

POSITIVISMO JURÍDICO E DECISÃO JUDICIAL: A *DISCRICIONARIEDADE* NO CONCEITO DE HERBERT L. A. HART NA APLICAÇÃO DE REGRAS JURÍDICAS

1

Carla Luana da Silva²
Patrícia Fernanda Goldschmidt³

RESUMO: Este artigo busca abordar a questão da *discricionariedade* à luz dos conceitos de H. L. A. Hart. Seria possível afirmar que no positivismo de Hart exista espaço para interpretações judiciais para além da norma posta? Em caso positivo, qual seria a medida desta interpretação? Utilizando a pesquisa bibliográfica como técnica, se propõe analisar com clareza o tema. Foram abordadas questões históricas acerca do positivismo, bem como o enfoque dado por Hart sobre a “textura aberta” das normas e a *discricionariedade* existente quando um juiz decide nos casos em que paira uma “zona de penumbra”. Tem-se que para Hart o próprio sistema prevê um espaço para soluções mais criativas, limitada, porém dentro do que entendeu por razoável. Previu ainda a aplicação da analogia para solucionar o que chamou casos difíceis.

Palavras-chave: *discricionariedade*, Herbert L. A. Hart, positivismo, textura aberta do direito.

ABSTRACT: This paper seeks to address the issue of discretionarity in light of the concepts of H. L. Hart. Could be possible argued that in Hart's positivism there is room for judicial interpretation beyond the norm posited? If so, what is the extent of this interpretation? Through the literature review is proposed to analyze clearly the theme. Historical issues about the positivism were addressed, as well the focus given by Hart on the "open texture" of norms and existing discretionarity when a judge decides in cases in which hovers a "twilight zone". It follows that for Hart the system itself provides a room for more creative solutions, although limited within what he understood by reasonable. Predicted yet, the analogy application to solve what he called hard cases.

Key-words: discretionarity, Herbert L. A. Hart, positivism, open texture of law

INTRODUÇÃO

Herbert Lionel Adolphus Hart, em meados do século XX, escreveu “O Conceito de Direito” buscando fornecer conceitos e explicações sobre o tema à luz da vertente positivista. Pretendeu trazer um conceito de direito contemplasse a

¹ Este artigo é fruto das discussões desenvolvidas no Grupo de Estudos sobre Decisão Judicial, vinculado ao CNPQ, e coordenado pela professora Dra. Caroline Müller Bitencourt.

² Graduanda em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, integrante do Grupo de Estudos sobre Decisão Judicial, e-mail: carlaluanaschulz@hotmail.com.

³ Bacharel em Direito, formada pela Universidade de Santa Cruz do Sul, advogada OAB 93.519, integrante do Grupo de Estudos sobre Decisão Judicial, e-mail: pfg_pati@yahoo.com.br.

integração de regras primárias e secundárias. Teceu inúmeras considerações a este respeito.

Em dado momento expressou que as normas jurídicas não seriam capazes de prever toda a sorte de situações e comportamentos humanos, o que chamou de “textura aberta” das normas. Haveria então, segundo ele, uma margem para a *discricionariedade*, aplicável a esta “zona de penumbra”.

Busca-se com o presente trabalho averiguar se há alguma margem de interpretação judicial para além da norma posta bem como, se existente, qual seria a sua medida na obra de Herbert L. A. Hart.

O POSITIVISMO JURÍDICO

Delimitar o sentido do conceito de direito, definir o que é ele ou mesmo debater a aplicabilidade de suas formas de sustentação, visto suas diferentes dimensões torna-se extremamente complicado. Parece simples concretamente entender o elencado de direitos que pairam sobre os atos humanos e que nestes podem estar as respostas para fundamentá-lo. Hart (1994), por exemplo, explica que ao se deparar com a palavra “Law” pela primeira vez, as pessoas tenderiam a identificar seus aspectos, multiplicando exemplos, mas que apesar disso haveria ainda a persistência de uma questão simples, como definir o que é o direito. Formulam-se, assim, pensamentos lógico-rationais que fundamentam a explicação da aceitação do por que se reconhece o direito, o que ele é, e, o porquê este faz parte da sociedade se fazendo cogente por meio de suas normas jurídicas ou outros meios.

Pode-se, em nossa sociedade, encontrar as mais variadas orientações teóricas que buscam aprender sobre o direito e a sua existência, ou mesmo sua essência, sendo de extrema importância o conhecimento trazido pelo naturalismo e o positivismo jurídico. Bobbio (1999), por exemplo, nos traz a existência de duas correntes, a naturalista e a positivista, fazendo distinções importantes entre ambas e contribuindo para o entendimento destas diferenças.

Para Bobbio (1999) o pensamento jurídico firmado no ocidente é permeado pela diferenciação entre direito positivo e direito natural. Somente como elucidação primeira, o direito natural, conforme Bobbio (1999), é aquele que tem em toda a parte a mesma eficácia, determinando ações cuja valoração independe de juízos

que sobre elas tenha o sujeito, assim entendido, como um fenômeno natural; já o direito positivo tem sua eficácia tão somente nas comunidades políticas em que está posto, estabelecendo que as ações que, uma vez reguladas por lei, devam observar suas prescrições. Bobbio (1999, p. 23) refere ainda que “o direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão [...] O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”.

O direito natural, ou jusnaturalismo, acabou por ser alvo de muitas críticas frente às evoluções teóricas e sociais. Dimoulis (2006, p. 82) entende que “entre todas as críticas, a mais importante diz respeito à ausência de caráter vinculante do direito natural, isto é, à sua impossibilidade de adquirir eficácia jurídica e social”. Mas, não só o naturalismo recebeu ou recebe várias críticas por seus estudiosos, como também o positivismo jurídico ainda recebe, onde seus críticos, por exemplo,

Os opositores do positivismo argumentam que a presença nas constituições contemporâneas de princípios que implicam argumentação moral no momento de sua adjudicação torna inviável a sustentação da tese da separação entre o direito e a moral, pilar central da teoria juspositivista. (TAVARES, 2006, p. 394).

Para Barzotto (2007) a corrente do positivismo jurídico, surgida juntamente com o Estado Liberal em meados do século XIX, foi uma das grandes vertentes teóricas que buscaram explicar o direito, sua validade e aplicabilidade frente às normas jurídicas. Uma longa reflexão da validade do que é o direito a partir do seu próprio sistema foi encarada por autores como Kelsen, Ross e Hart, autores estes, que fundamentaram suas ideias em características diferentes dentro da mesma corrente, qual seja, o positivismo.

Habitualmente, como forma facilitadora de compreensão, e segundo Dimoulis (2006), o positivismo jurídico é reconhecido com características únicas que englobam aqueles que o defendem, mas, como dito, em suas semelhanças, quando estudadas profundamente, constata-se haver distinções no próprio enfoque positivista de cada autor. Em tese a preocupação do positivismo foi tentar ser uma Teoria do Direito e para Dimoulis (2006, p. 66, grifado no original) “isso indica que o *positivismo jurídico (PJ)* é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis, historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito”.

Considerado como a corrente que busca explicar o direito a partir do estudo das normas positivas, uma das características dos autores à corrente positivista foi o

objetivo de tornar a ciência do direito uma ciência autônoma, livre de elementos “metafísicos” como a moral ou a política, que, nas suas concepções pudessem descaracterizar o ordenamento jurídico e sua validade, sendo que Barzotto (2007, p. 19) refere que “o conceito autônomo é elaborado a partir da definição do direito como sistema normativo”. Mas para compreender tal teoria e se poder definir o foco da linha a ser trabalhada, pode-se situar três teses básicas, que permeiam os pensamentos positivistas, como sugere Tavares (2006, p. 397, grifado no original):

A maneira mais fácil de apresentar as diferentes vertentes do positivismo é começar por uma simplificação de algumas de suas teses básicas: I. *A tese das fontes sociais*: a existência do direito numa determinada sociedade depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas por membros da sociedade. II. *A tese da separação*: a validade jurídica de uma norma (i.e., o fato de que tal norma pertence a um certo sistema jurídico) não requerer sua validade moral, e, paralelamente, a validade moral de uma norma não se funda em sua validade jurídica. III. *A tese da discricionariedade*: normas jurídicas válidas não regulam claramente todos os comportamentos. Dessa forma, quando a lei aplicável a um caso é indeterminada, os juízes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que dirá o que deve ser feito no caso concreto.

Para o positivismo a existência do direito dependeria de um conjunto de fatos sociais, sendo o direito, um sistema de normas postas por atos de vontades dos seres humanos, onde estas regulariam suas práticas. Neste aspecto Dimoulis (2006, p. 80) reconhece também, que para o positivismo:

Os referidos termos indicam que a validade das normas jurídicas depende de fatos sociais. Esses fatos decorrem evidentemente de condutas humanas (individuais e coletivas) e criam as normas, isto é, as tornam juridicamente existentes. [...] Quem possui a capacidade de criar o direito são certas constelações de condutas humanas que constituem os fatos sociais nos quais se consubstancia a legislação.

Buscando atribuir as suas considerações uma limitação a elementos subjetivos, o positivismo trata cautelosamente da validade jurídica, atribuída a uma norma presente em um sistema jurídico, onde esta estaria ligada ao próprio sistema, uma validade intranormativa, afastando outros meios metafísicos, como a moral ou a política. Haveria uma hierarquia entre tais normas, em que essas, seriam criadas em conformidade com outras normas obviamente superiores tornando o direito, em termos, uma ciência autônoma, de fundamentação em seu próprio direito, como assim expõe Barzotto (2007, p. 17, grifado no original):

Este sistema é visto como um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, na medida em que as normas são criadas em conformidade com as outras normas, sendo as primeiras vistas como “inferiores” em relação as segundas, as “superiores”. [...] Com efeito, a consideração do direito moderno, leva inadvertidamente, o observador a visualizá-lo como um sistema normativo que se estrutura em uma forma “piramidal”.

Tal validade hierárquica se amolda a um sistema escalonado, onde no topo desse sistema piramidal haveria fundamento para este, que se apresenta de formas distintas, como por exemplo, para Hans Kelsen, o proclamador do termo, abarcaria tal circunstância a sua chamada Norma Fundamental, como explica Dimoulis (2006, p. 118) que “a resposta de Kelsen é que devemos pressupor, de forma hipotética ou imaginária, a existência de uma norma fundamental [...] que oferece o necessário fundamento às normas jurídicas situadas no topo da pirâmide”. Agora, Hart, atribuiria tal função a sua Regra de Reconhecimento, no entendimento de Dimoulis (2006, p. 118) “Hart considera que a validade de um sistema jurídico decorre de uma regra de reconhecimento [...] que estabelece quais comandos devem ser reconhecidos como juridicamente válidos” .

Hart (1994) quando escreve “O Conceito de Direito”, busca delimitar o sentido do que é o direito, questão que para ele seria do conhecimento comum, mas que têm perdurado as mais variadas e extraordinárias concepções. Quando da elaboração de sua teoria, Hart (1994) faz uma crítica aos trabalhos de um dos maiores juristas do passado, observador do direito positivo, John Austin, referindo que a característica marcante do direito estaria em ordens não facultativas, advindas do pensamento de Austin, ordens essas baseadas em ameaças, constituindo a essência do direito, mas que tal definição não seria suficiente. Sendo assim, Hart (1994, p. 18) formula em seus trabalhos, três questões recorrentes:

[...] como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral? E como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?

No momento de fazer as respostas delimitadoras desses questionamentos Hart acaba por formular uma teoria do direito geral e descritiva.

Hart (1994) entende que Austin, em suas descrições, reduzia todos os sistemas jurídicos a ordens coercitivas e hábitos de obediência e que esta resolução seria uma condição necessária e suficiente para a existência do direito. Para Barzotto (2007), no entendimento de Hart, tal teoria não seria capaz de reproduzir todos os aspectos do sistema jurídico, como a continuidade do sistema, que se daria somente pela aceitação de uma regra (regra de reconhecimento) e a persistência do direito.

Tomando como base tais observações, Hart (1994) faz a distinção entre regras primárias e secundárias, sendo que, como entende MacCormick (2010), para Hart essas regras pertencem ao sistema com uma qualidade sistemática que depende de inter-relação, e seria este um dos aspectos que as diferenciariam de uma classe geral, ao qual pertenceria uma regra social. Mas, embora se possa dizer que haveria tal distinção, Hart desenlaça sua classificação em uma fundamentação muito mais complexa.

Seriam, para Hart (1994), as regras ditas primárias, aquelas que definem uma obrigação de fazer ou não fazer aos indivíduos, e, as secundárias, aquelas que definiriam a existência e o funcionamento das regras primárias, regras de reconhecimento, alteração e julgamento, sendo que a regra secundária de reconhecimento seria aquela que daria **validade** ao sistema jurídico. Tavares (2006) explica que para Hart haveria um problema de incertezas vivido por um sistema apenas constituído de regras primárias e a solução para este, estaria na Regra de Reconhecimento, regra última que daria validade ao sistema.

Tavares (ano, p. 400) ainda explana que “uma regra jurídica tem como fonte sempre outra regra jurídica que lhe confere validade, e, no final da cadeia está a regra de reconhecimento que diz o que é o direito”. MacCormick (2010) refere que um dos fatores que determina a existência dessa regra, seria a obrigatoriedade das autoridades, que deveriam aceitá-la e cumpri-la. Segue ainda dizendo sobre a regra de reconhecimento que:

[...] quando existe, existe apenas como uma regra social compartilhada aceita como um *standard comum obrigatório de comportamento* por aqueles cujo poder oficial como um “poder jurídico” depende fundamentalmente dessa mesma regra. É possível, mas não necessário, que os cidadãos em geral [...] compartilhem da atitude de apoio à regra suprema de reconhecimento. (MACCORMICK, 2010, p. 38, grifados no original)

É reconhecido que tais regras jurídicas, frente ao desconhecimento humano a todos os fatos sociais, não regulariam e não regulam claramente todos os comportamentos humanos, obtendo os juízes discricionariedade para analisar os meios fáticos concretos, sendo este o entendimento de Hart (2001) ao analisar interpretativamente a questão de “textura aberta” de uma norma. Essa última explanação é o objeto do presente estudo, sendo que o foco deste trabalho está atrelado ao direito positivo, em específico, a discricionariedade interpretada nos moldes de H. L. Hart (2001).

A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS À LUZ DO ENTENDIMENTO DE HERBERT L. A. HART

Ao contrário de Austin, Hart quando escreveu “O conceito de direito” buscou compreender direito, coerção, moral como fenômenos sociais diversos, mas relacionados; afirmando que não se pode compreender o direito ou qualquer outra estrutura social sem se declinar atenção ao que ele próprio chamou de afirmação “interna” e “externa”, observando o sistema jurídico sob dois pontos de vista: o ponto de vista interno e o ponto de vista externo, aos quais são feitas quando da observação de regras sociais, a partir das insuficiências do modelo austiniano. Elucidando este aspecto Barzotto (2007, p. 100) menciona que a “regularidade de comportamento é um fato observável comum tanto à regra quanto ao hábito” sendo este o aspecto externo; e quanto ao aspecto interno “consiste em uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento previsto pela regra”.

Barzotto (2007) ainda refere que Hart buscou demonstrar que o conceito de regra era ponto central para desvendar o conceito do direito, sendo que não poderia ser reduzido a noções de hábito de obediência e ordem coercitiva, ao contrário do que Austin pretendia.

Justamente pelo sistema possuir regras não só de caráter coercitivo, mas de haver variedades de forma de regulação social, Hart (1994) distingue dois tipos de regras que caracterizam os sistemas jurídicos complexos, as regras primárias e as regras secundárias. Para Hart (1994, p. 109) “a união dessas regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico”.

Todavia, Hart reconhece que não há possibilidades de se prever, num sistema jurídico positivo, toda a sorte de situações, tendo em vista a limitação da

linguagem, principal meio de expressão do direito positivo. E, neste mesmo sentido, MacCormick (2010) entende que muito embora Hart tenha se baseado em regras jurídicas para embasar o seu estudo, também ele reconhece que as mesmas não podem solucionar todas as questões, devido ao seu caráter de indeterminação relativa.

Há, portanto, o reconhecimento de que a linguagem como forma de expressar a regra é limitada, mesmo porque com o passar do tempo há uma série de acontecimentos que modificam tanto o uso da linguagem quanto o próprio significado das palavras, e como ilustração o próprio Hart (2001) menciona a possibilidade ou não de enquadrar-se bicicletas, patins e aviões no conceito de veículos. Considerando Hart um positivista, Barzotto (2007) refere que o mesmo estava interessado em entender o arcabouço do sistema jurídico através da análise dos usos da linguagem.

E, MacCormick (2010, p. 43) menciona que “Hart se refere a indeterminação relativa das regras sociais e, portanto, também das regras jurídicas”. Mesmo reconhecendo que na atividade jurídica prepondera a aplicação, observância e imposição de regras, também aceita que as regras não têm o condão de solucionar todos os problemas. Para Hart (2001, p. 139, grifos próprios):

Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. **Em todos os campos de experiência, e não só no das regras há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.** Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis [...] mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não.

Deste modo, muito embora tenha Hart (2001) buscado inferir que o mais importante meio de controle social estaria baseados em regras gerais e padrões gerais de conduta, referindo a existência da legislação e do precedente, também reconhece que existe um espaço que a regra não terá abrangência, não podendo solucionar certas questões.

Neste sentido, a comunicação dos padrões gerais referidos utiliza-se, conforme mencionado por Hart (2001) duas formas, as quais são denominadas de

expedientes principais, sendo a primeira a legislação, que faz um uso máximo de palavras e a segunda denominada de precedente, que, ao contrário, faz um uso mínimo de palavras gerais para estabelecer classificações. O precedente seria uma comunicação através do exemplo, e embora algumas vezes acompanhada de diretivas verbalizadas, deixa uma margem de dúvida sobre o que efetivamente se espera e pretende, face a uma amplitude de possibilidades, mesmo que o comunicador considerasse como claros. Ao revés no que toca a legislação, para Hart (2001, p. 138) “a comunicação dos padrões gerais por formas gerais explícitas de linguagem [...] parece clara, segura e certa”. A legislação tem uma verbalização descritiva, que pode ser usada para selecionar o que deve ser feito e quando se deve fazer. O que se faz, portanto, é subsunção de fatos à norma.

Se a regra (legislação/precedente) abrange o caso, Hart (2001, p. 140) afirma haver a “subsunção e a extracção de uma conclusão silogística”. O problema ocorre quando não há amparo para haver a subsunção de onde se poderia extrair a conclusão silogística, quando, então Hart (2001) afirma que qualquer se seja a forma de comunicação de padrões de comportamento, seja por precedente, seja por legislação, se revelarão em algum momento de sua aplicação como indeterminados possuindo o que denomina de “textura aberta”.

Hart (1994) em um pensamento lógico, diz que por sermos homens, possuímos desvantagens no momento de regulamentar a conduta humana por padrões gerais por não possuímos a determinação minuciosa de todos os fatos, razão do desconhecimento, da ignorância humana por óbvio para abarcar/delimitar todas as condutas humanas, se assim o fosse, não haveria a necessidade de termos escolhas em um caso concreto. Para Hart (1994, p. 141) “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”, razão da indeterminação da finalidade das regras quando são criadas.

Conforme MacCormick (2010, p. 43, grifado no original) refere que em razão de serem “moldadas pela linguagem, as regras tem ‘textura aberta’ e muitas vezes são vagas. O que elas ordenam, proíbem ou autorizam pode ser absolutamente confuso em casos problemáticos”.

Ocorre que Hart (2001), muito embora referindo a existência da “textura aberta” também reconhece que não seria conveniente detalhar minuciosamente uma regra ao ponto de que a questão se aplicaria a regra ou não estivesse resolvida de

forma anterior, e então não envolvesse, no que tange a aplicação efetiva, uma nova escolha entre as alternativas de “textura aberta”. Ademais, não há como se ter conhecimento do futuro e nem mesmo a possibilidade de combinar circunstâncias que o futuro pode trazer para exarar uma regra. Então, quando emerge um caso não abarcado pela regra, as soluções devem ser confrontadas, podendo-se, então, solver o problema através da escolha entre os interesses conflitantes, do modo que melhor parece. Hart (2001, p. 140) informa ainda que “a subsunção e a extrcção de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correta a fazer-se”, declinando ainda que “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo [...]”.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos Tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. [...] A tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a intenção do legislador e o direito que já existe. (HART, 2001, p.148)

Neste sentido, verifica-se uma zona em que a linguagem torna-se incapaz de prever toda a sorte de acontecimentos, seja pela modificação do significado dos termos empregados, seja pela complexidade atribuída a uma determinada palavra. Quando a linguagem torna-se incapaz de prever e regar a conduta social, é que Hart diz haver a existência da *discricionariiedade*, momento em que o próprio sistema jurídico prevê a possibilidade de haver decisões judiciais para além das regras postas. E neste sentido passa a análise da questão acerca da discricionariiedade e suas limitações.

LIMITAÇÕES A DISCRICIONARIEDADE PREVISTA POR HERBERT L. A. HART

Como já mencionado, para Hart a linguagem, meio pelo qual a regra jurídica se traduz, é limitada, por isso havendo o que ele próprio chamou de “textura aberta” das normas. Quando ocorre a existência de um caso assim considerado ao julgador cabe um espaço de *discricionariiedade*, momento em que há a possibilidade de existir uma decisão mais criativa.

Porém o que se questiona é: qual é o limite desta *discricionariedade*? Hart (2001, p. 140) refere que

O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo [...] A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possa ser atribuídos a regra. [...]

Hart (2001) refere mais que, independentemente do processo eleito, seja legislação, seja precedente, a prescrição dos padrões de comportamento se revelarão em algum momento de forma indeterminada, ou seja, a “textura aberta” transparecerá. E será impossível antecipar toda a sorte de acontecimentos, conforme já mencionado. Esta incapacidade de antecipar as situações geram o que Hart chama de “indeterminação de finalidade”. Para exemplificar, referido autor utiliza-se do exemplo: para manter a paz nos parques é vedada a utilização de automóveis; a questão é: e se uma criança utilizasse um automóvel de brinquedo movido a eletricidade? A norma seria aplicável, ou não? Esta é a finalidade indeterminada por ele mencionada. Hart (2001) refere que quando se decide a questão, a questão inicial torna-se mais determinada; ao passo que se decide incidentalmente a discussão atrelada ao sentido das palavras gerais. Refere mais a existência do “paraíso dos conceitos” dos juristas, dizendo o mesmo ocorrer quando a um termo geral se dá o mesmo significado, não somente numa regra específica, mas sim em qualquer regra do sistema.

Muitas vezes o poder legislativo, segundo Hart (2001, p. 144) deixa a critério do “poder regulamentar e familiarizado com os diversos tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas as suas necessidades especiais”. Outra técnica, segundo Hart (2001) é quando se recorre ao entendimento do que é razoável, momento em que se pondera e obtém um equilíbrio razoável entre os objetivos sociais emergentes das mais variadas formas. Para Hart (2001, p. 149)

[...] na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de

poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo.

MacCormick (2010), em pensamento crítico a teoria de Hart refere que para o exercício da discricionariedade, os juízes e outras autoridades precisam levar em consideração fatores não jurídicos à exemplo de opiniões morais e políticas, devendo ainda considerar a realidade das regras e princípios jurídicos, buscando um direcionamento que por eles pode ser ofertado. Para explicar seu posicionamento MacCormick (2010) refere uma metáfora a um espetáculo musical parcialmente coberto pela partitura. Aduz ele, que os músicos necessitam improvisar, mesmo seguindo o espírito da melodia interpretada a partir da partitura parcial. Não há apenas uma forma de preencher as lacunas da partitura.

Para Hart (2001, p. 335) os poderes criativos atribuídos aos julgadores, para solucionar casos não regulados pelo direito, são diversos daqueles do órgão legislativo, pois os poderes dos juízes são objetos de muitos constrangimentos estreitadores de sua escolha. Já os do órgão legislativo são considerados muito mais libertos. Hart (2001, p. 336) refere que “uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos”.

Por isso Hart (2001, p. 336) defende que os poderes dos julgadores são considerados “intersticiais” ressaltando que são sujeitados a diversos constrangimentos subjetivos; sendo assim, o juiz, quando de frente a um caso em que o direito posto não é capaz de resolver, “deve exercer seus poderes de criação do direito”. Contudo, não pode fazer isso de forma arbitrária, deve sim se pautar em razões gerais justificativas de sua decisão, atuando como um legislador atuaria, resolvendo a lide conforme, também, suas crenças e valores. Deve ainda observar padrões e razões para a decisão, os quais não são ditados pelo direito, podendo inclusive diferir daqueles traçados por outros juízes que foram confrontados com casos difíceis semelhantes.

Ademais, é importante fazer a ressalva de que Hart elabora sua teoria dentro do sistema inglês, sistema este em que vigora o direito consuetudinário cuja tradição lhe é peculiar. Portanto, para aquele sistema, nem todos os consensos de uma comunidade precisaria estar posto.

Menciona Hart (2001) que quando há um caso difícil, os julgadores têm como balizador a analogia, meio pelo qual eles conseguem assegurar que o direito criado, embora novo. Refere ainda que no momento em que há indeterminação de precedentes ou leis, ou quando há omissão do direito explícito, os julgadores não podem repudiar seus livros de direito e desatar a legislar sem o balizamento do direito. Na verdade, ao decidirem uma questão difícil os juízes devem atentar para área relevante do direito que exemplifica ou preconiza certa direção.

Embora, Hart (2001) tenha recebido muitas críticas no que tange a *discricionariedade* defendida, justificou a mesma aduzindo que seria conveniente se os juízes atuassem limitadamente neste exercício e não pudessem modelar códigos ou amplas reformas. Hart (2001) defendeu que o atuar dos juízes, *discricionário*, seria exclusivo no que concerne às regras e apenas para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Outra crítica que lhe foi imposta é a de que uma elaboração judicial do direito após a ocorrência do fato, numa modalidade de legislação retroativa é injusta, crítica esta desenvolvida por Dworkin. Mas Hart (2001) refere que tal não é verdadeiro posto que em se tratando de casos difíceis não abrangidos pela norma de forma completa, não há um direito claramente estabelecido, que justifique uma expectativa de um ato ser regulado por alguma norma já existente.

Deste modo, pelo que se vê, a *discricionariedade* defendida por Herbert Hart não deve ser considerada sem limites. Ao contrário o agir dos julgadores, à luz das considerações positivistas de Hart, quando de um caso difícil, aquele que não está regulado pelo direito (legislado), deve ser pautado dentro dos limites do próprio direito, mas dentro de um espaço aberto no próprio sistema à luz da doutrina, da analogia, não podendo atuar de forma ilimitada.

CONCLUSÃO

Do presente estudo verifica-se que Hart quando da elaboração de “O conceito de direito” pretendeu estabelecer um estudo o mais abrangente possível dentro do que se entende pela corrente positivista. Defendeu que haveria normas primárias e secundárias, as quais estariam sujeitas ao uso da linguagem e, portanto teriam suas limitações face a sua própria condição. Denominou tal situação de “textura aberta” das normas.

Face às limitações linguísticas, o próprio sistema estaria limitado sendo que não teria como dar conta de todos os casos, daí haver uma “zona de penumbra”. Hart declarou que o sistema em sua maior parte seria regular, mas que haveria casos especiais em que as regras postas não seriam suficientes para decidir o caso concreto.

Neste espaço, defendeu ele, ser possível que os julgadores elaborassem decisões mais criativas; todavia esta criatividade é limitada, ou seja, os julgadores não poderiam legislar largamente sobre o tema, mas sim apenas decidir o necessário para a solução do caso em análise. Ressalta-se também que neste espaço de discricionariedade Hart admite que seria possível os juízes aplicarem em parte suas convicções, claro, pautados dentro do que o direito já estabelecia. Referiu a aplicação analógica de normas para a solução do conflito.

Deste modo e por todo o exposto, se vê que Hart defende que no sistema por ele elaborado existe previsão da possibilidade de a linguagem limitar o que está posto, justificando-se em função de que os legisladores são pessoas, seres humanos, sujeitos a falhas, e porque, se está atrelado a própria linguagem e face a isso às suas limitações. Neste momento, quando de uma “zona de penumbra”, como por ele é chamado, é possível que os julgadores apliquem seus conhecimentos de forma ampla, deferindo soluções mais criativas para o conflito.

Sendo assim, defende Hart, que o sistema elaborado prevê um espaço em que os julgadores podem atuar mais livremente dentro, claro, dos limites estabelecidos, quais sejam, dentro das regras já existentes, da analogia, do que é razoável; deve ainda observar padrões e razões para a decisão, sendo possível inclusive diferir daqueles traçados por outros juízes que foram confrontados com casos difíceis semelhantes.

REFERÊNCIAS

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

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone: São Paulo, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. Col. Gilmar Mendes. Série 2. São Paulo: Editora Método, 2006, p.65-160.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994.

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

MACCORMICK, Neil. *H. L.; A. HART*. Rio de Janeiro: ELSEVIER, 2010.

TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese*. in: Teoria do Direito neoconstitucional. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. Coordenadores: Écio Oto Duarte, Dimitri Dimoulis. São Paulo: Método, 2006.