



REVISTA BRASILEIRA DE FILOSOFIA E HISTÓRIA



UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-COMPARATIVA ACERCA DA TEORIA DE HERBERT HART

Francisco das Chagas Bezerra Neto

Graduando em Direito pelo CCJS/UFCG,

Email: chagasneto237@gmail.com

Clarice Ribeiro Alves Caiana

Graduanda em Direito pelo CCJS/UFCG,

Email: clariceribeirocaiana@gmail.com

Adryele Gomes Maia

Graduada em Farmácia pela Faculdade de Medicina Estácio de Juazeiro do Norte

Email: adryelegm@gmail.com

Paulo Gomes Bezerra

Graduado em Pedagogia e Geografia pela Universidade Vale do Acaraú – UVA,

Email: paulogomes12@gmail.com

Aldeone Pereira Silva

Prof. da FAFIC - Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras, M. Sc. pela

PPGSA/UFCG/CCTA – Pombal. E-mail: aldeonesocial2026@gmail.com

Fernanda Fernandes Barbosa

Prof. da FAFIC - Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Cajazeiras, M. Sc. pela

PPGSA/UFCG/CCTA – Pombal - PB. – E-mail: nandafernandesrn@hotmail.com

Agilio Tomaz Marques

Bacharel em Direito TJ/PB. E-mail: agiliotomaz@hotmail.com

Resumo: O presente estudo vislumbra analisar a teoria de Herbert Hart, tendo como parâmetro a sua obra “*The Concept of Law*” – O Conceito de Direito, publicada na década de 1960. Nessa perspectiva, este artigo, através da pesquisa exploratória, de natureza qualitativa, método dedutivo, coleta de dados documental e bibliográfica, procedeu-se de modo a realizar uma abordagem histórico-comparativa acerca da concepção filosófica e jurídica de Hart, com o escopo de auferir de que forma o referido autor influenciou as teorias contemporâneas. Não obstante, elucidou também as suas principais contribuições, sobretudo no que tange à produção de conhecimentos voltados para o fenômeno jurídico na sociedade, pautando-se na análise da moral e do direito como instrumentos de controle social, como também a sua análise sobre o ordenamento jurídico, precipuamente sua classificação das regras, como primárias e secundárias, subdividindo esta última em regras de conhecimento, modificação e adjudicação. Por fim, diante da temática exposta, buscou-se elencar a relevância da teoria de Hart, principalmente nos entrelaces do positivismo jurídico.

Palavras Chaves: **The Concept of Law - Moral e Direito - Controle social - Teorias contemporâneas - Positivismo jurídico.**

A HISTORICAL-COMPARATIVE APPROACH ABOUT HERBERT HART'S THEORY

Abstract: The present study aims to analyze Herbert Hart's theory, taking as a parameter his work “*The Concept of Law*” - The Concept of Law, published in the 1960s. In this perspective, this article, through exploratory research, of a qualitative nature, deductive method, collection of documental and bibliographic data, we proceeded in order to carry out a historical-comparative approach about Hart's philosophical and legal conception, with the scope of assessing how this author influenced contemporary theories. Nevertheless, it also elucidated its main contributions, especially with regard to the production of knowledge focused on the legal phenomenon in society, based on the analysis of morals and

RBFH ISSN 2447-5076 (Pombal – PB, Brasil), v. 9, n. 1, p. 08-14, jan. - dez., 2020

<http://www.gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH>

law as instruments of social control, as well as its analysis on the organization legally, primarily its classification of the rules, as primary and secondary, subdividing the latter into rules of knowledge, modification and adjudication. Finally, in view of the exposed theme, we sought to list the relevance of Hart's theory, mainly in the interweavings of legal positivism.

Key Words: **The Concept of Law - Morals and Law - Social control - Contemporary theories -Legal positivism.**

1. INTRODUÇÃO

O filósofo e jurista Herbert Lionel Adolphus Hart, nascido em julho de 1907, no Reino Unido, e falecido em dezembro de 1992, foi um dos estudiosos que desenvolveu, ao longo do século XX, estudos interligados ao positivismo jurídico que contribuíram significativamente para a construção de uma teoria do direito contemporânea.

Herbert Hart estudou história e filosofia na Universidade de Oxford, e posteriormente inclinou-se para o estudo do Direito, exercendo por oito anos a advocacia nas cortes de Chancery do Reino Unido. Durante a segunda guerra mundial, Hart atuou na inteligência militar britânica e, após o seu fim, iniciou a carreira acadêmica na New College – Universidade de Oxford, inicialmente como professor de filosofia (KOZICKI; PUGLIESE, 2017).

Este autor, em sua tentativa de compreender e buscar explicar o direito, parte da relação entre o mesmo e a linguagem, a coação, o poder e a moral. Elucidando, ainda, que o direito é composto por uma série de regras comportamentais primárias e secundárias, que impõem deveres e atribuem poderes, respectivamente. Nessa seara, destaca-se a sua obra *“The Concept of Law”* – O Conceito de Direito, publicada na década de 1960 (BOREGAS e RÊGO, 2016).

Ante todo o exposto, este trabalho detém-se a explanar a referida teoria a partir da definição de Direito, da relação entre Direito e Moral, e da caracterização do Positivismo Jurídico nos marcos da Filosofia Analítica. Além disso, pleiteia-se comparar a concepção filosófica e jurídica de Herbert Hart com a de outros autores, com o intuito de auferir de que forma esta influenciou as teorias contemporâneas.

2. METODOLOGIA

Para alcançar os objetivos traçados, a presente pesquisa utilizará um viés histórico evolutivo, bem como irá comparar a concepção filosófica e jurídica de Herbert Hart com a de outros autores. Sendo assim, usará como método de abordagem o dedutivo, tendo em vista que se buscará os resultados a partir da análise geral, até concluir de maneira particular a hipótese. Quanto à natureza da pesquisa, esta será qualitativa, pois buscar-se-á analisar e interpretar os institutos da teoria do referido autor, como forma de tecer considerações sobre a produção de Hart voltada para o fenômeno jurídico na sociedade, pautando-se na análise da moral e do direito como instrumentos de controle social. No que diz respeito ao nível de profundidade da pesquisa, será exploratória, pois tem por objetivo proporcionar uma maior familiaridade com o problema. Por fim, quanto aos procedimentos técnicos, se delineará o presente estudo por meio de pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista que se buscará, através da renomada doutrina e periódicos especializados, pontuar a grande influência de Hart para os estudos e reflexões referentes à Filosofia do Direito.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 Definição de direito e normas

A grande obra de Herbert Hart que se intitula *O conceito de Direito*, em inglês *The concept of law*, publicada em 1961, contribuiu e ainda contribui fortemente para os estudos do Positivismo Jurídico ao redor do mundo, bem como da Filosofia do Direito, sendo considerado um filósofo de área após anos de discussões, estudos e experiências.

Nesse contexto, Hart inicia suas palavras questionando e ressaltando o aspecto de questionar o próprio conceito do Direito. Nesse sentido, ele diz claramente o que pretende no decorrer do livro:

[...] porque o seu objetivo não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção, e a moral enquanto tipos de fenômenos sociais (HART, 2001, p. 22).

Dessa forma, compreende-se que o autor interpreta o Direito como um fenômeno social à medida que se manifesta na sociedade não só impondo regras e condutas, mas também sendo internalizado pelos indivíduos, isto é, um fato social. No tocante às diferenças entre Hart e Kelsen:

À diferença de Kelsen, que constrói uma teoria normativista do Direito sobre a base da filosofia kantiana procurando apreender os aspectos formais do Direito e os conceitos comuns a qualquer sistema jurídico, Hart se propõe a elaborar uma teoria do Direito que ele define como “sociologia descritiva”, [...] pois o que Hart procura descrever é o modo como os juristas e as pessoas comuns usam a linguagem do Direito e eis mais uma justificativa para estudá-lo dado a originalidade de suas teses neste particular (STOLZ, 2007, p. 102).

Nesse sentido, percebe-se que há diferenças entre o pensamento de Hart e Kelsen, haja vista que Hans Kelsen interpreta e compreende o Direito como um sistema normativo a partir dos seus aspectos formais, de modo a buscar uma Ciência jurídica, enquanto Hart vai além disso, de modo investigar e

explorar a linguagem presente no Direito e a forma que isso é posto em sociedade.

É importante ressaltar que o interesse pela linguagem não se restringe as questões concernentes à administração do Direito. Ela também é essencial para os cidadãos que desejam pautar suas condutas de acordo com as regras jurídicas. A função precípua do Direito é oferecer pautas de condutas aos cidadãos para que possam guiar suas vidas por conta própria em uma sociedade que se caracteriza como um Estado de Direito (GRAEFF, 2015, p.45).

É preciso pontuar, ainda, que Hart não esquece de enaltecer a questão das normas jurídicas para se entender o Direito, até por que não há como pensar em Direito e esquecer da validade e importância das normas para o entendimento do mundo jurídico, assim como para o funcionamento das sociedades.

Outrossim, destaca-se o pensamento de que todas as leis são feitas com obrigações ou ameaças sob sanção. Sob esse viés, o autor defende que nem todas as leis são desse modo, pontuando que algumas existem para auxiliar as relações em sociedade que necessitam da presença do Direito.

O poder assim conferido aos indivíduos de dar formas às suas relações jurídicas como outros através de contratos, testamentos e casamentos, etc., constitui uma das grandes contribuições do Direito para vida social, e é uma característica obscurecida do direito, ao representar-se toda a lei como uma questão de ordens baseadas em ameaças (HART, 2001, p.34).

No tocante à diversidade de regras, Hart (2001, p. 34), afirma que “se atentarmos nas variadas regras jurídicas que conferem poderes jurídicos aos particulares, chegaremos à

conclusão de que elas próprias estão agrupadas em diversos tipos”. Assim, percebe-se a diversidade de regras jurídicas pontuadas por Hart.

3.2 Direito e moral

Conforme Hart, os principais destaques entre o Direito e a Moral é que vinculam os indivíduos independentemente de seu consentimento. Além disso, a pressão social sustenta o dever moral e jurídico. Sendo assim, nota-se que a moral e o direito são instrumentos de controle social.

É preciso destacar, de início, que a moral pode ser definida como costume e padrões de conduta de uma determinada sociedade ou grupo que são aceitas mais facilmente, surgem de consciência coletiva. Trata-se de um valor variável no tempo e no espaço, cada povo possui a sua moral. Dessa forma, a moral pode variar de acordo com o contexto histórico, ou seja, pode adaptar ao longo da história, criando novos modos de agir e pensar.

É possível pontuar, ainda, que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato de moralidade implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Já o Direito está interligado ao ato coercitivo.

Todos os homens têm o igual direito de serem livres. Disto não se infere que cada indivíduo tenha o absoluto ou incondicional direito de agir de determinada maneira, pois, a convivência em sociedade, sob regras jurídicas, exige igual respeito ao direito de liberdade dos outros (HART, 2001, p. 175).

Assim, o Direito trata das normas obrigatórias que controlam as relações pessoais em uma sociedade. Desse modo, dispõe de um conjunto de conhecimento relacionado com a norma jurídica, criada e posta por cada Estado com o intuito de harmonizar as relações humanas.

Algo peculiar entre a Moral e o Direito é vincular os indivíduos independentemente de

seu consentimento, a bilateralidade e a pressão social sustenta o dever moral e jurídico.

Segundo Hart (2001), o Direito e a Moral são fenômenos sociais diferentes, mas não permite concluir pela sua total separação. Nesse sentido, é necessário evitar o equívoco de analisar de forma extremista, sejam daqueles que estabelecem a indistinção entre os institutos ou daqueles que ignoram sua ligação intrínseca.

Em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação jurídica e a moral; embora as exigências das regras jurídicas sejam mais específicas e estejam rodeadas por exceções mais detalhadas do que as correspondentes regras morais (HART, 2001, p. 185).

As regras morais se revestem de um sentimento de maior importância para a sociedade do que as demais regras sociais, a sua vigência está diretamente relacionada com a aceitação da sociedade. Ao contrário, as regras jurídicas, que mesmo tendo a importância negada pela sociedade, ostenta as mesmas condições até serem revogadas.

Além disso, tais regras independem da criação, alteração ou eliminação dos atos legislativos, pois sua origem está relacionada com a vivência popular. Ao contrário, as regras jurídicas dependem dos atos legislativos para a sua criação, alteração ou eliminação.

Outrossim, vale ressaltar que o Direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir. De maneira oposta, a Moral relaciona-se com a autonomia e fundamenta-se na conscientização de sua importância, partilhada pelos membros da sociedade, ou seja, seus destinatários.

Durante a última metade do nosso século, a barbárie do homem contra o homem tem sido tanta que as liberdades e garantias mais essenciais elementares foram negadas a um sem número de homens e mulheres culpados, se é que

foram culpados de alguma coisa, somente por reclamar essas liberdades e garantias, tanto para eles, como para outros, negando-se-lhes algumas vezes, estas pretensões, com a argúcia de uma justificativa em função do bem estar geral da sociedade (HART, 2001, p. 193).

O desenvolvimento do Direito foi influenciado pela moral, sendo que a pretensão da moral consiste em algo subjetivo, íntimo e autônomo. Nesse sentido, o Direito terá a função objetiva de proporcionar segurança jurídica aos indivíduos e pontuar as condutas devidas no seio da sociedade.

Consoante Hart (2001), existe um direito natural decorrente do campo da moral, vivo em decorrência dos costumes, após isso é positivado como lei. Nesse aspecto, depois das regras morais serem internalizadas, se for infringidas, os próprios indivíduos daquela sociedade podem aplicar punição, por meio da exclusão e/ou da violência.

3.3 Positivismo jurídico nos marcos da filosofia analítica

Para Hart (2001) o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de regras, denominadas pelo mesmo por primárias e secundárias, sendo esta última dividida em regras de conhecimento, modificação e adjudicação. As primárias são aquelas que normatizam os comportamentos, ditando assim o que cada um deve ou não fazer. As regras secundárias são uma forma de reparo para as falhas de um sistema composto apenas pelas primárias.

Hart cria a noção de *rule of recognition* que pretende ser um remédio para a falta de certeza do regime de regras primárias, bem como o instrumento adequado para a identificação de todo o material jurídico, de modo que o *status* de uma norma como membro do sistema dependa de que ela satisfaça

certos critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento (STOLZ, 2007 p. 5).

Nesse diapasão, Hart busca, através da filosofia analítica, entender o funcionamento das instituições sociais, em particular, o Direito. Sua teoria “oferece uma importante construção conceitual acerca das normas e da estrutura do ordenamento jurídico” (STOLZ, 2007, p. 2), nessa vertente de pensamento ele diferencia o Direito sob dois aspectos, um interno e outro externo. “Tratando-se do Direito, o ponto de vista externo possibilita a sua compreensão como fenômeno social e o ponto de vista interno, a sua explicação como sistema normativo” (STOLZ, 2007, p. 8).

Uma das obras mais conhecidas de Hart titula-se, “*Positivism and separation Of Law and Morals*” 1958, que corresponde ao ápice do desenvolvimento teórico do Positivismo Jurídico, sendo que uma temática bastante discutida na teoria deste autor é a relação existente entre Direito e Moral, à medida que o mesmo apresenta uma descrição entre a separação do Direito e da moralidade.

Um dos grandes méritos de Hart foi visualizar o Direito tal como se apresenta e, ainda que defensor do positivismo jurídico, ele nunca negou a obviedade de que os sistemas jurídicos contemporâneos são complexos e que, ademais desta característica, positivaram princípios e valores morais que têm transcendência no que é o Direito válido, uma vez que acrescentam dimensões éticas novas e mais intrincadas aos processos jurídicos de tomada de decisões (STOLZ. 2007 p. 14)

. Nesse contexto, nota-se a presença da moral no âmbito da posituação no sistema brasileiro, dentre muitos, por exemplo, a CF/88, Art. 5º, X diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

de modo a ser assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Segundo Reale (2002, p.42), “o Direito não é algo de diversos na Moral, mas é uma parte desta armada de garantias específicas.”

A distinção conceitual entre o Direito Positivo e o Direito Natural está presente em toda tradução do pensamento jurídico ocidental. Sendo o direito natural aquilo que é por natureza e abstrato ao fenômeno jurídico, seu principal traço característico é o reconhecimento da existência de um Direito, de uma justiça, anterior e acima do Direito positivo vigente. Em contrapartida, o Direito Positivo é aquele posto ou convencionado pelos homens.

No que tange à teoria da obediência absoluta com base no Positivismo ético, que defendia a crença de que o legislador era a autoridade adequada para estabelecer o que seria justo ou injusto, era devida a obediência total ao texto da lei. Por se tratar de uma afirmação moral ou ideológica e não científica, essa teoria foi rejeitado por completo pelos positivistas como John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart, que realizaram uma separação teórica absoluta entre Direito e Moral. Sendo expressão de um momento histórico que teve como clímax o advento da modernidade.

Outrossim, sublinha-se que Hart procurou aplicar a análise de linguagem ordinária ou linguística ao campo do Direito e utilizou-se das conquistas filosóficas de Ludwig Wittgenstein, passando a dirigir sua atenção aos usos e costumes cotidianos da linguagem.

Muitas das questões humanas ainda aguardam por respostas apaziguadoras, como referente à eutanásia, a questão do estupro e do aborto. Tais questões geram intensos debates jurídicos, sociais e religiosos. Dessa forma, Hart enfrentou tais temáticas através de teorias e perspectivas observáveis no modelo positivista, a partir de três teses principais: A tese das fontes sociais; A tese da separação conceitual e a tese da discricionariedade judicial.

A primeira tese defendeu que a existência do Direito é definida pelas práticas sociais complexas e que estipulavam a formação das fontes sociais do Direito. A segunda tese arguiu as conexões entre direito e a moral, que

são contingentes. E a terceira tese estava baseada na questão da textura aberta da linguagem e, em particular, da linguagem jurídica, que mantém normas jurídicas com termos genéricos, vagos e controvertidos.

Nessa conjuntura, é notório que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto e, portanto, quando um juiz se depara com uma norma indeterminada ou imprecisa, o julgador age de forma discricionária. Além disso, a indeterminação também é uma das características da norma jurídica, e todo intento de guiar o comportamento humano mediante normas gerais. Logo, o Direito pode falhar. Como consequência disso, a teoria do Direito não pode estar imersa entre o realismo e o ceticismo perante as normas.

Ademais, os dois fatos, na opinião de Hart, são ilusões, e o trivial é que as vezes os juízes fazem uma coisa ou outra. Sua teoria prega a vigília para que a interpretação do Direito não apresente excessivos problemas, posto que fundamentada apenas na obviedade jurídica da linguagem. No entanto, as dúvidas surgirão em razão da abertura da linguagem jurídica, quando é inevitável o atuar judicial com discricionariedade, o que não equivale à eleição arbitrária. Ressalte-se que, mesmo diante dessa abertura do Direito, a discricionariedade é limitada e intersticial, tal como fazem as Constituições contemporâneas, cujo cumprimento é indispensável. Hart, reconhece que alguns ordenamentos jurídicos incorporaram como critérios de validade, princípios e valores morais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, mediante considerações abordadas durante o texto, que Herbert Hart teve grande influência para os estudos e reflexões referentes à Filosofia do Direito, através da sua teoria proposta. Além disso, ao lançar seu olhar sobre o Direito, contribuiu com a produção de conhecimentos voltados para o fenômeno jurídico na sociedade, pautando-se na análise da moral e do direito como instrumentos de controle social.

Outrossim, percebe-se que o autor nos entrelaces do positivismo jurídico, corrente na

qual se engloba, nos traz uma caracterização das regras que compõem o Direito, buscando compreendê-lo, enquanto instituição social, através da filosofia analítica. Além disso, procura tecer que o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de regras, denominadas pelo mesmo por primárias e secundárias, subdividindo esta última em regras de conhecimento, modificação e adjudicação.

Em virtude disso, o estudo acerca da teoria de Hart, especificamente no universo acadêmico de Direito, apresenta-se como relevante não apenas a título de conhecimento, mas para que haja uma compreensão comparativa da sua concepção filosófica e jurídica com a de outros autores. Sendo assim, como sugestão para continuidade de discussões nesse sentido, analisar, à luz da teoria de Herbert Hart, de que modo as inovações filosóficas e jurídicas tratam acerca do Direito, contribuirá para o fortalecimento da aplicação do Direito e da pesquisa em geral, assim como desenhar e formular novos e mais efetivos caminhos em direção à efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOREGAS E RÊGO, A. M. Kelsen e Hart, diferenças e similitudes. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17206>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GRAEFF, P. Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Hebert Hart. **Lume Repositório Digital UFRGS**, Porto Alegre, 2015. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/132347>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, H. L.A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART. H. L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1987.

KOZICKI, K.; PUGLIESE, W. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

MACHADO, M. V. A moral em Hart. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7145>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PALADINO, C. de F. A relação entre Direito e Moral: uma análise a partir do princípio da moralidade. **Revista Eletrônica de Direito e Política**, Itajaí, v. 3, n. 3, 2008. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7303/4158>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOLZ, S. Um modelo de positivismo jurídico: O pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>>. Acesso em: 29 mar. 2018.