-sucessoes>>.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hart. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, RS, v. 9, p. 33-41, jan./abr. 2017.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Nº 4277, DJe 05/05/2011. p. 707 *et seq.*

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 873 *et seq.*

é papel da corte atuar no caso concreto, já que a falta de jurisdição acaba por reforçar o preconceito e a discriminação contra as minorias sexuais. Assim como os demais, defendeu o reconhecimento da união estável homoafetiva, mas com base na interpretação do ordenamento jurídico como um todo.¹⁹⁹

Embora os ministros acima tenham interpretado de forma mais restritiva acerca dos institutos da “família” e “entidade familiar”, suas considerações confirmaram também dois pontos defendidos por Hart: i) a impossibilidade das regras preverem todas as particularidades e circunstâncias de um caso concreto, já que foi reconhecida a existência de uma lacuna legislativa que circundava o tema da união estável homoafetiva; e ii) o fato de que os juízes possuem concepções individuais diversas a respeito da textura aberta dos termos em debate ensejou a adoção de uma postura mais criativa na resolução da demanda, por meio da discricionariedade judicial.

Hart, na obra *The Concept of Law*, teceu diversas críticas ao formalismo exacerbado, posicionando-se, nem a favor deste, nem a favor do outro extremo, o ceticismo em relação às normas. Ou seja, conforme visto na parte teórica deste trabalho, os humanos não seriam deuses e não conseguiriam prever todas as circunstâncias práticas existentes. Além disso, é justamente a textura aberta dos termos “família” e “entidade familiar” que possibilita que os juízes – no caso, os ministros –, adotem interpretações diversas e criativas, como a do ministro Lewandowski que defendeu a criação do termo “união homoafetiva estável”.

Ao final dos debates, houve unanimidade no sentido de dar procedência à Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277, com efeito de dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, reconhecendo a União Estável entre pessoas do mesmo sexo. Assim, pode-se vislumbrar, de maneira geral, a presença de fundamentos e argumentos da doutrina de Hart nos votos dos ministros, sendo determinantes para o resultado do julgamento.

4.2 O RE Nº 565.089/SP

4.2.1 A controvérsia

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Nº 4277, DJe 05/05/2011. p. 728 *et seq.*

O Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP foi protocolado por servidores públicos civis do Estado de São Paulo, no ano de 2007, objetivando uma indenização pela falta de revisão geral anual da remuneração e subsídios recebidos. Após anos de pendência, houve o julgamento do recurso pelo Supremo Tribunal Federal em 25/09/2019. A controvérsia envolvia o disposto no art. 37, inciso X da Constituição Federal, o qual dispõe que a remuneração e os subsídios dos servidores públicos asseguram revisão geral anual. Veja-se:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual**, sempre na mesma data e sem distinção de índices.²⁰⁰

Os recorrentes alegaram que a inércia do Governo do Estado de São Paulo, no tocante à revisão constitucionalmente exigida, resultou em grave redução remuneratória com o passar dos anos, motivo pelo qual postularam à indenização pelos danos patrimoniais sofridos. Contudo, não houve o reconhecimento desse direito por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual entendeu pelo desprovimento do recurso de apelação. Oferecido o Recurso Extraordinário, o Estado de São Paulo salientou, em sede de contrarrazões, a impossibilidade do Poder Judiciário “legislar para aumentar os vencimentos de servidores públicos”. Ademais, aduziu que não há na Constituição Federal dispositivo que poderia forçar o Governo do Estado a apresentar um projeto de lei para aumento da remuneração dos servidores. Ao final, asseverou que o poder legislativo, observando a autonomia administrativa e financeira dos entes públicos, deixou que o Poder Executivo escolhesse a melhor forma de aplicar a referida norma. Em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso, sob o fundamento de que haveria desprezo pela norma constitucional no caso concreto, o qual gera direito subjetivo à revisão geral dos vencimentos.

4.2.2 Análise do julgamento

O ministro Marco Aurélio, relator do caso em questão, ressaltou que incumbia ao Supremo zelar pela efetividade e concretude dos ditames constitucionais, de

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

modo que o principal documento normativo do Estado não fosse esvaziado por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos. O que haveria, no caso em análise, é um apelo do cidadão frente à mora injustificável do legislador ou do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, asseverou que a justificativa da proposta de Emenda Constitucional que introduziu o inciso X ao art. 37 da CF foi recuperar o respeito pela imagem do servidor público, bem como melhorar a sua condição de trabalho. Esse seria o parâmetro que norteia a interpretação do dispositivo, o qual trata da manutenção dos patamares remuneratórios dos servidores, incluindo a garantia da revisão geral anual de sua remuneração e de seus subsídios. A partir de então, o ministro destacou uma diferença entre os conceitos de “aumento” e “reajuste”. O simples aumento remuneratório seria inviável, já que a Súmula 339 da Corte²⁰¹ dispõe que o Poder Judiciário não pode majorar a remuneração dos servidores mediante decisão judicial, levando em conta que este não possui função legislativa. Por outro lado, o segundo é voltado para conter os efeitos da inflação, de modo a promover a manutenção do poder aquisitivo do funcionário. Na visão do ministro Marco Aurélio, os recorrentes não objetivavam o aumento remuneratório pela via judicial, mas sim uma indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, qual seja, o inadimplemento de majoração remuneratória visando resguardar a equação entre remuneração e trabalho. Ainda, o ministro afirmou que o impacto financeiro sobre as contas públicas não pode justificar a inobservância de um preceito constitucional, já que o que incumbe ao Poder Judiciário é assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico.²⁰²

Esse também foi o entendimento da ministra Carmen Lúcia que retomou julgamentos prévios da Corte, destacando à ADO Nº 2.492/SP, na qual o ministro relator, Ilmar Galvão, asseverou que a regra do inciso X da Constituição Federal é dirigida também ao Governador do Estado, devendo-a observar na forma do art. 61, § 1º, II:

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

²⁰¹ “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP**, Plenário, DJe 25/09/2019. p. 5 *et seq.*

Naquela oportunidade, o ministro reconheceu a mora legislativa, de responsabilidade do Governador do Estado. Quanto às alegações de que não seria possível a aplicação do art. 37, inciso X da Constituição Federal, em virtude da limitação de gastos com pessoal imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal, destacou-se que a revisão geral anual de remuneração dos servidores decorre de imperativo de lei constitucional, motivo pelo qual não poderia ser contrastada por lei complementar. Além disso, a ministra Carmen Lúcia frisou o caráter histórico da “revisão geral anual”, já que ela foi introduzida como garantia necessária frente aos índices inflacionários que corroem o poder de compra. Nesse ponto, assim como o relator, a ministra enfatizou a diferença de conceitos, porém com termos diversos. Para efeitos de comparação, foram utilizados os termos “revisão” e “reajuste”. O primeiro para explicar a correção monetária, no combate da inflação, e o segundo para tratar da simples majoração dos proventos.²⁰³ Nessa linha, concluiu a ministra que o Estado deve evitar os efeitos da inflação no potencial aquisitivo da remuneração do servidor público. No caso, sustentou ter havido omissão legislativa do Estado de São Paulo, o qual ensejou dano aos servidores com direito a reparação indenizatória.²⁰⁴

A divergência foi posta pelo ministro Luís Roberto Barroso, por quatro razões diversas: a) o termo “revisão” presente no art. 37, X da Constituição Federal não significaria necessariamente modificação do valor remuneratório dos servidores; b) o artigo mencionado deveria ser interpretado em conjunto com outros dispositivos que se distanciam da lógica de reajustes automáticos, e, de forma geral, da indexação econômica; c) a pretensão de uma radical intangibilidade monetária seria particularidade do Brasil e possuiria o efeito colateral da retroalimentação do processo inflacionário e d) deveria ser avaliada a necessidade de reajustes condicionados às circunstâncias econômicas de cada momento, o que significa que poderia haver até mesmo concessões superiores à inflação em certos períodos.

Embora o ministro reconheça a possibilidade de interpretar o termo como uma modificação anual dos valores, existiria uma segunda interpretação, no sentido de

²⁰³ Embora o ministro relator do caso tenha utilizado o termo “reajuste” ao invés de “revisão” para exprimir a ideia de manutenção do poder aquisitivo, adotou-se a interpretação de que ambos estariam fundamentando seus votos no mesmo sentido, já que afirmaram que a demanda dos servidores públicos seria em razão da falta de correção monetária dos seus proventos.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário N° 565.089/SP**, Plenário, DJe 25/09/2019. p. 43 *et seq.*

que é possível compreender o termo apenas como uma avaliação anual, que pode ou não, resultar em uma concessão de aumento para os servidores públicos. O que deveria ter sido realizado pelo Poder Executivo local em caso negativo, na opinião do ministro Luís Roberto Barroso, é a apresentação de uma justificativa demonstrando as razões pelas quais não seria possível modificar o valor remuneratório. Ainda, em debate, o ministro chegou a afirmar que não seria possível conceder a indenização aos servidores, já que os Estados passariam a ter, automaticamente, um passivo imenso. A questão trazida é a de que o Direito está também vinculado à prática, motivo pelo qual o aspecto financeiro deveria ser observado no caso concreto:

Presidente, só para finalizar então o meu voto e devolver a palavra ao Plenário, eu, se pudesse, daria todos os aumentos possíveis aos servidores, mas acho que nós **estamos submetidos a certas circunstâncias políticas, econômicas e financeiras que fazem parte da vida democrática, fazem parte da vida federativa. Portanto, eu não acho que devemos interpretar a Constituição de modo a produzir um resultado impossível ou um resultado desastroso.** Consequentemente, eu nego provimento ao recurso.²⁰⁵

O ministro Teori Zavascki seguiu a mesma linha de raciocínio, acrescentando que a Constituição não estabeleceu critérios ou índices a serem observados na “revisão geral anual”, apenas que essa fosse efetuada “sem distinção de índices” entre os beneficiários. Assim, não se poderia extrair do texto indicação de índice mínimo, mesmo que para a manutenção do poder de compra. Ainda, destacou que houve entendimento do Supremo, em ações pretéritas, de que não deve o Judiciário determinar ou suprir o processo político-administrativo necessário para efetivação da norma constitucional. Na mesma linha, acompanhou a ministra Rosa Weber, sob o argumento de que não caberia ao Supremo “legislar” no caso concreto. Já o ministro Gilmar Mendes, além de defender que o termo “revisão” não impõe necessariamente o reajuste, tal medida deveria ser avaliada em face da realidade inflacionária do país. No presente momento, em razão do problema orçamentário vigente, deveria haver disposição em lei para que tal medida fosse concretizada. Ou seja, o problema seria sistêmico e a responsabilidade de resolvê-lo seria da lei orçamentária, no âmbito do Legislativo e do Executivo.²⁰⁶

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP**, Plenário, DJe 25/09/2019. p. 74 *et seq.*

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP**, Plenário, DJe 25/09/2019. p. 108 *et seq.*

Os ministros Dias Toffoli e Edson Fachin também retomaram os pontos da divergência. Dentre os argumentos invocados por ambos, destaca-se à menção ao art. 2º da Lei 10.331/2001,²⁰⁷ o qual elenca as condições a serem observadas para realização da revisão geral anual da remuneração dos servidores. Novamente, argumentou-se que a apreciação da questão em debate caberia ao Poder Legislativo, seara considerada propícia aos debates democráticos que envolvem interesses políticos, sociais e econômicos. Além disso, deveria ser ponderado os custos de operacionalização de política pública remuneratória, da perspectiva fiscal, econômica e previdenciária que não se inserem no domínio da função típica do Poder Judiciário. Como consequência de tais argumentos, não haveria direito subjetivo dos servidores a recomposição do valor real da remuneração ou subsídio percebido no ano anterior sem que houvesse lei aprovada pelo Parlamento.

Os pontos levantados pela divergência foram bastante criticados pelo ministro Luiz Fux. Isso porque, em seu voto, argumentou que se tratava de uma postura de um “Tribunal Consequencialista”, já que, em nome das possíveis consequências políticas e econômicas, haveria a violação da certeza e a previsibilidade da norma constitucional objeto do caso em análise. Para o ministro, a norma referente à revisão anual da remuneração dos servidores não precisaria de intermediação do legislador, já que a regra estaria garantindo a alteração e a fixação por lei da remuneração e dos subsídios dos servidores. Dessa forma, haveria um direito subjetivo público do servidor à revisão geral e anual, o qual teria sido desrespeitado no caso concreto. Assim, levando-se em conta a normatividade da Constituição, teria havido descumprimento de uma obrigação imposta ao Estado. Nas palavras do ministro, “*a constituição é que tem que ser consequencialista, e não nós, julgadores*”. Ou seja, caberia ao legislador constituinte originário expressar tais preocupações, de modo que não caberia ao Supremo Tribunal Federal sacrificar a efetividade de uma norma constitucional expressa.²⁰⁸ No mesmo sentido, entendeu o

²⁰⁷ Art. 2º A revisão geral anual de que trata o art. 1º observará as seguintes condições: I - autorização na lei de diretrizes orçamentárias; II - definição do índice em lei específica; III - previsão do montante da respectiva despesa e correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual; IV - comprovação da disponibilidade financeira que configure capacidade de pagamento pelo governo, preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social; V - compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho; e VI - atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o art. 169 da Constituição e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário N° 565.089/SP**, Plenário, DJe 25/09/2019. p. 159 *et seq.*

ministro Ricardo Lewandowski, ao defender a plena eficácia do art. 37, inciso X, da CF, bem como o reconhecimento da mora do chefe do Executivo, a qual permitiu as perdas inflacionárias da remuneração dos servidores.²⁰⁹

Após os debates, houve o desprovimento do recurso, pelo placar de sete votos a quatro. Juntamente com o resultado da decisão, publicou-se a Tese Nº 19, a qual dispõe que *“o não encaminhamento de projeto de lei de revisão anual dos vencimentos dos servidores públicos, previsto no inciso X do art. 37 da Constituição Federal de 1988, não gera direito subjetivo à indenização. Deve o Poder Executivo, no entanto, se pronunciar, de forma fundamentada, acerca das razões pelas quais não se propôs a revisão”*.

Destaca-se do julgamento acima alguns pontos principais, presentes na fundamentação dos ministros: 1) uma discussão conceitual a respeito do significado do termo “revisão geral anual”, presente no art. 37, inciso X, da Constituição Federal; e 2) uma discussão a respeito da competência do Poder Judiciário para reconhecer o direito subjetivo dos servidores a uma indenização, como resultado da omissão legislativa do Estado de São Paulo em revisar os seus proventos e subsídios.

Quanto ao primeiro ponto, percebe-se duas interpretações diversas: 1) por um lado, a dos ministros que optaram pelo provimento do recurso ao afirmarem que há um núcleo duro de sentido por trás do conceito de “revisão”, e portanto não haveria dúvidas a respeito da necessidade de equalizar o valor remuneratório dos servidores, de modo a preservar o seu valor de compra; 2) por outro lado, os ministros que adotaram a linha divergente argumentaram que o termo revisão não significaria necessariamente que o Poder Executivo deva realizar a modificação do valor remuneratório dos servidores. Na visão do ministro Luís Roberto Barroso, significaria apenas que o Poder Executivo deveria apresentar uma justificativa pela qual não houve a alteração do valor remuneratório. Ou seja, entendeu-se que o termo “revisão” era um conceito aberto, impreciso, e foi a suposta incerteza quanto ao comportamento exigido pela Constituição (dúvida quanto à regra de reconhecimento a ser aplicada), que ensejou uma nova atribuição de sentido para o termo. Aqui estaria presente a noção de textura aberta, trabalhada por Hart em suas obras, e a qual necessita de uma solução criativa pelo juiz, por meio da discricionariedade.

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 203 *et seq.*

A partir do novo significado atribuído à “revisão”, a linha divergente mostrou clara preocupação com o problema orçamentário vigente no país, o que ensejou críticas por ser uma postura “consequencialista” do Tribunal. Nesse sentido, segundo a maioria dos ministros, deveria ser realizada uma ponderação dos custos de operacionalização de política pública remuneratória, da perspectiva fiscal, econômica e previdenciária, aspectos que não estariam no domínio da função típica do Poder Judiciário. Uma possível interpretação nesse ponto, sob a doutrina de Hart, é a de que os ministros estariam utilizando as suas próprias convicções e valores, por meio de argumentos de natureza “extrajurídica” para indicar como o direito “deve ser”. Em outras palavras, estariam realizando uma consulta individual *ao senso de correção moral e política, equidade e conveniência social para chegar à decisão mais adequada possível*.²¹⁰

Sobre a questão da esfera de competência de cada órgão, é possível tecer uma breve reflexão sobre o tema do “ativismo judicial”. Lênio Streck, ao relacionar o conceito com o tema da judicialização da política, afirma que o “ativismo judicial representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o status quo). O ativismo é, portanto, um behaviorismo judicial.”²¹¹ Contudo, embora o jurista entenda que tal resposta seja censurável em uma perspectiva democrática, seria possível afirmar que existem casos em que a resposta do Judiciário é adequada à Constituição.²¹²

Independentemente do juízo de valor individual sobre tal atuação, o ponto é que o caso em apreço abre margem para uma discussão que extrapola a esfera jurídica. Isso seria compatível com a concepção de Hart e o papel criativo que o juiz deve exercer nos casos complexos. No Pós-Escrito do Conceito de Direito, Hart destaca que quando uma lei ou precedente se mostra imprecisa, os juízes não saem “legislando” de qualquer maneira. Pelo contrário, utilizam seus “livros de direito” e

²¹⁰ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 171.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, SC, v. 17, n. 3, p. 724, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/issue/view/248>>. Acesso em: 05 out. 2020.

²¹² *Ibidem*.

mencionam princípios gerais, objetivos ou propósitos conexos ao direito existente para buscar a resolução das controvérsias complexas.²¹³

Ainda, em meio às discussões conceituais, verificou-se que o relator do caso, o ministro Marco Aurélio, bem como os demais que o acompanharam, buscaram resgatar a intenção do legislador ao editar a EC Nº 19/98, a qual acrescentou o referido inciso ao dispositivo. Ou seja, no momento em que se configurou uma zona nebulosa de significação, buscou-se a intenção do legislador, por meio de uma análise teleológica da regra para solucionar o impasse. Tal fato retoma o debate entre Hart e Fuller, quanto à solução dos “problemas da penumbra”. Em síntese, a conclusão de Hart foi de que nos casos complexos e duvidosos, seria possível exercer a discricionariedade, sendo uma das opções buscar a intenção do legislador que redigiu a regra. No caso, destacou-se que, dentre os propósitos da Emenda, estava o de recuperar o respeito pela imagem do servidor público, bem como melhorar a sua condição de trabalho.

Seja qual for a perspectiva adotada, foi possível vislumbrar o caso do RE 565.089/SP sob a ótica da doutrina de Hart ante as divergências conceituais que permeavam a “revisão geral anual”, prevista constitucionalmente, bem como o fato de que os ministros se valeram de uma certa discricionariedade judicial para buscar a melhor solução para o caso. De modo geral, foi possível perceber que vários casos atuais refletem preocupações teóricas muito discutidas pela filosofia do direito, percepção essa aguçada pelas lições de Hart.

²¹³ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 354.

5 CONCLUSÕES

Considerando que esta dissertação pretendeu trabalhar os principais pilares da teoria do jus filósofo Herbert Hart, bem como verificar a aplicabilidade de sua teoria, foi possível traçar as seguintes conclusões:

a) De cunho teórico:

a.1) As críticas proferidas ao modelo conceitual de ordens coercitivas proferidas por um soberano habitualmente obedecido foi extremamente importante para o avanço do estudo do fenômeno jurídico. Ao refutar a ideia de que o direito deve ser reduzido a apenas essa categoria, ignorando o fato de que existem outros tipos de normas – normas que conferem poderes a particulares, por exemplo –, Hart apresentou um modelo de união entre diferentes tipos de regras que se aproxima da realidade dos sistemas jurídicos.

a.2) Ao criticar as correntes do formalismo e do ceticismo em relação às regras, Hart posicionou-se entre posições extremas, o que contribuiu para elucidar características importantes do sistema jurídico. Nessa linha, enfatizou o caráter impreciso da linguagem, o qual atesta o “problema da penumbra”. Embora existam explicações diferentes a respeito desse fenômeno, bem como a forma de solucioná-lo, tal elemento de incerteza aparenta refutar o “paraíso conceitual dos juristas” (*jurist’s heaven of concepts*), tanto quanto o sonho dos “absolutistas frustrados” (*disappointed absolutist*).

a.3) Ao centralizar o seu estudo nas regras jurídicas, poder-se-ia dizer que a doutrina de Hart é incompleta, pelo fato de que não aborda com profundidade outros *standards* jurídicos, a exemplo dos princípios, tão evocados e presentes nos ordenamentos jurídicos atuais.

b) De cunho prático:

b.1) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277, a qual tratou do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, verificou-se, na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a presença da moral crítica e de uma concepção defendida por Hart de que não cabe à moral religiosa direcionar a tutela do Estado referente a direitos fundamentais, a exemplo da escolha do parceiro de um indivíduo.

b.2) Ainda, na mesma ação, foi possível verificar a presença da textura aberta da linguagem, já que a controvérsia circundava os termos, considerados abertos e indeterminados, de “família” e de “união estável”. De modo a solucionar o caso, foi possível verificar que os ministros utilizaram construções criativas para solucionar a demanda. Por tais motivos, houve uma aproximação com a doutrina de Hart, no tocante à discricionariedade judicial.

b.3) Igualmente, referente ao Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP, foi possível identificar a presença da textura aberta na controvérsia, a qual circundava o termo “revisão geral anual”, presente no art. 37, inciso X, da Constituição Federal. Embora não houvesse dúvidas a respeito do significado do termo por parte dos ministros que optaram por prover o recurso, verificou-se que a linha da divergência evocou sentidos diferentes para o significado da expressão, o que poderia ser interpretado, sob essa ótica, como um problema da zona de penumbra.

b.4) No mesmo caso, a linha da divergência utilizou o argumento de que, em face do problema orçamentário vigente no país, não seria possível o pagamento da indenização pretendida, fato que supostamente criaria um precedente para outras categorias. Pode-se dizer que, ao envolver a realidade prática e econômica do país, os ministros estariam realizando uma “consulta individual ao seu senso de correção moral e política, equidade e conveniência social”²¹⁴. Ou seja, haveria o uso da discricionariedade, trabalhada por Hart em sua doutrina, com o intuito chegar à decisão mais adequada possível.

b.5) Ainda a respeito do recurso, pode-se dizer que os ministros que votaram pelo provimento do recurso defenderam uma análise teleológica da regra, de modo a solucionar o impasse gerado em torno do possível caráter aberto do art. 37, X da Constituição Federal. Sob a perspectiva de Hart, a busca pela intenção do legislador, ou do propósito da regra, revela-se como solução possível na zona de penumbra, de modo a construir um novo direito que será aplicado retroativamente.

b.6) Atualmente, pode-se dizer que as principais controvérsias da atualidade costumam refletir as preocupações dos teóricos do direito. Ao observar apenas os dois casos trabalhados, percebe-se o motivo pelo qual tanto se discute a respeito da relação entre direito e moral, bem como do ativismo judicial.

²¹⁴ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 171.

b.7) Conclui-se, por fim, pela confirmação da hipótese inicial desta monografia, já que foi possível vislumbrar elementos da doutrina de Hart em controvérsias do Supremo Tribunal Federal. Embora haja considerações críticas importantes aos postulados da teoria hartiana, não há como negar que o autor se coloca como um dos principais expoentes do positivismo do século XX.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- BALESTERO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias sexuais e homofobia no direito brasileiro: breves delineamentos constitucionais. **Revista Videre**, Dourados, MS, [S.l.], v. 10, n. 19, p. 148-176, jun. 2018. ISSN 2177-7837. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6829>>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277**, DJe 05/05/2011.
- _____. **Código Civil de 2002**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Nº 565.089/SP**, Min. Relator Marco Aurélio, Plenário, DJe 25/09/2019.
- DAUD, Felipe Taufik. A Separação entre ser e dever ser na filosofia do direito de Herbert Hart. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, DF, v. 16, n. 109, p. 499, 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/21>>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- DE JESUS, Carlos Frederico Ramos. **Direito, moral e interpretação: o debate entre Marmor e Dworkin**. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-moral-e-interpretacao-o-debate-entre-marmor-e-dworkin>. Acesso em: 12 out. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, MG, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, v. 71., n. 4, 1958.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. Is the taxi a public service? Around concepts and schizophrenia in the Brazilian administrative law. **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Curitiba, PR, n. 68, 2017.
- HART, Herbert. Ensaio 12 – O Céu de Conceitos de Jhering e a Moderna Teoria Analítica do Direito. *In: Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução de José Garcez Gherardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. Ensaio 4 – A teoria do Direito Norte-Americano Pelos Olhos Ingleses: O pesadelo e o Nobre Sonho. *In: Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*. tradução de José Garcez Gherardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. **Law, liberty and morality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1968.

- _____. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, Estados Unidos, n. 4, 1958.
- _____. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- LISBOA, Wladimir Barreto. Formalismo ou Ceticismo Jurídico: a perspectiva crítica de Herbert Hart. **Revista Dissertatio de Filosofia**, Pelotas, RS, v. 35, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, SP, v. 2, n. 2, p. 64-95, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100004>.
- MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. A aplicação equitativa do direito no quadro conceitual de H. L. A. Hart. *In*: **Normatividade e argumentação, ensaios de filosofia política e do direito**. 1. ed. Porto Alegre: Linus, 2013.
- MACHADO, Augusto Sperb. **Da tese do germe de justiça ao ideal do Estado de Direito**: um estudo sobre o valor de proceder conforme uma regra na obra de H. L. A. Hart. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Porto Alegre, 2017. 110 f. Não publicado.
- MICHELON Jr, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MILL, John Stuart. **On liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001.
- MORAES, Maria Valentina; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Discricionariedade Judicial e a Definitividade da Decisão Judicial: A Teoria de Hart e as Críticas apontadas por Dworkin. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, ES, v. 20, n. 1, jan./abr., 2019. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349>>. Acesso em: 05 out. 2020.
- NETO, João Andrade. Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, v. 12, n.3, 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300869&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- PONTES, André Luiz Marcondes. **Concepções de direito e justiça**: a teoria do direito de Ronald Dworkin e o liberalismo político de John Rawls. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. 191f.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARBOSA, Rodrigo Pedroso Barbosa. Regras de reconhecimento e a legitimidade da decisão jurídica em Hart. **Revista Debates**, Porto Alegre, RS, v. 10, n. 3, p. 153-168, 2016.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 101-119, jan. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200>>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Difícil Concretização do Direito Fundamental a Uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, SC, v. 17, n. 3, p. 724,

set./dez. 2016. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/issue/view/248>> Acesso em: 05 out. 2020.

STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de filosofia do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, DF, n. 22-23, jan./jun.2007.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. *In*: BAHIA, Charles Nunes. Da Textura Aberta da Linguagem à Textura Aberta do Direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, SP, p. 71-88, jul., 2017.

WEBER, Max. **Economy and society**: an outline of interpretive sociology. Trad. Ephraim Fischhoff *et al.* Berkeley: University of California Press, 1978.

WINCH, Peter. **The idea of a social science and its relation to philosophy**. Londres: Routledge, 1990.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.