



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS
VOLUME ESPECIAL - NÚMERO 35

**Soft positivismo hartiano como substrato teórico para uma
reflexão sobre a Lei portuguesa 25/2012 de Testamento Vital**

*Reflection on hartian soft positivism thesis and the Portuguese Law
25/2012 of the Living Will Law*



UFRGS

Igor Antonio Gondim Almeida
Universidade Federal de Juiz de Fora

Maira Gondim Almeida
Faculdades Integradas Vianna Junior

Maria José Guedes Gondim Almeida
Universidade Federal de Juiz de Fora



Soft positivismo hartiano como substrato teórico para uma reflexão sobre a Lei portuguesa 25/2012 de Testamento Vital

Reflection on hartian soft positivism thesis and the Portuguese Law 25/2012 of the Living Will Law

Igor Antonio Gondim Almeida*

Maira Gondim Almeida**

Maria José Guedes Gondim Almeida***

REFERÊNCIA

ALMEIDA, Igor Antonio Gondim; ALMEIDA, Maira Gondim; ALMEIDA, Maria José Guedes Gondim. Soft-positivismo hartiano como substrato teórico para uma reflexão sobre a Lei portuguesa 25/2012 de testamento vital. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 171-191, dez. 2016.

RESUMO

O presente estudo possui como escopo precípua estabelecer uma reflexão com base no substrato teórico da tese do *soft* positivismo hartiano e a Lei 25/2012 de Testamento Vital. Essa análise será construída a partir da Teoria Descritiva do Direito, apresentada por Herbert Hart em sua obra *O Conceito de Direito* (1961). Em sua Teoria, Hart concebe um Sistema Jurídico Complexo composto de regras primárias e secundárias, no qual a regra de reconhecimento estabelece critérios do ponto de vista interno, que atribuem validade ao direito. Partindo dessa contextualização, nos propomos a refletir acerca da Lei 25/2012 de Testamento Vital, que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) em Portugal, tendo como pano de fundo as conexões contingentes entre Direito e Moral concebidas por Hart, que o caracteriza como um Juspositivista Inclusivo de Validade Normativa Social.

PALAVRAS-CHAVE

Soft positivismo. Pós-positivismo inclusivo. Testamento Vital. Direito e Moral. Teoria Descritiva do Direito.

ABSTRACT

The present study is product of a reflection on Hartian Soft Positivism thesis and Law 25/2012 of the Living Will Law. The analysis is set up from the descriptive sociology and Analytical Jurisprudence, concepts introduced by Herbert Hart in his book "The Concept of Law" (1961). Hart conceives a Complex Legal System, made of primary and secondary rules, in which the Recognition Rule establishes criteria from an inside point of view and validates the Law. Taking that into account, we reflect on Law 25/2012 of the Living Will - a law that regulates the advance directives in Portugal - considering the connections between Law and Moral established by Hart, which characterizes him as an inclusive legal positivist of Social Normative Validity.

KEYWORDS

Soft Positivism. Inclusive Post-positivism. Living Will. Law and Morals. Descriptive Theory of Law.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direito, moral e positivismo jurídico em Herbert Hart. 1.1. Conteúdo mínimo do Direito Natural. 1.2. Validade jurídica e valor moral. 1.3. Positivismo moderado ou *soft* positivismo hartiano. 1.4. Direito e Moral no pós-positivismo exclusivo, inclusivo e incorporacionismo. 2. Regra de reconhecimento e validade jurídica. 2.1. Sistema de regras primárias e secundárias. 2.2. Regra de reconhecimento como critério de validade do direito. 3. Lei Portuguesa nº 25/2012 de Testamento Vital. 3.1. Lei nº 25/2012 em um contexto social, moral e jurídico. 3.2. Trajetória ético-jurídico-

* Graduado em Direito (Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014), com período de intercâmbio acadêmico na Universidad de Salamanca (Espanha). Advogado.

** Graduanda em Direito (Faculdades Integradas Vianna Junior, Minas Gerais).

*** Professora titular da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutoranda em Direito (Universidade Nova de Lisboa, Portugal). Mestre em Ginecologia e Obstetrícia (Universidade Estadual Paulista – UNESP, 2004). Especialista em Bioética (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, 2004), em Filosofia (Universidade Federal de Juiz de Fora, 1988) e em diversas áreas da Medicina. Graduada em Medicina (Universidade Sul Fluminense, 1982).





social da Lei nº 25/2012, que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade sob a forma de Testamento Vital em Portugal. 4. *Soft* positivismo hartiano e a Lei Portuguesa de Testamento Vital. 5. Conteúdo mínimo do Direito Natural e a Lei de Testamento Vital. 5.1. Vulnerabilidade. 5.2. Igualdade aproximada. 5.3. Altruísmo limitado. 5.4. Recursos limitados. 5.5. Compreensão e força de vontade limitadas. 5.6. Validade jurídica e validade moral. 5.7. O poder e a autoridade. 5.8. A validade de aceitação de tratamento. 5.9. A validade de recusa de tratamento. 5.10. Validade de nomeação de procurador. 5.11. A influência da Moral sobre o Direito. 5.12. Interpretação. Conclusão. Referências.

A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.
Hannah Arendt

INTRODUÇÃO

A Filosofia do Direito foi construída a partir das persistentes indagações sobre a relação do Direito com outros ramos da Filosofia e ainda em suas bases conceituais, dando resposta para ao *quid jus* e o *quid juris*. No *quid jus* se busca responder “o que é o direito”, que corresponde à discussão filosófica sobre a essência do direito; e, por outro lado, o *quid juris* responde “o que é de direito”, estabelecendo regras (normas) jurídicas que permitem soluções jurídicas para um determinado problema. Discute-se, ainda, se a disciplina Filosofia do Direito deve albergar múltiplos saberes que têm a ver com os problemas fundamentais da existência humana, englobando a filosofia política e social, ou se a mesma deve estar focada em responder o que é o direito.

Kauffman (2014, p. 12) define que “um filósofo do direito que se preze tem de estar familiarizado com a filosofia e com o direito – um ideal que, naturalmente, apenas se pode atingir de forma aproximada”, entendendo o autor que a Filosofia do Direito é um ramo da Filosofia, não da Ciência Jurídica. Uma visão interdisciplinar e multitemática da Filosofia do Direito é defendida por Campos (2013), que assim expressa: “A filosofia do direito é composta por uma interdisciplinaridade intrínseca, havendo uma autonomia disciplinar da filosofia do direito, que opera por inclusão de instrumentos multidisciplinares. É considerada suficientemente ampla ao ponto de ser multitemática e interdisciplinar em si mesmo.”

A Filosofia Analítica aparece na Filosofia do Direito estabelecendo uma discussão internacionalmente conhecida voltada para o estudo descritivo do direito sendo esse um fenômeno jurídico (anglo-saxônico), tendo como pressupostos que a Filosofia do Direito é autônoma em relação a outros ramos da filosofia considerando o direito não enquanto “fato” no mundo, mas sim enquanto “objeto” de análise. Tem a pretensão exclusiva de descrever o Direito como ele é, estabelecendo critérios com os quais possamos entender o que chamamos de direito (PALESTRA: O POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE DWORKIN..., 2014).

Herbert Hart se destaca como um dos maiores expoentes da Filosofia Analítica, que através de sua Teoria Descritiva do Direito estabelece critérios descritivos que permitem identificar o que é o direito. O jusfilósofo construiu uma teoria sólida do positivismo jurídico que se tornou um divisor de águas na Filosofia do Direito no século XX. Hart, como um juspositivista, concebia uma neutralidade entre Direito e Moral, mas estabeleceu, na obra *O Conceito de Direito* (1961), ponderações com relação a um conteúdo mínimo do Direito Natural e uma validade jurídica contingente com um valor moral. A partir dessa publicação, recebeu várias críticas de seus opositores, sendo um dos mais importantes, Ronald Dworkin, que formulou severas críticas à teoria de Hart, apresentando-as em seu livro *Law's Empire* (1977). Hart responde as críticas de Dworkin em seu pós-escrito, publicado após a sua morte, em 1994. No pós-escrito, Hart reformula sua teoria, principalmente no que diz respeito à conexão entre Direito e





Moral, admitindo ser um positivista moderado (*soft* positivismo), passando a considerar que critérios morais possam ser assimilados a partir da regra de reconhecimento (*rule of recognition*) que estabelece critérios do ponto de vista interno do direito, responsável pela sua validade. Assimila também os “princípios” à sua teoria, por meio da regra de reconhecimento. Com o pós-escrito de Hart, surgem as teses dos pós-positivistas inclusivos (que aceitam a tese de conexão contingente entre o Direito e a Moral) e dos pós-positivistas exclusivos, que mantêm a neutralidade entre Direito e Moral.

Os pós-positivistas mantêm vivo o positivismo jurídico, estabelecendo um diálogo real, construindo suas teses a partir das críticas levantadas entre os mesmos, mormente nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos e norte americano. A nossa proposta nesse estudo é promover uma reflexão a partir da Teoria Descritiva do Direito de Hart estabelecendo parâmetros de comparação com a Lei 25/2012 – Lei portuguesa de Testamento Vital –, no que diz respeito aos critérios de validade jurídica reconhecidos pelo ponto de vista interno do sistema jurídico português, tendo como substrato teórico o *soft* positivismo hartiano e o pós-positivismo inclusivo (incorporacionismo), os quais defendem a tese de uma conexão contingente entre Direito e Moral, partindo do que Hart chama de conteúdo mínimo do Direito Natural, no qual elenca cinco “truísmos” que fornecem uma razão pela qual os mesmos devem ser garantidos.

O nosso interesse nessa temática surge a partir do dilema constante entre o Ético (Moral) e o Legal (direito positivado), tema esse muito discutido na Ética Médica e na Bioética, onde a “autoridade” do direito é evocada para validar um “direito” e ao mesmo tempo “proteger” os que exercem os mesmos. Dentre os vários pontos se destacam os conflitos entre os Direitos Fundamentais, tais como a vida, a dignidade e a

autodeterminação, que estão implícitos na regulação de Diretivas Antecipadas de Vontade (Testamento Vital). Dividiremos a nossa abordagem em cinco capítulos, dentro dos quais serão abordados: direito, moral, o positivismo jurídico em Hart e o pós-positivismo (capítulo 1); a regra de reconhecimento e a validade Jurídica (capítulo 2); a trajetória ético-jurídico-social da Lei 25/2012 que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade sob a forma de Testamento Vital em Portugal (capítulo 3); o *soft* positivismo hartiano e a Lei Portuguesa de Testamento Vital, estabelecendo uma relação entre os critérios implícitos de validade jurídica da lei e o *soft* positivismo (capítulo 4); o conteúdo mínimo do Direito Natural e a Lei de Testamento Vital. (Capítulo 5); e as considerações finais em relação ao tema proposto.

1 DIREITO, MORAL E POSITIVISMO JURÍDICO EM HERBERT HART

Nesse capítulo pretende-se discutir as questões que envolvem um grande debate dentro da Filosofia do Direito desenvolvido historicamente, mas que se torna permanente na contemporaneidade, onde teóricos do Direito tentam estabelecer um diálogo permanente a partir de críticas e reformulações de suas teses, mormente no universo da Teoria do Direito. Esse debate tem como escopo precípua a conexão entre Direito e Moral. As várias teses se dividem entre aqueles em que essa conexão é forte, considerados jusnaturalistas, e aqueles que consideram uma conexão mais fraca, nomeados juspositivistas. Essa ponderação pode ser claramente entendida nas palavras de Campos (2013, p. 229): “O binômio jusnaturalismo e juspositivismo parece forma não de paralelismo de planos simétricos, mas um conjunto unitário de tonalidades diferentes de uma mesma cor que determina ‘o que’ do direito válido. O binômio





jusnaturalismo/juspositivismo mais se assemelha a uma paleta em vários tons.”

Demonstrando ainda que esse debate é permanente em nossos dias na Teoria do Direito, mormente pelos jusfilósofos positivistas anglo-saxônicos e norte-americanos, que, segundo Rossi (2011, p. 85), se dividem em duas grandes teses: a de separação entre Direito e Moral e a tese de vinculação (seja ela conceitual ou necessária). Nesse capítulo discutiremos as posições de Herbert Hart acerca desse tema no seu livro *O Conceito de Direito* (1961), clássico na literatura jurídica no que concerne a sua Teoria do Direito Descritiva e Geral, não só no contexto da Teoria Jurídica, como também no da Filosofia Política e da Filosofia da Moral, cujas raízes estão na Filosofia Analítica de Wittgenstein. Hart (1961) dedica um capítulo de seu livro para discutir sobre Direito, Moral e Positivismo Jurídico, que consiste no substrato teórico para a nossa reflexão. Para facilitar o entendimento dividiremos em tópicos, os quais elencamos a seguir: (i) Conteúdo Mínimo do Direito Natural; (ii) Validade Jurídica e Valor Moral; (iii) *soft* positivismo hartiano; (iv) pós-positivismo inclusivo e exclusivo. Esses dois últimos tópicos refletem as respostas de Hart aos críticos de sua Teoria Geral do Direito, em especial a Ronald Dworkin.

Em seu pós-escrito, Hart, além de dar respostas as críticas dworkiana, reformula alguns de seus posicionamentos, mormente no que diz respeito às reflexões acerca das conexões entre Direito e Moral, pontuadas acima; bem como, a partir dessa publicação, estimula os defensores do positivismo jurídico contemporâneo a elaborarem novas teses estabelecendo a divisão entre aqueles que aceitam essa conexão (positivismo inclusivo ou incorporacionismo) e os que separam Direito e Moral (positivismo exclusivo) e ainda os mesmos se diferenciando em suas teses em relação à forma com que é admitida essa aproximação ou separação.

1.1 Conteúdo mínimo do Direito Natural

Hart enfoca nessa abordagem que existem várias formas de se estabelecer uma relação entre o Direito e a Moral, sendo que ele parte da proposição de que existem certos princípios de conduta humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido (HART, 2011). Nosso autor explicita a esse propósito a diferenciação entre as leis “**descritivas**” que são descobertas pela observação e pelo raciocínio e as “**prescritivas**” ou exigências expressas de que os homens se comportem de certos modos. As leis prescritivas podem ser violadas e permanecerem como leis, enquanto as descritivas (comprovadas cientificamente) perdem o direito de serem chamadas de lei e devem ser reformuladas.

Retomando as bases do Direito Natural, admite-se que o fim último do homem seja a “sobrevivência” – premissa inferior do Direito Natural, sendo que Aristóteles incluía o intelecto humano e São Tomás de Aquino o conhecimento de Deus. Nessa linha “a natureza humana não pode de forma alguma subsistir sem a associação de indivíduos; e a associação não podia ter lugar se não fosse pago o tributo das leis, da equidade e da justiça” (cf. Hume, *Treatise of Human Nature*, III, ii, “*Of Justice and Injustice*” apud HART, 2011, p. 208). O jusfilósofo diz que o ser humano precisa “viver” e estabelece, a esse intuito, cinco “truísmos” que vão ser responsáveis pelo conteúdo mínimo Direito Natural, estabelecendo, dessa forma, a relação entre Direito e Moral.

A forma geral do argumento, segundo o autor, consiste em dizer que, sem tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência, que os homens têm ao se associarem uns com os outros. Hart elenca cinco “truísmos”: (i) **vulnerabilidade humana** (regras que restrinjam o uso da violência para matar ou





causar ofensas corporais, visto que os seres humanos são vulneráveis nesse ponto); (ii) **igualdade aproximada** (regras que evitem que os mais “fortes” subjuguem os mais fracos); (iii) **altruísmo limitado** (sistema de abstenção recíprocas); (iv) **recursos limitados** (regras que garantam o esforço pessoal, o trabalho (divisão de trabalho) a propriedade o comércio; e (v) **compreensão e força de vontade limitada** (regras de coerção para aqueles que tentariam obter vantagens do sistema, estabelecendo sanções). Elencando esses “truísmos”, Hart constrói o que ele chama de conteúdo mínimo do Direito Natural, que deve ser assimilado por qualquer sistema jurídico vigente. Com esse substrato abordaremos a seguir o tema da validade jurídica e do valor moral.

1.2 Validade jurídica e valor moral

Segundo Hart existem duas formas de os indivíduos assimilarem o sistema jurídico: de uma forma interna, entendendo e respeitando suas regras, ou agindo de forma externa com medo das sanções e das punições frente à desobediência das regras (HART, 2011, p. 218). Se o sistema for justo e se assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode-se conquistar e manter a lealdade de muitos, durante a maior parte do tempo e será consequentemente estável.

Defende uma conexão entre Direito e Moral em termos dos Direitos Naturais (conteúdos mínimos) como elencamos anteriormente, mas estabelece algumas ponderações em alguns pontos em relação a uma efetiva conexão entre Direito e Moral, analisando seis formas dessa pretensão: (i) **o poder e a autoridade** (o sistema jurídico exige para sua elucidação uma regra de reconhecimento estabelecendo validade ao Direito, pois pode o indivíduo respeitar as leis se elas estiverem em consonância com a Moral ou não, ou seja, alguém pode obedecer um comando

sem estabelecer um juízo moral em relação ao mesmo); (ii) **a influência da Moral sobre o Direito** (estabelece uma conexão do Direito e da moral social de duas maneiras; na elaboração das leis (abrupta) ou através do processo judicial (forma silenciosa e paulatina) e, se referindo ao positivismo, diz “nenhum ‘positivista’ poderá negar estes fatos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos dependem em parte de tais tipos de correspondência com a moral” (HART, 2011, p. 220)); (iii) **interpretação** (as leis necessitam de interpretação se quisermos analisar um caso concreto; a textura aberta do direito deixa um vasto campo para atividade criadora dos “juízes”, lhes facultando uma escolha entre valores morais evocando virtudes de “imparcialidade” e “neutralidade”, onde o juiz vai estabelecer atividades de ponderações em que “pesa” e “equilibra” buscando a justiça – poder discricionário do juiz); (iv) **crítica do direito** (“a pretensão de um sistema jurídico dever tratar todos os seres humanos dentro do seu âmbito de aplicação como titulares de certas proteções e liberdades fundamentais é, sem dúvida, aceita geralmente como uma afirmação de um ideal com relevância evidente na crítica do direito” (HART, 2011, p. 221-222)); (v) **princípios de legalidade e justiça** (um bom sistema jurídico se conforma em certos pontos com a moral, que também pode ser chamada de “Justiça Natural” estabelecendo assim um controle social em que as regras devem ser inteligíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maioria e não devem ser retroativas, dando oportunidade das pessoas as obedecerem; o autor aceita a crítica de alguns positivistas de que essa conexão seria a “moralidade interna do direito”); e, (vi) **validade jurídica e resistência ao direito** (Hart se refere ao Direito na Alemanha que, após a II Guerra Mundial, resgatou o Direito Natural para “punir” os responsáveis por atrocidades que em leis retroativas eram permitidas – porque Hart adota um conceito de direito mais amplo, onde pode ser





incluído o estudo de qualquer aspecto específico que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reação da sociedade contra essa (HART, 2011, p. 226-228)).

Sintetizando o que discutimos anteriormente, Hart elenca alguns critérios para a validade do direito e o estabelecimento de uma conexão entre a moral e o sistema jurídico, onde podemos destacar a regra de reconhecimento que estabelece critérios do ponto de vista interno do direito que passa a determinar o direito válido e que deva ser aplicado pelos atores de tais práticas, denominados *officials*. Remete-nos ainda ao entendimento que as “práticas sociais” são bastante relevantes nesse contexto, o que também pode ser referendado por Campos (2013, p. 226-228), que classifica Hart como um juspositivista de validade normativa social, sendo o mesmo um teórico descritivo do Direito que se apresenta como juspositivista enquanto em similaridade não regular uma conexão mínima de influência de conteúdo Moral e Direito, sendo que sua teoria é descritiva do direito positivo devido à assimilação das práticas sociais.

Discutiremos agora as reformulações na Teoria do Direito de Hart, que foi explicitada a partir da publicação de seu pós-escrito, no qual Hart reformula alguns conceitos e expande as possibilidades de conexão entre a Moral e o Direito o que classifica o seu positivismo como um “positivismo moderado” ou *soft* positivismo.

1.3 Positivismo moderado ou *soft* positivismo hartiano

O pós-escrito de Hart foi anexado em sua obra em 1994. Esse texto foi construído desde a publicação do seu livro *O Conceito de Direito* em 1961, o que suscitou muitas críticas tanto de alguns jusnaturalistas como de muitos juspositivistas, que fizeram com que Hart revisasse determinados pontos de sua obra e produzisse um aperfeiçoamento de sua teoria, mas

sempre a mantendo em uma perspectiva positivista. Apesar de ter sido elaborada durante muitos anos ela só foi publicada após a sua morte pelo seu ilustre ex-aluno Joseph Raz que ainda hoje é um dos maiores teóricos juspositivistas que defende a tese de um pós-positivismo exclusivo.

Em seu pós-escrito Hart procura responder às críticas de Ronald Dworkin, que por alguns autores é considerado como um jusnaturalista de teor interpretativo (CAMPOS, 2013), construindo uma Teoria Interpretativa Construtiva a partir da metáfora do “Juiz Hércules” em seu livro *Law’s Empire*, publicado em 1988. Na reformulação de sua tese, Hart apresenta argumentos em relação às críticas de Dworkin dividindo os mesmos em três pontos (HART, 2011, p. 306-313): (i) o positivismo como uma teoria semântica; (ii) o positivismo como uma teoria interpretativa; e (iii) o positivismo moderado. Dedicar-nos-emos a expor nesse tópico os argumentos sustentados por Hart que classificam sua tese como a de um positivismo moderado, ou, como é chamado na literatura jurídica, *soft* positivismo.

O autor sustenta que sua teoria representa um “positivismo moderado” pelo fato da regra de reconhecimento poder incorporar como critérios de validade jurídica a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos. Afirma que uma função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado. Sobre este propósito, Hart explicita que a regra de reconhecimento, bem como todas as regras concretas do direito identificadas por referência a ela, não consegue por si só afastar todas as incertezas, o que ele nomeia de “penumbra”. A esse respeito ele evoca o poder discricionário do juiz que, embora não afastando de seu ideal descritivo, possa criar direito vencendo essa incompletude do Sistema Jurídico, como podemos observar nesse trecho de seu pós-escrito:

Há também no meu argumento geral de que, mesmo que as leis fossem redigidas de modo a resolverem





antecipadamente todas as questões possíveis que pudessem suscitar-se acerca de seu significado, a adoção de tais leis entraria frequentemente em conflito com outros objectivos que o direito deve acarinhá-las. Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade deveria considerar-se a mesma bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e assim resolvidas racionalmente. (HART, 2011, p. 313)

Ainda em relação a sua tese do *soft* positivismo, Hart reforça a neutralidade do Direito em relação a Moral (característica do positivismo), admitindo, no entanto, o estabelecimento dessa conexão através da regra de reconhecimento, que dá validade ao Direito e ao poder discricionário do juiz. Tais proposições podem ser extraídas a partir da desse trecho abaixo elencado:

Claro, se a questão da posição objectiva dos juízos morais for deixada em aberto pela teoria jurídica como eu sustento que deva ser então o positivismo moderado não pode ser simplesmente caracterizado como a teoria, segunda qual os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica porquanto, se for uma questão em aberto saber se os princípios e valores morais tem uma posição objectiva, também deve ser uma questão em aberto saber se disposições “positivistas moderadas”, que pretendem incluir a conformidade com eles entre os testes para o direito existente, podem ter esse efeito ou, em vez disso, podem apenas constituir directivas aos tribunais para que criem direito, de harmonia com a moral. (HART, 2011, p. 316)

No próximo tópico discutiremos as teses que surgiram após a publicação do pós-escrito hartiano, teses essas que divergem em alguns pontos, mas que vem construindo com bases sólidas o pós-positivismo contemporâneo, mormente na Filosofia Jurídica anglo-americana.

1.4 Direito e Moral no pós-positivismo exclusivo, inclusivo e incorporacionismo

Nos anos que sucederam a publicação do pós-escrito de Hart foram debatidas exaustivamente as ideias de Ronald Dworkin (jusnaturalista) e Herbert Hart (juspositivista moderado), debate esse que dominou no panorama jurídico, mormente na Filosofia do Direito no início do século XX e persiste até os nossos dias. Segundo Pimenta (2011, p. 264) esse debate proporcionou uma renovação da tradição positivista da *analytical jurisprudence*, protagonizada por autores como Jules Coleman, Joseph Raz, Scott Shapiro, Kenneth Himma, Matthew Kramer, Wilfrid Waluchow, e Andrei Marmor, que mantém até hoje um diálogo crítico em torno do positivismo jurídico em que constroem suas teses a partir das críticas de seus opositores. Esse diálogo crítico gira em torno das questões que envolvem novas clarificações conceituais no cenário do positivismo jurídico em relação à regra de reconhecimento (validade do direito em Hart) poder estabelecer critérios morais como fonte de direito em alguns sistemas jurídicos ou não, ou ainda estabelecer como critério positivo ou negativo de conformidade a parâmetros morais (PIMENTA, 2011, p. 264). Dentro desses parâmetros as teses se dividem em: (i) **positivismo inclusivo** (Hart, Jules Coleman, W. Waluchow e K. Himma); e (ii) **positivismo exclusivo** (Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro).

Segundo Coelho (PALESTRA: O POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE DWORKIN..., 2014), para se entender bem as questões que balizam tais discussões, faz-se mister partir do pressuposto de que a Filosofia Analítica utiliza critérios contrafactuais para fazer as suas considerações, o que dificulta o entendimento quando não há familiaridade com esse tipo de abordagem. O autor ressalta que é importante o entendimento do ponto de vista conceitual do que quer dizer para um filósofo analítico (juspositivista), quando se refere ao termo “**necessária**” e “**contingente**”. Exemplifica





com a figura geométrica de um quadrado, sendo, pois, **necessário**, conceitualmente falando, que um quadrado tenha quatro lados (porque caso em contrário não seria um quadrado), mas se imaginarmos a possibilidade de um quadrado ser azul estaríamos diante de uma característica que não seria necessária, conceitualmente falando, e sim **contingente**. Os termos “necessário” e “contingente” são frequentemente utilizados pelos filósofos pós-positivistas que diferenciam suas teses baseadas nesses termos para estabelecer a relação conceitual entre Direito e Moral.

A partir dessas ponderações, podemos então descrever as bases teóricas do positivismo inclusivo e exclusivo. Os **positivistas inclusivos** entendem que podem existir relações contingentes entre direito e moral, ou seja, este tipo de positivismo admitirá que existam relações entre a moral e o direito, podendo aquela desempenhar um papel na identificação deste, especialmente nos sistemas constitucionais positivos atuais, mas admitem também que é possível a existência de sistemas jurídicos que não guardam qualquer relação com a moral. Portanto, as relações entre direito e a moral jamais serão necessárias ou propriamente conceituais.

Por sua vez o **positivismo exclusivo** não admitirá, em qualquer hipótese, que a moral possa contribuir para identificar o direito válido dentro de um sistema, ou seja, não existem relações entre a moral e o direito, em um sentido de função de identificação (ROSSI, 2011). Em relação aos positivistas inclusivos, ainda se diferenciam aqueles que são ditos incorporacionistas, que admitem que a relação conceitual entre Direito e Moral é contingente, mas admitem que possa ser “conceitualmente possível” que existam sistemas jurídicos que não adotem critérios morais (não sendo, pois, necessária conceitualmente). Um dos jusfilósofos que se destaca no incorporacionismo é Jules Coleman (COLEMAN, 2008, p. 251), que concebe como características do positivismo inclusivo incorporacionista: (i) não ser necessário

em um sistema legal que uma norma (regra) tenha um valor moral; e (ii) que a norma (regra) surja a partir de uma convenção social (*acceptance*), e que essa convenção seja reconhecida a partir de critérios estabelecidos pelos *officials* do direito, em que possam ser assimilados valores morais (legalmente reconhecidos). A tese da incorporação defendida por Coleman e Himma (HIMMA, 2002) admite que haja sistemas jurídicos conceitualmente possíveis nos quais os critérios morais de validade incluam normas morais substantivas, e que é uma condição suficiente para uma regra ser juridicamente válida que ela reproduza o conteúdo de uma norma moralmente válida, e, ainda, ser uma condição necessária para uma regra jurídica ser válida que ela seja moralmente válida (ou que ela não ofenda normas de moralidade substantiva).

No próximo capítulo discutiremos sobre o sistema de regras construído por Hart em sua Teoria Geral e Descritiva do Direito, apresentada em seu livro *O Conceito de Direito*, bem como sua concepção acerca da regra de reconhecimento que estabelece critérios, do ponto de vista interno do direito, para a sua validade. Nessa abordagem pontuaremos as modificações apresentadas pelo jusfilósofo em seu pós-escrito, e, ainda, as proposições dos pós-positivistas que sustentam a tese da incorporação em relação à regra de reconhecimento e à validade jurídica.

2 REGRA DE RECONHECIMENTO E VALIDADE JURÍDICA

Hart, ao construir a sua Teoria do Direito pautada em um sistema de regras primárias e secundárias, parte de argumentos nos quais questiona a teoria de Austin de que não é possível construir um sistema jurídico com base em comandos de ordens e de ameaças, pois esse sistema não contemplaria todos os direitos dos cidadãos, pois somente poderia ser aplicado dessa forma em normas jurídicas do Direito Criminal





(da forma em que se concebe o sistema jurídico na atualidade). Questiona, ainda, por meio de um “experimento mental”, a questão de autoridade de mando entre um soberano e o súdito, demonstrando dessa forma três obstáculos que teriam que ser superados se o Direito fosse assim concebido, tais como: (i) hábito de obediência; (ii) continuidade da autoridade de criação; e (iii) a persistência da lei. Pois caso o soberano não mais existisse, os súditos perderiam o seu referencial de “obediência” e seria difícil a continuidade de autoridade ser reconhecida em outro soberano e ainda teria dificuldade na persistência das leis. Dessa maneira discute a diferença conceitual entre “ser obrigado a fazer algo” e de “ter obrigação de fazer”, em que o ter obrigação de fazer estaria relacionado a um conceito de obrigação vinculado a um sistema de regras e que, de um ponto de vista interno, estariam sendo aplicadas (justificadas) e validadas através de critérios constituídos e referendados pelos *officials*, ou seja, os operadores do direito.

A partir desse conceito Hart explica o que entende por **ponto de vista interno do direito**, dimensão daqueles que “tem obrigação de fazer” (“aplicadores” do direito) e do **ponto de vista externo** daqueles que “que são obrigados a fazer algo” (cidadãos ou “observadores externo” da prática jurídica). Esses conceitos são importantíssimos para o entendimento da validade do direito em Hart a partir da regra de reconhecimento.

No tópico a seguir descreveremos o sistema de regras primárias e secundárias proposto por Hart, que traz substrato teórico para muitos sistemas jurídicos da contemporaneidade.

2.1 Sistema de regras primárias e secundárias

Hart estabelece como regras primárias as que indicam “obrigações” e que se não forem cumpridas remetem às “sanções”; e as regras secundárias, as quais, diferentemente, atribuem

“poderes” e “atribuições”. Hart adverte que as regras primárias não açambarcam toda a completude do sistema jurídico, sendo, pois, necessária a institucionalização de regras secundárias.

Nosso autor denomina de “remédios” as regras secundárias que especificam como as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou serem criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável. Como remédio para as “*incertezas*” introduziu a “**regra de reconhecimento**” (*rule of recognition*), que é uma regra que estabelece critérios do ponto de vista interno para a validade do direito. O autor define como remédio para a “*qualidade estática*” do regime de regras primárias, as “**regras de alteração**” (*rules of change*), conferindo a produção de novas regras primárias devido a questões sociais emergentes, podendo ser simples ou complexas. As “regras de alteração” devem ser assimiladas como direito válido pelas regras de reconhecimento (critérios do ponto de vista interno do direito). É a partir das regras de alteração que são assimiladas como direito as regras de contratos, testamentos, etc. Podem as mesmas estar diretamente ligadas ao Legislativo (Legislativo ativo). Para remediar a “*ineficácia da sua pressão social difusa*”, surgem as regras secundárias que dão poder aos indivíduos de proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se em uma ocasião concreta foi violada uma regra primária. Essa regra secundária recebe o nome de “**regras de julgamento**” (*rules of adjudication*), que identificam os indivíduos que devem julgar e também nortear o processo a seguir (“justificação” de juízes ou tribunais, jurisprudência). Por meio da relação das regras de julgamento com as regras de reconhecimento, as sentenças se tornarão “fontes” do direito (perícia do “intérprete” e coerência dos juízes).





Hart assevera que com o sistema formado a partir da combinação de regras primárias e secundárias (de reconhecimento, alteração e julgamento), temos não só o coração do sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado quer o jurista quer o teórico político (HART, 2011, p. 107).

Analisaremos agora como o autor estabelece a validade do direito através da regra de reconhecimento.

2.2 Regra de reconhecimento como critério de validade do direito

Conforme vimos anteriormente, para Hart a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo (HART, 2011, p. 113), a qual vai indicar através de critérios analisados do ponto de vista interno do direito como determinada regra deve se identificar como uma regra jurídica e, ainda, como “fonte” de direito. Para esse intento, o jusfilósofo contextualiza o papel da regra de reconhecimento inserida num moderno sistema jurídico como “fonte” de direito, o que podemos constatar pelas palavras do autor:

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de “fontes” de direito, a regra de reconhecimento é correspondente mais complexa: os critérios para identificar o Direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativa. (HART, 2011, p. 112)

Em relação à validade do direito, o autor assevera que para uma regra ser válida é preciso reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados (critérios) pela regra de reconhecimento, assim entendida como uma regra do sistema, lhe garantido validade e eficácia.

Segundo Hart, a eficácia é definida quando uma regra jurídica é mais frequentemente obedecida do que desobedecida. O juiz, como funcionário político (*officials*), ao pronunciar uma sentença e fazer “a sua afirmação de que uma regra é válida, é uma afirmação interna, reconhecendo que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito no seu tribunal e tal não constitui uma profecia, mas parte da razão da sua decisão” (HART, 2011, p. 116). Para Hart existem, portanto, duas condições mínimas, necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico e sua validade – que as regras sejam obedecidas e estejam reconhecidas pelos “operadores” do sistema.

Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. (HART, 2011, p. 128)

No pós-escrito, Hart, a partir da crítica de Ronald Dworkin de que o primeiro só tinha considerado o direito como um sistema de regras de “tudo ou nada”, ignorando os princípios jurídicos, reformula sua teoria afirmando que os princípios elencados por Dworkin podem ser acrescentados em sua teoria por meio dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento aceita na prática dos tribunais. Sendo que ainda podem ser assimilados pelo poder discricionário do juiz naqueles casos em que o direito explícito existente não consegue ditar uma decisão, ou em que não existe uma conexão importante necessária ou conceitual entre Direito e Moral (HART, 2011, p. 321) (Moderno Positivismo Jurídico). O jusfilósofo do positivismo inclusivo (incorporacionismo), Jules Coleman, identifica a regra de reconhecimento como uma regra social especial, e atribui a ela uma função epistêmica (validade e autoridade) e ontológica (critérios





verdadeiros), como podemos observar no trecho a seguir de seu artigo (*Rules and Social Facts*, 1991):

The rule of recognition is a social rule, but a very special one. It serves two functions in Hart's jurisprudence: One of these is epistemic, the other ontological or semantic. The rule of recognition serves an epistemic function to the extent it specifies conditions of identification, validity, and authority. The rule of recognition serves an ontological or semantic function to the extent that it specifies existence and truth condition. (COLEMAN, 1991, p. 709)

Com essas considerações pontuais e simplistas a respeito do sistema jurídico concebido por Hart e por alguns jusfilósofos que defendem a tese do pós-positivismo inclusivo (incorporacionismo), esperamos ter dado um substrato teórico necessário para a reflexão a que nos propusemos acerca da Lei Portuguesa nº 25/2012, que regula sobre a Diretiva Antecipada de Vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, sobre a qual discutiremos nos dois próximos capítulos. Nessa abordagem pretendemos estabelecer um link entre o *soft* positivismo de Hart, a Lei nº 25/2012 e os fatos sociais desencadeadores desse processo construtivo.

3 LEI PORTUGUESA Nº 25/2012 DE TESTAMENTO VITAL

A Lei nº 25/2012 é responsável por regulamentar as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde; criando o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV). Referida Lei tem base conceitual – a possibilidade de uma pessoa fornecer instruções antecipadas relativas aos tratamentos médicos que deseja (mais frequente) ou que recusa de receber, mormente em estágios finais de sua vida frente a doenças terminais (onde o recurso médico não é capaz de apresentar nenhum tratamento curativo

só podendo oferecer cuidados paliativos que visam dirimir a dor e o sofrimento), para o caso de se tornar incapaz de exprimir as suas vontades ou tomar uma decisão por si própria (de forma livre e consciente). Segundo Nunes e Mello (2011, p. 157), essas diretivas “podem revestir fundamentalmente de duas formas: a de testamento de paciente e a de nomeação de procurador de cuidados de saúde”.

Os autores explicitam que “à semelhança do que ocorre na sucessão testamentária, o testamento de paciente é um acto pessoal, unilateral e revogável pelo qual uma pessoa expressa claramente a sua vontade” (MELLO; NUNES, 2011, p. 157). Outra forma elencada de assumir as diretivas antecipadas é a nomeação de um procurador de saúde, a qual se instrumentaliza através um documento que atribui poderes a um procurador (também chamado de tutor) para tomar decisões em matéria de cuidados de saúde, caso a pessoa estiver incapaz de decidir, ou de expressar a sua vontade (MELLO; NUNES, 2011, p. 157). Essa Lei portuguesa é apresentada em cinco capítulos e vinte artigos e passou a vigorar em Portugal a partir de agosto de 2012.

Para a reflexão que nos propomos a fazer é importante contextualizá-la em um enfoque social e moral, bem como conhecer como a mesma foi construída; assim sendo feito a partir de um diálogo ético-jurídico respaldado por um Estado Democrático de Direito que se consolida por um sistema jurídico complexo e com força na unidade, imaginado à luz do pós-positivismo Hartiano.

3.1 Lei nº 25/2012 em um contexto social, moral e jurídico

A Pós-modernidade traz influências sensíveis na esfera social para a cultura humana, mormente no que concerne ao fenômeno transversal de globalização e o impacto social causado pela evolução científico-tecnológico.





Esse fenômeno é responsável pela mudança de vários paradigmas, ainda não imagináveis. Dentre os mesmos destacamos a evolução biotecnológica que leva a sociedade moderna a rediscutir alguns padrões de moralidade concernentes principalmente no contexto de sociedades plurais e globais.

Em relação às diretivas antecipadas de vontade nos cuidados de saúde se evoca a “**morte digna**”, que só surge do ponto de vista axiológico à medida em que nos confrontamos com recursos biotecnológicos disponíveis na atualidade como “arsenais” médicos capazes de manter a vida por um período não antes imaginável, e, ainda, estabelecer um diagnóstico precoce de doenças neurodegenerativas e incapacitantes. Nesse contexto emergente é estabelecido do ponto de vista médico a preponderância de dois valores morais: (i) a preservação da vida e (ii) o alívio do sofrimento, que vão ser ponderados a partir do estágio da doença em que o “paciente” se encontra. Sendo que, diante de um doente terminal o valor moral norteador que prevalece é o do alívio do sofrimento (cuidados paliativos).

Dentre os princípios éticos e bioéticos norteadores de conduta médica preponderam os princípios da não maleficência (deriva do juramento Hipocrático, do latim *primum non nocere*), e do respeito à autodeterminação do doente¹ (capacidade do mesmo de decidir por si mesmo de forma livre, consciente e esclarecida). A partir da autodeterminação do doente são estabelecidas as possibilidades ético-jurídicas: (i) aceitação de tratamento (declara que consentirá na realização de determinado tratamento se vier a se encontrar “incapaz” de decidir naquele momento); (ii) a recusa de determinados tratamentos (declara a recusa frente alguns procedimentos médicos, tais como, suporte artificial de vida quando diante de uma doença terminal ou no caso de Testemunhas de Jeová que,

por motivos religiosos, não aceitam transfusões sanguíneas); e, ainda, (iii) nomeia-se um procurador (esse decidindo pelo paciente quando o mesmo estiver incapaz – RENTEV).

No campo do direito passa a ser necessário estabelecer a ponderação dos direitos em conflito, tais como: (i) direito à vida; (ii) direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde; (iii) o direito a organização da própria morte; (iv) o direito à liberdade de consciência e de religião; e (v) o direito a morrer em paz e com dignidade (MELLO; NUNES, 2011, p. 177-178). Conflitos esses que nos oferecem uma pluralidade de reflexões que merecem ser aprofundadas oportunamente, mas que se torna importante pontuá-las visto que nos demonstra de uma forma inequívoca a importância de um diálogo interdisciplinar entre o Direito, Moral e Medicina que possibilita a partir de um fato social se chegar a uma legislação harmoniosa e equilibrada e que contempla os interesses dos doentes, dos médicos e dos juristas. Fato que podemos constatar pelas palavras do Presidente da Associação Portuguesa de Bioética, manifestada nos seguintes termos:

A nível da medicina tratou-se de uma revolução tranquila, porquanto o paternalismo médico teve que se abrir aos ventos da pós-modernidade e permitir o exercício da liberdade ética individual. Mas o Testamento Vital encerra não apenas uma dimensão ética e deontológica, para médicos e outros profissionais de saúde, mas também uma dimensão jurídica apreciável. Por isso desafiei a Professora Helena Pereira de Melo para elaborar comigo uma proposta concreta de diploma legal de modo a que o legislador, com toda a legitimidade democrática que lhe assiste, pudesse ter uma base de trabalho para criar uma lei consentânea com as necessidades e desejos da população portuguesa. (MELLO; NUNES, 2011, p. 13)

Como vimos, a partir dessa proposta foi então construída a trajetória ético-jurídica da Lei 25/2012 (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012),

¹ Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, 2005. Art. 5º e art. 6º, § 1.





percurso esse que demonstraremos no próximo tópico.

3.2 Trajetória ético-jurídico-social da Lei nº 25/2012, que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade sob a forma de Testamento Vital em Portugal

Em 2006 a Associação Portuguesa de Bioética apresentou à Assembleia da República um Projeto de Diploma nº P/06/APB/06 (MELLO; NUNES, 2006) que regulava o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e propunha a criação do correspondente registro nacional. Parecer esse que segundo Pereira (2015) constituiu um exemplo de participação democrática e envolvimento da sociedade civil em assuntos bioéticos.

No período de 2010 a 2011 foram apresentados quatro projetos de leis à Comissão Parlamentar de Saúde, que após serem votados e aprovados, foi construído uma redação única pela Comissão de Especialidade (Saúde) que culminou com a sua aprovação como Lei nº 25/2012 em 01 de junho de 2012. Pereira (2015) aponta que esse dispositivo legal trouxe ganhos qualitativos, no qual elenca três pontos que foram importantíssimos para que a mesma pudesse aumentar o seu grau de abrangência e dar maior proteção as vulnerabilidades. Tais como: (i) não ser esse um registro obrigatório; (ii) não fazer referência explícita ao caráter terminal da doença (limitando assim o acesso a pessoas com doenças neuro-degenerativas (Alzheimer) que poderiam previamente ao seu estado de total incapacidade manifestar suas DAV, e, ainda, às Testemunhas de Jeová que gostariam de serem respeitadas suas recusas a algumas terapias médicas se as mesmas estiverem inconscientes); e (iii) pelo fato de que as DAV seriam válidas mesmo depois de decorrido o prazo de 5 anos, desde que o

outorgante tenha ficado incapaz nesse tempo (pois só assim é assegurado que um doente o qual foi diagnosticado uma doença neuro-degenerativa (Alzheimer), e que lavrou, junto ao notário, um testamento vital, tenha a segurança de que elas serão cumpridas mesmo que ele sobreviva mais de cinco anos (PEREIRA, 2015, p. 595)).

Torna-se importante salientar que esse processo em que foi construída a Lei de Testamento Vital Portuguesa parte de um fato social que busca no Sistema Jurídico a sua validação através do estabelecimento de critérios de validade jurídica do ponto de vista interno do direito (*officials*) e que pode ser reconhecido (regra de reconhecimento de Hart), para assim ser um direito válido. Como essa lei traz na sua essência valores morais, podemos, então, estabelecer uma reflexão à luz do *soft* positivismo de Hart, permitindo-nos a admitir uma conexão contingente e suficiente entre o Direito e Moral (positivismo inclusivo – incorporacionismo).

Partindo de tal proposição, no capítulo seguinte pontuaremos, segundo o nosso entendimento, situações que nos permitirão estabelecer um link com um sistema jurídico complexo (Hart) e os critérios de validade jurídica desse dispositivo legal que se refletem nas concepções defendidas por Hart condizentes com um *soft* positivismo.

4 *SOFT* POSITIVISMO E A LEI PORTUGUESA DE TESTAMENTO VITAL

Refletindo à luz do *soft* positivismo hartiano demonstraremos pontos em que a Lei nº 25/2012 estabelece semelhanças em relação ao pensamento de Hart no que pertine as conexões entre Direito e Moral – que caracteriza suas posições como as de um juspositivista inclusivo. Analisaremos esse dispositivo legal do ponto de vista formal e do ponto de vista material. Inicialmente há de se enfatizar a questão formal da Lei do Testamento vital, que a exemplo do que





Hart afirma ser um sistema jurídico complexo formado de regras primárias e secundárias, pode representar uma regra que o jusfilósofo denomina de regras de “alteração” (*rules of change*) – ao estabelecer a possibilidade de elaboração de novas regras primárias que surgem a partir de fatos sociais emergentes, visando remediar o caráter estático do direito. Como todas as regras secundárias no modelo hartiano atribui poderes no sentido de possibilitar que o “doente” expresse a sua autodeterminação em relação aos cuidados médicos, mesmo se estiver incapaz de decidir no momento (**consentimento presumido**). Analisando do ponto de vista material refletiremos a partir do que Hart chama de conteúdo mínimo do Direito Natural (possibilidade de aproximação do direito e a moral), por meio dos cinco “truísmos” propostos por ele e que devem, ao sentir do autor, ser contemplados em um sistema jurídico.

5 CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO NATURAL E A LEI DE TESTAMENTO VITAL

5.1 Vulnerabilidade

Hart admitia a vulnerabilidade do ser humano perante ofensas corporais e morte. Hodiernamente, através da evolução biotecnológica e no contexto de uma sociedade plural, já se permite prever outros tipos de “vulnerabilidades”. Exemplificando no contexto de nossa reflexão, podemos identificá-la em relação a uma pessoa que devido a uma doença neurodegenerativa se apresenta incapaz de exercer a sua autodeterminação, e, ainda, outro exemplo seria das Testemunhas de Jeová, que por motivos religiosos, afirmam suas recusas a determinadas terapias médicas, mesmo estando em um estado de inconsciência. Essa proteção foi contemplada na Lei no artigo 7º, nº 3: “O documento de diretivas antecipadas de vontade

mantém-se em vigor quando ocorra a incapacidade do outorgante no decurso do prazo referido no n.º 1” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012).

5.2 Igualdade aproximada

Segundo o jusfilósofo a igualdade aproximada deve ser requerida visando evitar que os mais “fortes” subjuguem os mais fracos. Podemos observar esse “truísmo” no art. 10º, que descreve critérios que evocam a igualdade: “Ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro, em virtude de ter ou não outorgado um documento de diretivas antecipadas de vontade.” E ainda no art. 11, nº 3, no qual apresenta critérios que estabelecem limites para que possa ser evitado que os mais “fortes” subjuguem os mais fracos:

Não podem ser nomeados procurador de cuidados de saúde: a) Os funcionários do Registro previsto no artigo 1.º e os do cartório notarial que intervenham nos atos regulados pela presente lei; b) Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012)

5.3 Altruísmo limitado

A semelhança do proposto “truísmo” pode ser identificada pelo art. 9º do referido dispositivo legal, que estabelece o direito facultado aos profissionais de saúde de objeção de consciência e ainda estabelece critérios para que os mesmos possam exercê-los, conforme transcrição abaixo:

- 1 - É assegurado aos profissionais de saúde que prestam cuidados de saúde ao outorgante o **direito à objeção de consciência** quando solicitados para o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade.
- 2 - O profissional de saúde que recorrer ao direito de objeção de consciência deve indicar a que disposição ou disposições das diretivas antecipadas de vontade se refere.





3 - Os estabelecimentos de saúde em que a existência de objetores de consciência impossibilite o cumprimento do disposto no documento de diretivas antecipadas de vontade devem providenciar pela garantia do cumprimento do mesmo, adotando as formas adequadas de cooperação com outros estabelecimentos de saúde ou com profissionais de saúde legalmente habilitados. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012, grifo nosso)

5.4 Recursos limitados

Por analogia podemos extrair que esse texto normativo estabelece critérios de limite aos profissionais de saúde, que passam a ter responsabilidade de consultar o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV), sempre que se fizer pertinente o que está estabelecido no art. 17º, nº 1: “O médico responsável pela prestação de cuidados de saúde a pessoa incapaz de expressar de forma livre e autônoma a sua vontade, assegura da existência de documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registrados no RENTEV” (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012).

5.5 Compreensão e força de vontade limitadas

Para Hart devem existir regras de coerção para aqueles que tentarem obter vantagens do Sistema e para esse intuito deve ser estabelecido sanções. A Lei portuguesa de Testamento Vital dedica somente um artigo para exercer essa “coerção” e ao mesmo tempo a previsão de sanção no que pertine à quebra de confidencialidade expressa no art. 18º abaixo referido:

1 - “Todos aqueles que no exercício das suas funções tomem conhecimento de dados pessoais constantes do documento de diretivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde **ficam obrigados a observar sigilo profissional**, mesmo após o termo das respectivas funções.

2 - A violação do dever a que se refere o número anterior constitui **ilícito disciplinar, civil e penal, nos termos da lei**. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012)

5.6 Validade jurídica e validade moral

Hart afirma que se o sistema jurídico for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter lealdade de muitos durante a maior parte do tempo e será conseqüentemente mais estável. O autor estabelece seis formas para o estabelecimento de uma conexão conceitual contingente entre direito e moral, sendo que, nessa nossa reflexão acerca do *soft* positivismo hartiano e a Lei nº 25/2012, analisaremos três dos mesmos, tais como: (i) o poder e a autoridade; (ii) a influência da moral sobre o direito; e (iii) a interpretação.

5.7 O poder e a autoridade

O poder e autoridade do direito se baseiam em uma **regra de reconhecimento** (*rule of recognition*) que permite estabelecer critérios jurídicos de um ponto de vista interno do direito que estabelecem a sua validade. Para os que defendem a tese do positivismo inclusivo (incorporacionismo) a identificação da regra de reconhecimento está na legitimidade de autoridade (COLEMAN, 2012). Segundo Nunes e Mello (2011, p. 160) “o testamento de paciente é um documento escrito, redigido por um indivíduo capaz à data de assinatura, i.e., não menor de idade e não interdito por anomalia psíquica”.

Segundo os autores podemos dividir a validade da Lei nº 25/2012 em dois pontos: (i) a validade do testamento do paciente, que pode estabelecer dois critérios diferentes, o de aceitação de tratamento e o de recusa de tratamento; e (ii) a validade de nomeação de um procurador.

5.8 A validade de aceitação de tratamento





Os aplicadores do Direito (advogados, doutrinadores, juízes e funcionários) recorrem ao ordenamento jurídico com o interesse de estabelecer critérios (ponto de vista interno) que possam ser reconhecidos pela regra de reconhecimento hartiana buscando a validade desse direito posto. No que pertine à validade de aceitação de tratamento, segundo os autores acima elencados, essa validade está fundamentada no ordenamento jurídico português sendo que esse consentimento efetivo é equiparado ao consentimento presumido conforme os autores demonstram:

Segundo o nosso ordenamento jurídico, em regra, uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico apenas pode ser efetuado com o consentimento do paciente, o qual “só é eficaz, se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento que presta”. A esse consentimento efetivo é, no entanto, o **consentimento presumido**, que pode ser invocado a título subsidiário, quando não por possível obter a manifestação expressa da vontade do paciente ou esperar por essa obtenção por haver perigo sério de vida ou saúde na demora. Nesses casos, a intervenção ou tratamentos não são punidas, se, como determina o nº 2 do artigo 156º do Código Penal. (MELLO; NUNES, 2011, p. 162, grifo nosso)

Pelo exposto o consentimento presumido preenche um dos critérios de validade no sentido de aceitação de tratamento médico-cirúrgico de paciente incapaz de exercer sua autodeterminação.

5.9 A validade de recusa de tratamento

Segundo Nunes e Mello (2011) os critérios de validade no plano jurídico-penal no qual o testador declara recusa à realização de determinadas terapias médico-cirúrgico é de muito mais difícil solução. Os autores enumeram duas correntes doutrinárias que estabelecem soluções para esse conflito; uma à luz do Direito Penal e outra a partir de “casos concretos”, buscando concordância prática dos Direitos

Fundamentais. Aqueles que não reconhecem essa validade a expressam afirmativamente evocando o regime privilegiado do consentimento presumido, conforme explicitado pelos autores:

A generalidade dos Autores que se têm pronunciado sobre a matéria no nosso país responde afirmativamente a essa questão, defendendo que o regime privilegiado do consentimento presumido constante do nº 2 do artigo 156º opera como via de legitimação de uma transfusão sanguínea urgente para salvaguardar a vida de uma Testemunha de Jeová. O principal argumento que invocam é o de que na ausência de consentimento (o dissentimento) não é actual e, logo, não é eficaz. (MELLO, NUNES, 2011, p. 162)

Esse critério está referendado na lei portuguesa através do artigo 6º, nº 4 e 5:

4 Em caso de urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente, a equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde **não tem o dever de ter em consideração as diretivas antecipadas de vontade**, no caso de o acesso às mesmas poder implicar uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante.

5 A decisão fundada no documento de diretivas antecipadas de vontade de iniciar, não iniciar ou de interromper a prestação e um cuidado de saúde, deve ser inscrita no processo clínico do outorgante. (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2012, grifo nosso)

Por outro lado, aqueles que defendem a validade de recusa o fazem através de outra interpretação dada ao mesmo artigo 156º do Código Penal, de que o médico deve respeitar *prima facie* a autodeterminação prévia à sua inconsciência, o que podemos demonstrar pelas ponderações de Pereira (2015): “*De jure condito*, o médico deverá, *prima facie*, respeitar as orientações do paciente ou de seu representante *ad hoc*, devendo-se acolher a autonomia precedente, visto que o paciente está em uma situação de inconsciência.”

Alargando mais esse debate Nunes e Mello (2011) apresentam a seguinte solução: “Parece-nos que a solução terá que ser encontrada, caso a caso, através de um esforço de concordância prática dos direitos fundamentais e interesses





juridicamente protegidos em conflito” (MELLO; NUNES, 2011, p. 174). Como vimos, talvez a melhor solução no caso das Testemunhas de Jeová, bem como a dos doentes portadores de doenças neuro-degenerativas seja validar a sua recusa através da nomeação de um procurador, tema que discutiremos no próximo tópico.

5.10 Validade de nomeação de Procurador

Nesse ponto Pereira (2015) expõe que a validade desse instituto se encontra em serem satisfeitas duas condições: que o testador e o procurador tenham previamente conversado sobre a opinião do primeiro relativamente aos seus valores e as opções que o mesmo tomaria numa determinada situação se estivesse capaz, e que deva ser estabelecido os mesmos requisitos formais contidos na Lei nº 25/2012 que estabelece no art3º, nº 1;

As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital ou notário, do qual conste, estabelecendo como critério de validade que nomeação do procurador deva ser reconhecida e assinada presencialmente perante o funcionário, devidamente habilitado do Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV) ou Notário. (PEREIRA, 2015, p. 572)

Para o autor, essas seriam as duas maneiras eficazes e admitidas como critérios que validariam esse documento do ponto de vista jurídico.

5.11 A influência da Moral sobre o Direito

Hart à luz da tese do *soft* positivismo estabelece uma possível conexão entre o Direito e Moral Social, defendendo que esta possa ser estabelecida de duas maneiras: a primeira ele nomeia como uma forma abrupta e condizente com um Legislativo ativo e a outra mais lenta

através de jurisprudências, a partir de processos judiciais.

Em seu pós-escrito o Jusfilósofo expande mais essa visão e atribui às regras de reconhecimento esse elo capaz de utilizar um critério moral como identificação de um direito válido. Ao examinarmos o processo de construção da Lei Portuguesa de Testamento Vital, observamos que essa surge de um anseio de uma sociedade plural em busca de um valor moral (direito à dignidade ao morrer), que foi referendada e aprovada pela Assembleia da República Portuguesa, se tornando assim um direito positivado (reconhecida e validado como uma regra jurídica).

Fica então claro, no nosso entendimento, que esse dispositivo legal é um exemplo do modelo hartiano de conexão entre o Direito e Moral à luz do *soft* positivismo em Hart.

5.12 A interpretação

Complementando a abordagem anterior, e nos referindo ao segundo ponto abordado por Hart, como uma possível conexão entre o Direito e Moral, que seria através da jurisprudência. Observa-se que ela pode ser percebida a partir da interpretação em “casos concretos” que geram “conflitos” entre as ponderações de Direitos Fundamentais, sendo, pois, requerido uma atividade criadora dos juízes (expressão utilizada por Hart), sendo que os mesmos devam estar imbuídos de virtudes tais como “imparcialidade” e “neutralidade” e que encontrem uma solução mais justa para “casos difíceis”.

Esse processo “interpretativo” que para Hart aparece pelo fato do Direito apresentar uma textura aberta, que através do poder discricionário do juiz, permite a adoção de critérios morais em suas sentenças e assim contribuir de uma forma silenciosa para uma atividade do juiz de “criar direito” por meio de jurisprudência. No que tange a nossa reflexão acerca da Lei nº 25/2012, por ser





a mesma recente, ainda não existem jurisprudências sobre essa temática que por nós tenham sido identificadas em pesquisa nos Tribunais Superiores de Portugal.

CONCLUSÃO

É importante ressaltar que a trajetória ético-jurídica com que foi construída a Lei nº 25/2012, que regula sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade sob a forma de Testamento Vital, permite garantir a partir dos critérios que a validam como uma regra jurídica e por conseguinte como um direito válido, assegurar para os profissionais de saúde e os doentes, uma legitimidade em suas condutas, garantindo assim uma segurança

jurídica. Essa segurança auxilia a dirimir conflitos sempre presentes em uma sociedade global e plural. A nosso ver, essa é uma grande contribuição do *soft* positivismo de Hart, que permite, através de conteúdos mínimos de um direito natural e da possibilidade da regra de reconhecimento, atribuir critérios morais, validar regras que correspondam a “valores morais” evocados por uma sociedade moderna e um legislativo ativo garantidor de um Estado Democrático de Direito. Essa construção interdisciplinar e transdisciplinar que congregou saberes médicos, éticos e jurídicos coloca Portugal em destaque no cenário internacional e é, pois, digno de louvor.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, André Santos. *Glosas Abertas de Filosofia do Direito*. Lisboa: Quid Juris, 2013.
- COLEMAN, Jules L. Rules and social facts. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 14, p. 703-725, 1991.
- COLEMAN, Jules L. *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell Publishing, 2008.
- HIMMA, K. E. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed.). *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- MELLO, Helena Pereira de; NUNES, Rui. *Parecer N.º P/05/APB/06 sobre as Directivas Antecipadas de Vontade*. Disponível em: <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.
- MELLO, Helena Pereira de; NUNES, Rui. *Testamento Vital*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.





REPÚBLICA PORTUGUESA. Assembleia da República. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV). *Diário da República*, 1.ª série, n.º 136, 16 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/0B43C2DF-C929-4914-A79A-E52C48D87AC5/0/TestamentoVital.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

PALESTRA: O POSITIVISMO JURÍDICO DEPOIS DE DWORKIN – Msc. André Coelho. COELHO, André. II Jornada de Teoria do Direito: as contribuições de Ronald Dworkin para o pensamento jurídico contemporâneo. Belém, Pará: Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito, 2014. 155 min. Disponível em: <<https://youtu.be/TsRNJzo-lkA>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positivista do Direito*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

Recebido em: 30/09/2016
Aceito em: 16/02/2017



