

# A UNIDADE DA TEORIA DO DIREITO DE H. L. A. HART: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A VALIDADE DO DIREITO SEGUNDO HART E O EXEMPLO DOS VEÍCULOS NO PARQUE

Guilherme Madeira Martins<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar que a teoria de direito de H. L. A. Hart possui uma unidade entre os temas abordados. Para tanto, será feita uma aproximação das reflexões sobre a relação entre o direito e a moral com o exemplo hipotético dos veículos no parque.

**Palavras-chave:** H. L. A. Hart; validade; moral; interpretação; textura aberta da linguagem.

## 1. INTRODUÇÃO

As contribuições de Hart para a teoria do direito são geralmente agrupadas em quatro grandes núcleos temáticos: (1) crítica à teoria imperativa do direito de Austin; (2) a noção do direito como união das normas primárias com as normas secundárias, englobando aqui também a regra de reconhecimento; (3) a noção da textura aberta da linguagem aplicada ao campo da interpretação jurídica; (4) e a relação entre o direito e a moral. Esses quatro núcleos abarcam 90% do exposto em sua principal obra, *O Conceito de Direito* (os 10% restantes são as reflexões sobre o direito internacional, presentes no último capítulo, negligenciadas por quase toda a doutrina<sup>2</sup>).

Todos esses núcleos representam uma contribuição muito importante para a teoria do direito, influenciando em definitivo todas as discussões posteriores. Autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Joseph Raz, John Finnis, entre outros (e até mesmo Jürgen Habermas, quando tratava especificamente sobre o direito), desenvolveram suas teorias em constante diálogo com a obra de Hart. O próprio Dworkin chegou a escrever que todo o

---

<sup>1</sup> Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio). Professor nos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Público Avançado da PUC-Minas (polo Juiz de Fora/MG) e da EBRADI – Escola Brasileira de Direito. Professor nos cursos de graduação em Direito da Rede de Ensino Doctum e do Centro Universitário Estácio. E-mail para contato: [guilherme.madeira@gmail.com](mailto:guilherme.madeira@gmail.com).

<sup>2</sup> Os motivos para tanto são desconhecidos. As reflexões de Hart sobre o direito internacional nunca chamaram muito a atenção da doutrina, e os estudiosos do direito internacional nunca se interessaram pelo que Hart tem a dizer sobre o assunto.

pensamento construtivo do direito tem que começar da análise das teorias hartianas (DWORKIN, 2002) – o que explica porque as posteriores construções teóricas dentro da teoria do direito e filosofia do direito não passaram de modificações ou refinamentos à teoria de Hart.

Ambos os núcleos foram, e ainda são, objeto de muito estudo e discussão. Mas, como quando alguém se propõe a estudar Hart se limita a somente um desses núcleos, passa-se a impressão ao leitor que cada núcleo é uma ilha; que cada núcleo é um tema isolado e sem diálogo com as outras ilhas. O objetivo deste artigo é desfazer essa impressão, demonstrando como as observações sobre um núcleo também se aplicam a outro. Com isso pretende-se demonstrar como a obra de Hart, em especial a exposta na obra *O Conceito de Direito*, é um todo unitário, e não um agrupado de temas isolados.

No caso específico deste artigo, a intenção é demonstrar, em um breve esboço, como as reflexões sobre a relação entre o direito e a moral também se aplicam ao tema da interpretação jurídica.

## **2. DIREITO, MORAL E VALIDADE DO DIREITO**

Uma passagem no início do capítulo VIII da obra *O Conceito de Direito* chama a atenção. Chama a atenção não pelas já conhecidas qualidades de seu autor, H. L. A. Hart, mas por uma faceta até então não conhecida; essa passagem, na qual Hart começa a discorrer sobre a questão da relação entre o direito e a moral, deixa transparecer uma preocupação teórica profunda – de que nada adiantaria todas as suas lições se a questão da relação entre o direito e a moral não fossem devidamente enfrentadas:

A alegação geral de que existe uma relação de alguma forma “necessária” entre o direito e a moral e que é essa relação que merece ser considerada o ponto central de qualquer tentativa de analisar ou elucidar a noção de direito. Os defensores dessa concepção podem não estar interessados em discutir nossas críticas à teoria imperativa simples. Podem até admitir que nossa crítica foi um avanço útil e que a união de normas primárias e secundárias mostrou-se, de fato, um ponto de partida mais importante que as ordens apoiadas por ameaças para a compreensão do direito. Entretanto, argumentariam que isso não basta; que mesmo esses elementos têm importância secundária e que só quando for explicitada a relação “necessária” com a moral e reconhecida sua importância central é que serão dissipadas as brumas que há tanto tempo vêm toldando a compreensão do direito (HART, 2009, p. 202).

Tal preocupação demonstra a sinceridade intelectual de Hart, além da sua intenção de descrever o direito para compreendê-lo, dissipando assim “as brumas que há tanto tempo vêm toldando a compreensão do direito”.

Hart trata a questão da relação entre o direito e a moral nos capítulos VIII e IX da obra *O Conceito de Direito*, sendo que no último ele apresenta suas principais contribuições para a teoria do direito, como os truísmos do conteúdo mínimo do direito natural (HART, 2009, p. 251-256; BAYLES, 1992, p. 120). Mas o objetivo deste artigo é analisar o último ponto abordado por Hart, que é sobre o impacto da relação entre o direito e a moral sobre a validade do direito.

Geralmente a afirmação de que o direito está necessariamente ligado com a moral diz respeito à validade jurídica e à resistência à lei. Hart inicia sua abordagem sobre esse tópico de forma um pouco provocativa e retórica, citando frases de Austin, Gray e Kelsen, respectivamente:

Por mais descuidadamente que possam ter formulado sua perspectiva geral, poucos teóricos do direito classificados como positivistas se preocupariam em negar as formas de ligação entre o direito e a moral discutidas nos últimos cinco tópicos. Qual era, então, o propósito dos grandes gritos de guerra do positivismo jurídico: “A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra”; “O direito de um Estado não é um ideal, mas algo que existe de fato... não é aquilo que deveria ser, mas aquilo que é”; “As normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo” (HART, 2009, p. 269)?

O propósito destes autores é clarear os problemas jurídicos e morais que surgem com a existência de leis que respeitam todos os critérios de validade, fossem promulgados segundo os trâmites e tivessem inteligibilidade, mas que vão contra um valor moral<sup>3</sup>. Para eles, quando um teórico ou um cidadão comum se encontrasse diante da aplicação ou observância de uma norma claramente imoral ou injusta, seria tentadora a vontade de simplesmente esquecer os problemas decorrentes dessa situação e não considerá-la como lei – ou pelo menos como uma lei válida (HART, 2009, p. 268). E simplesmente renegar a essas normas o status próprio de normas ou negar-lhe a validade é a forma mais simples de evitar os problemas decorrentes, ao

---

<sup>3</sup> Importante notar que a intenção de Hart não é solucionar os problemas decorrentes da discussão entre o direito e a moral, mas simplesmente garantir que esses problemas sejam enunciados de forma clara e com honestidade. Sobre este ponto: “Nosso autor não se preocupa tanto sobre como devem ser resolvidos os problemas que podem aparecer no momento de aplicar o Direito (de dar uma solução aos casos problemáticos), mas sim com quais são esses problemas que podem aparecer” (VIDAL, 1999, p. 238). Sobre os diversos problemas decorrentes, podemos citar o da conexão justificativa (se é possível justificar uma decisão sem utilizar qualquer referência à moral) e o da conexão identificadora (se é possível identificar o direito sem fazer menção a uma referência moral), além do óbvio problema da conexão axiológica (se existe relação entre o direito e a moral) (SGARBI, 2007, p. 740).

invés de afirmar: “sim, essa é uma lei, apesar de ser muito injusta para que eu a obedeça ou aplique”. Se a norma não existe, não existe o problema.

Um dos vários problemas que podem surgir quando nos deparamos com essas normas claramente injustas ou imorais pode ser vislumbrado quando da transição do Estado Nazista alemão para o *Rechtstaat* (o Estado constitucional alemão). Neste caso, os tribunais pós-nazismo tiveram que julgar atitudes tidas como legais no regime anterior (apesar de ir contra todos os ditames da moral e da justiça), mas que no atual são proibidas. Quanto a este problema, afirmar que a lei anterior que permitia ou até mesmo prescrevia uma imoralidade ou injustiça não é uma lei ou é uma lei inválida, e, além disso, afirmar que quem praticou esses atos deve agora ser punido pelas leis do atual regime é uma forma simplória de lidar com o problema (HART, 2009, p. 269).

Um dos exemplos utilizados por Hart diz respeito a uma decisão datada de julho de 1949, no qual uma esposa havia denunciado o seu marido pela transgressão de uma lei nazista do ano de 1934. Na ocasião, o marido foi condenado. Na decisão de julho de 1949, o tribunal julgou a lei de 1934 como inválida, e a esposa foi condenada por privar o marido, ilicitamente, de sua liberdade (HART, 2009, p. 388).

Por outro lado, a negação da validade das leis do antigo regime nazista pode levar a absolvição daqueles que a cumpriram, mas que alegaram não tomarem conhecimento da ilegalidade:

A corte reconheceu [em um julgamento de Eutanásia ocorrido em Hamburgo] que a matança de crianças certamente ocorrera; do mesmo modo, que essa matança em massa era objetivamente ilegal. Apenas dois dos médicos acusados negaram qualquer cooperação. Os outros acusados declararam perante a corte que àquele tempo acreditavam na justiça de suas ações. Os juízes de Hamburgo os colocaram além do braço da justiça e não permitiram nem chegar aos processo, já que estavam convencidos de que a prova da culpa não apareceria na corte, no julgamento, porque os médicos e médicas, enquanto matavam, tinham perdido a consciência dessa ilegalidade (VOEGELIN, 2008, p. 302).

Como é possível perceber, se alguém à época não possui consciência da ilegalidade dos atos que está praticando, mesmo que tais atos sejam a matança de inúmeras crianças, ele será absolvido (VOEGELIN, 2008, p. 302). Outro exemplo:

Em Ulm, os juízes e o júri decidiram que os verdadeiros perpetradores [de novo, era um caso desses assassinios em massa] foram Hitler, Himmler e Heydrich, e o acusado, que lhes cumpria ordens, só podia ser punido por ajuda e cumplicidade. Todas as outras cortes adotaram subsequentemente essa linha de raciocínio; os veredictos de culpa nos julgamentos (...) daí em

diante foram pronunciados com base na “ajuda e cumplicidade com o assassino” (VOEGELIN, 2008, p. 302).

Os problemas suscitados são tão complicados quanto se pode formular. E é claro que existe a preocupação com as “maneiras alternativas de formular a decisão moral de não aplicar, obedecer ou permitir que outros aleguem em sua defesa normas moralmente iníquas” (HART, 2009, p. 269). Mas isso não significa que os positivistas jurídicos estão reconhecendo essas normas imorais e injustas do antigo regime nazista como sendo normas boas e facilmente aplicáveis. A intenção dos positivistas, ressalta-se, é tratar com honestidade e clareza esses problemas, pois o simples comportamento de negar a validade dessas normas ou não considerá-las como normas só servirá para esconder os problemas – que, como os exemplos acima demonstram, podem levar a absolvição quando do desconhecimento da ilegalidade, ou a tratar questões de legislação retroativa que encobrem o real problema. Esses problemas também não podem ser resolvidos utilizando-se de propriedades de uso linguístico, demonstrando que não existe contradição “em afirmar que uma norma jurídica é demasiado iníqua para ser obedecida”, ou ser necessariamente verdadeiro que uma norma demasiada injusta para ser obedecida não é uma norma jurídica válida (HART, 2009, p. 270). A única forma de reconhecer e tratar esses problemas é analisando os méritos relativos a dois tipos de conceitos quanto às normas jurídicas, um mais abrangente e outro mais restrito.

O conceito mais amplo nos levará a considerar como “direito” todas as normas que são válidas por observarem tão somente os requisitos formais de validade de um sistema jurídico, o que incluiria as normas consideradas como injustas ou imorais. Por outro lado, o conceito mais restrito excluirá do “direito” todas as normas consideradas como injustas ou imorais (HART, 2009, p. 270). Como realizar uma escolha entre esses conceitos divergentes? De acordo com Hart, “se temos de fazer uma escolha bem fundamentada entre esses conceitos, é porque um deles é superior ao outro na forma como poderá favorecer nossas investigações teóricas, ou aprofundar e esclarecer nossas deliberações morais, ou ambos” (HART, 2009, p. 270).

E essa escolha é fácil: o que a teoria do direito tem a ganhar adotando um conceito mais restrito? Não muita coisa, já que algumas normas que apresentam todas as outras características complexas do direito seriam excluídas; e nenhuma outra disciplina ficaria com o encargo de estudar essas normas (tanto o é que nenhuma história do direito o fez ainda). Ao adotarmos, ao contrário, um conceito mais amplo, as investigações teóricas do direito serão favorecidas, porque as normas notadamente injustas ou imorais serão incluídas no estudo das características das mesmas. Essa é a melhor forma de se estudar um sistema jurídico de

normas como controle social específico, porque estudar o uso de um sistema jurídico de normas também envolve estudar o seu abuso (HART, 2009, p. 271). Não parece razoável acreditar que educar os homens no uso de um conceito de validade mais restrito fará a resistência ao mal do poder organizado aumentar, ou que irá facilitar a resolução de problemas decorrentes do período nazista. E não parece razoável porque sempre que alguém quiser fazer uso do direito para dominar outros homens, eles o farão; “homens maus criarão normas perversas, que outros farão cumprir” (HART, 2009, p. 271)<sup>4</sup>. Por outro lado, um conceito mais amplo de validade irá permitir que continue viva a ideia de que a certificação de uma norma como juridicamente válida deve ser submetida a um exame moral, não importando o grau de autoridade do sistema oficial. Ao nos depararmos com uma norma moralmente iníqua, é melhor postura afirmar: “Essa é uma lei, mas é muito injusta para ser aplicada” do que “Isso não é uma lei em qualquer sentido”, pois:

Essa percepção de que existe, fora do sistema oficial, alguma coisa em referência à qual o indivíduo deve em última instância resolver seus problemas de obediência, tem certamente maior probabilidade de se manter viva entre aqueles que estão habituados a pensar que as normas do direito podem ser iníquas que entre os que pensam que nada de iníquo pode ter o status de direito em qualquer lugar (HART, 2009, p. 272).

Outra razão para se adotar a conceito mais amplo diz respeito à anarquia que pode haver. Autores como Bentham e Austin defendiam a separação entre o que o direito é do que ele deveria ser, para evitar que os homens, apressadamente, julgassem uma lei como inválida

---

<sup>4</sup> Neste sentido, Voegelin: “Houve muito debate entre os juristas para definir se a Constituição de Weimar, que, na verdade, nunca fora abolida, mas apenas mudada, era de fato a Constituição do Reich de Hitler, ou se ocorrera uma revolução. Maravilhosas discussões entre os juristas. Nesse ínterim, pessoas eram assassinadas. De novo, isso não interessa aos juristas, mas apenas se esta ou aquela construção poderia ser aplicada. Então, o que interessa é a condição moral da sociedade e não essa construção legal, que realmente só faz sentido sob a condição de que a sociedade esteja intacta e simplesmente não a jogue na lata do lixo no dia seguinte. Em termos de direito, portanto, não se pode fazer absolutamente nada. O topos do Rechtsstaat esconde o problema real: está a sociedade moralmente intacta e comportar-se-á de acordo com essas regras legais ou não? Se estiver intacta, não se tem necessidade de tudo isso. A Inglaterra, por exemplo, pode passar sem uma Constituição escrita e sem uma lista de direitos fundamentais. Se uma sociedade está intacta, não se tem necessidade de leis fundamentais para estabelecer as coisas que não devem ser feitas. De qualquer modo elas não serão feitas. Há um problema similar em certos períodos da Constituição francesa, em que as pessoas muito freqüentemente invocavam a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, ao passo que, de fato, a Constituição sequer a continha como lei positiva. Era apenas um componente no clima político que mantinha a sociedade como um todo intacta, mas não era um componente legal da Constituição. Então, se a sociedade funciona espontaneamente, não são necessárias leis que protejam os direitos fundamentais. Que tais leis sejam formuladas de algum modo sempre indica que já existe um sério estado de degeneração que tais formulações pretendem evitar. Pois, acima de tudo, quando se formula claramente que elas não podem ser mudadas, talvez seja mais difícil mudá-las do que se nada estivesse escrito ali” (VOEGELIN, 2008, p. 299).

por ser imoral ou injusta, seguindo como justificativa o seu próprio senso de justiça ou injustiça.

Portanto, um conceito mais amplo permitirá diferenciar a invalidade do direito de sua moralidade, permitindo-nos enxergar de forma mais clara e honesta os problemas decorrentes – porque simplesmente recusar que qualquer lei má seja válida é uma forma grosseira de abordar esses problemas.

De acordo com Kelsen,

rejeitando, do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existe para além de toda experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posto na dependência da sua relação com a justiça (KELSEN, 2003, p. 69).

Hart defende então o ponto de vista positivista de que a validade de uma norma não pode levar em consideração critérios morais ou de justiça.

A relação estabelecida por Hart sobre a relação entre o direito e a moral também reflete sua defesa da possibilidade de uma linguagem jurídica puramente descritiva e normativamente neutra. Esse ponto demonstra o tamanho da importância de Jeremy Bentham no seu pensamento – o que levou Kevin Toh a afirmar que Hart segue o projeto benthamiano (TOH, 2005, p. 75-76).

Apesar de grande crítico da teoria imperativa de direito de Bentham e Austin, Hart compartilha com eles um ponto importante. Da mesma forma como Hobbes, Bentham também define o direito como um comando<sup>5</sup>, mas difere de todos os outros pensadores sociais anteriores a ele porque acreditava que, devido ao poder do direito e da política, todos os termos utilizados na discussão ou caracterização dessas áreas deveriam se valer de um vocabulário moralmente neutro (HART, 1982, p. 30-31). Para Bentham, o direito deve ser definido de forma puramente descritiva e normativamente neutra (assim como qualquer enunciado jurídico).

Essa defesa, que está em acordo com a relação entre o direito e a moral, irá refletir também na questão da interpretação jurídica.

---

<sup>5</sup> “Comando é quando alguém diz faze isto ou não faças isto sem que seja preciso esperar outro motivo diverso da vontade de quem formula o comando. Daí se segue claramente que quem ordena visa, com isso, seu próprio benefício, uma vez que o motivo de sua ordem é apenas sua própria vontade, e o objeto da vontade de todo homem é, sempre, algum benefício para si próprio” (HOBBS, 2009, 181-182).

### 3. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O segundo tópico da obra de Hart que será analisado aqui é referente à interpretação e aplicação do direito, em especial da forma como abordada no capítulo VII da obra *O Conceito de Direito*.

Tendo o direito a característica de servir como um instrumento de controle social, ele irá utilizar normas gerais que regem padrões de conduta, referindo-se para tanto a classes de pessoas e a classes de condutas (HART, 2009, p. 161). Tal finalidade só irá conseguir êxito se for possível “reconhecer certos atos, coisas e circunstâncias como manifestação das classificações gerais feitas pelas leis” (HART, 2009, p. 161), e isso só ocorrerá através da transmissão de padrões gerais de conduta.

A transmissão de padrões de conduta é realizada basicamente a partir de duas estratégias principais: de um lado a legislação, e de outro os precedentes. Hart demonstra as diferenças entre elas através do exemplo do pai e do filho na igreja. Em exemplo análogo ao que ocorre na legislação, um pai diz ao filho, antes de ir à igreja: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Em exemplo análogo ao que ocorre com os precedentes, outro pai diz ao filho enquanto retira o chapéu da cabeça: “Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta” (HART, 2009, p. 162).

Na transmissão de padrões de conduta por meio de exemplos, ele se assemelha ao uso jurídico do precedente. O filho observa o comportamento do pai, aceitando-o como autoridade quanto ao comportamento adequado, e dessa observação ele chegará à conclusão de como ele deve se comportar ao entrar na igreja – descobrindo a cabeça. Mas, apesar de parecer eficiente, a transmissão por meio de exemplos pode gerar uma série de dúvidas quanto ao comportamento correto a ser adotado. Mesmo quando o pai utiliza orientações verbais de caráter geral como “me observe e faça como eu”, pode haver inúmeras dúvidas que irão assolar o filho, como “devo tirar o chapéu com a mão esquerda ou com a mão direita?”, “devo fazer isso rápido ou devagar?”, “posso voltar a colocar o chapéu na cabeça?”, “devo deixar o chapéu embaixo do assento como meu pai ou posso deixá-lo em cima das pernas?” etc. (HART, 2009, p. 162), que caminham para uma dúvida mais geral: até que ponto o comportamento deve ser imitado? O filho busca descobrir o comportamento correto observando (e imitando) o comportamento do pai, mas até que ponto a sua conduta deve se assemelhar a dele, e, ainda, quais atos em sua conduta (retirar o chapéu, sentar, colocar o chapéu embaixo do assento etc.) devem servir como orientação?



Essas (inúmeras!) dúvidas demonstram o caráter impreciso da transmissão de padrões de conduta por meio de exemplos. Como alternativa, a transmissão de padrões de conduta por meio de formulas linguísticas explícitas (como ocorre no caso da legislação) parece confiável e precisa, como quando o pai diz ao filho: “Ao entrarem nas igrejas, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Neste exemplo o filho possui como orientação de comportamento as palavras; ele dispõe de uma descrição verbal para descobrir qual é o comportamento correto a ser adotado, reconhecendo essas descrições verbais em fatos particulares, utilizando um método silogístico simples. Mas, apesar dessa alternativa parecer clara e confiável, a teoria do direito do séc. XX caminhou no sentido de que não há muita diferença entre a incerteza da comunicação feita por exemplos (precedentes) e a certeza da transmissão feita por uma linguagem geral vinculante (legislação) (HART, 2009, p. 163).

As deficiências da transmissão de padrões de conduta por meio de uma linguagem geral começam a aparecer quando observamos que podem surgir incertezas quanto ao comportamento que as descrições verbais exigem (HART, 2010a, 161). A linguagem geral nem sempre consegue fornecer facilmente a orientação correta; tal deficiência é da própria natureza da linguagem. Existem casos claros, que são semelhantes e cujas descrições verbais são facilmente aplicáveis a um caso concreto (por exemplo, um automóvel é claramente um veículo); e existem casos em que há uma penumbra, pois não é claro se as descrições verbais se aplicam ou não a um determinado caso particular (por exemplo, seria uma bicicleta ou um avião um veículo?) (HART, 2009, p. 164). A utilização de uma linguagem geral para fornecer uma orientação de conduta acaba por possuir deficiências semelhantes às apresentadas pela transmissão por meio de exemplos, pois a sua orientação de conduta também será incerta (STRUCHINER, 2002, p. 67). A aplicação de uma norma geral a um caso particular não será sempre possível através de um simples ato silogístico-dedutivo. A discricionariedade conferida pela linguagem é muito ampla; a aplicação do direito será, portanto, resultado de uma escolha (HART, 2009, p. 165).

Isso demonstra uma característica da linguagem – a sua textura aberta. Existem os casos em que a transmissão de conduta, seja utilizando o precedente ou a legislação, funcionaram na grande maioria dos casos; mas também haverá os casos de penumbra, no qual a sua aplicação será posta em dúvida. Essa característica da linguagem acompanha uma outra característica própria do ser humano – não somos deuses (HART, 2009, p. 166). Exatamente por sermos homens, e não deuses, não conseguimos prever todos os casos que podem acontecer; o mundo em que vivemos possui um número infinito de características, sendo

impossível a criação de uma norma que consiga abarcar todos os casos possíveis, o que tornaria assim a aplicação do direito sempre clara e precisa. De acordo com Hart,

é típico da condição humana (e também, portanto, da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambigüidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo (HART, 2009, p. 166).

Esses dilemas são explicitados naquele que é talvez o exemplo mais famoso utilizado por Hart – a norma segundo a qual nenhum veículo pode entrar no parque. Esse exemplo demonstra que existem no direito os casos claros, em que a interpretação e aplicação do direito são realizadas facilmente, através de uma simples operação silogística. Por exemplo, sabemos que um automóvel é um veículo, e, portanto, é proibida a sua entrada no parque. Por outro lado, graças a característica da textura aberta da linguagem, existem casos em que essa interpretação e aplicação não é realizada de forma tão fácil assim. Por exemplo, poderiam um avião ou uma bicicleta serem consideradas como veículos, e, portanto, proibidos de entrar no parque?

Nesses casos, terá de se levar em consideração a abrangência do termo geral classificatório.

A aplicação dessa regra vai depender se um determinado objeto é ou não é um veículo (ou se determinado objeto é ou não um parque). Todos concordam que tal regra foi criada visando barrar a entrada de certos veículos no parque, como carros de passeio, caminhões e motocicletas. Porém, quando o juiz se depara, pela primeira vez, com um caso concreto no qual a discussão é sobre se um skate é ou não um veículo, o juiz está diante de um campo aberto. Ele pode tanto tratar o skate da mesma maneira que tratou o carro de passeio ou não. (...) Ao mesmo tempo em que o juiz faz a sua opção pela forma de tratamento do caso, ele torna a regra mais clara para os casos futuros (STRUCHINER, 2002, p. 69-70).

Por fim, para aproximar o exemplo dos veículos no parque com o tema da validade do direito (dentro do contexto da relação entre o direito e a moral), é interessante analisar brevemente o debate entre Hart e Fuller.

O debate entre Herbert Hart e Lon Fuller nas páginas da revista Harvard Law Review no ano de 1958, colocou de um lado a versão do positivismo jurídico hartiano e de outro a visão de Fuller sobre a teoria do direito natural. Neste debate, entre os tópicos presentes e debatidos, há a famosa controvérsia sobre a regra fictícia “é proibida a entrada de veículos no parque”, utilizada por Hart para demonstrar que as regras possuem um núcleo de certeza e

uma penumbra de incerteza (HART, 2010b, p. 68-69) e criticada por Fuller porque a linguagem da lei, por si só, nunca será determinada (FULLER, 1958, p. 661-663).

Para Hart o núcleo de aplicação de uma regra pode ser determinado ao se analisar os sentidos ordinários das palavras – podemos facilmente afirmar que um automóvel se encaixa no sentido de veículos. Fuller critica esse pensamento apresentando um contra-exemplo: um grupo de patriotas, em um memorial de guerra, monta um pedestal no meio do parque e nele coloca um tanque de guerra em perfeito estado de funcionamento. Da mesma forma que um automóvel, o sentido ordinário da palavra tanque também se encaixa no sentido de veículos. Mas, nesse caso, deveria ser proibida a entrada desse tanque no parque? Para tanto, deve-se observar o objetivo da regra. A intenção de Fuller é demonstrar que não é possível determinar a aplicação de uma regra sem compreender a sua finalidade (SCHAUER, 2008, p. 1111).

O que chama a atenção primeiramente é a simplicidade da regra. Essa simplicidade não deixa de ser uma ironia perante os realistas, obcecados com os casos extremamente complicados que demonstram como a lei pode ser indeterminada. A crítica de Hart para os realistas decorre de sua preocupação em diferenciar aquilo que a lei é daquilo que ela deveria ser; como os realistas estão preocupados com os casos de penumbra, no qual há a determinação do que a lei deve ser, Hart quer demonstrar que essa visão não pode ser tida como a única no direito, pois existem também os casos fáceis, no núcleo de certeza.

Hart, ao utilizar o exemplo dos veículos no parque, não parece estar muito preocupado em conectar o tópico da interpretação com questões morais e conceituais que percorrem o artigo. Ao utilizar o exemplo tanto no artigo para a Harvard Law Review quanto no capítulo VII do *Conceito de Direito*, ele parece distante do debate central entre o positivismo jurídico e a doutrina do direito natural (SCHAUER, 2008, p. 1113).

Mas, propositadamente ou não, o exemplo dos veículos no parque se encaixa perfeitamente quando analisamos a obra de Hart no todo. Conforme demonstrado, para Hart, o aspecto fundamental da separação entre o direito e a moral está no tocante à validade: a validade do direito não deve depender de nenhum critério moral. Mas essa observação não fica presa somente a esse aspecto, sendo aplicada inclusive ao exemplo dos veículos no parque. Conforme aponta SCHAUER (2008, p.1113-1114),

se o direito é para ser entendido como não necessariamente incorporando critérios morais para a validade jurídica, então devem existir algumas possíveis regras em alguns possíveis sistemas jurídicos que podem ser identificados como jurídicos sem ter que recorrer a critérios morais. E que melhor exemplo poderia haver do que uma regra cujos principais termos operativos são moralmente neutros, e cuja aplicação, pelo menos nos casos

centrais, parecem evitar qualquer recurso à moralidade? Se a clara aplicação da regra “é proibida a entrada de veículos no parque” é claramente jurídica, Hart parece estar argumentando que o uso inevitável da moral (ou da justiça, equidade, política, eficiência, ou qualquer outra coisa considerada como não-jurídica) na interpretação de regras pouco claras (ou regras claras na zona de nebulosidade) não ameaçam a alegação básica do positivismo jurídico. Nenhum positivista, mesmo na época de Hart (ou mesmo na época de Austin, como o próprio Hart deixa claro), afirmaria que a moralidade nunca é relevante ou necessária para a interpretação jurídica. Mas para sustentar sua opinião de que a moralidade não é sempre ou necessariamente relevante, Hart precisa de um exemplo em que qualquer recurso à moralidade é desnecessário para um ato que é claramente – pelo menos para Hart – merecedor do nome “direito”. A regra “é proibida a entrada de veículos no parque” é um exemplo disso.

A preocupação de Hart apontada no capítulo VIII do *Conceito de Direito* encontra reflexos também nos outros tópicos abordados em sua obra. E a beleza da simplicidade de uma regra como “é proibida a entrada de veículos no parque” é uma prova disso – um exemplo cujos termos não fazem referência a qualquer forma de moral. Como bem aponta Schauer na citação acima, nenhum positivista é capaz de afirmar que entre o direito e a moral não existe qualquer relação; mas isso não significa que sempre deverá haver uma conexão necessária entre o direito e a moral.

#### 4. CONCLUSÃO

A obra de Hart possui uma coerência e conectividade entre os temas trabalhados que torna possível afirmar que sua teoria do direito apresenta uma unidade – é um edifício teórico construído com muita disciplina e cuidado, que resiste a qualquer impacto com a realidade jurídica. Para comprovar essa unidade, o presente artigo apresentou as reflexões de dois tópicos – sobre a validade do direito (na relação entre o direito e a moral) e sobre a interpretação jurídica – e demonstrou como ambas se conectam. Quando Hart afirma que a validade do direito não pode levar em consideração critérios de moral ou justiça, ele mantém essa preocupação no tocante à interpretação jurídica, ao utilizar como exemplo uma regra cujos termos operativos são moralmente neutros – “é proibida a entrada de veículos no parque”. Isso comprova que, além da teoria possuir uma unidade, os pontos apresentados por Hart devem ser estudados tendo em vista o todo da teoria, e não somente um ponto isolado.

Claro que este artigo representa somente um pequeno esboço, pois apresenta somente dois tópicos das discussões hartianas. Mas o mesmo pode ser feito com qualquer outro tópico. Basta que os estudiosos assumam tal tarefa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAYLES, Michael D. **Hart's Legal Philosophy – An Examination**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

DWORKIN, Ronald. **O Modelo de Regras I**. In: LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FULLER, Lon L. **Positivism and Fidelity to Law: a reply to professor Hart**. Harvard Law Review, vol. 71, n.º 04, 1958. pp. 630-672.

HART, Herbert. L. A. **The Demystification of the Law**. In: ESSAYS ON BENTHAM – JURISPRUDENCE AND POLITICAL THEORY. Oxford: Clarendon Press, 1982.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Teoria do Direito Norte-americana pelos olhos dos ingleses: o Pesadelo e o Nobre Sonho**. In: ENSAIOS SOBRE TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA. São Paulo: Elsevier, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Positivismo e a separação entre o direito e a moral**. In: ENSAIOS SOBRE TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA. São Paulo: Elsevier, 2010b.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SCHAUER, Frederick. **A critical guide to vehicles in the park**. In: New York University Law Review, vol. 83, 2008. pp. 1109-1134.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito – primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem – uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOH, Kevin. **Hart's Expressivism and his Benthamite Project**. In: LEGAL THEORY, v. 11. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 75-123.

VIDAL, I. L. **La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: É Realizações, 2008.