

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

JERÔNIMO ERIG WEILLER

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DE DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DO PROJETO DE
HART EM “O CONCEITO DE DIREITO”**

Porto Alegre

2023

JERÔNIMO ERIG WEILLER

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DE DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DO PROJETO DE
HART EM “O CONCEITO DE DIREITO”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na Publicação

Weiller, Jerônimo Erig

Uma Análise Crítica de Diferentes Interpretações do Projeto de Hart em "O Conceito de Direito" / Jerônimo Erig Weiller. -- 2023.

126 f.

Orientador: Paulo Baptista Caruso MacDonald.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. H. L. A. Hart. 2. Filosofia do direito. 3. Análise conceitual. 4. Definição estipulativa. 5. Filosofia da linguagem ordinária. I. MacDonald, Paulo Baptista Caruso, orient. II. Título.

JERÔNIMO ERIG WEILLER

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DE DIFERENTES INTERPRETAÇÕES DO PROJETO DE
HART EM “O CONCEITO DE DIREITO”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2023.

Resultado: Aprovado.

BANCA EXAMINADORA:

Paulo Baptista Caruso MacDonald (Orientador)
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Lucas Miotto Lopes
School of Law
University of Surrey

Paulo Francisco Estrella Faria
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Wladimir Barreto Lisboa
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Dedico esta dissertação à
minha mãe, que tanto me
apoiou quando passei por
momentos difíceis logo após a
banca.

AGRADECIMENTOS

Quando escrevi meu TCC no curso de direito, agradei a meio mundo, por acreditar que cada pessoa contribuiu um pouquinho à sua maneira para a consecução daquele trabalho; no caso do mestrado, a lista é maior ainda.

Mais uma vez, agradeço à minha família pelo apoio constante, que foi ainda mais importante neste período, mais estressante que a graduação.

Agradeço a todos os amigos que já havia mencionado naquela época, assim como a todos aqueles que fiz nesse meio tempo: o pessoal do grupo do Valorant, o pessoal do grupinho da Júlia, as amizades que fiz na pós-graduação e na graduação em filosofia e o pessoal do grupo do futebol da filosofia, dentre outros. Agradeço especialmente ao pessoal que foi junto para a ANPOF ano passado; foi uma experiência incrível. Dentre estes, agradeço em especial ao Artur, que sempre foi muito parceiro desde a época do direito, e ao Northon, com quem foi uma honra dividir a experiência do estágio-docência. Também agradeço em especial ao pessoal da cadeira de Lógica II: a Júlia, o Arthur, o Peterson e o Wesley. Outras amizades que surgiram pela filosofia a quem eu não poderia deixar de agradecer especialmente são o Daniel, o Gustavo, o Breno, o Jean, o Darlan, o Nicolas, a Natália, o Victor Hugo, a Elisa, o João, o Thomas, o Lucas e a Manu. Também gostaria de agradecer ao Fagundes, que digitou “1” no *twitter* quando eu pedi para que fizesse isso quem acreditasse que eu conseguiria escrever os três ensaios que precisava no primeiro semestre da pós.

Agradeço à CAPES pela concessão da bolsa. Agradeço à Nicolli, responsável por eu manter a sanidade durante todo esse processo e para além dele. Também agradeço às pessoas responsáveis pelas músicas que me ajudaram a dar conta deste mestrado.

Novamente, agradeço pelos ensinamentos a todos os professores de filosofia que tive ao longo da vida, número este que aumentou consideravelmente ao longo destes dois anos. E, mais uma vez, agradeço especialmente ao meu orientador, Paulo Baptista Caruso MacDonald, pelo apoio constante, pelas ótimas sugestões de leitura e por sempre termos ótimas discussões, mesmo que nem sempre concordando quanto a tudo.

*What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet;*

- Julieta

RESUMO

A presente dissertação compara diferentes interpretações do projeto de Hart em “O Conceito de Direito”, examinando as evidências a favor de cada uma e tentando estabelecer em que medida elas são caridosas. A primeira interpretação considerada é aquela segundo a qual o objetivo do autor era o de realizar análise conceitual modesta, buscando apenas determinar em que termos a maioria das pessoas descreveria situações hipotéticas. Após uma análise geral do livro demonstrar que ele é compatível com essa interpretação, é argumentado que essa visão do projeto hartiano imporá limites às críticas que ele poderia despende contra outros autores. A segunda interpretação é a de que Hart estaria definindo estipulativamente um sentido para o termo “direito” devido às consequências políticas positivas que adviriam do uso do termo nesse sentido; essa interpretação igualmente possui evidências a seu favor, mas é limitada quanto às críticas a outros autores que permitiria. Diversas atividades que já foram denominadas “definição real” também são levadas em consideração, mas nenhuma parece ser uma interpretação válida do projeto da obra. Por fim, considera-se a hipótese de que Hart estaria fazendo análise conceitual do modo típico do movimento da “filosofia da linguagem ordinária” e, embora haja muitas evidências a favor dessa interpretação, ela não é defendida devido a críticas que podem ser feitas aos pressupostos do movimento.

Palavras-chave: H. L. A. Hart. Filosofia do direito. Análise conceitual. Definição estipulativa. Filosofia da linguagem ordinária.

ABSTRACT

The present thesis compares different interpretations of Hart's project in "The Concept of Law", examining the evidence in favor of each and trying to establish to what extent they are charitable. The first interpretation considered is that according to which the author's objective was that of doing modest conceptual analysis, trying to simply determine in what terms most people would describe hypothetical situations. After a general analysis of the book demonstrates that it is compatible with this interpretation, it is argued that this vision of the hartian project would impose limits to the criticisms that he could level against other authors. The second interpretation says that Hart was stipulatively defining a certain sense for the term "law" due to the positive political consequences that would follow from the use of the term in this sense; this interpretation equally has evidence in its favor, but is limited with regard to the criticisms to other authors that it would allow. Many activities that have been called "real definition" are also taken into consideration, but none seems to be a valid interpretation of the work's project. Finally, the hypothesis that Hart was doing conceptual analysis in the manner typical of the "ordinary language philosophy" movement is considered and, though there is much evidence in favor of this interpretation, it is not defended due to criticisms that may be directed to the presuppositions of the movement.

Keywords: H. L. A. Hart. Philosophy of law. Conceptual analysis. Stipulative definition. Ordinary language philosophy.

APOIO DE FINANCIAMENTO CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código 001.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2. HART ENQUANTO ANALISTA CONCEITUAL..... | 13 |
| 2.1. Análise Conceitual Segundo Jackson..... | 13 |
| 2.2. A Teoria de Hart Enquanto Análise Conceitual..... | 18 |
| 2.3. O Desafio de Williams a esse Projeto..... | 51 |
| 3. HART ENQUANTO DEFINIDOR ESTIPULATIVO..... | 61 |
| 3.1. Em Que Consiste a Definição Estipulativa..... | 61 |
| 3.2. A Teoria de Hart Enquanto Definição Estipulativa..... | 65 |
| 4. HAVERIA OUTRAS SAÍDAS PARA HART?..... | 77 |
| 4.1. “Definição Real”..... | 77 |
| 4.2. Filosofia da Linguagem Ordinária..... | 86 |
| 4.2.1. Em Que Consiste a Filosofia da Linguagem Ordinária..... | 87 |
| 4.2.2. Evidências da Filosofia da Linguagem Ordinária em Hart..... | 98 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 105 |
| REFERÊNCIAS..... | 107 |
| APÊNDICE..... | 115 |

1. INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem como objetivo analisar diferentes interpretações possíveis do projeto de Hart em “O Conceito de Direito”, estabelecendo a quantidade de evidências a favor de cada uma e em que medida elas são caridosas. Ainda que o foco seja em “O Conceito de Direito”, outros escritos de Hart servem como evidência a favor de certas interpretações.

O primeiro capítulo é dedicado à hipótese de que o seu projeto seria um de análise conceitual modesta, ou seja, aquela que considera relevantes pesquisas sobre como a maioria das pessoas descreveria situações hipotéticas e não pretende, a partir disso, chegar a conclusões sobre como o mundo de fato é. Para esse fim, inicialmente é analisado o livro “From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis”, de Frank Jackson, para caracterizar esse tipo de análise conceitual; posteriormente, é feita uma breve reconstrução de todo o percurso argumentativo de “O Conceito de Direito”, analisando os trechos que são compatíveis com essa interpretação; por fim, são apontados limites que essa interpretação impõe à capacidade de Hart de criticar outros autores, por meio da obra de Glanville Williams.

O capítulo seguinte é dedicado à hipótese de que o objetivo de Hart seria o de definir estipulativamente um sentido para o termo “direito”, devido às consequências políticas desejáveis desse modo de uso do termo pela sociedade em geral. O capítulo é iniciado com uma explicação da atividade de definição estipulativa a partir da obra “Definition”, de Richard Robinson, e é seguido de uma análise de dois autores que dão ênfase a essa visão da obra de Hart, Liam Murphy e Fernando Atria. Também são apontados os limites que essa interpretação impõe à capacidade de Hart de criticar outros filósofos do direito.

O terceiro e último capítulo busca examinar se há outras visões possíveis quanto aos objetivos de Hart na obra. Diversas atividades listadas por Robinson que já foram denominadas “definição real” são consideradas, mas é concluído que nenhuma é uma boa candidata. Por fim, leva-se em consideração a hipótese de que Hart estaria fazendo análise conceitual de um modo diferente de Jackson, qual seja, aquele típico do movimento conhecido como “filosofia da linguagem ordinária”. Para esse fim, inicialmente são mencionadas e criticadas algumas das principais

características desse movimento e em seguida são apontadas evidências do seu método nos escritos de Hart.

É concluído que as maiores evidências apontam para a hipótese de que Hart buscou fazer análise conceitual do modo típico da “filosofia da linguagem ordinária”, mas, como esse movimento pode ser criticado sob vários aspectos, a leitura mais caridosa é a de que ele buscava fazer análise conceitual de uma maneira similar a Jackson, mas forneceu também uma defesa em paralelo de uma definição estipulativa do termo “direito”.

Um último comentário: ao longo desta dissertação, o leitor notará que abordei temas não somente de filosofia do direito, mas também de filosofia da linguagem. Para além de simplesmente descrever posições, tomei partido dentre elas e adotei teses controversas. Isso pode ser considerado uma má ideia em uma dissertação, já que abriria mais espaço para críticas ao trabalho. Em resposta a essa visão, cito Daniel Dennett, que diz que “muitas vezes aprendemos mais com erros audaciosos do que com equívocos cautelosos”;^{1 2} talvez nem tudo nesta dissertação seja correto, mas isso deve gerar mais reflexões do que um texto que apenas repita questões incontestadas.

¹ Todas as traduções da dissertação, quando não estiverem referenciando um livro que já é uma tradução, são traduções livres.

² DENNETT, Daniel Clement. **Consciousness Explained**. Londres: Penguin Books, 1993, p. xi.

2. HART ENQUANTO ANALISTA CONCEITUAL

2.1. Análise Conceitual Segundo Jackson

Muitas passagens de “O Conceito de Direito” parecem se encaixar na atividade chamada “análise conceitual”, como o próprio nome do livro já sugere. Para enxergar quais argumentos se encaixam nessa atividade, contudo, é importante entender bem em que ela consiste. Utilizemos o livro de Frank Jackson sobre o tema como base.³

Em resumo, praticar análise conceitual é dizer “quando uma história contada em um vocabulário é tornada verdadeira por outra contada em um vocabulário supostamente mais fundamental”.⁴ Por exemplo: uma tentativa de análise do conceito de “conhecimento” é dizer que sempre que dizemos que “x tem conhecimento de que y”, poderíamos igualmente dizer que “x tem uma crença verdadeira justificada de que y”. Essa foi a tentativa adotada por muitos autores, mas que foi questionada a partir do famoso *paper* de Gettier.⁵

A análise conceitual trata tipicamente, porém, de nossas *concepções ordinárias* de alguma coisa, ou, ao menos, algo suficientemente próximo delas.⁶ É importante ter isso em mente porque é possível que, durante um debate sobre qual o conceito a que x se refere, uma das partes defina x arbitrariamente, de modo a conseguir provar o que quer, mas indo contra a noção da maioria das pessoas sobre x.

Tomemos um exemplo de Jackson para ilustrar isso: quando debatemos a compatibilidade do livre-arbítrio com o determinismo, normalmente temos em mente a concepção de livre-arbítrio da maioria das pessoas. Se um filósofo dissesse que, para ele, ação livre é “toda ação que um agente não teria realizado caso não quisesse realizá-la”, é incontroverso que o que ele chama de “ação livre” existe. Isso não resolveria, contudo, todas as perplexidades que surgem da nossa concepção ordinária de livre-arbítrio, já que essa estipulação simplesmente ignora nossa

³ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁵ GETTIER, Edmund Lee. **Is Justified True Belief Knowledge?**. *Analysis*, vol. 23, no. 6. Oxford: Oxford University Press, 1963, pp. 121-3.

⁶ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 31.

concepção.⁷ Praticar análise conceitual desse modo seria ignorar todo o debate em que as outras pessoas estão engajadas e falar consigo mesmo.

Isso nos leva à questão: como chegar à nossa concepção ordinária de alguma coisa? Para isso, precisamos analisar nossas intuições sobre o que conta e o que não conta como uma instância dessa coisa e, a partir dessas intuições, depreender o que é mais central no nosso conceito e o que não é necessário para que tenhamos uma instância dele. Assim, chegamos à nossa teoria desse conceito. Unindo as teorias da maioria das pessoas e percebendo o que elas têm em comum, chegamos à “teoria *folk*” (popular) desse conceito, e é isso que devemos analisar se não quisermos definir arbitrariamente termos para evitar controvérsias.⁸

O fato de os casos de Gettier não serem considerados instâncias de conhecimento pela enorme maioria das pessoas, portanto, revela algo sobre a teoria “*folk*” do conhecimento (a saber, que para essa teoria conhecimento não é simplesmente uma crença verdadeira justificada). Caso alguém insista que, para si, os casos de Gettier são casos de conhecimento (como Jackson diz já ter visto alguns filósofos sustentarem), essa pessoa estará se afastando da nossa concepção ordinária de conhecimento, que é utilizada constantemente e se beneficiaria de algum esclarecimento.⁹

Todo esse processo para chegar à teoria “*folk*”, contudo, não possui um método perfeito. É preciso formar hipóteses quanto à análise de conceitos e testá-las posteriormente observando a reação das pessoas a casos concretos. Por mais que estejamos confiantes quanto a uma análise, sempre é possível que tenhamos deixado escapar algum elemento do conceito.¹⁰ A crença milenar de que conhecimento seria uma crença verdadeira justificada deixa isso muito claro.

Embora ao questionar as pessoas nós utilizemos palavras para determinar se certas coisas são instâncias de um conceito, nossa análise não é simplesmente uma análise sobre o uso de alguma palavra específica. O enfoque são os casos abarcados pela palavra, e não a palavra que os abarca.¹¹ Brian Leiter desenvolve esse ponto ao afirmar que conceitos, e não palavras, são os objetos das atitudes proposicionais. Ele nos dá o exemplo de que “*it’s against the law*” e “*the legislature*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, pp. 31-2.

⁹ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 175-6.

¹¹ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 33.

has prohibited it” usam palavras diferentes para se referir ao mesmo conceito, qual seja, o de ilegalidade.¹² Parece-me que o exemplo de Leiter não é perfeito, pois algo ser “*against the law*” seria mais abrangente do que ter sido proibido pelo legislativo (a ação poderia ir contra a Constituição, que não é uma lei aprovada pelo legislativo, tendo-se em vista que “*law*” em inglês nessa expressão se refere normalmente ao direito como um todo). Ainda assim, seu ponto continua válido e podemos imaginar diversos casos em que palavras diferentes se referem a um mesmo conceito (“planta” e “membro do reino *plantae*”).

Além disso, embora na análise conceitual busquemos definir que casos são abarcados pelo conceito, isso não implica que coextensão necessária seja o critério para a identidade de conceitos. Por exemplo, diz Jackson, embora todo caso de um triângulo equilátero seja necessariamente um caso de triângulo equiangular, isso não nos obriga a afirmar que se trata do mesmo conceito, pois podemos sustentar que o primeiro é um conceito composto de “triângulo” e “equilátero” e o segundo de “triângulo” e “equiangular” e, como “equilátero” e “equiangular”, por si sós, não são necessariamente coextensivos, podemos alegar que os conceitos compostos são distintos.¹³

Outro ponto importante é o de que, embora devamos analisar as respostas das pessoas sobre o que é abarcado por um conceito para determinar a sua concepção ordinária, essas respostas são idealmente submetidas a algum nível de escrutínio. Ao determinar se a classificação de alguém de algo como K revela seu conceito de K-idade, deve-se levar em consideração:

O papel teórico que dá à K-idade, evidências que dizem respeito a outros casos que considera como instâncias de K, sinais de pensamento confuso por parte dela, casos em que a classificação é, sob exame, derivativa (diz que é um K porque é obviamente um J e pensa, derrotavelmente, que qualquer J é um K), a prontidão para voltar atrás após questionamentos e coisas do gênero.¹⁴

¹² LEITER, Brian. **Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis**. In: Hart’s Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 358.

¹³ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 34.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 35-6.

É claro, esse tipo de análise não é uma atividade privativa dos filósofos. Psicólogos, sociólogos, cientistas políticos e todo tipo de gente muitas vezes buscam determinar, empiricamente, o que outras pessoas consideram como sendo ou não uma instância de um certo conceito.¹⁵ Jackson diz que, na sua experiência, isso gera um tipo curioso de crítica: a de que, se ele estiver correto, deveríamos realizar pesquisas para ver a opinião das pessoas sobre que casos são abarcados por um conceito. A sua resposta simples, com a qual concordo, é a de que sim, deveríamos; caso não seja muito claro se um caso é abarcado por um conceito, ver a opinião da maioria das pessoas nos mostraria a teoria “*folk*” daquele conceito, muito embora às vezes esse exame se aproxime de um questionamento socrático. Parece-me um pouco pretensioso acreditar que um filósofo em sua poltrona sempre saberá como as pessoas classificariam normalmente quaisquer casos hipotéticos que ele imaginar. Isso não significa, contudo, que não saibamos muitas vezes que um caso imaginado por nós é um caso típico daquele conceito.¹⁶

Jackson também diferencia dois papéis que podemos atribuir à análise conceitual: um papel modesto e um imodesto. Ele defende que nos restrinjam ao papel modesto, e também nisso concordo com sua posição. Para esclarecer essa distinção, tomemos o exemplo que ele mesmo traz, sobre o tratamento dado à mudança por teorias quadridimensionalistas.¹⁷

Teorias quadridimensionalistas afirmam, em essência, que os objetos se estendem não apenas ao longo de três dimensões que chamaríamos ordinariamente de espaciais, mas também ao longo de uma temporal; isso se baseia na teoria da relatividade de Einstein, em que espaço e tempo não são aspectos diferentes do universo como na física newtoniana, mas formam juntos o espaço-tempo.¹⁸ A mudança de objetos ao longo do tempo, portanto, seria apenas mudanças nas outras três dimensões desses objetos ao longo da dimensão temporal.

Peter Geach critica essa teoria da mudança,¹⁹ citando McTaggart,²⁰ porque um atizador esquentado com o tempo só teria partes temporais de diferentes

¹⁵ *Ibid.*, pp. 32-3.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 36-7.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 42-4.

¹⁸ EINSTEIN, Albert. **Relativity: The Special and General Theory**. Tradução de: Robert W. Lawson. Nova Iorque: Pi Press, 2005, pp. 72-5.

¹⁹ GEACH, Peter. **Some Problems about Time**. In: GEACH, Peter. *Logic Matters*. Oxford: Basil Blackwell, 1972, p. 304.

²⁰ MCTAGGART, John McTaggart Ellis. **The Nature of Existence, vol. 2**. Cambridge: Cambridge University Press, 1927, pp. 14-5.

temperaturas, o que não seria mais “mudança” do que ele ter temperaturas diferentes ao longo de sua extensão espacial. Ou seja, Geach afirma que nós *não chamaríamos isso de mudança*, devido a nossas intuições. Ele sustenta que, se a teoria quadridimensionalista estiver correta, teríamos de dizer que *nada muda no mundo*, no sentido usual atribuído a essa palavra pela maioria das pessoas. Apenas reconhecer isso seria o papel modesto.

O papel imodesto seria, a partir disso, querer concluir como o mundo de fato é. Ao afirmar, por exemplo, que simplesmente *sabemos* que coisas mudam no sentido usual do termo (*à la Moore*²¹), seria possível concluir que sabemos que uma tese que contradiga isso é falsa e, portanto, que sabemos que o quadridimensionalismo é falso. O problema de um argumento desses seria como justificar essa premissa sem nos basearmos numa simples fé de que o mundo se adéqua ao nosso esquema conceitual. Para os fins desta dissertação, contudo, não precisamos ir para além do papel modesto.

Jackson busca também dar conta da crítica de Quine à noção de analiticidade,²² já que a análise conceitual parece pressupô-la. Ele afirma que, embora seja necessário algum tipo de sinonímia para essa atividade, muitas vezes a atividade de analistas conceituais se assemelha àquilo que Quine chamou de “paráfrase”, ou seja, a busca por um termo que não seja sinônimo, mas que cumpra aproximadamente nossos propósitos com a sentença original.²³

Isso porque muitas vezes a teoria “*folk*” de um conceito é abandonada após reflexão sobre suas consequências ou devido a alguma descoberta empírica. Ele traz o exemplo do livre-arbítrio: a teoria “*folk*” do livre-arbítrio parece buscar um meio termo insustentável entre o determinado e o aleatório, além de afirmar que há ações sob nosso controle, o que contradiz o determinismo. A resposta de autores compatibilistas consiste em buscar outro conceito, compatível com o determinismo, que cumpra o mesmo papel que nossa teoria “*folk*” do livre-arbítrio cumpre em questões como responsabilização moral e tratamento de terceiros. Esses autores estariam, portanto, em algum sentido, “mudando de assunto”, pois, após analisar o

²¹ MOORE, George Edward. **A Defence of Common Sense**. In: G. E. Moore: Selected Writings. Ed. Thomas Baldwin. Abingdon: Routledge, 1993, pp. 106-9.

²² QUINE, Willard van Orman. **Two Dogmas of Empiricism**. In: QUINE, Willard van Orman. From a Logical Point of View. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers, 1963, pp. 20-37.

²³ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 45.

conceito “*folk*” de livre-arbítrio, o abandonaram e buscaram outro conceito; mas “é difícil ver como poderíamos motivar melhor uma mudança limitada de assunto”.^{24 25}

Em suma: análise conceitual é a atividade de explicar algo dito em um vocabulário por meio de um vocabulário mais simples e devemos idealmente focar nos conceitos “*folk*” nessa atividade, mas, para chegar até eles, pode ser necessária pesquisa empírica em que observemos como as pessoas categorizam intuitivamente casos hipotéticos.²⁶

2.2. A Teoria de Hart Enquanto Análise Conceitual

Restando claro em que consiste a atividade de análise conceitual, analisemos o percurso argumentativo de “O Conceito de Direito” para determinar se o projeto do livro coincide com a prática. Vamos perceber que a maior parte dos principais argumentos pode ser interpretada dessa forma, embora isso não seja verdade quanto a todos.

O primeiro capítulo consiste em uma breve introdução a algumas das principais questões de que trata a filosofia do direito. A que recebe o maior destaque é a questão de “o que é o direito?”. Hart afirma que uma resposta que apenas aponte os casos em que claramente aplicamos a palavra “direito” e os casos em que a aplicação do termo é incerta não é satisfatória, pois não lida com alguns aspectos do direito que mais geram perplexidade.²⁷

Há três desses aspectos que Hart se propõe a examinar mais profundamente ao longo da obra. Com o surgimento do direito, certas condutas se tornam, em

²⁴ *Ibid.*, pp. 44-5.

²⁵ De qualquer modo, Jackson ainda defende a existência de proposições analíticas; *vide ibid.*, p. 46.

²⁶ Tomando essa visão sobre a atividade de análise conceitual como a mais adequada, me vejo obrigado a qualificar a alegação de Shapiro de que “a filosofia do direito não é lexicografia. Não é uma tentativa sofisticada de contribuir para com o *Oxford English Dictionary*, mas sim um esforço para entender a natureza de uma instituição social e seus produtos”; *vide* SHAPIRO, Scott Jonathan. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belnak Press of Harvard University Press, 2011, p. 7. Do modo como a caracterizamos, análise conceitual na filosofia não é *essencialmente* diferente daquilo que alguém que escreve um dicionário faz; só é algo feito de maneira muito mais sofisticada, levando em consideração a opinião de muitas pessoas, pensando em casos hipotéticos, buscando, na medida do possível, condições necessárias e suficientes para a aplicação de uma palavra e não se limitando a listar palavras com um sentido vagamente similar. Não creio que seja “vergonhoso” afirmar isso. Contudo, ainda diria que Shapiro está certo, simplesmente pelo fato de que existem áreas dentro da filosofia do direito para além da análise do conceito de direito e de outros conceitos relacionados: há, por exemplo, as teorias de interpretação jurídica (e, caso sejamos “*old-fashioned*”, podemos tentar encontrar uma “essência” do direito de estilo aristotélico).

²⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1-6.

algum sentido, obrigatórias. Outra situação em que dizemos que condutas deixaram de ser opcionais e viraram uma obrigação é o caso da coerção, como de um assaltante a banco. A partir dessa analogia, o primeiro aspecto que gera perplexidade é como o direito se diferencia de, e como se assemelha a, ordens apoiadas em ameaças.

Outro fato que faz com que digamos que uma conduta é obrigatória é ela ser exigida pela moral. De um modo similar ao primeiro aspecto, é uma questão desconcertante como o direito se diferencia de, e como se assemelha a, moralidade. Por fim, é uma crença basicamente unânime entre as pessoas que o direito consiste em regras. Mas não é uma questão simples explicar o *que* são regras e o que significa dizer que certas regras *existem*.²⁸

Hart conclui o capítulo afirmando que nada conciso a ponto de ser considerado uma definição²⁹ poderia responder adequadamente a essas três questões. Contudo, há certos elementos que formam parte de uma resposta às três e que serão desenvolvidos entre os capítulos 2 e 6 da obra. Responder a essas questões é, ele afirma, o principal objetivo do livro; dizer em que casos-limite deve-se aplicar o termo “direito”, por sua vez, é algo secundário.³⁰

Essa afirmação é um tanto misteriosa, já que Hart prossegue no restante da obra dizendo em que situações falamos sobre coerção e em que situações falamos sobre direito, em que situações falamos sobre regras morais e em que situações falamos sobre regras jurídicas e, por fim, em que situações dizemos que alguém segue uma regra; ou seja, responde a essas questões dizendo em que casos essas palavras são aplicadas, justamente o que ele aqui afirma que não pretende fazer simplesmente com o termo “direito”.

No segundo capítulo, Hart começa a reconstruir a teoria do direito de John Austin, que tentou explicá-lo por meio das noções de comandos e hábitos. Hart considera a teoria de Austin a mais clara e completa dentre as que tentaram esse tipo de explicação, mas diz que em alguns pontos sua reconstrução irá se afastar do

²⁸ *Ibid.*, pp. 6-13.

²⁹ Aqui Hart sugere que uma definição deve ser algo breve. Robinson (autor que analisaremos em mais detalhes posteriormente) aponta que essa visão não é universal e até mesmo nos dá exemplos de atividades que ele considera definição e que não consistem no fornecimento de uma descrição breve; *vide* ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 2-3, 93-148.

³⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 13-7.

texto austiniano, visando corrigir ambiguidades e inconsistências para atacar a versão mais forte possível desse tipo de doutrina.

Para Austin, o direito é, essencialmente, um conjunto de ordens apoiadas em ameaças, emitidas por um soberano.³¹ Para criticar essa visão, Hart começa dando um exemplo de situação em que diríamos que se trata de uma ordem apoiada em uma ameaça: a de um ladrão que, apontando uma arma a um bancário, diz “me dê o dinheiro ou eu atiro”. Essa ameaça torna a opção de desobedecer ao ladrão substancialmente menos preferível que a opção de obedecê-lo e, portanto, Hart diz que podemos dizer que o ladrão *coagiu* o bancário, que estava *sob o seu poder*.³²

O direito, porém, se diferencia do caso do ladrão em alguns aspectos. Primeiramente, as ordens do direito são mais gerais que as do exemplo, e isso em dois sentidos. Elas indicam um *tipo geral de conduta* e se aplicam a uma *classe geral de pessoas*. A proibição do homicídio no Brasil, por exemplo, se aplica a todos os cidadãos e o proíbe em qualquer forma (embora formas específicas possam gerar a incidência de agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, essas especificidades também são formuladas de um modo genérico).

Além disso, embora o ladrão precise se dirigir ao bancário para ordenar-lhe, o direito não precisa se dirigir a todos aqueles a quem suas regras se aplicam para que estejam sujeitos a elas. É conveniente informar a população sobre as leis aprovadas, mas essa comunicação não é pré-requisito para a validade das normas.

Outra diferença entre o caso do direito e o do ladrão diz respeito à duração da superioridade daquele que comanda perante o comandado. O ladrão possui poder sobre o bancário devido à sua ameaça, mas sem arma e capangas ele não seria obedecido. A relação de superioridade e inferioridade entre eles é rápida e baseada na coerção; mas o direito é em algum sentido persistente. Para reproduzir isso na linguagem de ordens apoiadas em ameaças, é preciso que haja uma crença geral entre aqueles a quem a lei se aplica de que a desobediência provavelmente resultará em punição, não apenas no momento de promulgação da lei, mas até ela ser revogada.

Também é preciso, no caso do direito, que as ordens sejam mais frequentemente obedecidas que desobedecidas por aqueles a quem elas se

³¹ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 165.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 18-20.

aplicam; trata-se do que Austin chamou de “um hábito geral de obediência”. Isso porque o direito tem um caráter persistente e estável, ao contrário da ordem do ladrão, que gera uma ascendência meramente temporária.

Por fim, outra característica dos sistemas jurídicos que não é reproduzida pelo caso do ladrão é algum tipo de *supremacia* em seu território e *independência* de outros sistemas. Embora em um mesmo país possa haver várias pessoas ou grupos que emitem ordens apoiadas em ameaças e que são habitualmente obedecidos, muitos são legisladores subordinados, ao passo que há um supremo; no caso do Reino Unido, temos como supremo a instituição do “Rei no Parlamento” (*King in Parliament*). A partir do vocabulário de ordens e hábitos, podemos expressar isso dizendo que o Rei no Parlamento não obedece a mais ninguém habitualmente, enquanto os outros legislam dentro de certos limites e seriam, poder-se-ia dizer, seus agentes. A independência do sistema poderia ser caracterizada do mesmo modo: como o Rei no Parlamento não obedece habitualmente ao legislador supremo brasileiro e vice-versa, trata-se de dois sistemas jurídicos independentes.

Um resumo da reconstrução de Hart da teoria de Austin, portanto, seria o seguinte: onde há um sistema jurídico, deve haver uma pessoa ou corporação emitindo ordens gerais apoiadas em ameaças que são normalmente obedecidas e deve haver uma crença geral de que essas ameaças provavelmente serão efetivadas em caso de desobediência. A pessoa ou corporação deve ser internamente suprema e externamente independente, e pode ser chamada, na terminologia de Austin, de *soberano*. As leis de um país, portanto, seriam as ordens apoiadas em ameaças emitidas pelo soberano ou por seus subordinados, que habitualmente lhe obedecem.³³

Podemos perceber que essa primeira diferenciação entre o caso do ladrão e o direito se encaixa na atividade de análise conceitual como a descrevemos anteriormente: uma situação em que diríamos, no vocabulário mais elementar, que o “poder” sobre alguém é temporário, ou que as ordens em questão são muito específicas etc., é uma situação que não descreveríamos com o vocábulo “direito”.

No capítulo 3, Hart começa a desenvolver uma crítica à visão de Austin sobre o direito. Inicialmente, ele demonstra como muitos aspectos do que normalmente

³³ *Ibid.*, pp. 20-25.

consideramos ser “direito” não se encaixam facilmente na noção de ordens apoiadas em ameaças.

Como primeira crítica, Hart se refere ao conteúdo das leis. Embora as leis do direito penal se encaixem, até certo ponto, no modelo de ordens apoiadas em ameaças, algumas leis não são análogas desse modo. Por exemplo, leis que determinam os modos pelos quais contratos, testamentos e casamentos são válidos não seriam ordens apoiadas em ameaças; essas leis concederiam poderes às pessoas para criar direitos e deveres, visando realizar suas vontades. De um modo similar, leis que dizem respeito ao funcionamento e jurisdição de tribunais e ao estabelecimento de autoridades legislativas subordinadas também não seriam ordens apoiadas em ameaças, mas sim leis que conferem poderes legais a diferentes ramos do governo.

Há duas possíveis respostas que Hart reconhece a essa sua crítica e ele se propõe a responder a ambas. A primeira consiste em afirmar que nulidades, como no caso em que não se cumpra um dos requisitos para que um contrato seja válido, são, na verdade, um tipo de sanção. Ele colaciona diversos contra-argumentos contra essa ideia: alguém pode não se importar ou até ficar feliz que um contrato seu é inválido, assim como um juiz pode não ter interesse em ter sua sentença reconhecida como válida pelas instâncias superiores; ao contrário das sanções das leis penais, nulidades não buscam desencorajar condutas como a realização de promessas que não cumpram os requisitos para constituir um contrato; de modo similar, seria absurdo considerar uma sanção à corporação legislativa o fato de ela não ter atingido a maioria necessária para aprovar uma lei; por fim, o comando de “não matar”, por exemplo, pode ser concebido sem qualquer sanção acompanhando-o (embora nesse caso talvez não chamássemos isso de uma regra jurídica), mas não podemos conceber leis sobre requisitos a serem cumpridos para se gerar direitos e deveres sem conceber juntamente os casos de nulidade.

A segunda resposta com que Hart lida é a de que as leis que ele enumerou como não sendo ordens apoiadas em ameaças não são, na verdade, leis completas, mas apenas fragmentos de leis. Essa visão é adotada por Kelsen, que entende o direito como sendo ordens direcionadas a autoridades para que se apliquem sanções específicas dados certos contextos;³⁴ assim sendo, nessa teoria o elemento

³⁴ KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, p. 33.

central do direito não seria mais ordens apoiadas em ameaças. Uma tentativa de reformular a lei que rege a validade de contratos nesse modelo seria algo como: “se A e B concordaram com A realizar o ato x e B realizar o ato y; e se essa concordância se deu cumprindo os requisitos 1, 2 e 3; e se uma das partes não cumpriu o que concordou em realizar; então deve-se aplicar a sanção z a essa última parte”.

Essa teoria, segundo Hart, teria o efeito negativo de distorcer as funções que diferentes leis cumprem na sociedade, assim como o modo como são encaradas pelos cidadãos. O direito penal, por exemplo, define padrões de conduta que a população encara como obrigatórios e segue normalmente sem qualquer punição; as sanções são uma exceção para os casos em que o objetivo das regras não é alcançado, não o aspecto principal do sistema. Sem isso em mente, não haveria como distinguir uma multa enquanto sanção pela prática de um crime de uma taxa a ser paga pela realização de uma conduta não proibida pelo sistema.

O mesmo vale quanto às leis que conferem poderes a indivíduos privados. Essas regras introduzem um elemento na vida social acima do controle coercitivo, transformando o cidadão de um mero possuidor de deveres em uma espécie de legislador privado. Essas leis são pensadas, faladas e usadas de um modo diferente daquelas que apenas impõem deveres e teriam, portanto, um caráter distinto. No caso das regras que conferem poderes legislativos e judiciais, essa tentativa de redução distorceria ainda mais as coisas; as autoridades usam essas regras com um propósito totalmente diferente das noções de cumprir um dever ou se submeter ao controle coercitivo.³⁵

Essas críticas também são casos de análise conceitual. Inicialmente, são apontadas coisas que diríamos ser um aspecto do direito, mas que não diríamos ser ordens apoiadas em ameaças; posteriormente, respondendo à primeira crítica, aponta-se que nulidades muitas vezes não possuem aspectos que exigiríamos para chamar algo de sanção, como o de ser algo indesejável para aquele a quem se aplica, buscar desencorajar condutas e ser, teoricamente, separável de um comando (também é levantada a questão sobre se chamaríamos comandos como “não matar” sem sanção de direito, algo a ser analisado conceitualmente)³⁶; a resposta a Kelsen

³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 26-42.

³⁶ *Ibid.*, p. 35

é um pouco mais confusa, mas é possível interpretar a alegação de Hart de que essa teoria “geraria distorções” como a alegação de que não chamaríamos de direito ordens dirigidas a autoridades como a exemplificada acima e chamaríamos de direito as normas que Kelsen afirma “não existirem” (nesse ponto mais uma vez Hart menciona a importância de determinar se é possível conceber direito sem sanções, reforçando a tese de que seu objetivo é realizar análise conceitual)³⁷.

Depois de lidar com o conteúdo das leis, Hart passa a explicar como o âmbito de aplicação de algumas não permite a simples identificação delas com ordens apoiadas em ameaças. Embora não seja algo obrigatório, o(s) legislador(es) de um país podem criar leis que sejam aplicáveis a si mesmo(s), como é o caso da proibição do assassinato nas democracias modernas. Deste modo, a ideia de ordens apoiadas em ameaças perde plausibilidade, já que ordens são essencialmente uma expressão de desejo de que *outros* façam ou deixem de fazer algo.

Para tentar salvar uma teoria baseada em ordens apoiadas em ameaças dessa crítica, seria preciso distinguir “o legislador em sua qualidade de autoridade” do “legislador em sua qualidade privada”. Essa distinção, contudo, faz sentido apenas se pressupusermos regras que determinam que pessoas, e sob que condições, possuem o poder de legislar; e essas regras, por sua vez, não podem ser reduzidas a ordens apoiadas em ameaças. Além disso, poderíamos evitar essa complexidade utilizando a noção de “promessa” para explicar o caráter autovinculativo de algumas leis, já que promessas também são o exercício de um poder de impor obrigações a si, conferido por certas regras.³⁸ Ou seja, mais uma vez temos aqui o apontamento de coisas que à primeira vista chamaríamos de leis, mas não de ordens ou, caso insistíssemos que seriam chamadas de ordens, teríamos de realizar uma análise do conceito em termos de mais elementos do que apenas ordens e ameaças, incluindo aí regras.

Por fim, Hart passa a lidar com a origem de alguns âmbitos do direito, ainda visando demonstrar que ele não pode ser encarado como apenas ordens apoiadas em ameaças. A aprovação de legislação possui em comum com a noção de ordens o fato de ambas serem atos deliberados e datados. Há, porém, um exemplo de âmbito do direito cujas regras não são nem deliberadas, tampouco datáveis: o costume.

³⁷ *Ibid.*, p. 38.

³⁸ *Ibid.*, pp. 42-4.

Embora o costume não se assemelhe a ordens apoiadas em ameaças, alguns defensores de teorias como a de Austin desenvolveram uma argumentação visando salvar a sua tese. Para eles, o direito é composto de ordens tanto de um soberano, quanto de seus subordinados; quando um subordinado dá uma ordem e o soberano não interfere, teríamos um caso de ordem tácita do soberano. É justamente esse o caso, dizem eles, da aplicação do costume.

Hart apresenta duas críticas a esse ponto de vista. Inicialmente, não é necessário considerar que regras costumeiras não possuam o caráter de direito válido antes de serem aplicadas pelos tribunais; afinal de contas, se as leis escritas já são direito antes de serem aplicadas em um caso concreto, por que o mesmo não poderia ser o caso de alguns costumes? Hart diz que as respostas a essa sugestão normalmente se reduzem ao mero dogma de que o direito deve ter sido ordenado por alguém ou focam demais em algum sistema jurídico específico.

A segunda crítica consiste em questionar a tese de que a não interferência do soberano após a aplicação de um costume como regra jurídica por uma autoridade implica uma ordem tácita de que o costume seja obedecido. Afinal de contas, a não interferência poderia ser devida a um desejo de não gerar tensão com um subordinado, ou simplesmente pelo fato de que é impossível o soberano, na maioria dos Estados modernos, saber de todas as aplicações de costumes em processos judiciais em todo o seu país.³⁹

Essa segunda crítica se encaixa facilmente na categoria de análise conceitual: não chamaríamos essa aplicação do costume de “ordem tácita” pelas razões listadas e, portanto, teríamos algo que chamamos de direito, mas não de ordem. A primeira crítica, contudo, é um pouco curiosa. Hart afirma que alguns autores apenas repetem o dogma de que o direito precisa ser ordenado, mas ele também apenas afirma que não precisa; poderia ser dito que ele apenas repete outro dogma. A interpretação mais caridosa me parece ser a de que ele afirma, de um modo não muito claro, que os que repetem o dogma de que o direito precisa ter sido ordenado por alguém têm uma crença falsa sobre como as pessoas descreveriam certas situações; ou seja, que ele está certo ao dizer que a maioria das pessoas estaria disposta a chamar de direito algo que não foi ordenado por

³⁹ *Ibid.*, pp. 44-9.

ninguém. A “briga entre dogmas”, portanto, seria nessa interpretação uma discordância quanto a algo empiricamente verificável.

No capítulo 4, Hart critica um dos pressupostos básicos de teorias parecidas com a de Austin, qual seja, a existência de um soberano. Esse soberano poderia estar escondido por detrás de formas políticas, mas consistiria, no fim das contas, em uma pessoa, ou grupo de pessoas, que é habitualmente obedecido e não obedece habitualmente a mais ninguém.

Há duas características dessas doutrinas que Hart se propõe a problematizar no capítulo. A primeira é a noção de hábito de obediência, que, Hart sugere, não seria capaz de explicar a continuidade da autoridade para legislar e a persistência do direito após a morte do soberano e daqueles que o obedeciam. A segunda é a posição do soberano enquanto acima da lei, que, para Hart, não seria requisito para a existência do direito e não poderia ser explicada, segundo algumas teorias, em termos de hábitos de obediência.⁴⁰

Começando por sua crítica referente à continuidade do direito, Hart imagina uma sociedade hipotética governada por um monarca absolutista chamado Rex. Rex emite ordens apoiadas em ameaças que exigem condutas e abstenções por parte da população que não seriam realizadas, não fosse a coerção. Após algumas tensões iniciais, a maioria da população passou a obedecê-lo na maioria dos casos, o que constituiria o surgimento de um hábito de obediência. Essa sociedade poderia até mesmo ser chamada de um “Estado”, pois possuiria uma unidade consistente no fato de a maioria dos seus membros obedecerem habitualmente à mesma pessoa.

Hart supõe então que Rex morre, deixando como descendente seu filho, Rex II, que passa a emitir ordens gerais. Do fato de a população ter obedecido habitualmente a Rex I não se segue que ela irá obedecer habitualmente a Rex II. Quando Rex II emitir sua primeira ordem, ainda não existirá um hábito de obediência na população para com ele, o que significa que ele não seria ainda soberano e suas ordens, pelo menos inicialmente, não seriam direito.

Como esse estado de coisas costuma ser considerado indesejável, já que permite muito facilmente mudanças de regime, os sistemas jurídicos, visando evitá-lo, normalmente estabelecem com antecedência regras de sucessão dos legisladores. Na sociedade de Rex, poderia ser a regra de que “o descendente

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 50-1.

homem mais velho do soberano herdará o direito de legislar”. Mas ao nos referirmos a esse sistema e usarmos expressões como “regra de sucessão”, “título”, “direito de sucessão” e “direito de legislar”, introduzimos elementos que não podem ser explicados apenas com os conceitos de hábitos de obediência e ordens gerais. Precisamos que na sociedade haja a aceitação de uma regra para a intitulação do direito de legislar do sucessor, e a aceitação de uma regra é algo diferente de meros hábitos de obediência. Nos Estados contemporâneos, há a complicação do fato de a maioria da população não saber exatamente as regras de sucessão dos legisladores e, portanto, não ser possível dizer que aceitam essas regras. Mas as autoridades da sociedade as conhecem e aceitam, o que permitiria a continuidade do direito após a sucessão.⁴¹ Esse argumento tira sua força do fato de que, em sociedades em que se aceita uma regra de sucessão, ninguém diria que não há direito até ter surgido um hábito de obediência para com o(s) sucessor(es); ou seja, mais uma vez o autor pratica análise conceitual.

A segunda crítica de Hart às teorias baseadas em hábitos de obediência diz respeito à persistência do direito, ou seja, o fato de uma lei emitida há séculos continuar sendo direito válido até hoje, muito embora o soberano que ordenou que ela fosse obedecida já tenha morrido há tempos, assim como os súditos que habitualmente obedeciam a essa pessoa ou corporação legislativa. O exemplo ilustrativo fornecido é o de uma mulher condenada em 1735 pelo “*Witchcraft Act*” de 1735. Não haveria como explicar esse fenômeno apenas se referindo a comandos e hábitos de obediência. Como no caso anterior, faz-se necessária a noção de uma regra; nesse caso, uma que confira autoridade às ordens de legisladores presentes, futuros e passados.

Alguns autores, como Hobbes,⁴² possuem outra posição e afirmam que as leis antigas permanecem válidas devido à autoridade do soberano atual. Isso significaria, segundo Hart, que o soberano atual reconheceria essas leis como direito, mas esse reconhecimento não se daria por meio de uma ordem explícita, mas sim de uma vontade tácita, apreensível pelo fato de ele não intervir quando seus tribunais aplicam as leis antigas. As mesmas críticas feitas à tentativa de assimilar o costume à teoria de ordens apoiadas em ameaças se aplicam aqui, exceto que nesse caso é

⁴¹ *Ibid.*, pp. 51-61.

⁴² HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ed. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 184-5.

ainda menos plausível que leis antigas não sejam direito até serem aplicadas pelos tribunais. Além disso, para essa teoria, não haveria como distinguir uma lei antiga que não é aplicada há tempos de uma lei antiga revogada.⁴³ A análise conceitual entra aqui pelo fato de que não chamaríamos a não intervenção do soberano de “ordens tácitas” e pelo fato de que, como distinguimos leis antigas não aplicadas há tempos de leis revogadas, uma análise do conceito de lei que não dê conta disso deve ser falsa.

Em seguida, Hart passa a lidar com o tema dos limites legais ao poder legislativo. As teorias que ele critica afirmam que não existiriam tais limites, já que o direito consiste nos comandos do soberano e ele não teria o hábito de obedecer a qualquer outra pessoa. Esse seria o caso em qualquer sociedade em que exista direito, mas não é necessário que não existam limites de qualquer outra natureza à capacidade de legislar do soberano; ele pode deixar de emitir certas leis por questões prudenciais ou morais.

Respondendo a essa tese, Hart aponta que, em muitos Estados modernos, o poder legislativo supremo é limitado por uma Constituição escrita quanto aos temas sobre os quais pode legislar. No caso de uma sociedade mais simples, como a de Rex, seria possível conceber uma regra aceita pela sociedade que determina que ele não possa emitir leis que impliquem a prisão de cidadãos sem julgamento. Se ele tentasse criar essas leis, seriam consideradas nulas pelos tribunais, mas isso não significa que as suas outras leis não seriam direito, tampouco que ele não seria a autoridade legislativa última.⁴⁴ O fato de que chamamos esses casos de “direito” mostraria que nosso conceito de direito não exige uma autoridade última juridicamente ilimitada.

Por fim, Hart responde a uma última tentativa de salvar a teoria da soberania que ele está atacando. Essa tentativa consiste em afirmar que, já que o legislativo pode ter seus poderes limitados juridicamente, o soberano da sociedade estaria em outro lugar, por detrás do legislativo. Em alguns Estados modernos o poder legislativo pode mudar a Constituição e, portanto, talvez pudesse ser identificado com o soberano cuja necessária existência Hart questiona. Contudo, em muito

⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 61-6.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 66-71.

Estados a Constituição só pode ser alterada por outra entidade e em alguns Estados há trechos dela que não podem ser alterados por ninguém.

Para dar conta desse fato, é sustentado que em uma democracia a soberania residiria nos eleitores, não nos membros eleitos do poder legislativo. Hart inclusive diz que essa é a posição de Austin, embora isso seja até certo ponto uma distorção: Austin diz que a soberania na Inglaterra seria dividida entre o rei, a câmara dos lordes e o povo, representado pela câmara dos comuns.⁴⁵ De qualquer modo, os casos em que o legislativo tem uma limitação jurídica seriam simplesmente casos em que o verdadeiro soberano, *i.e.* o eleitorado, decidiu delegar o seu poder com restrições.

Essa nova caracterização do soberano, porém, exigiria sentidos fora do usual de “hábito de obediência” e “pessoa(s) habitualmente obedecida(s)”. Afinal de contas, em uma democracia cujo eleitorado apenas excluísse crianças e pessoas com distúrbios mentais severos, teríamos uma situação em que a maioria da população obedece habitualmente às ordens da maioria da população. Como a noção de ordem é algo que se dirige a outrem, assim como a noção correlata de obediência, seria preciso distinguir os cidadãos em sua capacidade privada dos cidadãos em sua capacidade de eleitores ou legisladores. Afirmar que em certos contextos as pessoas não agem como indivíduos, mas como autoridades, contudo, implica a existência de uma regra que determina o que deve ser feito para se criar uma lei ou fazer uma eleição válida. E como essa regra é constitutiva do soberano, não pode ser nem uma ordem dele, tampouco a descrição de um hábito de obediência para com ele. Ou seja, como no caso das leis autovinculativas, para salvar a noção de ordem de um soberano na análise do conceito de direito seria preciso fazer referência a algo para além de apenas ordens e ameaças, no caso, regras; o que demonstraria que a análise conceitual feita por Austin anteriormente estava equivocada por ser muito simplista.

Hart encerra o capítulo mencionando algumas últimas críticas a essa teoria. Se o soberano é o eleitorado, seria possível questionar se os limites ao poder legislativo decorrem de um hábito de obediência do legislativo perante ele, já que não seria plausível utilizar a noção de ordem tácita nesse caso, que se refere a questões em que boa parte da população é ignorante. Também há o fato de que, em

⁴⁵ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 194.

muitas sociedades, mesmo o eleitorado não pode alterar alguns trechos da Constituição e dizer que ele os aceita por não ter se revoltado contra o sistema acabaria com a distinção entre legislação e revolução. Por fim, Hart afirma que não há nada de absurdo na ideia de um monarca hereditário com poderes legislativos supremos e limitados.⁴⁶

Tudo isso é análise conceitual: não diríamos que o eleitorado emite ordens tácitas ao legislativo sobre esses assuntos; nossos conceitos de legislação e revolução são distintos e, portanto, uma análise do conceito de direito que solape essa distinção deve ser errada; e a afirmação de que

não há nada de absurdo na noção de um monarca hereditário como Rex desfrutando de poderes legislativos limitados que são tanto supremos quanto limitados dentro do sistema⁴⁷

é, obviamente, a afirmação de que diríamos que há direito em uma sociedade com tal monarca.

A tarefa que Hart se propõe a cumprir no capítulo 5 é, a partir dos erros da teoria de Austin que ele apontou nos últimos capítulos, desenvolver uma nova teoria do direito que esclareça alguns dos seus aspectos que geraram perplexidade em teóricos anteriores. Para isso, ele dá enfoque na noção de regra e, particularmente, na distinção entre dois tipos de regra que compõem o direito.⁴⁸

Inicialmente, ele trata da noção de obrigação. Embora fosse possível dizer que o bancário do exemplo anterior foi obrigado (“*obliged*”) a entregar o dinheiro, não diríamos que ele tinha uma obrigação (“*had an obligation*”) de fazer isso. Ser obrigado diz respeito às crenças e motivações da pessoa, ao passo que ter uma obrigação independe disso. Essa diferenciação, é claro, é uma análise desses conceitos, ao apontar que não são intercambiáveis (uma história contada nos termos de um não pode ser recontada nos termos de outro, para usar a expressão de Jackson).

Alguns autores, visando dar conta desse fato e evitar a incorporação de elementos metafísicos misteriosos em suas teorias, tentam explicar a noção de

⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 71-8.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 79-81

obrigação com a ideia de probabilidade de sofrer uma sanção em caso de descumprimento de uma regra. Mas Hart aponta dois problemas dessa visão: em primeiro lugar, as obrigações não apenas servem para prever a probabilidade de uma sanção, mas também são uma razão ou justificação para elas. Além disso, se essa visão estivesse correta, não seria o caso que alguém que sabe que não sofrerá qualquer sanção por descumprimento de uma regra (por exemplo, por ter subornado autoridades) teria uma obrigação. Mas esse suborno claramente não livra a pessoa de sua obrigação. Hart admite, porém, que há uma ligação considerável entre as noções de ter uma obrigação e sofrer uma sanção, na medida em que, a menos que em geral sanções sejam impostas àqueles que descumpram as regras, não haveria sentido em falar sobre as obrigações jurídicas de alguém.

A análise conceitual surge aqui ao afirmar que não diríamos que alguém que subornou uma autoridade não tem uma obrigação; ao afirmar que não diríamos que existe uma obrigação se não houvesse sanções para a maioria dos casos de descumprimento de regras; e ao afirmar que o conceito de obrigação não pode ser substituído por uma linguagem probabilística, existindo um aspecto necessariamente normativo.

Três características que fazem com que se diga que uma regra gera obrigações (o que é na prática uma análise do conceito de obrigação) são as seguintes: há uma demanda insistente por conformidade e pressão social contra aqueles que descumpram ou ameacem descumprir a regra; as regras são consideradas necessárias para manter um aspecto importante da vida social; e se reconhece que cumprir essas regras entra em conflito com o que a pessoa que tem a obrigação poderia querer fazer de outro modo.

Para concluir sua crítica à teoria preditiva da obrigação, Hart passa a descrever as diferenças entre o que ele chama de “aspecto interno” e “aspecto externo” das regras. É possível encarar regras como alguém externo a um grupo social, que não as aceita para guiar sua conduta (o que ele chama de “ponto de vista externo”) ou como um membro do grupo que as aceita e usa como guia para sua conduta (o “ponto de vista interno”). Alguém que tome o ponto de vista externo pode fazer referência ao ponto de vista interno ao relatar que os membros de uma sociedade aceitam as regras desse ponto de vista, mas pode também evitar qualquer menção a esse ponto de vista e apenas registrar regularidades de conduta.

Nesse último caso, o observador não poderia descrever a vida nessa sociedade em termos de regras, mas apenas listando tendências da população de agir de certo modo e, em casos de descumprimento, probabilidades de sofrer devido a alguma reação hostil. O sinal vermelho, por exemplo, seria um sinal *de que* os carros irão parar, não um sinal *para que* eles parem. Adotar o ponto de vista interno, por outro lado, permite não apenas fazer alegações empíricas como essas, mas usar as regras como base para demandas, críticas e justificação de punições.⁴⁹ Em outras palavras, para Hart, qualquer análise do conceito de regra que não dê conta do ponto de vista interno estaria em desacordo com o conceito que adotamos.

Em seguida, Hart passa a uma das distinções mais importantes de sua obra, qual seja, aquela dentre regras primárias e regras secundárias. Inicialmente, ele nos convida a imaginar uma sociedade sem um legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer tipo. A ordem na sociedade seria mantida apenas pelo fato de a maioria das pessoas aceitar de um ponto de vista interno regras de conduta que impõem deveres. A essas regras Hart dá o nome de regras primárias.

Um sistema desses, contudo, só funcionaria bem em uma sociedade pequena unida por laços de afinidade. Caso contrário, esse modelo de controle social teria alguns defeitos. Em primeiro lugar, caso haja dúvida sobre quais são as regras e seu âmbito de aplicação, não haveria um método para resolver essa questão, já que as regras não possuiriam uma fonte oficial; o que elas teriam em comum seria apenas o fato de serem as regras daquela sociedade. Esse problema do sistema de apenas regras primárias Hart chama de *incerteza*.

O segundo defeito é o que ele chama de *caráter estático* das regras. Não existiria um modo pelo qual se poderia mudar deliberadamente as diferentes regras primárias, já que isso implicaria uma regra de outro tipo, que não apenas impõe obrigações. As mudanças de regras ocorreriam apenas pelo lento processo natural de uma conduta permitida se tornar usual e depois obrigatória, assim como pelo processo contrário. Não seria possível adaptar as regras a mudanças repentinas e relevantes de circunstância.

Por fim, o sistema de pressão social difusa entre toda a sociedade para manter o respeito às regras seria *ineficiente*. Ninguém teria a palavra final para determinar se uma regra foi violada, o que permitiria disputas infundáveis a respeito.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 82-91.

Além disso, punições pela violação das regras ficariam a cargo de todos os membros da sociedade, não de um grupo de autoridades especializadas; os esforços para realizar punições seriam desorganizados e poderiam resultar em *vendettas* violentas.

Como solução a esses defeitos, Hart apresenta a noção de *regras secundárias*. Trata-se de regras que não simplesmente impõem obrigações a indivíduos, mas dizem respeito, de diferentes maneiras, às próprias regras primárias. Hart sugere inclusive que o surgimento de regras secundárias seria a mudança de um mundo pré-jurídico para um mundo jurídico.

Para dar conta da incerteza do regime de regras primárias, é preciso a existência do que Hart chama de “regra de reconhecimento”. Trata-se de uma regra que determina uma característica que regras devem ter para ser parte do sistema jurídico em questão. Pode ser desde o fato de estar escrita em um texto investido de autoridade até ter sido emitida por um órgão específico de acordo com um procedimento pré-determinado.

Para lidar com a estaticidade das regras do sistema, surgem as “regras de mudança”. Essas são regras que determinam de que modo se pode introduzir novas regras primárias e eliminar regras primárias antigas no sistema. Isso inclui as regras que definem o funcionamento de uma corporação legislativa, mas também o surgimento de regras pelo costume e regras que conferem poderes, por exemplo, para realizar contratos.

Por fim, a solução à ineficiência desse sistema consiste em dois tipos de regras. O primeiro, chamado de “regras de adjudicação”, determina quem pode, e de que modo, determinar se em dada situação uma regra primária foi violada. Esse seria o mais essencial dos dois tipos, diz Hart, mas a maioria das sociedades depois de um tempo complementam essas regras com outras que determinam o monopólio dos juízes para determinar que sanção será aplicada por outras autoridades devido à violação.⁵⁰

Nesse trecho especificamente Hart não está se limitando a fazer análise conceitual. Aqui ele pega uma distinção que compreendemos, mas para a qual não tínhamos um nome anteriormente (aquela entre regras que impõem deveres a indivíduos e regras que dizem respeito a outras regras), sugere um nome a essas

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 91-9.

categorias para dar destaque à diferença entre elas (regras primárias e secundárias) e faz uma afirmação que poderia ser, ao menos teoricamente, empiricamente verificada: sociedades com apenas regras primárias passariam por dificuldades que a introdução de regras secundárias corrigiria.

No sexto capítulo, Hart busca dissipar algumas confusões quanto ao direito utilizando seu esquema conceitual do capítulo anterior. Desenvolvendo a noção de regra de reconhecimento, ele afirma que a existência de tal regra numa sociedade seria demonstrada pelo uso dela por parte de tribunais e autoridades para identificar o direito. Esse uso seria característico do ponto de vista interno supramencionado.

Com a distinção em mãos entre alegações internas em que se usa uma regra de reconhecimento e alegações externas que reportam o fato de uma regra de reconhecimento ser aceita, Hart espera resolver algumas confusões referentes à palavra “validade”. Essa palavra normalmente é usada, segundo ele, em alegações internas, quando se diz que uma regra faz parte de um sistema jurídico. Mas muitos teóricos se questionam sobre uma suposta relação entre a validade e a eficácia do direito. Hart afirma que não há qualquer conexão necessária entre a eficácia de uma regra particular e sua validade, a menos que a regra de reconhecimento determine que regras não efetivas não são válidas.⁵¹

Há, contudo, outro tipo de conexão entre validade e eficácia. Se em geral as regras do sistema não são eficazes em uma sociedade, Hart afirma que esse não seria o sistema jurídico do grupo e que seria uma atividade sem propósito (“*pointless*”) julgar as condutas dos indivíduos com referência a esse sistema. Logo, de um modo geral, quando alguém faz uma alegação de validade de uma regra do sistema, essa pessoa pressuporia a eficácia geral do sistema. Essa alegação de Hart pode ser entendida como a tese de que a maioria das pessoas não diria que um sistema de normas é direito se não é eficaz de modo geral.

Com essa distinção em mente, Hart critica as teorias preditivas da validade, que afirmam que dizer que uma regra é válida é prever que os tribunais irão aplicá-la. Essa teoria erra, segundo Hart, por não perceber que alegações de validade são feitas do ponto de vista interno; quando um juiz aplica uma regra, por exemplo, ele não está prevendo a própria conduta ou a de outras autoridades e encara a validade

⁵¹ Nesse ponto ele discorda de Kelsen, caso entendamos que Kelsen também realiza uma análise do conceito usual de direito, já que Kelsen afirma que nenhuma regra não efetiva faria parte do direito; *vide* KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, p. 211.

como uma *razão* para aplicar a regra. Ou seja, assim como no caso da obrigação, Hart diz que há um aspecto normativo no conceito que não pode ser ignorado em qualquer análise.

Passando a esclarecer a noção de regra de reconhecimento, Hart afirma que ela é, em certo sentido, a regra última e suprema, pois todas as outras têm a sua validade a partir dela; isso não implica, contudo, que em algum lugar do sistema existe um poder legislativo ilimitado. Além disso, não deveríamos afirmar, como Kelsen, que essa regra tem a sua validade “suposta”, diz Hart, pois isso só obscureceria as coisas. Ao afirmar a validade de uma lei, uma pessoa estaria usando a regra de reconhecimento e pressupondo que ela é aceita e empregada não só por ela, mas também pelos operadores do sistema jurídico. A regra de reconhecimento forneceria o critério para definir a validade de outras regras e não seria, ela mesma, válida ou inválida. Falar em “suposição” esconderia o caráter factual da pressuposição de quem afirma a validade de uma regra; se uma regra de reconhecimento é adotada ou não pelas autoridades de um país é uma questão empiricamente verificável, ou seja, a *existência* da regra é verificável.⁵²

Em seguida, Hart desenvolve algumas questões novas que surgiriam com a sua teoria. Por exemplo, a classificação da regra de reconhecimento: ela claramente não é uma lei aprovada pelo legislativo ou um precedente, tampouco um costume sem força jurídica, como o de o rei da Inglaterra sempre aprovar as leis feitas pelo parlamento, já que os juízes se importam com ela e a usam para identificar leis válidas.

Isso faz com que alguns autores questionem se a base de um sistema jurídico é realmente direito, ou se seria algo “metajurídico” ou simplesmente um fato político. Para responder a essa dúvida sobre considerar a regra de reconhecimento como direito ou fato, Hart aponta que ela pode ser encarada de dois pontos de vista: o ponto de vista interno de quem a usa para identificar o direito e o ponto de vista externo de quem alega o fato de que a regra existe na prática do sistema. Em outras palavras, para Hart, o nosso conceito de direito inclui a existência de algo que teria um aspecto factual e um aspecto normativo; essa alegação é um exemplo de análise conceitual.

⁵² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 100-10.

Outra questão que se impõe é como definir que existe um sistema jurídico em uma sociedade. Como início de resposta, Hart explica como a teoria de hábitos de obediência não dá conta de explicar os fatos que constituem as condições mínimas para que haja direito em uma sociedade. Ela reproduz apenas uma das condições, qual seja, a de que as regras que determinam obrigações e deveres sejam geralmente obedecidas pela população. Porém, há regras que não se encaixam nesse esquema, como Hart já argumentou; as regras que conferem poderes legislativos são um exemplo.

O extremo oposto da visão de que basta que a maioria das pessoas obedeça às regras é a teoria de que basta que a grande maioria da população aceite de um ponto de vista interno a regra de reconhecimento. Isso, contudo, também não é plausível, já que a maioria dos cidadãos que vivem sob sistemas jurídicos modernos não conhecem os detalhes do seu funcionamento para aceitar tal regra.

A resposta de Hart, portanto, incorpora de certo modo esses dois aspectos. Para que exista um sistema jurídico numa sociedade, é preciso tanto que as regras válidas do sistema que determinam conduta sejam em geral obedecidas, quanto que a regra de reconhecimento seja efetivamente aceita como padrão de conduta comum entre as autoridades da sociedade.⁵³ A alegação de Hart de que a teoria austiniana “não daria conta dos fatos” será retomada posteriormente, mas por enquanto podemos adotar a interpretação caridosa de que ele apenas quer afirmar que nós só diríamos que há direito numa sociedade caso essas duas condições fossem cumpridas.

Ao final do capítulo, Hart aborda brevemente algumas questões que ele denomina “patologias de um sistema jurídico”. Quando uma das condições para a existência de direito é cumprida, mas outra não, temos casos patológicos, e muitas vezes pode não haver resposta clara sobre se o sistema jurídico deixou de existir. Hart aponta, contudo, que a eficácia de um sistema pode ser pausada sem que ele deixe de existir. Embora Hart simplesmente afirme que isso é o caso, é possível interpretar que com isso ele queira dizer que nessa situação não diríamos que o direito deixou de existir.

Também são mencionadas outras duas questões. Primeiramente o surgimento de um novo sistema jurídico a partir de um antigo, como quando uma

⁵³ *Ibid.*, pp. 110-7.

colônia se torna independente do Estado colonizador. Há um novo sistema jurídico, diz Hart, quando os tribunais deixam de encarar a validade das leis como dependendo do direito do colonizador, gerando uma nova regra de reconhecimento que se refere apenas a questões internas do novo país. Por fim, é mencionado o caso de discordância entre autoridades quanto à regra última para reconhecer o direito, como ocorreu na África do Sul em 1954. Se a discordância é apenas quanto a umas questões, não seria adequado dizer que o sistema jurídico acabou, diz Hart, embora se esteja sob risco de isso acontecer.⁵⁴ Esses pontos também podem ser lidos como alegações sobre o que a maioria das pessoas diria ao observar essas situações.

No capítulo 7, Hart responde a algumas teses que são associadas ao movimento do “realismo jurídico”. Ele começa o capítulo falando sobre o que chama de “textura aberta” do direito, ou seja, a relativa indeterminação quanto ao conteúdo das regras e sua aplicação em casos concretos. Essa indeterminação pode ser maior ou menor, a depender, por exemplo, se a regra é estabelecida por um exemplo (precedente) ou por um texto explícito (legislação) (embora em alguns casos a legislação possa ser mais indeterminada que alguns precedentes). Contudo, existem motivos para manter certa indeterminação nas nossas regras, quais sejam: nossa incapacidade de prever com antecedência todos os possíveis casos futuros e nossa relativa indeterminação quanto a nossos fins. Nesses casos em que não há uma resposta clara, os juízes exercem uma escolha dentre alternativas, afirma Hart. Alguns autores, que poderiam ser chamados de formalistas, tendem a minimizar esse fato, enquanto outros o exageram.⁵⁵

Em seguida, Hart passa ao que ele denomina “ceticismo quanto a regras”. Seria a tese de que falar sobre regras no direito é, em algum sentido, falar de mitos, consistindo o direito apenas nas decisões dos tribunais na prática. Essa teoria não poderia, contudo, negar a existência de regras secundárias, já que essas determinam o que conta como um tribunal ou como se aprova a legislação que seria, para alguns desses teóricos, apenas uma “fonte” do direito.⁵⁶ Ainda que a teoria se

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 117-23.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 124-36.

⁵⁶ Este argumento me parece problemático, já que Hart também sustenta que tribunais são necessários para que a regra de reconhecimento exista, o que nos levaria a um círculo; além disso, não me parece impossível definir tribunais a partir de fatos sociais, sem fazer referência a regras. De qualquer modo, não adentrarei nisso em detalhes por ser algo um pouco alheio ao tema principal desta dissertação.

restringa a regras primárias, ela seria insatisfatória na medida em que muitos cidadãos usam essas regras do ponto de vista interno (o que é pressuposto por este último argumento será criticado mais tarde).

Ela pode ser adotada, porém, como uma teoria sobre a função de regras em decisões judiciais. Nesse caso, o que os teóricos tendem a afirmar é que, existindo textura aberta em todas as regras e não sendo os juízes sujeitos a sanções por suas decisões, eles exerceriam uma discricção ilimitada ao decidir casos. A isso Hart responde que vagueza não é um impeditivo para que algo seja uma regra e que a maioria dos juízes, na maior parte do tempo, decide buscando conscientemente se conformar a regras ou, quando decidem intuitivamente, fazem-no de um modo que seria justificado por regras que o juiz já estava anteriormente disposto a obedecer e que seriam em geral reconhecidas como relevantes para o caso em questão.⁵⁷ Esse argumento de Hart mostraria que a maioria dos juízes respeita as regras na prática, mas não me parece muito claro como ele refutaria a alegação de que os juízes possuem uma discricção ilimitada.⁵⁸

Posteriormente, Hart distingue a finalidade da infalibilidade de uma decisão. Alguns autores, pelo fato de as decisões do tribunal supremo de um país não serem passíveis de revisão, chegaram à conclusão de que não haveria sentido em dizer que essas decisões poderiam ser incorretas ou ir contra o direito. Essa tese, segundo Hart, se aproveita de uma ambiguidade da asserção de que “o direito (ou a Constituição) é o que os tribunais dizem que é”.

Ele desenvolve uma analogia com o caso de um jogo. Enquanto não houver ninguém encarregado de anotar os pontos, isso será feito por todos os jogadores, que aplicam as regras de contagem de pontos de um ponto de vista interno. Como esse sistema pode levar a muitas disputas demoradas sobre a ocorrência ou não de um ponto, é comum estabelecer alguém que terá a palavra final sobre essas questões. Essa pessoa, se não estiver sendo desonesta, também aplicará as regras de um ponto de vista interno, mas isso não significa que ela sempre irá acertar ao aplicá-las. Do contrário, as regras para contar pontos teriam deixado de ser as anteriores e seriam simplesmente “há ponto quando o encarregado de contá-los

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 136-41.

⁵⁸ O argumento que será desenvolvido em breve, da “mudança de jogo”, parece mais claramente ser uma tentativa de responder a essa alegação.

disser que houve”; os jogadores, ao dizer que ocorreu um ponto, teriam de estar simplesmente prevendo as decisões do encarregado de contar o placar.

Do mesmo modo, o tribunal supremo de um país pode emitir decisões finais, mas isso não significa que não exista um padrão de regras ao qual ela pode ou não estar se adequando. Faz sentido dizer que uma decisão do tribunal foi equivocada e, quando um cidadão diz o que entende ser o direito, não está apenas tentando prever decisões do tribunal supremo. Dizer que “o direito é o que os tribunais dizem que é” faz sentido apenas pelo fato de haver decisões irrecorríveis, mas é falso se interpretado como dizendo que os tribunais supremos não podem errar em seus julgamentos.

Se o encarregado de contar o placar desobedecer constantemente às regras e não houver alguma revolta, contudo, estaremos falando de “um novo jogo”; ou, no âmbito do direito, caso os juízes aceitem uma nova regra de reconhecimento e as pessoas continuem obedecendo às suas decisões, teremos um novo sistema jurídico.⁵⁹ Esse ponto também pode ser encarado como análise conceitual, demonstrando que nossos conceitos de finalidade e infalibilidade são diferentes e apontando em que situação diríamos que temos um novo sistema jurídico. Contudo, parece-me que esta análise comprometeria Hart com uma distinção que ele não desenvolve, que irei abordar no apêndice.

O capítulo é encerrado com uma análise sobre quando existe incerteza com relação à regra de reconhecimento de uma sociedade. No caso da Inglaterra, por exemplo, existe o entendimento na regra de reconhecimento de que o parlamento não pode limitar o seu poder legislativo futuro. Mas poderia haver dúvidas caso o parlamento não pretendesse retirar uma matéria do seu escopo de legislação, mas determinasse uma forma diferente para legislar sobre o assunto que tornasse mudanças legislativas praticamente impossíveis; por exemplo, uma lei que determinasse que, para diminuir o salário mínimo dos engenheiros, seria necessária a confirmação do sindicato dos engenheiros.

Em muitas questões como essa pode não haver uma resposta clara, mas apenas diversas respostas possíveis. Caso seja necessário, um tribunal pode ser acionado e escolher dentre uma dessas respostas, gerando uma decisão final que tornará a regra de reconhecimento mais determinada. Isso pode parecer paradoxal,

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 141-7.

já que os tribunais adquirem sua autoridade da regra de reconhecimento que estariam julgando, mas Hart afirma que isso não é problemático pelo fato de haver âmbitos da regra de reconhecimento que não são incertos, incluindo aquele que determina os tribunais que poderão analisar os âmbitos incertos. Se eventualmente houver um caso em que tribunais determinaram a regra de reconhecimento e não seja claro que possuíam autoridade para tal, como parece ter sido *Rex vs. Taylor* na Inglaterra, Hart reconhece que “o que suceder é sucesso” e que nesses casos limites, mas apenas neles, o cético quanto a regras é bem-vindo.⁶⁰ O que parece ser sugerido aqui é que o nosso conceito de regra de reconhecimento é o de aquilo que o judiciário reconhece como regra de reconhecimento e que, portanto, ele pode determiná-la, ainda que nenhuma outra regra anterior lhe dê esse poder.

Nos dois capítulos seguintes, Hart desenvolve críticas a diferentes posições que poderiam ser chamadas “jusnaturalistas”, ou seja, que enxergam alguma espécie de conexão necessária entre direito e moral. Para isso, ele busca desemaranhar algumas questões que estariam historicamente misturadas.⁶¹ A primeira dessas questões abordada no oitavo capítulo é a distinção entre justiça e moralidade. Em essência, a justiça é um âmbito da moralidade, pois nem toda conduta dita imoral seria adequadamente descrita como injusta. Fala-se em justiça quando se trata de distribuição de encargos e benefícios entre classes de indivíduos, de compensação por um dano causado ou de juízes, julgamentos ou condenações. Uma máxima que captura bem a noção de justiça é “trate casos iguais igualmente”, mas essa máxima é indeterminada na medida em que as características relevantes para que tenhamos “casos iguais” podem ser disputadas por visões de mundo diferentes. Por fim, sendo a justiça um valor dentre outros, pode haver casos em que ela seja sacrificada em nome de outro valor, como segurança social.⁶²

Embora aqui Hart não esteja falando sobre direito, ele realiza uma análise dos conceitos de justiça e de moralidade, apontando em que caso utilizamos cada um. Este outro caso de análise conceitual corrobora a tese de que o objetivo principal dele em sua obra é fazer isso também com o termo “direito”.

A segunda questão desse capítulo é a diferença entre obrigações morais e jurídicas. Buscando deixar de lado questões metaéticas sobre a natureza da moral,

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 147-54.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 155-7.

⁶² *Ibid.*, pp. 157-67.

Hart a caracteriza como um conjunto de regras aceito por uma sociedade do ponto de vista interno. Essas regras possuem muito em comum com as regras jurídicas, como, por exemplo: o vocabulário comum de “direitos”, “obrigações” e “deveres”; o fato de serem vinculantes independentemente do consentimento do sujeito; o fato de se referirem a situações recorrentes em sociedade; uma coincidência quanto ao conteúdo, como regras mínimas para a manutenção de uma sociedade; e o fato de obedecê-las não ser normalmente razão para louvor.

Algumas características, porém, diferenciam as regras morais das jurídicas. Elas são: a grande importância atribuída a essas regras, manifestada no fato de elas demandarem sacrifício de interesses pessoais, na grande pressão social por conformidade e na crença de que não segui-las traria grandes consequências negativas; a imunidade de regras morais a mudanças deliberadas, ao contrário das regras jurídicas que podem, concebivelmente, ser alteradas por legislação; o fato de que fazer tudo para evitar um resultado indesejado absolve alguém de responsabilização moral, mas nem sempre de responsabilização jurídica; e, por fim, a forma de pressão social por conformidade, que é tipicamente a de advertência quanto ao caráter moral das ações, ao passo que a forma típica de pressão social das regras jurídicas consiste em ameaças ou apelos a medo ou interesse.⁶³

Essa listagem de aspectos em comum e diferenças entre regras morais e jurídicas implica uma análise conceitual de ambas espécies de regras, e várias afirmações de Hart aqui sustentam a interpretação que construímos a partir de Jackson. Hart afirma, por exemplo, que o seu uso mais amplo do termo “moral” “está de acordo com muito uso”,⁶⁴ referenciando explicitamente como a maioria das pessoas utiliza o termo, e a afirmação de que regras jurídicas podem concebivelmente ser alteradas por legislação sugere que não exigimos a existência de um legislativo para chamar um sistema de normas de “direito”, embora essa instituição possa existir em casos em que usaríamos o termo.

Hart encerra o capítulo mencionando o fato de que alguns teóricos gostariam de adicionar um requisito a mais para uma regra ser moral, qual seja, o de que ela sobreviva a críticas racionais em termos de interesses humanos. A isso Hart responde que a palavra “moral” normalmente é usada no seu sentido mais amplo (mais uma vez aqui referenciando o que a maioria das pessoas fala) e que usar o

⁶³ *Ibid.*, pp. 167-80.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 169.

sentido mais estrito dividiria artificialmente um sistema de regras que possuem a mesma função na sociedade (esse argumento especificamente não é análise conceitual e será retomado mais tarde). Por fim, é apontado que a moral abrange não apenas obrigações sociais, mas também ideais, que podem ser usados para avaliar a conduta de indivíduos, usados para avaliar até mesmo as regras de um sistema moral e usados por alguém para guiar sua vida enquanto indivíduo, não como um padrão para julgar os demais (ou seja, são apontadas outras situações em que se poderia utilizar o termo “moral”, caracterizando análise conceitual).⁶⁵

O capítulo 9 trata das diferentes conexões que podem ou não existir entre o direito e a moral. Algumas dessas são pouco controversas, como o fato de a moralidade de uma sociedade ou de alguns de seus membros influenciar o desenvolvimento histórico do direito. Também seria possível, diz Hart, que um sistema jurídico, para se manter, precise ter alguma conformidade com a justiça ou se basear numa crença difundida de que há um dever moral de obedecê-lo, mas isso não implica que a validade de leis específicas dependa de sua conformidade com a moral. Essas duas primeiras alegações são teses sociológicas empiricamente verificáveis, ao passo que o comentário final sobre validade de leis é uma análise conceitual, que afirma que não deixaríamos de chamar uma lei específica de “direito” por ser imoral (análise esta que também, segundo Jackson, poderia ser empiricamente verificada ao questionar as pessoas sobre o tema).

Hart apresenta a controvérsia entre positivismo jurídico (entendido por ele como a tese de que não há conexão necessária entre a validade de uma lei e sua conformidade à moral) e jusnaturalismo (entendido inicialmente como a tese forte de que há demandas morais que podem ser descobertas pela razão e que leis devem se adequar a elas para serem válidas). É sugerido que a tese forte jusnaturalista teria sua origem em algumas confusões: inicialmente, devido à ambiguidade entre dois sentidos da palavra “lei”, quais sejam, uma lei de natureza que descreve regularidades de fenômenos e uma lei que prescreve certa conduta, mas pode ser violada; devido também a uma crença teológica de que há um senhor divino do universo que dita leis tanto para objetos inanimados quanto para seres humanos; por fim, devido também a uma visão de mundo que remonta à Grécia antiga, mas que se contrapõe à visão de mundo científica contemporânea, qual seja, aquela de

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 180-4.

que todos os objetos da natureza não se movem apenas por forças que agem sobre eles, mas também buscam um “fim” natural seu, sendo esse fim ao mesmo tempo o “bem” daquela coisa. Temos aqui, portanto, não análise, mas uma explicação histórica/linguística de por que algumas pessoas adotam uma tese filosófica.

Ainda que não adotemos essa visão de mundo teleológica, seria possível encarar como um “fim” humano a sobrevivência. Esse fim seria contingente, mas teria um lugar de destaque por ser compartilhado por quase todas as pessoas, ser relevante para o nosso esquema conceitual ao influenciar noções como “perigo” e “benefício” e ser um pressuposto para podermos falar de uma sociedade que perdure ao longo do tempo e possa ter um sistema jurídico. Tomando isso como um fim e somando alguns fatos contingentes sobre os seres humanos e o mundo em que habitam, algumas regras se tornam necessárias para manter qualquer sociedade e poderiam ser consideradas o fundo de verdade do jusnaturalismo, ou “o conteúdo mínimo de direito natural”.⁶⁶

Esses fatos são: a vulnerabilidade humana, ou seja, o fato de que os seres humanos, de modo geral, podem facilmente ferir ou matar uns aos outros, o que torna necessárias regras proibindo a violência física e os assassinatos; a igualdade aproximada entre as pessoas, ou seja, o fato de que, embora existam diferenças de força e inteligência entre seres humanos, essas não são grandes a ponto de gerar uma casta de pessoas que não podem ser feridas pelos mais fracos, o que torna necessário um sistema de abstenções mútuas de violência entre todos os membros da sociedade e permite a existência de um sistema de sanções; o altruísmo limitado dos humanos, ou seja, o fato de as pessoas não serem nem santas que não buscam o próprio bem mais do que o do próximo, tampouco demônios que buscam constantemente o mal dos outros, o que torna um sistema de abstenções mútuas possível e necessário; a quantidade limitada de recursos, que torna obrigatório algum tipo de propriedade, embora não necessariamente individual, e, em sociedades com divisão de trabalho, regras que permitam a transferência de propriedade e consagrem o cumprimento de promessas; por fim, o entendimento e força de vontade limitados das pessoas, que faz com que nem todas obedeçam às regras voluntariamente e exige um sistema para detectar descumprimentos e punilos.⁶⁷

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 185-93.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 193-200.

Temos aqui várias alegações hipotéticas, do tipo: “dado o fato x, precisamos de y para atingir o fim de sobrevivência”. Embora isso não seja análise conceitual, há uma breve realização dessa atividade no trecho em que Hart afirma mais uma vez que “direito” não precisa ter sanções.⁶⁸

Na última seção do capítulo, é mencionado que sistemas jurídicos não necessitam da cooperação voluntária de todos os membros da sociedade, o que permite que o sistema tenha vítimas, como no nazismo e em sociedades escravagistas, e esse fato motivou diversos autores a buscarem outra conexão necessária entre direito e moral, sem adotar a tese forte que Hart criticou anteriormente ou se limitar ao “conteúdo mínimo de direito natural” (mais uma vez, não temos análise, mas sim uma alegação histórica seguida da afirmação de que isso motivou a adoção de teses filosóficas específicas). Seis dessas alegações de conexão necessária são analisadas.

A primeira é a de que, para um sistema jurídico existir, deve haver um senso de obrigação moral em obedecê-lo ou uma convicção quanto ao valor moral do sistema por parte da população. Hart afirma que, como antes mencionado, para termos um sistema jurídico é necessário que alguns membros da sociedade o aceitem voluntariamente, mas isso não precisa ocorrer devido a uma crença em uma obrigação moral de fazê-lo; pessoas podem aceitar as regras do sistema de um ponto de vista interno devido a interesses egoístas, uma preocupação para com o bem dos demais ou até mesmo uma atitude tradicionalista. Em outras palavras, não deixaríamos de dizer que há direito em uma sociedade apenas porque a maioria das pessoas não se sente moralmente obrigada a obedecê-lo ou não vê valor moral nele.

A segunda consiste em afirmar que o direito se conforma à moral em muitos aspectos: seu desenvolvimento é influenciado pela moralidade da sociedade e de indivíduos críticos, regras de reconhecimento e leis específicas podem fazer referência a valores morais e esses fatos são importantes para a estabilidade de um sistema. Tudo isso é concedido por Hart, tendo sido inclusive mencionado mais cedo no texto, mas não se trata de uma tese particularmente forte. Essas são afirmações sociológicas, e não análise, por óbvio.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 199.

A terceira se refere à atividade interpretativa dos juízes. Nos casos em que a textura aberta do direito permite discricção, muitas vezes os juízes interpretam as regras supondo que elas não vão contra a moral e fazem uma escolha ponderada entre valores morais. Há até mesmo virtudes relacionadas a tais escolhas, como imparcialidade e neutralidade dentre as alternativas, considerar os interesses de todos os afetados e buscar um princípio geral aceitável como base da decisão. Mas isso tudo não pode ser uma conexão necessária entre direito e moral, pois muitos autores, inclusive Austin, criticaram o judiciário por não fazer esse tipo de raciocínio o suficiente. Na verdade, essa é apenas outra alegação sociológica de que os juízes costumam se importar com a moral ao julgar.

A quarta pode ser resumida com a simples alegação de que um bom sistema jurídico deve se conformar à moral. Isso não é controverso, embora possa ser questionado se a moral em questão é a da sociedade ou uma moral ideal, assim como quais pontos devem se conformar. De qualquer modo, sistemas jurídicos historicamente se desviaram muito de ambos os tipos de moral. Eu diria até mesmo que essa “tese” não é nem análise conceitual, tampouco uma hipótese sociológica, mas sim uma tautologia, já que tudo que está de acordo com a moral ideal é em algum sentido bom e o que está de acordo com a moral de uma sociedade específica é tido como bom em algum sentido por aquela sociedade.

A quinta alegação foi bastante desenvolvida por Lon Fuller.⁶⁹ Consiste, em essência, na afirmação de que qualquer regime jurídico possui um mínimo de moralidade interna, pois o simples ato de aplicar uma regra publicamente anunciada de modo imparcial a questões não mencionadas pela regra já carrega a noção de justiça dentro de si. Para que o sistema funcione, as regras precisam também ser inteligíveis, dentro das possibilidades de ação da maioria das pessoas e, no geral, não retroativas, o que também traria um mínimo de moralidade, pois os punidos em geral poderiam ter agido de outra forma. Ainda que seja esse o caso, Hart aponta que isso não tiraria o título de direito de regras nazistas ou escravagistas que cumprissem esses requisitos, o que torna a tese bastante fraca. Aqui temos mais uma vez um tipo de análise conceitual, que afirma que alguns requisitos que diríamos que devem ser cumpridos para existir “direito”, por si só, implicam o

⁶⁹ FULLER, Lon Luvois. **La Moral del Derecho**. Tradução de: Francisco Navarro. Cidade do México: Editorial F. Trillas, S. A., 1967, pp. 49-54.

conceito de justiça; análise essa que Hart não nega por não ir contra sua tese de que, apesar disso, leis podem ser muito imorais e continuar sendo direito válido.

A sexta e última, de particular interesse para esta dissertação, é a de que leis extremamente injustas perdem o seu caráter de direito. A isso Hart responde afirmando que esse ponto de vista gera confusões e falta de clareza quanto às questões morais levantadas pela existência de leis injustas, mas que cumprem os critérios de validade do sistema jurídico. Tanto os teóricos quanto as autoridades e indivíduos privados que tivessem que aplicar ou obedecer uma lei dessas só ficariam confusos ao negar que ela fosse direito, sendo mais simples o pensamento de que “isso é direito, mas é injusto demais para ser aplicado ou obedecido”.

Hart dá um exemplo do tipo de situação que poderia motivar alguém a querer negar o título de direito a essas leis. Seria o caso, mencionado no debate entre ele e Fuller,⁷⁰ da mulher que informou ao regime nazista sobre as críticas de seu marido a Hitler, por querer se ver livre dele, causando sua prisão. Após o fim do regime nazista, ela poderia ser punida por esse ato, não tendo violado qualquer regra que na época cumpria os critérios de validade do sistema? Se negarmos o título de direito às regras que permitiram a sua conduta, não haveria, aparentemente, qualquer empecilho para puni-la. Contudo, se ainda as considerarmos direito, estaríamos fazendo uma escolha moral entre deixar uma conduta odiosa impune e punir alguém por meio de leis retroativas.

Aqui Hart diz que precisamos fazer uma escolha entre dois esquemas conceituais para descrever a situação, adotando aquele que mais nos ajude em nossas investigações teóricas, mais avance e clarifique nossas deliberações morais ou que faça ambos. O conceito mais restrito, que exclui da categoria “direito” leis imorais, não ajudaria nossas investigações teóricas segundo Hart, por excluir regras que exibem todas as outras características complexas do direito, ao passo que adotar o conceito mais amplo ainda nos permitiria analisar o que as regras imorais possuem de distintivo.

Quanto às deliberações morais, Hart afirma que negar que leis imorais sejam direito não parece ser algo que aumentaria as chances de as pessoas resistirem a

⁷⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 75-6; FULLER, Lon Luvois. **Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart**. *Harvard Law Review*, vol. 71, no. 4. Cambridge, Massachusetts: The Harvard Law Review Association, 1958, pp. 652-5.

elas; pelo contrário, parece que ter em mente que algo ser juridicamente válido não implica um dever de obediência reforça o senso de que há algo para além do direito, a moral, que oferece o padrão último sobre como devemos agir. O conceito mais amplo também impediria que pessoas se recusassem muito facilmente a obedecer ao direito por considerá-lo injusto, gerando um estado de anarquia,⁷¹ e deixaria claras algumas questões morais relacionadas a leis imorais, como o caso supramencionado de punir retroativamente alguém que teve uma conduta imoral não reconhecida como ilícita pelo sistema jurídico da época, assim como a questão da obediência a leis injustas e a questão de Sócrates⁷² de “devo me deixar punir por desobedecer a essa lei ou devo fugir?”.⁷³

Toda esta resposta à sexta alegação não parece se encaixar na categoria de análise conceitual, mas sim na de definição estipulativa. Será, portanto, retomada posteriormente nesta dissertação e sua solidez será então confirmada.

O último capítulo do livro, rico em discussões conceituais, trata sobre o direito internacional. Hart começa afirmando que não pretende regular como usar a palavra “direito”, mas “elucidar o conceito de direito”. O que ele quer dizer com isso é um pouco misterioso, já que análise conceitual consiste em mostrar como descreveríamos uma situação em um vocabulário mais elementar, o que implica dizer em que situações usamos essas palavras. Como exemplo dessa atividade de elucidação, Hart menciona a argumentação do capítulo anterior referente ao nazismo, mas, como desenvolveremos mais tarde, essa atividade não é a elucidação de um conceito, mas sim uma definição estipulativa. Vamos retomar essa alegação misteriosa posteriormente.

Embora o sistema de normas internacional seja comumente chamado de “direito”, ele difere muito da estrutura que Hart desenvolveu com regras primárias e secundárias, lembrando mais uma sociedade simples com apenas regras primárias. Não havendo um poder legislativo e tribunais de jurisdição compulsória, muitos

⁷¹ BENTHAM, Jeremy. **A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government**. Eds. J. H. Burns e H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 483.

⁷² PLATÃO. **Crítion**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997, pp. 38-48 (43A-54E).

⁷³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 200-12.

autores questionam se esse sistema deveria ser chamado de “direito”. Hart busca responder a algumas dessas fontes de dúvida.⁷⁴

A primeira se baseia no fato de o direito internacional não ter um sistema de sanções organizado, o que implicaria, segundo alguns autores, que não é capaz de gerar obrigações. Esse argumento, contudo, se baseia na equiparação entre “ter uma obrigação” e “provavelmente sofrer uma sanção”, que já foi criticada anteriormente por meio de análise conceitual. Outro argumento aponta que certas regras são necessárias em um sistema jurídico nacional, como regras proibindo o uso livre de violência e regras determinando o uso oficial da força como sanção ao descumprimento de regras; como o direito internacional não tem essas regras e elas são necessárias no nacional, sugere-se que o direito internacional não poderia gerar obrigações. A isso Hart responde que essas regras são necessárias no direito nacional devido às características dos seres humanos e das sociedades em que vivem, mas, como o caso das nações não é igual, essas regras não seriam necessárias no âmbito internacional, não havendo por que negar a existência de obrigações no direito internacional.⁷⁵ Essa segunda resposta de Hart não parece poder ser interpretada simplesmente como a alegação de que chamamos direito internacional de “direito”, apesar da ausência desse tipo de regras; vamos, portanto, retomar posteriormente esse argumento.

Outra dúvida surge pela aparente contradição entre dizer que um Estado é soberano e, ao mesmo tempo, pode ser obrigado pelo direito internacional. Hart sustenta, contudo, que a palavra “Estado” não implica algo que esteja acima do direito, mas apenas que a população de um território vive sob a forma de governo oferecida por um sistema jurídico com um legislativo, tribunais e regras primárias e que esse governo possui um grau vagamente definido de independência. Essa independência, contudo, varia de caso a caso, não sendo completamente independente, por exemplo, um país que sofre grandes pressões econômicas por parte de outro mais desenvolvido. “Soberania” significando “independência”, um Estado ser soberano ou não seria uma questão de fato a ser analisada em cada caso. Assim como para saber se há um soberano com poder legislativo ilimitado em um Estado é preciso analisar o direito daquele Estado, igualmente para definir a esfera de autonomia de um Estado é preciso analisar antes o direito internacional.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 213-6.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 216-20.

Aqui temos duas análises conceituais. A primeira diz em que situações diríamos que existe um “Estado”. A segunda, completamente equivocada, eu diria, diz em que consistiria “soberania”. Acredito que seja completamente errada por misturar dois sentidos de “soberano”: ser um país que não sofre grandes pressões políticas e econômicas por parte de outro(s); e ser capaz, do ponto de vista do direito internacional, de criar direito interno. Parece-me que a grande maioria das pessoas distingue essas duas coisas, uma sendo uma questão de fato e outra algo normativo, e, portanto, que Hart errou ao igualá-las.

As teorias voluntaristas do direito internacional, que tentam explicá-lo supondo a soberania absoluta dos Estados, possuem as seguintes falhas, segundo Hart: não explicam como se sabe que Estados só podem ter obrigações autoimpostas; são inconsistentes na medida em que, para um Estado se obrigar a algo, deve haver regras não autoimpostas que determinam de que modo um Estado gera obrigações para si mesmo; por fim, não dão conta de casos em que obrigações se aplicam a um Estado independentemente da sua vontade, como quando ele adquire pela primeira vez território marítimo. Esses dois últimos argumentos são análise conceitual, na medida em que Hart afirma que não diríamos que existe auto-obrigação sem regras que não são autoimpostas e na medida em que diríamos que Estados se obrigam em alguns casos contra sua vontade; o primeiro será retomado no apêndice desta dissertação.⁷⁶

Em seguida, Hart responde aos autores que afirmam que o direito internacional é um tipo de moralidade devido à sua forma diferente do direito nacional. Inicialmente Hart diz que classificar como moralidade toda forma de estrutura social não reduzível a ordens apoiadas em ameaças, como alguns autores fazem, geraria um conceito amplo demais que une regras de moralidade, direito internacional, regras de etiqueta, de jogos, de clubes, dentre outras; tal conceito não teria propósito prático ou teórico e, portanto, deveria ser evitado. Isso não é um argumento do tipo análise conceitual, mas uma recomendação de adoção de uma definição; vamos retomar isso mais tarde.

Além disso, é possível julgar moralmente a conduta de um Estado sem entender que ele violou o direito internacional e as demandas feitas em nome da moralidade possuem a pressão social típica descrita no capítulo 9, ao passo que as

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 220-6.

feitas em nome do direito internacional se baseiam em precedentes, tratados ou textos jurídicos. Muitas regras do direito internacional são também moralmente indiferentes, como até quantos metros da praia se estende o território marítimo de um país. Seria absurdo imaginar um legislativo determinando a moralidade, mas não há nada que impeça que o direito internacional tenha um poder legislativo algum dia. Por fim, não parece haver razão para sustentar que o direito internacional no fim deve ser fundamentado numa crença por parte dos países de que há um dever moral de obedecê-lo, já que a obediência poderia se dar por interesses egoístas, pelo desejo de manter uma tradição ou por simples empatia para com terceiros.⁷⁷ Todos esses argumentos são diferentes análises conceituais ao afirmarem em quais situações diríamos que há uma regra do direito internacional e em quais diríamos que há uma regra moral; isso fica particularmente óbvio quando Hart usa o método de experimento de pensamento e afirma que um legislativo internacional não faria com que deixássemos de falar em “direito internacional”.

O livro é encerrado com uma análise das analogias entre o direito nacional e o internacional. Embora muitas não sejam impressionantes aos olhos de Hart, uma que demanda mais atenção é a de que ambos os sistemas possuiriam uma regra de reconhecimento que permite definir o que é o direito. O princípio “*pacta sunt servanda*” não poderia ser essa regra no caso do direito internacional, pois não dá conta da parte dele que independe da vontade dos Estados; isso levou alguns autores a formularem o princípio de que “Estados devem agir como costumam agir”, que Hart também critica por ser, segundo ele, equivalente a afirmar que aqueles que aceitam certas regras seguem uma regra de que regras devem ser seguidas, ou seja, uma repetição desnecessária do fato de que algumas regras são aceitas pelos Estados. Essa crítica não me parece muito boa, já que Kelsen explica essa visão como simplesmente a de que regras surgem no direito internacional pelo costume, incluída aí a regra de que tratados devem ser cumpridos, e o próprio Hart reconhece o costume como fonte de direito nacional; não teríamos “uma mera repetição de que regras são seguidas”, mas a alegação de que condutas convergentes ao longo do tempo geram regras.⁷⁸

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 226-32.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, p. 323.

De qualquer modo, Hart busca questionar essa pressuposição de que deve haver uma regra de reconhecimento no caso do direito internacional, já que temos regras que geram obrigações que não cumprem essa demanda, como as de etiqueta. Para ele, o direito internacional é um conjunto de regras primárias, sem uma regra de reconhecimento que forme um sistema organizado e permita, fazendo referência a si, analisar a validade dessas regras. Portanto, as analogias entre direito internacional e nacional seriam de função e de conteúdo, mas não de forma.⁷⁹ Essa alegação final também poderia ser vista como análise conceitual na medida em que afirma que diríamos que várias normas são parte do direito internacional e que não há qualquer regra que diríamos que determina a validade de todas essas outras.

2.3. O Desafio de Williams a esse Projeto

Como vimos, o projeto de Hart pode ser visto como uma tentativa de análise conceitual, isto é, uma tentativa de expor como a maioria de nós usa um termo, como o aplicaríamos e como o descreveríamos em termos mais simples; no caso, uma análise conceitual do termo “direito”.

Não pretendo criticar essa empreitada afirmando que ela não possui relevância prática. Uma crítica dessas poderia ser alavancada contra parte considerável da filosofia, para além de sua parte que consiste em análise de certos conceitos, e a considero equivocada pelo fato de o conhecimento filosófico sempre ser algo bem-vindo (embora não pretenda discutir aqui se o conhecimento filosófico é um bem em si ou apenas como um meio). Além disso, uma maior clareza quanto aos nossos conceitos nos ajuda a ter raciocínios mais claros, o que obviamente é algo positivo.

O que pretendo alegar, porém, é que, se esse é realmente o projeto de Hart, ele não poderia, como faz em diversos momentos, afirmar que outros autores estão “errados” ao usar o termo “direito” para se referir a algo diferente do que aquilo a que a maioria das pessoas se refere ao usá-lo. Para entender melhor esse ponto, será útil fazer referência a alguns artigos de um jurista do século passado que, infelizmente, não teve toda a notoriedade que merecia: Glanville Williams. Mais

⁷⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 232-7.

especificamente, seus cinco artigos sobre as relações entre direito e linguagem⁸⁰ e o seu artigo sobre a controvérsia quanto à palavra “direito”.⁸¹

O autor critica a crença que muitas pessoas mantêm de que as palavras possuem um sentido “certo”. As palavras não teriam um sentido verdadeiro, exceto se com isso quisermos dizer uma dessas duas coisas: o sentido ordinário/comumente aceito (que pode ser o sentido ordinário de apenas um subgrupo da população, como cientistas ou advogados); ou o sentido que alguém atribui à palavra no seu discurso. Fora esses dois casos, nenhuma palavra teria um sentido “‘próprio’, ‘atual’, ‘correto’, ‘essencial’, ‘gramático’, ‘legítimo’, ‘literal’, ‘natural’, ‘necessário’, ‘racional’, ‘real’ ou ‘razoável’”.⁸²

Os outros tipos de sentido seriam subcategorias do sentido ordinário ou atribuído. O sentido “histórico” ou “etimológico” é o sentido ordinário de uma palavra, ou partes dela, em um momento do passado; sentido técnico ou jurídico é o sentido ordinário dentre certa parcela da população (ou possivelmente uma determinação por parte de um profissional do direito para que se atribua um sentido a uma palavra diferente daquele que o usuário original tinha em mente); sentidos “estrito” e “amplo” dizem respeito à denotação de palavras ambíguas, e, portanto, aos usos ordinários que se fazem delas; “próprio”, quando oposto a “metafórico”, é o sentido ordinário original da palavra, oposto ao sentido estendido (que, com o tempo, pode passar a ser o principal sentido ordinário da palavra).⁸³

Usar os termos “sentido certo” sem se referir ao sentido ordinário ou a um sentido atribuído seria, segundo Williams, uma expressão do que o falante considera que *deveria ser* o sentido de uma palavra. Quando alguém diz que o sentido certo de “esporte” não inclui esportes eletrônicos, por exemplo, essa pessoa estaria apenas demonstrando que não quer que essa palavra seja utilizada para se referir a *e-sports*. O uso do verbo “ser”, contudo, em frases como “*e-sports* não são

⁸⁰ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – I**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1945; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – II**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 2. Londres: Sweet & Maxwell, 1945; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – III**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 3. Londres: Sweet & Maxwell, 1945; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – V**. Law Quarterly Review, vol. 62, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1946.

⁸¹ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949.

⁸² WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 384.

⁸³ *Ibid.*, pp. 384-5.

esportes”, faz com que essa pareça ser uma questão de fato e, portanto, parece ser possível debater sobre esse “sentido certo”.⁸⁴ Essa crença de que há um “sentido certo” de uma palavra está relacionada à crença de que há necessariamente apenas um “sentido certo” para cada palavra. Palavras ambíguas teriam um sentido “próprio” e um “impróprio” e seria necessário descobrir qual é qual.⁸⁵

Todos esses erros acometeriam muito os teóricos do direito, diz Williams. Inúmeras controvérsias jurídicas seriam, segundo o autor, apenas disputas sobre palavras⁸⁶ e a teoria jurídica seria em boa medida uma mistura de definições com juízos de valor, ambos disfarçados de alegações de fato.⁸⁷

O maior exemplo dessas confusões, e que mais gerou controvérsias, é o do “sentido verdadeiro” de “direito”. Diferentes autores atribuíram um único sentido “correto” para a palavra, o que tornou o debate entre eles, muitas vezes, ininteligível, já que é necessária concordância sobre o referente de uma palavra para que se tenha uma discussão frutífera que a utilize.^{88 89}

Williams chega a dizer que toda pergunta do tipo “o que é x?” ou “qual a natureza de x?” é, na verdade, um pedido por uma definição, não algo que se responda examinando os fatos do mundo empírico. É claro, alguma informação empírica pode ser passada na resposta, como no caso em que se responde “o que é um atol?”, sendo pressuposto por quem pergunta que existe algo no mundo empírico

⁸⁴ *Ibid.*, p. 385.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 386.

⁸⁶ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – I.** Law Quarterly Review, vol. 61, no. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 72.

⁸⁷ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – V.** Law Quarterly Review, vol. 62, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1946, p. 390.

⁸⁸ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – I.** Law Quarterly Review, vol. 61, no. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 88.

⁸⁹ A isso pode ser respondido que nós constantemente temos discussões inteligíveis uns com os outros sem concordarmos completamente sobre o sentido de algumas palavras. Eu concedo isso, mas a discordância deve ser pequena a ponto de não gerar problemas constantemente no discurso cotidiano. Por exemplo: você e eu podemos ter uma ótima e frutífera discussão sobre os problemas enfrentados pela população mais pobre do Brasil, ainda que por “população mais pobre” você entenda os 5% com menos renda e eu entenda os 10% com menos renda. Mas, se por “população mais pobre” você entende “caranguejos” e eu entendo “anãs vermelhas”, você provavelmente começaria a falar sobre a preservação do meio-ambiente dos manguezais, ao passo que eu diria que a população mais pobre não sofre porque não é capaz de sofrer, já que ela não tem consciência; está apenas fundindo hidrogênio em hélio a anos-luz de distância. De um modo similar, eu diria que uma discussão quanto ao “direito” entre três pessoas, uma que entende pelo termo “um conjunto de normas criado por certas instituições sociais”, outra que por ele entende “um conjunto de normas eternas imposto pelo criador do universo” e outra que por ele entende “certos fatos sociais sobre a conduta de uma população”, não pode ser frutífera, a menos que concordem em utilizar o termo apenas em um desses sentidos, aceitem a ambiguidade do termo e sempre esclareçam em que sentido o utilizam em cada frase ou (o que eu considero ideal) achem uma palavra ou expressão diferente para cada um desses sentidos.

que é referido pela maioria das pessoas pela palavra “atol”. Mas, caso essa pressuposição não esteja de fundo, como na pergunta “o que é um unicórnio?”, tudo o que temos como resposta é uma definição.⁹⁰

Williams reconhece sem problemas que “*law*” é uma palavra ambígua no inglês,⁹¹ mas muitos outros autores buscaram demonstrar que um sentido é o “sentido próprio” do termo. Ele responde às teses desses autores no artigo “The Controversy Concerning the Word ‘Law’”.

Esse artigo é iniciado por uma análise das diversas críticas feitas à teoria do direito de John Austin; coincidentemente o mesmo autor cuja teoria Hart critica no começo de seu “O Conceito de Direito”. Williams acredita que a definição de Austin de “direito” é uma definição que recobre relativamente bem os casos que normalmente seriam reconhecidos como sendo “direito nacional”.⁹² O erro do autor estaria em acreditar que essa definição seria “direito” “em sentido próprio” e em listar exemplos de “sentidos impróprios” do termo.⁹³ Ele claramente por “sentido próprio” não tinha em mente o sentido usual das palavras, já que não poderia negar que “direito das nações” e “lei da gravidade”⁹⁴ são expressões completamente usuais e, ainda assim, as considerava “impróprias”.⁹⁵

Muitos autores não apoiaram a defesa de Austin de que o direito internacional e o direito costumeiro não seriam “propriamente” direito. Contudo, ao invés de questionarem o projeto de Austin de demonstrar o “sentido próprio” do termo, aceitaram a sua premissa de que existiria tal coisa como um “sentido próprio” e buscaram provar que o direito internacional ou o costumeiro se encaixariam nesse sentido.

Seria desnecessariamente longo listar todos os exemplos de argumentos desse tipo que Williams menciona. Mas alguns são particularmente curiosos. Pollock sustenta que a teoria de Austin, “ao perder de vista o que é realmente um

⁹⁰ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 389.

⁹¹ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – III**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 3. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 301.

⁹² WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, pp. 50-1.

⁹³ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁴ É sintomático da natureza meramente verbal da disputa o fato de “*law of gravity*” em inglês utilizar a palavra “*law*”, o que faz com que Austin se veja obrigado a dizer que é um “sentido impróprio” do termo, ao passo que em português essa problemática nem surge, sendo difícil traduzir essa discussão de Austin, já que usamos a palavra “lei”, não “direito”, nesse caso.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 52.

constituente essencial, limita o escopo próprio do direito e tende a uma visão insatisfatória da sua operação”;⁹⁶ Williams sabiamente aponta que é difícil entender como a definição de Austin tenderia a uma visão insatisfatória da operação do direito se o que está em disputa é justamente a o que nos referimos ao falar em “direito”.⁹⁷ Não é difícil achar trechos em que Hart comete o mesmo erro de Pollock.⁹⁸

Clark⁹⁹ buscou refutar Austin dedicando centenas de páginas à origem etimológica de “*law*” e termos equivalentes em outras línguas, assim como listando as definições do termo dadas por diferentes filósofos e juristas, como se isso impedisse Austin de definir em que sentido ele toma a palavra em sua obra.¹⁰⁰ Clark também diz que seria “mera perversidade” negar o título de “direito” às regras que organizavam a vida de membros de vilarejos indianos que não possuíam um soberano austiniano,¹⁰¹ ou seja, parece sugerir que seria um ato imoral dar, explicitamente, um sentido pouco usual a um termo para os fins de um trabalho, o que é, no mínimo, uma tese curiosa.

Alguns juristas internacionalistas, por sua vez, se preocuparam com a possibilidade de que, negando o título de “direito” ao direito internacional e chamando-o de “moralidade positiva”, os governos se importariam menos com ele.¹⁰² Outros negaram que o direito internacional mereça o título de “direito” por acharem que ele deveria no futuro se aproximar ao direito nacional, deixando de lado sanções desorganizadas como guerras e estabelecendo mecanismos sociais fixos de sanção.¹⁰³ Nenhum desses casos, é claro, é um argumento que seja capaz de mostrar o “sentido verdadeiro” da palavra “direito”.

Alguns juristas inclusive chegaram muito perto de entender o ponto de Williams, mas não deram o último passo necessário para perceber a futilidade do

⁹⁶ POLLOCK, Frederick. **Law and Command**. Law Magazine and Review: For Both Branches of the Legal Profession at Home and Abroad, vol. 1, no. 3. Londres: Butterworths, 1872, p. 191.

⁹⁷ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, p. 54.

⁹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 112-3 e 155; HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 76.

⁹⁹ CLARK, Edwin Charles. **Practical Jurisprudence: A Comment on Austin**. Cambridge: Cambridge University Press, 1883, pp. 11-195.

¹⁰⁰ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, pp. 55-6.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 59-60 e 73.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 64.

debate. Lawrence¹⁰⁴ reconheceu que “tudo depende da definição de direito que escolhermos adotar. A controvérsia é na verdade uma logomaquia – uma disputa sobre palavras, não coisas”, mas depois tentou refutar a definição de Austin afirmando que há motivos para se obedecer ao direito nacional que não apenas a força e que o direito nacional entraria em colapso se toda regra tivesse de ser imposta.¹⁰⁵ Walker¹⁰⁶ também disse que Austin podia restringir seus estudos a um certo tipo de regras que usualmente é chamado de “direito”, mas que não podia ditar como os demais devem usar as palavras. Contudo, posteriormente afirmou que Austin poderia ser refutado pelos “fatos duros da história” e pela “história das palavras”.¹⁰⁷

Por fim, Kelsen¹⁰⁸ diz

As regras chamadas de direito internacional devem ser consideradas direito no mesmo sentido que aquelas normas que são consideradas direito *par excellence*, as regras do direito nacional? A resposta a essa pergunta depende de como o conceito de direito for definido¹⁰⁹

mas afirma posteriormente que a essência do direito nacional é a reserva da força a toda a comunidade, sendo toda interferência na esfera de interesses de alguém ou um delito ou uma sanção, conclui que o direito internacional é direito “propriamente dito” e declara que quem negar a teoria da guerra justa deve também negar que o direito internacional é “direito verdadeiro”. Ao mesmo tempo, ele admite que não é possível provar que no direito internacional toda guerra é ou um delito ou uma sanção, mas que ele postula isso porque deseja concluir que direito internacional é direito de acordo com suas premissas.¹¹⁰

¹⁰⁴ LAWRENCE, Thomas Joseph. **Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law**. 2 ed. Cambridge: Deighton, Bell and Co., 1885, p. 32.

¹⁰⁵ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949., p. 61.

¹⁰⁶ WALKER, Thomas Alfred. **The Science of International Law**. Londres: C. J. Clay and Sons, 1893, pp. 8, 11 e 21.

¹⁰⁷ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, p. 61.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1942, pp. 3, 7, 13 e 54.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁰ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, pp. 65-6.

Kelsen justifica tomar parte nesse debate afirmando que a questão não é apenas teórica, pois, caso direito internacional seja direito no mesmo sentido que o nacional, pode-se presumir que ele é suscetível à mesma evolução que o direito nacional.¹¹¹ Williams apenas afirma que não se pode presumir isso de uma definição,¹¹² mas acredito que um exemplo possa ilustrar melhor por que isso não é possível. Imaginemos um debate entre alguém que diga que aves são animais que evoluíram a partir de um ancestral “X” (aquele tido usualmente pelos biólogos como dando origem à classe das aves) e alguém que diga que aves são animais com asas. Essas pessoas discordariam sobre se morcegos são aves, tendo em vista que morcegos possuem asas, mas não descendem desse ancestral “X”. A sugestão de Kelsen parece implicar que decidir entre essas duas formas de definir “aves” é uma questão empiricamente relevante, pois, caso cheguemos à conclusão de que morcegos são aves, podemos presumir que eles irão evoluir penas com o tempo. O que é simplesmente falso.

Williams cita alguns motivos pelos quais os autores poderiam cometer essas confusões que ele aponta. Embora reconheça que alguns pontos possam ser considerados aspectos diferentes de outros, ele faz a seguinte lista: 1) a tendência geral de considerar que controvérsias quanto a palavras sejam controvérsias científicas; 2) o fato de algumas expressões das nossas línguas obscurecerem a diferença entre questões verbais e factuais (como “ser”, “existir”, “natureza” e “teoria”); 3) a tendência geral de disfarçar juízos de valor como definições que, por sua vez, podem ser disfarçadas como investigações científicas; 4) a nossa tendência a “hipostasiar” abstrações, ou seja, a acreditar que existe algo no mundo que equivale ao conceito de “pássaro”, e não apenas vários objetos que se encaixam nessa abstração, e que a nossa definição deve estar de acordo com esse “pássaro” distinto de todos os pássaros individuais; 5) a tendência de acreditar que, para além de cada palavra ter um sentido “correto”, cada uma teria também um *único* sentido correto; 6) a crença de que haveria diferenças de tipo (*in kind*) naturais e independentes das classificações humanas; e, por fim, 7) a crença na existência de essências naturais.¹¹³

¹¹¹ KELSEN, Hans. **Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1942, p. 29.

¹¹² WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, p. 66.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 66-71.

Afirmar que algumas dessas condutas e crenças sejam “erros” compromete Williams com algumas teses filosóficas mais robustas, o que não é de se surpreender, considerando-se a sua afinidade com o positivismo lógico.¹¹⁴ Contudo, creio que, para comprar o seu argumento mais geral de que a disputa quanto ao sentido “correto” de “direito” seja apenas linguística, não seria necessário adotar as teses mais controversas do positivismo lógico, como a negação da possibilidade de proposições éticas terem sentido, mas bastaria apenas negar a existência de essências naturais.

Em resumo, esse seria o desafio de Williams: se Hart está apenas analisando o nosso conceito ordinário de direito, isso é, em que situações diríamos que algo é “direito”, o que impediria outros autores de utilizar o termo “direito” para se referir a outras coisas? Quando Olivecrona usa o termo para se referir a ideias de imperativos nas mentes das pessoas,¹¹⁵ Holmes para se referir às profecias sobre o que os tribunais farão no futuro,¹¹⁶ Llewellyn para se referir a o que autoridades fazem quanto a disputas¹¹⁷ e Fuller para se referir à atividade de sujeitar a conduta humana ao governo de regras,¹¹⁸ por que eles estariam errados ao usar esses sentidos não usuais? Certamente é bom no geral não se afastar do sentido usual de um termo para evitar confusões, mas se esses autores deixam claro o que entendem por “direito”, não parece haver motivos para criticar esse uso não usual do termo.¹¹⁹

A crítica de Hart seria válida se todos os outros filósofos do direito estivessem preocupados em encontrar o nosso conceito ordinário de direito. Mas esse não me parece ser o caso. Por exemplo: um dos realistas jurídicos que Hart critica, Lundstedt, estava tão pouco preocupado com o nosso conceito usual de direito que

¹¹⁴ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – V**. Law Quarterly Review, vol. 62, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1946, pp. 402-6.

¹¹⁵ OLIVECRONA, Karl. **El Derecho como Hecho**. Tradução de: Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959, p. 32.

¹¹⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of The Law**. Harvard Law Review, vol. 12, no. 7. Cambridge, Massachusetts: The Harvard Law Review Association, 1899, p. 461.

¹¹⁷ LLEWELLYN, Karl Nickerson. **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**. Nova Iorque: Oceana Publications, Inc., 1960, p. 12.

¹¹⁸ FULLER, Lon Luvois. **La Moral del Derecho**. Tradução de: Francisco Navarro. Cidade do México: Editorial F. Trillas, S. A., 1967, p. 137.

¹¹⁹ É válido mencionar que Stephen Perry reconheceu esse tipo de debate e afirmou que a natureza dele não é clara, já que não se trata de uma mera análise de como de fato falamos; ele afirma que talvez se trate de algum tipo de teoria política pura, mas, se for esse o caso, certamente os autores estão confusos quanto a o que estão fazendo; *vide* PERRY, Stephen R. **Hart’s Methodological Positivism**. In: Hart’s Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 347.

chegou a afirmar que falar sobre direitos subjetivos e deveres é falar absurdos.¹²⁰ Parece-me que atribuir a ele a tarefa de encontrar o sentido usual do termo “direito” seria um equívoco.¹²¹

Concordo com o teor do desafio, e não acho que Hart forneça uma resposta satisfatória. Ele reconhece o desafio brevemente em “O Conceito de Direito”, ao explicar o modo curto com que Williams lidou com a questão “direito internacional é direito?”.¹²² Mas Hart diz basicamente duas coisas contra a visão de Williams. A primeira é que esse modo de lidar com a questão é “certamente curto demais”. Sugestão curiosa, já que o número de palavras de uma tese não possui relação direta com a sua veracidade e muitos problemas aos quais já foram dedicadas muitas páginas com o tempo foram relegados ao *status* de pseudoproblemas (para tomar alguns exemplos, não são muitos os filósofos hoje em dia que discutem quantas partes a alma humana possui (sem estarem interpretando filósofos antigos) e o interesse no debate sobre os aspectos filosóficos da transubstanciação também é bastante menor do que já foi).

A outra alegação de Hart é a de que não há apenas as duas alternativas que Williams oferece (“vamos observar a convenção atual ou afastar-nos dela?”), mas há uma terceira, a de explicitar e examinar os princípios que guiaram o uso existente. Essa resposta também é um pouco misteriosa, já que, ainda que examinemos esses princípios, ainda nos resta a escolha entre observar a convenção atual ou afastar-nos dela. Examinar os princípios do uso da palavra não é usar a palavra, e ao usá-la, ou a usamos do modo usual, ou de um modo não usual. Ele menciona um pouco depois que podemos “inspecionar os credenciais desses princípios”, mas não deixa claro o que isso significaria. Darei posteriormente uma sugestão quanto a o que Hart estaria sugerindo aqui.

Tendo encerrado o exame do desafio que Williams traz a esse tipo de projeto, passemos a uma interpretação diferente quanto a qual seria o objetivo mais

¹²⁰ ROSS, Alf Niels Christian. **Tû-tû**. Tradução de: Sandra Regina Schmitz de Azevedo. Revista da Consultoria Geral do Estado, vol. 5, no. 13. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica Estado do Rio Grande do Sul, 1975, pp. 16-7; LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal Thinking Revised: My Views on Law**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1956, p. 77.

¹²¹ Mesmo Olivecrona e Holmes não me parecem estar preocupados com o conceito usual de direito, e sim em negar a existência de algum tipo de realidade normativa distinta das ideias que as pessoas têm sobre o direito ou das decisões dos tribunais na realidade, conforme as citações acima.

¹²² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 214-5.

relevante de Hart em “O Conceito de Direito”: definir estipulativamente o significado do termo “direito”, visando boas consequências políticas a partir disso.

3. HART ENQUANTO DEFINIDOR ESTIPULATIVO

3.1. Em Que Consiste a Definição Estipulativa

Vimos alguns limites que se impõem ao projeto de Hart se ele for encarado como uma tentativa de analisar o conceito usual de “direito”. Há, contudo, outro modo de encarar o projeto de Hart, que o torna mais próximo a questões éticas e políticas: encará-lo enquanto uma definição estipulativa sobre a que devemos nos referir ao usar o termo “direito”. Neste capítulo, veremos se este modo de encarar o seu projeto possui prospectos melhores.

Para esse fim, contudo, precisamos deixar claro o que será entendido por “definição estipulativa”. Portanto, comecemos com uma análise do livro “Definition”, de Richard Robinson,¹²³ dando ênfase ao seu capítulo dedicado à noção de definição estipulativa.

Definição estipulativa é, para Robinson e para os fins deste trabalho, o estabelecimento explícito e autoconsciente de uma relação de significado entre uma palavra e um objeto; o ato de atribuir um objeto a um nome ou um nome a um objeto, não o ato de registrar uma atribuição que já exista.¹²⁴ Se essa atribuição concorda ou não com o uso comum do termo (se é que existe um uso comum do termo) é irrelevante para a estipulação.¹²⁵ Não há qualquer relação necessária entre o signo escolhido estipulativamente e a coisa a ser representada, assim como não há qualquer relação necessária entre qualquer signo e seu significado.¹²⁶

Na medida em que o criador de um dicionário entende que está registrando um sentido de um termo que já existe (análise conceitual), ele se aproxima de um historiador; quando ele entende que é uma autoridade que pode dizer como as palavras *devem* ser usadas (definição estipulativa), e não apenas como *são* usadas, ele se aproxima de um legislador.¹²⁷

Definições estipulativas não possuem valor de verdade, pois não são asserções sobre o mundo. Afirmar que a maioria das pessoas usou o termo “x” para se referir a “y” pode ser uma afirmação verdadeira ou falsa, mas definir

¹²³ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 59.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 65-6.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 59.

estipulativamente que por “x” se entende “y” é algo mais próximo de um pedido ou comando ao interlocutor ou leitor e, portanto, não passível de ser verdadeiro ou falso.¹²⁸ Tampouco são tautologias, já que não são asserções.¹²⁹

Há apenas dois casos em que alguém poderia ficar tentado a dizer que uma definição estipulativa é “falsa”. O primeiro é o de quando se atribui uma palavra a um objeto que não existe. Muitas vezes, quando alguém define algo estipulativamente, sugere que o objeto da definição existe, embora esse nem sempre seja o caso. Eu posso definir “bruxa” como “uma mulher que utiliza certos rituais e intenções, por meios não compreendidos pela ciência atual (talvez ditos ‘sobrenaturais’), para afetar o mundo ao seu redor de maneiras fantásticas, fazendo coisas como maldições de azar e poções do amor” e, ainda assim, não acreditar que bruxas existem. De qualquer modo, a falsidade reside na sugestão de existência do objeto (quando essa sugestão existe), e não na definição estipulativa em si.¹³⁰

O outro caso é o de um autor ou interlocutor que afirma que usará uma palavra em certo sentido, mas posteriormente a usa em outro sentido. Ao fazer uma definição estipulativa, ele tacitamente promete que usará a palavra no sentido que disse que usaria e tacitamente prevê que fará isso; ao usá-la em outro sentido, tacitamente fez uma promessa e uma previsão falsas. Contudo, mais uma vez, a falsidade não reside na definição estipulativa em si, mas naquilo que a definição sugeriu tacitamente.¹³¹

Há várias vantagens e desvantagens do uso de definições estipulativas e Robinson cita algumas delas. A vantagem mais óbvia seria livrar-se de uma ambiguidade que um termo possui na nossa linguagem ordinária, evitando confusões e discussões desnecessárias. Para isso, escolhe-se um dos sentidos já existentes para ser o único a ser referido pelo termo. Contudo, é possível fazer uma definição estipulativa de algo que não faz parte da nossa linguagem ordinária, como quando nomeamos um cometa recém-descoberto, e a vantagem aí se encontra na possibilidade de referir-se de forma simples e rápida a esse algo. Mesmo fenômenos já conhecidos podem ser abreviados, o que facilita a compreensão de proposições e argumentos complexos que os utilizem.¹³²

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 62-3.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 63-4.

¹³¹ *Ibid.*, p. 64.

¹³² *Ibid.*, pp. 66-8.

Definições estipulativas também nos ajudam a desenvolver novos conceitos que são mais úteis à ciência que os do cotidiano; por exemplo, quando criamos a noção de “um grau Celsius”, ao invés de ficarmos restritos a falar em “quente”, “frio”, “mais quente que” e “mais frio que”. A diminuição da ambiguidade dos termos também permite que haja mais concordância quanto a o que se pode inferir a partir de certas proposições, o que é demonstrado com mais clareza na matemática, com suas definições e axiomas.¹³³

Uma situação interessante em que definições estipulativas são utilizadas é aquela em que se percebe que um termo sugere algo que não é verdade e, portanto, deve-se ou mantê-lo como uma palavra para um engano passado, ou redefini-lo para um sentido próximo que não tenha tal implicação. Um exemplo do primeiro caso seria a palavra “centauro”, que sugere que existem criaturas metade humano e metade cavalo, mas que foi mantida com esse sentido, sendo encarada como um termo para um ser mitológico. A palavra “simultâneo”, por sua vez, é mantida no discurso cotidiano, mas Einstein também a redefiniu para que no discurso científico ela não implique uma proposição falsa (que a relação temporal entre dois eventos é sempre independente de qualquer questão espacial).¹³⁴

Todas essas vantagens sem dúvida foram parte da motivação para que autores como Pascal e Mill afirmassem que “a estipulação é livre”.¹³⁵ Jackson parece concordar com essa visão.¹³⁶ A versão mais extrema dessa doutrina foi defendida por Humpty Dumpty (de cuja história eu cheguei a quase enjoar de tanto que a vi sendo referenciada em leituras para esta dissertação);¹³⁷ contudo, o caso de Humpty Dumpty exemplifica muito bem que, embora definições estipulativas não possam ser falsas, elas podem muito bem ser inconvenientes.¹³⁸

¹³³ *Ibid.*, pp. 68-70.

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 70-2.

¹³⁵ PASCAL, Blaise. **Pensées, Tome Second**. Paris: Libraire Delagrave, 1918, pp. 281 e 284; MILL, John Stuart. **A System of Logic**. Londres: Longmans, Green, and Co., 1895, p. 2; ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 72.

¹³⁶ JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 42.

¹³⁷ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 59, 72 e 75; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, p. 57; WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, pp. 384 e 387; JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 118 e 129; CARROLL, Lewis. **Through the Looking-Glass, and What Alice Found There**. Londres: Macmillan Children’s Books, 2014, pp. 97-116.

¹³⁸ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 72.

Robinson traz alguns exemplos interessantes. Há o caso de um filósofo que anunciou sua palestra como “O Uso Especulativo da Linguagem”, em uma época em que a metafísica era muito atacada pelos positivistas lógicos. O título fez com que algumas pessoas acreditassem que o tema seria uma justificação da metafísica, mas, ao chegar lá, foram informadas de que por “especulativo” o palestrante queria dizer “pictórico”; alguns ouvintes sentiram-se, justificadamente, enganados.¹³⁹ Veblen, ao afirmar que daria um novo sentido científico ao termo “desperdício”, buscou separar o sentimento de desaprovação que acompanha essa expressão;¹⁴⁰ mas, ao menos segundo Robinson, sua obra se aproveita desse sentido usual de “desperdício” para desenvolver uma crítica moral à conduta das classes mais abastadas, quer Veblen percebesse isso ou não.¹⁴¹

Robinson então colaciona alguns motivos pelos quais definições estipulativas podem ser indesejáveis. Elas podem ser usadas para enganar as pessoas para se obter algum benefício, como no caso supramencionado da palestra; podem ser usadas para gerar um ar de profundidade ou cientificidade a um discurso que, caso utilizasse termos cotidianos, seria menos impressionante;¹⁴² podem ser usadas mantendo-se parte do sentido usual da palavra e seu aspecto emocional, consciente ou inconscientemente, e dar um ar de cientificidade a esse sentido e esse aspecto, como no caso de Veblen; elas são um trabalho extra, tanto para quem as usa quanto para os leitores ou ouvintes; muitas vezes enfeiam o discurso; podem fazer com que se ignore a atividade valiosa de analisar o sentido usual de termos, dando-se preferência a redefinir estipulativamente um termo confuso no discurso cotidiano, como “probabilidade” ou “implicação”; por fim, as abreviações em definições estipulativas podem obscurecer a complexidade ou as relações envolvidas em um conceito.¹⁴³

Em suma, definições estipulativas, se não realizadas com cuidado, podem ser inconvenientes ou enganosas; mas jamais podem ser acusadas de serem “falsas” ou “erradas” e possuem razões legítimas para serem adotadas. Definir estipulativamente em um tratado de sociologia jurídica que por “direito” será

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 73-4.

¹⁴⁰ VEBLÉN, Thorstein Bunde. **The Theory of the Leisure Class**. Nova Iorque: The Modern Library, 1934, p. 97.

¹⁴¹ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 74-5.

¹⁴² Há vários exemplos, que eu, pessoalmente, considero divertidos, em SOKAL, Alan David; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**. 2 ed. Tradução de: Max Altman. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016.

¹⁴³ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 76-9.

entendido um conjunto de fatos sociais, e não normas, por exemplo, não é uma atividade “errada” em si mesma; deve-se apenas tomar cuidado para não fazer com que algumas frases sejam lidas com o sentido normativo de “direito”.

Por fim, acho que é valioso mencionar como o tratamento de Robinson da atividade de definição está em concordância com muitas das teses de Williams. Robinson concorda que muitos debates são inúteis enquanto não se estabelece relativamente bem o que se entende por um termo¹⁴⁴ e que perguntas da forma “o que é (realmente) x?” são inúteis quando “x” é uma palavra demasiadamente ambígua ou sem referente quanto ao qual se concorde.¹⁴⁵ Por fim, Williams concorda com Robinson que definições estipulativas que se afastem do uso comum não são erradas, mas podem ser inconvenientes em alguns casos.¹⁴⁶

3.2. A Teoria de Hart Enquanto Definição Estipulativa

Robinson mencionou várias razões pelas quais uma definição estipulativa poderia ser adotada e as vantagens que ela pode trazer. Mas há, contudo, uma justificativa para essa atividade que ele não mencionou. Seu tratamento focou principalmente em definições estipulativas realizadas em uma obra, para fins de exposição de pesquisa científica ou teses filosóficas. Outro tipo possível de definição estipulativa, mais abrangente, é utilizado por alguém em todos os seus discursos e sua adoção por outras pessoas é incentivada; isso devido às consequências práticas que utilizar um termo em certo sentido pode trazer.

Embora Robinson não tenha listado essa possibilidade, ela não escapou à percepção de Williams. Como mencionamos num capítulo anterior, alguns internacionalistas buscam chamar o direito internacional de “direito” não por qualquer razão teórica ou de análise conceitual, mas sim porque fazê-lo parece aumentar as chances de que ele será respeitado; outros, por sua vez, acreditam que ele não “mereça” esse título enquanto não se aproximar do direito nacional, o que pode ser encarado como um modo de usar o termo “direito” que visa gerar um desenvolvimento específico no direito internacional por meio de uma pressão por

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 66.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 73 e 190-2.

¹⁴⁶ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 387.

parte dos teóricos do tema (a efetividade dessa pressão perante os interesses dos países, contudo, não deve ser muito grande).¹⁴⁷

Estaria Hart usando o termo “direito” em certo sentido devido às consequências práticas que fazê-lo pode trazer? Isso é sugerido por Liam Murphy em seu artigo “*The Political Question of the Concept of Law*”.¹⁴⁸ A análise desse artigo será valiosa para que exploremos esta possibilidade.

Murphy entende que a discordância entre Hart e Dworkin se deve, no fundo, não a uma discordância quanto a reflexões abstratas sobre o que entra ou não no conceito de “direito”, mas sim a uma discordância quanto às consequências políticas de entender que o direito só incorpora questões morais e políticas caso isso seja previsto por fatos sociais, como a regra de reconhecimento ou a Constituição,¹⁴⁹ e entender que essas questões necessariamente sempre entram em jogo, ao buscar mostrar o direito “em sua melhor forma” (“*in its best light*”).¹⁵⁰ E o modo para escolher entre as duas maneiras de encarar o direito seria pela análise das consequências de cada visão.¹⁵¹

Murphy nega que essa disputa possa ser resolvida por meio de análise conceitual do tipo que foi desenvolvido no primeiro capítulo desta dissertação. A razão para isso, segundo ele, é a de que, embora em casos como o de “conhecimento”, por exemplo, concordemos em grande medida sobre o que são ou não casos de conhecimento, essa concordância não existe no caso do direito. As pessoas discordam constantemente sobre se certos casos, como o do nazismo, contam como direito ou não; e isso impediria a análise conceitual como Jackson a constrói.¹⁵² Essa mesma preocupação é compartilhada, por sinal, por Brian Leiter, que diz que às vezes parece que o objeto de todas as nossas atitudes proposicionais referentes a “direito” nem sempre é a mesma coisa, o que seria fatal

¹⁴⁷ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, pp. 59-60, 64 e 73.

¹⁴⁸ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: *Hart’s Postscript*. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁴⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 247.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald Myles. **Law’s Empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, pp. 87-90.

¹⁵¹ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: *Hart’s Postscript*. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 372-3.

¹⁵² *Ibid.*, p. 381.

ao projeto de análise conceitual.¹⁵³ Essa preocupação é válida, e certamente os teóricos do direito usam o termo para se referir a muitas coisas diferentes; mas isso não significa que a maioria das pessoas não costuma usá-lo na grande maioria das vezes para se referir a um tipo específico de sistema normativo. Ainda poderíamos, creio eu, realizar uma análise conceitual do termo como é utilizado pela maioria das pessoas (*i.e.* não por teóricos do direito).

De qualquer modo, Murphy foca nas razões práticas. Um tipo de consequência prática relevante para se adotar um certo sentido para o termo “direito”, diz Hart, é ser um sentido que será útil para nossas investigações teóricas.¹⁵⁴ Murphy levanta essa hipótese e reconhece que ela pode ser relevante para a sociologia, por exemplo; mas o nosso uso do termo “direito” no cotidiano e nos discursos políticos é de maior importância, diz ele.¹⁵⁵

Além disso, não concordo com Hart quando ele diz que usar o termo “direito” em certo sentido pode ajudar nossas investigações teóricas. Como vimos na seção desta dissertação focada em Williams, contanto que as pessoas concordem quanto aos fatos, tanto faz que palavras usemos para categorizá-los em nossas pesquisas científicas.¹⁵⁶ Hart diz que excluir leis imorais da categoria “direito” nos faria “excluir certas regras muito embora elas exibam todas as outras características complexas do direito”.¹⁵⁷ Mas isso é um argumento circular, já que o que está em discussão é justamente o que são características necessárias ou não necessárias para algo ser chamado de “direito”; não podemos dizer que excluir as leis imorais obscureceria algo se entendermos que a moralidade mínima das leis é uma característica necessária do direito. Hart também diz que incluir as regras imorais dentro do conceito de direito ainda nos permitiria analisar o que elas possuem de distintivo;¹⁵⁸ mas, como já foi dito, podemos analisar o que leis imorais possuem de diferente de leis morais independentemente de que termos utilizemos para se referir a elas, “direito” ou “gavagai”. Ou, para exemplificar por meio da crítica anterior a Kelsen

¹⁵³ LEITER, Brian. **Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 358.

¹⁵⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 209-10.

¹⁵⁵ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 383.

¹⁵⁶ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, pp. 72-3.

¹⁵⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 209.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 210.

nesta dissertação, caso definamos “aves” como “todos os animais que antes eram considerados aves, mais os morcegos”, isso não nos impediria de ver em que os morcegos diferem das demais aves.

Passemos, portanto, ao outro tipo de consequência que usar “direito” em certo sentido pode trazer. Para listar motivos morais/políticos pelos quais deveríamos adotar o conceito de direito de Hart, Murphy resume os argumentos de Hart contra a forma de jusnaturalismo defendida por Radbruch,¹⁵⁹ que sustentou que o positivismo dificultou a resistência por parte do judiciário ao nazismo.¹⁶⁰ Os argumentos se baseiam no caso da condenação no pós-guerra de uma mulher por ter revelado que seu marido criticava Hitler, já mencionado anteriormente nesta dissertação, aludido tanto em “O Conceito de Direito”, no capítulo 9, quanto no artigo “Positivism and the Separation of Law and Morals”.

Hart dá duas razões pelas quais não deveríamos considerar as regras extremamente injustas do nazismo como não sendo direito válido. A razão que Hart considera mais forte é a de que fazê-lo deixaria menos claras as questões morais envolvidas na escolha dos tribunais: não se trataria de simplesmente punir alguém por ter cometido um crime que seria permitido por uma lei inválida, mas sim de escolher entre deixar impune alguém que cometeu um ato imoral, mas juridicamente permitido, ou criar uma punição retroativa para evitar que essa pessoa saia impune pelo mal que causou.^{161 162}

Esse argumento de Hart, contudo, é patentemente circular. Para que o dilema moral do tribunal seja o que Hart afirma que é, é preciso que as leis extremamente injustas do nazismo sejam direito válido; e isso é justamente o que está em debate!¹⁶³ Murphy tenta desenvolver uma interpretação mais caridosa do que Hart

¹⁵⁹ RADBRUCH, Gustav. **Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law**. Tradução de: Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, no. 1. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 1 e 6-8.

¹⁶⁰ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 385-6.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 386.

¹⁶² Um ponto desconectado do presente argumento, mas ainda assim interessante, é o de que Hart reconhecer a não promulgação de leis retroativas como algo moralmente desejável parece entrar em conflito com a sua crítica anterior a Fuller. Para uma boa análise das ambiguidades de Hart nesse ponto, *vide* WALDRON, Jeremy. **Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller**. New York University Law Review, vol. 83, no. 4. Nova Iorque: New York University School of Law, 2008, pp. 1157-69.

¹⁶³ A circularidade se repete em HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 87, quando Hart afirma que a tese de Fuller “esconderia os fatos”,

poderia querer dizer: ele poderia estar se referindo no argumento ao que Murphy chamou de “regras preditivamente úteis”, ou seja, regras que, sendo válidas ou não, as pessoas reconhecem como sendo uma boa previsão quanto a o que os tribunais e as autoridades farão.

Esse tipo de regra teria de ser reconhecido até mesmo por um jusnaturalista convicto, e poderia ser argumentado que não devemos ignorar a existência delas e a sua relevância moral; no caso, de que a mulher, ao entregar seu marido, poderia tê-lo feito por medo de ser punida caso não agisse de acordo com essas regras preditivamente úteis, quer fossem direito válido ou não. Mas um jusnaturalista poderia reconhecer a existência desse tipo de regra e a complexidade moral apontada e, ainda assim, afirmar que isso não é relevante para decidir se as regras extremamente injustas são direito válido. Logo, mesmo a interpretação mais caridosa não se sustenta.¹⁶⁴

A segunda razão que Hart dá, porém, é mais promissora. Ele sustenta que acreditar que toda lei válida é moral faz com que as pessoas estejam menos dispostas a fazer um escrutínio moral das regras que *prima facie* são direito; ou seja, caso vivêssemos em um sistema nazista, uma visão jusnaturalista poderia dificultar a desobediência a leis abomináveis. Ainda mais se, como é razoável imaginar, o cidadão médio confia nos especialistas para lhe dizerem o que é direito.¹⁶⁵ Essa preocupação é compartilhada por Bentham,¹⁶⁶ além de também ter sido exposta por Kelsen.¹⁶⁷ Bentham também menciona o risco de anarquia,¹⁶⁸ mas para definir qual o maior risco seria desejável algum tipo de análise psicológica ou sociológica.¹⁶⁹

fatos esses que só poderiam ser escondidos se já negássemos o esquema conceitual de Fuller e aceitássemos o de Hart.

¹⁶⁴ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 386-7.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 387-8.

¹⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. **A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government**. Eds. J. H. Burns e H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977, pp. 498-9.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, pp. 68-9; KELSEN, Hans. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law**. The Yale Law Journal, vol. 57, no. 3. New Haven: Yale Law Journal Company, Inc., 1948, pp. 383-4; KELSEN, Hans. **Law and Morality**. In: Essays in Legal and Moral Philosophy. Ed. Ota Weinberger. Tradução de: Peter Heath. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, pp. 92-3.

¹⁶⁸ BENTHAM, Jeremy. **A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government**. Eds. J. H. Burns e H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 483.

¹⁶⁹ MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 390.

No restante de seu artigo, Murphy compara essa abordagem de Hart à de Dworkin, concluindo que um positivismo estrito (“*hard positivism*”), à *la Raz*,¹⁷⁰ é preferível à teoria dworkiniana. Não é necessário, contudo, tratar dessa parte do artigo para os fins desta dissertação, já que nosso objetivo maior aqui era o de apontar uma segunda interpretação quanto aos objetivos de Hart ao defender seu conceito de direito.

Outro autor que entende que esse tipo de argumentação moral/política seria a parte mais relevante do projeto de Hart é Fernando Atria. Em seu livro “*La Forma del Derecho*”, Atria faz um diagnóstico do estado atual do positivismo jurídico e chega à conclusão de que os teóricos perderam de vista aquilo que era importante. Positivistas estritos e inclusivos (“*soft*”) discutem entre si enquanto o movimento é atacado pelo neoconstitucionalismo, que põe em xeque o espírito que animava os primeiros positivistas.¹⁷¹

Na verdade, Atria entende que o debate entre os dois tipos de positivismo se resumiria a um debate quanto à propriedade de se utilizar o termo “direito” para se referir a certos tipos de normas ou sistemas normativos¹⁷² e encara esse tipo de debate como estéril.¹⁷³ Como dito anteriormente, não acredito que esse tipo de debate seja necessariamente estéril, mas, no caso do direito, caso isso seja feito por meio de uma análise do nosso conceito usualmente atribuído ao termo “direito”, entendo que não seja algo que nos permita dizer que outros autores estão “errados” ao usar o termo em outro sentido.

Atria reconta alguns dos objetivos de Bentham ao criticar a *common law*, nas origens do positivismo. Uma das maiores críticas de Bentham era à grande incerteza gerada por se deixar as leis aprovadas pelo parlamento dependerem, para serem válidas, da *common law*, que incorpora em si valores morais. Essa incerteza dava grande poder aos juízes, advogados e demais profissionais do direito (a quem Bentham chamava pejorativamente de “*Judge & Co.*”) para dizer o que era o direito e, portanto, poder avançar os seus interesses de classe.¹⁷⁴

O positivismo teria nascido, portanto, com a pretensão de demonstrar que o direito seria um produto humano e, conseqüentemente, instrumento da política. Atria

¹⁷⁰ RAZ, Joseph. **Authority, Law and Morality**. The Monist, vol. 68, no. 3. Chicago: Hegeler Institute, 1985, pp. 295-6.

¹⁷¹ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 30.

¹⁷² *Ibid.*, p. 31.

¹⁷³ *Ibid.*, pp. 43-5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 63-4.

aponta como irônico o fato de os positivistas atuais, tanto estritos quanto inclusivos, afirmarem que o positivismo não está necessariamente ligado a qualquer teoria de adjudicação e, portanto, não sugeriria uma reverência à letra das normas; sendo que Bentham buscava justamente um enfoque no que está escrito na legislação para evitar o excesso de poder interpretativo dos juízes e advogados. Atria chega a dizer que “esta afirmação é a consumação do processo de trivialização da tradição do positivismo jurídico”.¹⁷⁵

Atria trata também da acusação de Coleman de que seria incoerente misturar as alegações conceituais positivistas com argumentos morais ou programáticos como os de Bentham, pois isso seria o mesmo que confundir o que o direito é com o que o direito deve ser; algo de que os positivistas acusavam os jusnaturalistas de fazer.¹⁷⁶ Para lidar com isso, duas respostas seriam possíveis: a primeira consistiria em escolher um dos projetos como mais relevante e abandonar o outro (que seria o caminho tomado em uma direção pelos positivistas que evitam argumentos normativos, como Coleman, e em outra direção pelos que defendem eticamente uma teoria formalista da adjudicação, como Waldron e Campbell).¹⁷⁷

A segunda resposta possível distingue diferentes sentidos de “positivismo”. Bobbio faz isso ao distinguir positivismo enquanto método (encarar o direito como algo passível de investigação científica), enquanto teoria (alegações específicas sobre o direito que porventura são defendidas por alguns autores, como as de que o sistema normativo é completo, coerente, composto de imperativos *etc.*) e enquanto ideologia (normas jurídicas enquanto tal possuem valor moral, quer seja esse absoluto ou relativo).¹⁷⁸

O caminho tomado por Bobbio me parece adequado; Atria não o compra, mas entrar nas razões para tal tangenciaria demais o tema desta dissertação. Segundo Bobbio, Hart estaria adotando o método positivista e fazendo positivismo enquanto

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 65-6.

¹⁷⁶ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 77; COLEMAN, Jules Leslie. **Negative and Positive Positivism**. The Journal of Legal Studies, vol. 11, no. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1982, p. 147.

¹⁷⁷ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 79; WALDRON, Jeremy. **Normative (or Ethical) Positivism**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411; CAMPBELL, Thomas Douglas. **The Legal Theory of Ethical Positivism**. Abingdon: Routledge, 2016, pp. 1-2.

¹⁷⁸ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 79-80; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação: Nello Morra. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora Ltda., 2006, pp. 233-8.

teoria; mas, na interpretação de Hart que desenvolvemos neste capítulo, a teoria seria justificada pelas consequências boas de adotá-la, não por ser “cientificamente correta”. Isso não seria o mesmo, contudo, que o positivismo ético de Bobbio, que consistiria em defender o valor moral da lei enquanto tal.

Ainda acusando os rumos da tradição de trivialidade, Atria cita Shapiro e sua explicação quanto ao processo de análise do direito, que consistiria em “colacionar obviedades sobre o direito”.¹⁷⁹ Isso implicaria sempre realizar a caracterização mais tosca possível do direito, segundo Atria.¹⁸⁰ Atria reconstrói um exemplo de como funcionaria essa análise conceitual feita pelo positivismo atual e acho que vale a pena citar todo o trecho, pois bastante claro:

- i) O autor identifica um problema, na forma de se uma determinada propriedade ou característica faz parte da “natureza” de um conceito. O problema, por exemplo, de determinar se o recurso à coação é parte da “natureza” ou do “conceito” de direito. Então,
- ii) nota que essa propriedade ou característica é habitual nos casos normais do conceito e que isso levou aqueles que opinaram sobre o tema a sustentar diversas posições sobre sua relevância. Assim, “muitos filósofos (...) concluíram que a resposta ao problema da normatividade do direito deve estar no fato de que o direito estipula sanções para serem aplicadas àqueles que infringem o direito” (RAZ, 1992: 156). Diante disso,
- iii) tenta-se imaginar instâncias do conceito sem tal propriedade: “É possível que haja um sistema jurídico existente (*in force*) que não contemple sanções ou que não autorize a sua execução pela força? A resposta parece ser que é humanamente impossível, mas logicamente possível. É humanamente impossível porque, para os seres humanos tal como são, o respaldo de sanções, executadas por força se for o caso, é necessário para assegurar um grau razoável de conformidade com o direito e evitar sua completa dissolução. Mas apesar disso podemos imaginar outros seres racionais que teriam, e poderiam reconhecer que têm, razões mais que suficientes para obedecer ao direito apesar da inexistência de sanções. Talvez os seres humanos possam transformar-se para chegar a ser tais criaturas” (RAZ, 1992: 158-159).

¹⁷⁹ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 90; SHAPIRO, Scott Jonathan. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belnap Press of Harvard University Press, 2011, p. 13.

¹⁸⁰ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 91.

iv) Então consulta suas intuições linguísticas: “Se tal sistema normativo tem todas as características de um sistema jurídico já descritas, então seria reconhecido como tal apesar da inexistência de sanções” (RAZ, 1992: 159).

v) Então conclui que a propriedade em questão não faz parte da natureza ou do conceito investigado: “O recurso às sanções, ainda que seja universal e provavelmente siga o sendo (enquanto a natureza humana não se transforme), não é uma característica do nosso conceito de direito” (RAZ, 1992: 159).¹⁸¹

Esse exercício todo, por sua vez, não é infalível, pois sempre resta a possibilidade de que os filósofos, por falta de imaginação, não tenham imaginado uma hipótese relevante e sustentem que uma característica faz parte da “natureza” ou do conceito de algo quando não seria esse o caso.¹⁸²

De qualquer modo, Atria ironiza esse tipo de empreitada intelectual, questionando qual seria a relevância de teorizar sobre o “direito dos anjos”.¹⁸³ Não compartilho do desdém de Atria, pelas razões já expostas nesta dissertação. Mas é interessante notar que, para ele, Hart parece escapar das acusações de teorização estéril. Ele afirma que o positivismo perdeu seu rumo após as críticas de Dworkin e a morte de Hart antes de responder-lhe completamente, fatos que geraram o debate entre positivismo estrito e inclusivo.¹⁸⁴ Além disso, até as discussões de Hart sobre mundos possíveis em que seres humanos vivessem vidas substancialmente diferentes têm como objetivo, para Atria, esclarecer fatos do nosso mundo que são relevantes para questões políticas.^{185 186}

Para além dessas consequências positivas de utilizar o termo “direito” no sentido que Hart usa, gostaria de apontar outra, que, ao menos pelas leituras que fiz

¹⁸¹ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 91-2; RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 156-9. Mantive as referências originais de Atria na citação para deixar claro que todos os trechos entre aspas são retirados da obra de Raz; confirmei posteriormente que eles se encontram na edição de 1999 nas páginas indicadas nesta nota de rodapé.

¹⁸² ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 92; SHAPIRO, Scott Jonathan. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belnap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

¹⁸³ ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 92-3.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 29-30.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 94.

¹⁸⁶ Pessoalmente, acho que Atria critica demais os positivistas posteriores a Hart, ao passo que exagera no quanto Hart sempre estaria com questões políticas em mente; de qualquer modo, temos aqui mais um autor que dá centralidade ao aspecto prático-político na obra de Hart de se definir “direito” de certo modo, dando destaque ao fato de que entender o direito como independente da moral limitaria os poderes interpretativos de juízes e advogados.

até hoje, não vi ser explorada por outros filósofos do direito. Hart usa o termo “direito” para se referir a um sistema de normas, e não às decisões dos juízes na prática.

Acredito que isso possa trazer consequências boas porque, ao se utilizar o termo “direito” para se referir a essas decisões na prática, poderíamos, ainda que inconscientemente, legitimá-las. Por exemplo: um juiz condena um ex-presidente em um processo em que não há qualquer prova razoável da realização de um crime. Se dissermos que, “ao fim do dia, esse foi o direito”, isso poderia sugerir que, depois da prolação da sentença, esse estado de coisas estaria justificado.

Ou então este exemplo: alguém examina o histórico de condenações por tráfico no Brasil ou nos Estados Unidos e chega à conclusão de que réus negros são desproporcionalmente mais condenados, por mais que as circunstâncias dos seus processos sejam iguais às dos réus brancos quanto aos aspectos para além da sua cor. Dizer que “o direito brasileiro/americano é assim” pode causar um sentimento de comodismo diante de injustiças. Para deixar claro, não estou afirmando categoricamente que essa é uma consequência; é apenas algo que *prima facie* me parece razoável acreditar e, portanto, um motivo extra para utilizar “direito” para se referir a um sistema de normas, não um conjunto de decisões.

Esse modo de encarar o projeto de Hart em “O Conceito de Direito” parece ser, portanto, mais promissor. A questão é: seria esse o principal objetivo dele? Parece-me seguro afirmar que, se esse era um objetivo de Hart, era secundário ao projeto de análise conceitual.

Primeiramente, ou Hart considerava muito óbvia a diferença entre as duas atividades, ou elas não estavam muito bem distinguidas na sua mente quando ele escreveu “O Conceito de Direito”. A maior parte do livro é dedicada a argumentos conceituais e, ao fim do capítulo 9, Hart introduz a argumentação do caso da esposa que entregou o marido ao regime nazista, sem deixar particularmente claro que aqui estaria fazendo algo diferente daquilo que vinha fazendo no restante do livro.¹⁸⁷ As únicas outras situações em que pude perceber que uma definição foi sugerida por suas consequências práticas foram quando Hart disse que chamar de “moralidade” toda forma de estrutura social não reduzível a ordens apoiadas em ameaças criaria um conceito extremamente amplo que colocaria na mesma categoria coisas muito

¹⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 207-12.

distintas, como regras de jogos, de etiqueta, morais, de direito constitucional e de direito internacional, o que não seria útil porque teríamos de novamente fazer essas distinções dentro desse conceito amplíssimo de “moralidade”;¹⁸⁸ e quando Hart diz que excluir do termo “moral” regras que não sobreviveriam a críticas racionais em termos de interesses humanos dividiria artificialmente um sistema de regras que possuem a mesma função na sociedade (sugerindo que essa divisão artificial geraria confusões ou teria outras consequências práticas ruins).¹⁸⁹ Aqui, mais uma vez, esses argumentos são inseridos entre outros argumentos que consistem em análise conceitual e Hart não menciona que estaria realizando outra atividade. Isso me leva a suspeitar que ele não distinguia tanto as duas atividades naquela época, e uma hipótese do porquê disso será levantada no próximo capítulo.

De qualquer modo, distinguindo-se as duas atividades, há bons motivos para acreditar que esse não era o maior objetivo de Hart. Leslie Green menciona, nas suas notas à terceira edição de “O Conceito de Direito”, que Hart nunca disse que sua argumentação ao final do capítulo 9 seria necessária para a solidez de sua análise; seria ou uma consideração suplementar, ou uma resposta àqueles que acusam sua teoria de ser politicamente perigosa.¹⁹⁰ O próprio Hart, em seu pós-escrito publicado incompleto postumamente, afirma que sua obra seria descritiva, no sentido de ser moralmente neutra e não ter fins justificatórios ou recomendar moralmente as formas e estruturas da sua teoria (o que incluiria, presumivelmente, não buscar justificar moralmente a separação entre moral e direito).¹⁹¹ Por fim, Waluchow menciona uma correspondência pessoal com Hart em que ele teria abandonado esse tipo de defesa do seu conceito de direito,¹⁹² ou seja, Hart teria voltado atrás nesse ponto, o que sugere que, mesmo quando ele era defendido, seria secundário à atividade de análise conceitual.

Bom, ainda que concordemos que esse modo de interpretar os objetivos de Hart seria, segundo o próprio Hart, secundário à atividade de análise conceitual, seria esse um modo mais caridoso de ler a sua obra? Afinal de contas, como vimos no capítulo anterior, se ela é encarada primariamente como um exercício de análise

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 227.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 181-2.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 324.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 240.

¹⁹² MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 397; WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 98.

conceitual, o desafio de Williams implica que ela não seria capaz de “refutar” os sentidos que outros autores atribuem ao termo “direito”.

Acredito que essa leitura seja mais defensável, pois também acredito que consequências sociais positivas se seguem de a maioria das pessoas utilizar o termo “direito” para se referir a um sistema de normas de origem social, que não depende necessariamente da moral para a sua validade (e, como sugeri brevemente acima, de a maioria das pessoas distinguirem esse sistema de normas dos julgamentos do judiciário na prática). Contudo, embora eu veja essa defesa do positivismo com bons olhos, também acredito que ela possua limites.

Primeiramente, essas consequências positivas adviriam de uma adoção geral da palavra “direito” nesse sentido. O uso do termo em outro sentido por alguns poucos teóricos do direito não necessariamente influenciaria a capacidade da sociedade de resistir a um sistema imoral, como o nazismo, por exemplo. Claro, poderia ser argumentado que o uso do termo por estudiosos do assunto influencia o uso pelo restante da sociedade. Embora eu não duvide da existência dessa influência, não acho que ela seja muito grande, já que a parcela da população que leria esses autores (pessoas que estudam filosofia do direito ou se interessam pelo tema) é muito pequena e, presumivelmente, tem uma educação mínima para entender bem os dilemas morais envolvidos em obedecer ou não os comandos daqueles que têm o poder na sociedade, quer queiram chamar esses comandos de “direito”, quer não.

Portanto, essa defesa do positivismo recomenda a sua adoção pela população em geral, mas sou cético quanto à ideia de que ela nos permitiria criticar autores jusnaturalistas ou realistas jurídicos por se afastarem desse sentido do termo “direito”. Além disso, ela não nos permite depreender questões muito específicas sobre o positivismo a ser adotado pela maioria das pessoas: o positivismo de Hart e o de Kelsen serviriam ambos igualmente bem a esse propósito. Hart, conseqüentemente, não teria muitas razões para criticar Kelsen a partir desse tipo de defesa do positivismo. Mas, como essa defesa visa a população em geral, isso talvez não importe na prática, por mais que Hart gostaria de defender os pormenores de sua teoria; afinal de contas, a maioria das pessoas nunca vai se aprofundar nas diferenças entre o positivismo de Hart e de Kelsen.

4. HAVERIA OUTRAS SAÍDAS PARA HART?

4.1. “Definição Real”

Nos últimos dois capítulos, analisamos duas interpretações possíveis do projeto de Hart em “O Conceito de Direito”. A primeira consistia em uma análise do nosso conceito ordinário de “direito”, ou seja, em que situações usamos o termo e por que conjunto de expressões mais simples ele poderia ser substituído sem perda de sentido. Vimos que, embora essa atividade seja válida, ela não permite a Hart criticar o uso da expressão “direito” em outros sentidos por outros autores, conforme as observações de Williams.

No segundo capítulo, foi analisada a possibilidade de que Hart quisesse recomendar o uso do termo “direito” em certo sentido (qual seja, referindo-se a um sistema de normas que não dependam conceitualmente da moral para serem válidas) devido às consequências políticas positivas que adviriam do uso do termo nesse sentido. Dois autores que defenderam essa interpretação foram examinados e chegou-se à conclusão de que ela é mais defensável que criticar outros filósofos do direito por se afastarem do sentido comum do termo “direito”. Ainda assim, essa defesa não poderia por si só defender o positivismo de Hart ante outras teorias positivistas; também foi questionado se o fato de alguns teóricos não usarem o termo no sentido sugerido por Hart necessariamente traria consequências consideravelmente negativas.

Essas são realmente as duas únicas maneiras de entender o que Hart estaria fazendo em seu livro? Não haveria outras saídas? Este capítulo será dedicado a mencionar outras tentativas de saída para Hart, assim como explicar por que não acredito que elas se sustentem.

Um bom lugar para ver que outras opções existiriam seria retornando à obra “Definition” de Robinson. Em um dos últimos capítulos, Robinson se propõe a abordar a atividade que muitas vezes foi chamada de “definição real”. Inicialmente ele aponta que muitos filósofos acreditavam fazer “definições reais”, ou seja, definir coisas, e não palavras. Platão ao buscar definir a piedade em “Eutífron”,¹⁹³

¹⁹³ PLATÃO. **Eutífron**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997, pp. 2-16 (2A-16A).

Aristóteles ao definir a virtude como um hábito de escolha,¹⁹⁴ Spinoza ao definir o amor como alegria acompanhada da ideia de uma causa externa,¹⁹⁵ todos eles acreditariam estar falando sobre as coisas em si, não sobre palavras.¹⁹⁶

Segundo Robinson, contudo, há aqui uma grande confusão, pois diversas atividades muito diferentes foram chamadas de “definição real” ao longo da história da filosofia. Ele busca, portanto, desembaraçar essas noções. Para nós é relevante acompanhar o seu raciocínio para determinar se Hart estaria fazendo alguma dessas atividades.¹⁹⁷

As atividades listadas por Robinson são as seguintes:

1) “A busca por uma identidade de significado não existente”: ou seja, a crença de que deve haver algo presente em todas as coisas às quais se aplica uma palavra em virtude do que todas essas coisas são exemplos corretos de aplicação da palavra. Isso é pressuposto por Sócrates no “Mênon”, onde ele insiste que a virtude deve ser a mesma coisa em todo caso.¹⁹⁸ Pressupor essa identidade e então buscá-la é, muitas vezes, infrutífero, pois muitas palavras das nossas línguas são ambíguas e não há algo comum a todas as aplicações delas.¹⁹⁹

Não me parece ser possível dizer que Hart estaria pressupondo isso e buscando tal identidade em todos os usos da palavra “direito”. Ele explicitamente afirma que há casos em que uma palavra é utilizada sem possuir todas as características típicas dos casos claros de sua aplicação, ou até mesmo casos em que diferentes usos da palavra são ligados por analogia ou por outra razão.²⁰⁰

2) “A busca por uma essência”: autores como Platão e Aristóteles, ao tentarem definir certas palavras, também buscavam descobrir “essências”, ou seja, aquilo em virtude do que uma coisa é a coisa que é.²⁰¹ O exemplo clássico é o de homem enquanto “animal racional”: qualquer coisa é um homem desde que seja um

¹⁹⁴ Acredito que Robinson se refira, entre outras passagens, a ARISTÓTELES. **Ética a Eudemo**. In: *The Complete Works of Aristotle*, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: J. Solomon. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 29 (1227B5-1227B12), embora Solomon use o termo “excelência”, e não “virtude”.

¹⁹⁵ SPINOZA, Baruch de. **Ética**. 2 ed. Tradução de: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 108.

¹⁹⁶ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 149-50.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 152.

¹⁹⁸ PLATÃO. **Mênon**. In: *Plato: The Complete Works*. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997, pp. 872-3 (71D-73C).

¹⁹⁹ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 152-3.

²⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 15-6.

²⁰¹ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 153-4.

animal racional, e é justamente por isso que é um homem; caso perdesse essa essência, deixaria de sê-lo. Essências seriam diferentes de “acidentes” ou “predicados acidentais”, que são características que algo pode ou não ter sem mudar aquilo que é; por exemplo, um homem pode ser ruivo ou moreno e, em qualquer dos casos, ainda ser um homem.

Robinson as distingue também de “propriedades”, que, segundo Aristóteles,²⁰² seriam predicados que não indicam a essência de algo, mas ainda assim pertencem apenas àquela coisa. O exemplo dado é o de triângulo, que muitos considerariam ter a essência de “ter três lados” e a propriedade de “ter a soma dos ângulos internos igual a 180°”. Robinson diz que não há qualquer modo para se definir o que é a essência e o que é a propriedade de algo, com o que concordo plenamente. Para ele, não existem essências do modo como Aristóteles as concebe, sendo a “essência” apenas a escolha humana sobre a que se referir com um nome, confundida com alguma realidade metafísica.²⁰³

Estaria Hart, em “O Conceito de Direito”, buscando uma “essência” do direito nesse sentido aristotélico? Essa pergunta é muito interessante, pois há trechos em que, à primeira vista, pareceria que sim. Hart diversas vezes fala sobre a “essência” do direito ou sobre sua “natureza”, que pode, dependendo do contexto e autor, ter esse mesmo sentido forte. Analisando o livro, encontrei oito páginas diferentes em que Hart usa tais expressões.²⁰⁴

Contudo, uma análise mais atenta parece demonstrar que não é isso que ele tem em mente, embora ele não seja muito claro com seu vocabulário. Hart sugere em certo momento que a pergunta sobre a natureza ou a essência do direito seria uma formulação mais obscura de um pedido de definição do direito ou de resposta à pergunta “o que é direito?”.²⁰⁵ Além disso, Hart passa parte considerável do seu capítulo 9 criticando a visão de mundo antiga/aristotélica segundo a qual os objetos naturais teriam fins próprios, que seriam também o seu bem.²⁰⁶ A partir disso, é razoável concluir que, quando Hart fala em essências ou naturezas, ele apenas está utilizando um termo confuso para se referir a definição em um sentido não

²⁰² ARISTÓTELES. **Tópicos**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: W. A. Pickard-Cambridge. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 5 (102A18-102A30).

²⁰³ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 154-5.

²⁰⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 3, 6, 8, 13, 155, 221, 230 e 240.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 186-91.

aristotélico (para citar as possibilidades consideradas nos capítulos anteriores, possivelmente definição a partir de análise conceitual ou definição estipulativa).

De qualquer modo, não posso deixar de mencionar a interpretação de Wilfrid E. Rumble, na sua introdução ao “The Province of Jurisprudence Determined” de John Austin. Ao mencionar os críticos de Austin, ele contrasta a abordagem de Williams, que critica a ideia de existir uma “essência do direito”,²⁰⁷ com a de Hart, que estaria, segundo ele, “pressupondo que o direito tem uma natureza ou essência, ou algo próximo disso”.²⁰⁸ Dado o linguajar ambíguo de Hart e seu constante uso de linguagem factual (que será esmiuçado posteriormente), não considero esta interpretação absurda.

3) “Descrição somada a nomeação”: segundo Robinson, muitos autores que afirmam fazer “definições reais” estariam, na verdade, simplesmente apontando que uma coisa existe ou um fenômeno ocorre e, posteriormente, atribuindo um nome a essa coisa ou fenômeno. Tratar-se-ia de uma proposição existencial somada a uma definição nominal.²⁰⁹

Hart por diversas vezes menciona fatos sociais em sua obra, mas ela não parece focada em apontar a existência desses fatos e dar um nome a eles, mas sim em dizer em que situações diríamos que há direito, independentemente de uma dessas situações ser o caso, ou por que razões deveríamos usar o termo “direito” em certo sentido. Contudo, é interessante apontar que ele menciona um caso óbvio de descrição somada a nomeação como exemplo de que definições podem ser informativas: o de definir um elefante enquanto “quadrúpede distinto dos demais por possuir uma pele grossa, presas e tromba”. Isso obviamente só é instrutivo se o contexto da fala nos dá a entender que existe algo que se encaixa nessa descrição e, portanto, podemos separar a alegação existencial da definição nominal.²¹⁰

4) “Definição palavra-coisa mal compreendida”: “definição palavra-coisa”, para Robinson, é uma definição que une uma palavra a uma coisa, determinando que

²⁰⁷ Williams chega a afirmar que “essência” significa simplesmente “característica importante”, e o que é importante é uma questão subjetiva ou emocional; *vide* WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, pp. 388-9 e WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949, p. 54.

²⁰⁸ AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. xxi.

²⁰⁹ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 156-7.

²¹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 14.

essa palavra significa essa coisa; é contrastada com “definição palavra-palavra”, que diz que uma ou mais palavras têm o mesmo sentido que outra(s) palavra(s). Em suma, ele afirma que muitos autores que acreditavam fazer “definição real” estariam apenas dando um nome qualquer a uma coisa, como quando Spinoza diz que “por substância compreendo aquilo que...”,²¹¹ o que só pode ser compreendido se “substância” é entendida entre aspas.²¹² O primeiro capítulo desta dissertação foi dedicado à hipótese de que Hart estaria fazendo isso em “O Conceito de Direito”, ao apontar a que coisa as pessoas normalmente se referem ao falar em “direito”.

5) “Tautologia obtida diretamente de uma definição nominal”: muitos autores simplesmente teriam apontado tautologias que se seguem de suas definições nominais e imaginado que isso seria uma descoberta sobre a natureza da realidade; ele dá o exemplo de quando Suzanne Mansion afirmou que “homem é um animal racional” seria uma definição real e uma proposição factual, logo depois de ter feito a definição nominal “o animal que possui razão é chamado ‘homem’” (é outra questão se a sua reconstrução de Mansion é justa).²¹³ Não me recordo de um trecho específico em que Hart tenha cometido esse erro.

6) “A busca pela causa”: muitos esforços de “definição” teriam sido, segundo Robinson, uma busca pela causa daquilo que deveria ser definido. Ele dá alguns exemplos: quando Aristóteles definiu a felicidade como “atividade de acordo com virtude completa, suficientemente equipada com bens externos, não por um período qualquer, mas por toda uma vida”,²¹⁴ ele estaria confusamente dizendo em que condições ele acredita que alguém será feliz (esse exemplo me parece objetável já que *eudaimonia* não é exatamente um sinônimo grego de “felicidade” em português ou inglês); a definição nos círculos platônicos e aristotélicos do prazer como “transição perceptível para o estado natural”²¹⁵ seria uma alegação de o que causa o prazer, *i.e.* essa transição; dentre outras situações que Robinson considera

²¹¹ SPINOZA, Baruch de. **Ética**. 2 ed. Tradução de: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 13.

²¹² ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 157-8.

²¹³ *Ibid.*, pp. 158-60.

²¹⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: William David Ross. Princeton: Princeton University Press, 1991, pp. 11-13 e 16 (1099A32-1099B8, 1100A32-1100B11, 1102A5-1102A25).

²¹⁵ Um trecho que parece exemplificar essa visão é PLATÃO. **A República**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube e C. D. C. Reeve. Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997 pp. 1193-4 (585B-586B).

exemplos disso.²¹⁶ Não percebo qualquer trecho em que Hart estivesse dando as causas de um fenômeno e chamando isso de “definição”.

7) “A busca por uma chave”: trata-se da crença de que uma “definição real” deve ser tal que possamos, a partir dela apenas, depreender todos os outros fatos do objeto a ser definido. Isso é possível na geometria, em que todos os fatos sobre o círculo podem ser depreendidos do fato de ele ser uma figura plana composta de infinitos pontos equidistantes de um ponto central. Conseqüentemente, alguns autores acreditaram que o mesmo seria possível em outras áreas de estudo, como quando Spinoza fez a mesma exigência com relação à definição de criaturas.²¹⁷ Mas é completamente possível que simplesmente não exista tal “chave” para alguns assuntos e não possamos depreender todas as características de algo a partir de uma breve definição.²¹⁸

Seria possível dizer que Hart buscava isso? Essa pergunta é particularmente interessante, pois há um trecho em que Hart fala explicitamente em uma “chave para a ciência do direito”. Citando Austin, ele afirma que o autor teria se enganado ao identificar essa chave com a noção de ordens coercitivas, sendo a verdadeira chave a noção de uma união entre regras primárias e secundárias.²¹⁹ Contudo, não parece que aqui Hart entenda uma “chave” como algo que permita depreender todos os fatos sobre o direito a partir disso, e sim como “o elemento mais importante” ou algo do gênero. Além disso, essa única e breve menção a essa ideia sugere que descobrir essa “chave” não seria o que motivava toda a obra.

8) “A adoção e recomendação de ideais”: a alegação de que “a definição de X é YZ” muitas vezes acaba sendo o anúncio de que coisas aquele que professa estar fazendo uma definição valoriza e, ao mesmo tempo, uma persuasão para que outros adotem os mesmos ideais. Definir “justiça”, por exemplo, é, dentre outras coisas, afirmar que se valoriza algo e tentar convencer os demais a valorizar a mesma coisa, e isso devido ao valor que é atribuído por todos à palavra “justiça”: “o que quer que ela seja, é algo desejável”.²²⁰

²¹⁶ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972., pp. 161-2.

²¹⁷ SPINOZA, Baruch de. **On the Improvement of the Understanding**. Tradução de: Joseph Katz. Indianápolis: The Liberal Arts Press, Inc., 1958, p. 35.

²¹⁸ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 162-5.

²¹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

²²⁰ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 165-6.

Alguns exemplos são bastante interessantes: “democracia” é algo que a maioria das pessoas considera algo bom, mas discorda sobre o que é, chegando ao ponto de alguns autores que não se importam muito com instituições representativas sugerirem que a democracia não precisa delas;²²¹ Robinson expõe uma interpretação peculiar de Marx, com a qual não me comprometo, em que ele teria sustentado que o valor das mercadorias advém do trabalho não porque mercadorias que demandaram mais trabalho são mais valorizadas, mas sim porque desejava reivindicar a demanda moral de que os produtos do trabalho sejam entregues aos trabalhadores;²²² Tolstói defendia que a verdadeira arte é a comunicação de sentimentos universais ou religiosos, e isso seria apenas uma forma de dizer que para ele o mais importante são esses sentimentos, já que a palavra “arte” tem uma função valorativa, muito embora qualquer pessoa reconheceria como arte obras que não comunicam tais sentimentos.²²³

Esse tipo de argumentação também é chamado de “definição persuasiva” e Robinson adverte contra o seu uso por envolver, no melhor dos casos, um erro e, no pior dos casos, uma mentira, já que só seria convincente caso o interlocutor não percebesse que valores estão sendo debatidos e acreditasse que, ao adotar essa definição, estaria apenas corrigindo seu conhecimento quanto aos fatos.²²⁴

Hart faria esse tipo de argumentação em “O Conceito de Direito”? Não me parece que ele se aproveite do valor que atribuímos à palavra “direito” para ligá-la a algum valor particular seu. Contudo, é válido apontar que a interpretação de seus objetivos que fizemos no segundo capítulo (de que ele definiria direito de um certo modo devido às consequências políticas disso) envolve também a manipulação do valor atribuído a uma palavra; mas, nesse caso, Hart buscaria mudar esse valor! Ao separar a noção de moral da de direito, ele buscaria remover o elemento de “sacralidade” associado ao direito para que, em situações como o nazismo, não obedecêssemos cegamente às normas estatais. Ele não teria feito exatamente o que Robinson acusa Marx ou Tolstói de fazer, mas igualmente estaria jogando com o valor associado a palavras. Sendo esse o caso, talvez Robinson o censurasse, já

²²¹ CROSSMAN, Richard Howard Stafford. **Plato Today**. Londres: George Allen and Unwin Ltd., 1937, p. 295; ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 166-7.

²²² ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 167.

²²³ *Ibid.*, pp. 167-8.

²²⁴ STEVENSON, Charles Leslie. **Persuasive Definitions**. *Mind*, vol. 47, no. 187. Oxford: Oxford University Press, 1938, pp. 331-5; STEVENSON, Charles Leslie. **Ethics and Language**. New Haven: Yale University Press, 1944, pp. 210-7; ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 168-70.

que ele estaria se aproveitando de nossas afeições com relação a palavras em seus argumentos; contudo, como Hart faz isso com a melhor das intenções e poderia ser dito que ele não esconde isso do leitor, ao afirmar explicitamente que certo sentido do uso do termo “direito” será bom para nossas deliberações morais,²²⁵ acredito que esse projeto seja defensável.

9) “Abstração”: trata-se do ato de alguém perceber um elemento geral (uma forma, um padrão, uma característica) em sua experiência e, posteriormente, nomeá-lo; um exemplo seria o de um psicólogo que, após observar a conduta de diversas pessoas, notasse um elemento em comum entre elas e o nomeasse “closure” (não sei se há uma boa tradução para o português desse fenômeno psicológico).²²⁶ Parece-me que Hart faz isso ao distinguir regras primárias e secundárias, mas essa distinção é para ele instrumental para a defesa de seu conceito de direito e ele se utiliza em sua obra, na maioria das vezes, de abstrações já de conhecimento de outros filósofos do direito ou mesmo do cidadão comum.

10) “Análise”: ou seja, a atividade de descobrir os elementos mais simples que compõem algo complexo com o qual já se está familiarizado. Perceber que um círculo é composto de uma curva formada por todos os pontos de um plano equidistantes de um ponto central é um exemplo de análise.²²⁷

Coisas absolutamente simples não seriam, portanto, analisáveis, e o uso do termo “definição” para significar “análise” é, segundo Robinson, o motivo pelo qual alguns autores disseram que tais coisas seriam indefiníveis. Moore, por exemplo, dizia que o bem era indefinível,²²⁸ mas, segundo Robinson, ele seria apenas não-analisável;²²⁹ para o autor, a definição pode ocorrer de outros modos,²³⁰ por exemplo, quando dizemos que “o bem é o objeto de estudo do livro ‘*Principia Ethica*’”.

Estaria Hart fazendo isso em sua obra? A sua linguagem sugere às vezes que ele estaria analisando objetos ou fenômenos, e não conceitos; ele diz, por exemplo, que as pessoas concordam quanto aos casos típicos do direito, mas há confusão

²²⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 207-12.

²²⁶ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 170-1.

²²⁷ *Ibid.*, p. 172.

²²⁸ MOORE, George Edward. **Principia Ethica**. 2 ed. Ed. Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 58-60.

²²⁹ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 174.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 93-148.

quanto a alguns de seus aspectos,²³¹ e ainda afirma que “O Conceito de Direito” poderia ser considerado um ensaio de sociologia descritiva.²³² Contudo, ele claramente não está fazendo sociologia, já que debate constantemente sobre a aplicação do termo “direito” a casos em que há discordância sobre tal aplicação, por mais que haja concordância quanto aos fatos (por exemplo, os casos do direito internacional ou do direito nazista)²³³; a análise que ele faz é de conceitos, não de fatos, algo que ele mesmo teria reconhecido ao posteriormente voltar atrás e se arrepender do comentário sobre ter feito sociologia descritiva.²³⁴ Seria talvez possível dizer que Hart cometeu o que Robinson chama de “o mais danoso erro na teoria da definição, e dentre os mais danosos erros em toda a filosofia”: confundir a análise das coisas com a definição nominal de palavras.²³⁵

11) “Síntese”: trata-se da atividade de localizar uma coisa dentro de um esquema maior ou de demonstrar que essa coisa é parte constituinte de outra coisa. Por exemplo, quando concluímos que uma certa espécie faz parte de uma família ou um gênero, a localizamos em certo sistema, o que às vezes é chamado também de “definição real”, ou, curiosamente, de “análise”.²³⁶ Embora Hart afirme que o direito seja uma parte de certas sociedades,²³⁷ o que seria uma espécie de síntese, defender isso está longe de ser um dos seus principais objetivos, ainda mais tendo-se em vista que essa alegação seria de senso comum.

12) “A melhoria de conceitos”: por fim, a expressão “definição real” também foi utilizada para se referir à substituição de um conceito por outro similar, mas superior. Isso pode ocorrer tanto por se utilizar um conceito mais geral ou mais específico, a depender do caso e interesses da pessoa.²³⁸ A melhoria pode ocorrer também quando nos livramos de um conceito contraditório ou que implique falsidades,²³⁹ ou, muitas vezes, quando a aplicação do novo conceito é menos incerta (embora

²³¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 5-6.

²³² *Ibid.*, p. vi.

²³³ *Ibid.*, pp. 207-37.

²³⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus; SUGARMAN, David. **Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman**. Journal of Law and Society, vol. 32, no. 2. Nova Jersey: Wiley, 2005, p. 291.

²³⁵ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 178.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 178-9.

²³⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. vi e 239.

²³⁸ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 180-1.

²³⁹ *Ibid.*, pp. 182-3.

existam motivos para termos conceitos vagos como “muito” e “pouco”).²⁴⁰ Também pode ser útil adotar um novo conceito quando este se encaixa melhor em um grande sistema, como foi a definição de “implicação” no “*Principia Mathematica*” como “P implica Q se e somente se P é falso ou Q é verdadeiro”.²⁴¹ Um exemplo que considero ótimo, já mencionado nesta dissertação, é o dos compatibilistas mudando o sentido comum de “livre-arbítrio”.²⁴² Acredito que Hart não tinha a pretensão de estar fazendo isso, mas sim de estar analisando nosso conceito usual de “direito”, conforme argumentado na primeira parte desta dissertação e tendo-se em vista suas referências ao peso de certo uso das palavras pela maioria das pessoas.²⁴³

Parece, portanto, que nenhuma dessas atividades seria uma interpretação razoável do que Hart faz em sua obra, o que impede que sejam saídas para que ele escape das críticas às atividades de análise conceitual e de definição estipulativa. Há, porém, uma última interpretação que eu gostaria de mencionar: a de que o seu objetivo era o de fazer análise conceitual, não do modo caracterizado por Jackson no primeiro capítulo desta dissertação, mas do modo típico do movimento conhecido como “filosofia da linguagem ordinária”.

4.2. Filosofia da Linguagem Ordinária

Estes últimos subcapítulos serão dedicados à interpretação de que Hart estaria fazendo um tipo de análise conceitual diferente daquele exposto por Jackson, qual seja, o do movimento da “filosofia da linguagem ordinária”. Acredito, na verdade, que há diversas evidências de que Hart estaria próximo ao tipo de análise desse movimento; ele tipicamente é tido como um dos seus membros e, além disso, afirmava que John Langshaw Austin, um dos maiores expoentes desse modo de fazer filosofia, foi quem mais teve influência sobre seu pensamento.²⁴⁴

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 183-4

²⁴¹ RUSSELL, Bertand Arthur William; WHITEHEAD, Alfred North. **Principia Mathematica**, vol. 1. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1963, p. 7; ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, pp. 184-5.

²⁴² JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 44-5.

²⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 169 e 181-2.

²⁴⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus; SUGARMAN, David. **Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman**. Journal of Law and Society, vol. 32, no. 2. Nova Jersey: Wiley, 2005, p. 275.

Pode-se perguntar por que, se há muitas evidências de que Hart faria análise conceitual nesse sentido, a dissertação não foi iniciada com essa interpretação. Primeiramente, é importante destacar que essa interpretação não é incontestável, como será argumentado adiante; mas, de qualquer modo, o principal motivo para isso é que acredito que essa seja a interpretação menos caridosa do seu projeto. Parece-me que a filosofia da linguagem ordinária possui diversos problemas, o que faz com que eu coloque essa interpretação no capítulo que trata sobre “outras saídas para Hart”; ela seria mais uma tentativa de escapar das duas primeiras interpretações desta dissertação, mas que tampouco se sustentaria.

Caracterizar o pensamento desse movimento é uma tarefa difícil, em grande medida pelo fato de os principais autores associados a ele (Austin, Ryle, Hart, Strawson) terem escrito coisas bastante diferentes e se dedicado a temas distintos. Essa dificuldade tornaria bastante confuso tentar, de uma só vez, caracterizar o movimento, criticá-lo e explicar como Hart se aproxima dele. Portanto, irei inicialmente apontar algumas teses do movimento, focando em textos de Austin e Ryle, e, conforme as expor, mencionarei dificuldades que vejo nelas; no subcapítulo seguinte, apontarei alguns trechos de Hart que sugerem que ele pressuporia essas teses, ou ao menos indicam sua proximidade com o movimento.

Por fim, é claro que criticar o movimento da filosofia da linguagem ordinária é uma atividade que, por si só, poderia justificar uma dissertação. Portanto, minhas observações serão bastante breves e tentativas, apenas para indicar por que essa não me parece ser a melhor interpretação da obra de Hart.

4.2.1. Em Que Consiste a Filosofia da Linguagem Ordinária

Um começo adequado para caracterizar a filosofia da linguagem ordinária poderia ser o artigo de nome muitíssimo característico de Gilbert Ryle, “Ordinary Language”.²⁴⁵ Neste artigo, Ryle começa fazendo uma distinção entre “linguagem ordinária” no sentido de uma linguagem comum ou prosaica, enquanto contrastada com uma linguagem especializada ou esotérica;²⁴⁶ e no sentido do uso padrão de palavras (“*stock use*”), aí incluído, por exemplo, o uso padrão de termos

²⁴⁵ RYLE, Gilbert. **Ordinary Language**. The Philosophical Review, vol. 62, no. 2. Durham: Duke University Press, 1953.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 167-8.

especializados como “infinitesimal”, em contraste com usos não padrão, como poéticos ou metafóricos.²⁴⁷ Sua preocupação maior é com esse uso padrão.

Ele faz ainda, contudo, uma distinção de difícil tradução: aquela entre “*use*” e “*usage*”. Podemos, para o fim dessa dissertação, traduzir “*use*” por “uso” e “*usage*” por “emprego”. O emprego de uma palavra é um costume ou uma moda, podendo ser local ou geral, obsoleto ou atual, vulgar ou acadêmico; não pode ser incorreto e é o objeto de estudo dos filólogos.²⁴⁸ O uso, por sua vez, é uma técnica e independente de informações sociológicas sobre o emprego das palavras, do mesmo modo que para se aprender a fazer uma omelete à francesa não é preciso aprender sobre *chefs* parisienses.²⁴⁹

Ryle dá o exemplo de bebês que aprendem a usar diversas palavras e, nem por isso, estariam aprendendo generalidades históricas ou sociológicas sobre o emprego dessas palavras; e afirma que o filósofo, como as outras pessoas, já aprendeu há tempos como usar as palavras que analisa e busca apenas descrever o que já aprendeu.²⁵⁰

A tese aqui, portanto, é que existem usos corretos e incorretos de uma palavra, e que caberia ao filósofo demonstrá-los; mas que o método para fazê-lo não dependeria de estudos sociológicos sobre a prevalência do emprego de palavras, ao contrário do que era sustentado por Jackson.

Essa tese me parece insustentável. De que modo seria possível saber o uso correto de uma palavra sem a informação, mesmo que baseada no senso comum, e não na sociologia, de que a maioria das pessoas a emprega nas mesmas situações? Para pegar o mesmo exemplo de Ryle: uma criança, ao aprender uma palavra, aprende que as demais pessoas a empregam do mesmo modo, por mais que isso não seja dito explicitamente e se baseie no senso comum de que “essa é uma palavra do português”. Do contrário, caso ela aprendesse a empregar uma palavra de uma maneira completamente diferente dos demais, ela não poderia ficar surpresa ao perceber que os demais não a estão entendendo; ela teria de concluir “eu aprendi a usar essa palavra, e o emprego por parte dos demais não tem qualquer relevância perante o uso correto”.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 168-9.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 174-5.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 175-6.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 176-7.

Ryle disse inclusive que o fato de uma expressão ser corrente não possui interesse filosófico.²⁵¹ Um filósofo que tivesse aprendido uma palavra errado (*i.e.* a empregasse de modo diferente de todos os demais) aparentemente poderia ignorar os protestos de toda a população e confiar que “já sabe como usá-la e dane-se o emprego dos demais”. A ideia parece ser que, por sermos falantes nativos de uma língua, temos algum tipo de acesso privilegiado à sua lógica interna, independentemente de pesquisa empírica. Mas isso certamente não se sustenta, em parte porque “a língua portuguesa” não é uma entidade única à qual todos os falantes nativos têm acesso privilegiado. Obviamente existem expressões regionais ou restritas a certas gerações, desconhecidas por diversos falantes nativos. De um modo um pouco mais radical, por muitos séculos não existiu “a língua italiana”, mas apenas diversos dialetos em várias cidades e vilarejos; duas cidades vizinhas conseguiam se entender mutuamente, mas esse não era o caso entre locais nas pontas opostas da Itália. Teríamos de dizer que cada pessoa tinha autoridade para falar sobre o modo como as palavras deveriam ser usadas apenas no seu vilarejo? No seu vilarejo e no vizinho? Em toda a Itália? Se escolhermos a primeira resposta, que parece ser a menos absurda, não teríamos de concluir que Ryle tinha autoridade apenas sobre o inglês britânico de Oxford e não sobre o inglês americano? Poderia ser dito que essas variedades de inglês são menos distintas entre si que os dialetos italianos eram, mas ainda assim existem diferenças. Ryle poderia dizer que um americano está usando uma palavra errado mesmo se todos os americanos usarem como ele?

É claro, de modo geral, um falante nativo sabe como usar uma palavra da sua língua e não precisa fazer sociologia para isso. O ponto é que ele pode muito bem estar enganado quanto a algumas palavras, e para sanar esse erro é preciso realizar pesquisa empírica, mesmo que essa se restrinja a falar com uma única outra pessoa. E isso é obviamente mais necessário em expressões ambíguas, misteriosas, esotéricas, pouco comuns ou em disputa; o filósofo que faz análise conceitual não pode se restringir à sua cabeça e à sua poltrona para dizer como se usa certo e como se usa errado tais palavras, ignorando o emprego pela maioria das pessoas.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 177-8.

Ryle indica ir um pouco nessa direção quando afirma que palavras, por serem instrumentos para ações interpessoais, dependem para sua maestria da observação de outras pessoas as usando; mas, ainda assim, a mestria no uso desses instrumentos não seria melhorada pela informação de quantas pessoas os usam bem ou mal.²⁵² Isso é um engano, eu diria: é muito importante ter a informação de que as outras pessoas usam o dinheiro como eu; caso todos parassem de aceitar reais, eu não poderia mais usá-los para os fins que uso atualmente. De modo análogo, caso eu descubra que muitas pessoas não usam uma palavra no mesmo sentido que eu, aprendo que usá-la nesse sentido com algumas pessoas irá levar a confusões. Ou seja, conhecimento do uso de palavras por outras pessoas contribui para que eu me faça entender por meio delas (*i.e.*, as use com maestria).

Por fim, retomemos Williams: simplesmente *não existe* um sentido “certo” de uma palavra, que não seja o sentido usual atribuído pela maioria da população (ou por um grupo específico) ou um sentido definido estipulativamente.²⁵³ Saber “o uso correto de uma palavra”, para utilizar a expressão de Ryle, é, simplesmente, saber o seu emprego pela maioria das pessoas. Ninguém tem acesso a um “uso correto” misterioso, independente do que as pessoas de fato falam, por meio da introspecção na nossa cabeça.

Caso alguém tente defender esse “uso correto” que independe do que a maioria das pessoas fala apelando a livros de gramática que não incorporam as evoluções da língua falada (como o meu do ensino médio que sustentava que “através de” não possui o mesmo sentido de “por meio de”, mas listava “frecha” como uma variante válida de “flecha”) ou aos escritos dos “grandes autores da língua”, essa pessoa estaria simplesmente estipulando que devemos falar ou escrever de acordo com esses textos. E tal estipulação não pode ser verdadeira ou falsa; é apenas uma exortação. Por certo, exortar para que haja um mínimo de consistência na gramática de uma língua é algo muito útil, mas não é possível dizer que alguém está usando uma palavra errado, sem qualquer qualificação; ou a pessoa usa errado segundo um certo livro, ou segundo o que a maioria das pessoas fala e entende. Robinson inclusive alude a isso após sustentar que definições estipulativas não possuem valor de verdade: ele afirma que essa tese

²⁵² *Ibid.*, pp. 175-6.

²⁵³ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 384.

é também um protesto adequado contra a exigência do gramático pedante de que devemos sempre usar nossas palavras nos mesmos sentidos que Samuel Johnson ou alguma outra ‘autoridade’ e nunca em qualquer sentido não encontrado no “*Oxford English Dictionary*”.²⁵⁴

Strawson parece falar de algo similar a Ryle ao caracterizar uma visão da tarefa do filósofo como a de “produzir uma análise sistemática da estrutura conceitual geral sobre a qual nossa prática diária demonstra termos uma maestria tácita e inconsciente”²⁵⁵ e afirmar que essa visão se preocupa muito com “o uso atual de conceitos”, inclusive “nas preocupações ordinárias da vida cotidiana”.²⁵⁶ E, é claro, essa visão poderia ser criticada de modo similar às críticas supramencionadas contra Ryle, ao questionar-se a ideia de que todos compartilhamos uma estrutura conceitual; afinal, não poderia ser o caso que muitas pessoas possuem uma estrutura conceitual diferente de outras pessoas, mas que isso não é percebido por não surgirem no dia a dia casos complicados que explicitem essas diferenças?

Digamos que um indivíduo teve uma vida extremamente difícil e cheia de traumas e privações, o que fez com que ele cometesse um crime quando adulto. E digamos ainda que eu diga que essa pessoa não cometeu o crime livremente, ao passo que minha amiga diga que ela o fez livremente. Isso não seria evidência de que usamos as noções gerais de “autonomia” e “liberdade” de modos diferentes – de que temos estruturas conceituais diferentes?

Essas críticas que realizei acima são ecoadas por Benson Mates em seu artigo “On the Verification of Statements About Ordinary Language”.²⁵⁷ Ele também questiona que tipo de “uso correto” de termos seria esse que independe do que a maioria das pessoas fala²⁵⁸ e critica a ideia de que um falante nativo de uma língua possa, pelo simples fato de ser um falante nativo, saber de modo confiável como as palavras da sua língua são usadas.

²⁵⁴ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 72.

²⁵⁵ STRAWSON, Peter Frederick. **Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 7.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 8.

²⁵⁷ MATES, Benson. **On the Verification of Statements About Ordinary Language**. Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy, vol. 1, no. 1-4. Abingdon: Routledge, 1958.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 163-4.

Esta última crítica, por sinal, se apoia em um exemplo um tanto cômico que Mates traz. Ryle, do alto de sua poltrona, nos ensina que as pessoas apenas usam os termos “voluntariamente” e “involuntariamente” quando se referem a ações que não deveriam ser feitas, ao passo que seu colega John Austin sustenta que “podemos dar um presente voluntariamente”.²⁵⁹ É curioso que o método adotado por esses filósofos não lhes tenha permitido chegar a um consenso quanto à linguagem empregada pelos professores de filosofia de Oxford (grupo extremamente restrito ao qual eles próprios pertenciam e com o qual interagiam diariamente!); resta-nos a questão de se a metodologia teria mais sucesso em desvendar as normas gramaticais seguidas por todos os falantes de uma língua, ou esclarecer conceitos compartilhados pelos falantes de qualquer idioma. A metodologia alternativa que Mates apresenta se assemelha muitíssimo à de Jackson examinada no começo desta dissertação, embora ele diferencie em certa medida o ato de questionar diversas pessoas por meio de pesquisas e o ato de tentar extrair o conceito delas por meio de contraexemplos e questionamento socrático.^{260 261}

Stanley Cavell buscou responder a Mates, afirmando que falantes nativos de uma língua em geral não precisam de evidência para o que é dito nessa língua,²⁶² o que é verdade, mas, como mencionei anteriormente, essa evidência pode ser necessária para expressões ambíguas, misteriosas, esotéricas, pouco comuns ou em disputa (os objetos de análise favoritos dos filósofos). É interessante notar que Cavell admite não saber dizer se as proposições que os filósofos da linguagem ordinária fazem são analíticas ou sintéticas,²⁶³ o que eu diria que é um indicativo de que há algo de errado com a ideia de elas existirem como um tipo de proposição totalmente diferente das proposições sintéticas *a posteriori* sobre a linguagem caracterizadas por Mates e Jackson.

²⁵⁹ MATES, Benson. **On the Verification of Statements About Ordinary Language**. *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 1, no. 1-4. Abingdon: Routledge, 1958, p. 165; RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. Abingdon: Routledge, 2009, p. 56; AUSTIN, John Langshaw. **A Plea for Excuses**. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing, 1957, p. 17.

²⁶⁰ MATES, Benson. **On the Verification of Statements About Ordinary Language**. *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 1, no. 1-4. Abingdon: Routledge, 1958, pp. 165-6.

²⁶¹ É interessante apontar que essa metodologia não foi defendida apenas por Jackson e Mates, mas também por Williams, que sugeriu a sua utilização para resolver disputas em tribunais que girassem em torno do significado de algum termo; *vide* WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. *Law Quarterly Review*, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 397.

²⁶² CAVELL, Stanley Louis. **Must We Mean What We Say?**. In: *Must We Mean What We Say?: A Book of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, pp. 4 e 13.

²⁶³ *Ibid.*, p. 16.

Cavell também considera o caso de alguém que insistisse em usar termos de maneira diferente de nós, usando “inadvertidamente” e “automaticamente” de maneira intercambiável. Ele não é explícito, mas parece sugerir que seria errado afirmar que essa pessoa fala outra língua.²⁶⁴ Eu diria que nesse ponto ele está certo, mas apenas porque não há fronteiras claras entre onde uma língua começa e outra termina e porque, por razões pragmáticas, não dizemos que pequenas diferenças no uso de palavras equivalem a línguas diferentes; e, como mencionado anteriormente, isso é um problema para o método que pressupõe que alguém possa acessar internamente a estrutura de uma mesma linguagem compartilhada pelos demais.

Por fim, é dito que essa pessoa estaria ignorando diferenças no mundo ao não utilizar os implementos fornecidos pela linguagem para discriminá-las.²⁶⁵ Mas, se o que nos preocupa são as diferenças no mundo, claramente não devemos nos limitar à linguagem ordinária: muitas diferenças na natureza não são reconhecidas pelas nossas línguas, que teriam de ser complementadas para levá-las em consideração.

Mas passemos ao que diz o outro grande nome deste movimento, John Austin. Esse autor demonstra constantemente uma das pressuposições do movimento, qual seja, a de que as distinções da nossa linguagem refletem distinções nas coisas em si.²⁶⁶ Começemos pelo seu artigo “A Plea for Excuses”. Logo no começo do texto, Austin afirma que

nosso estoque comum de palavras incorpora todas as distinções que os homens consideraram valer a pena traçar, ao longo dos tempos de vida de muitas gerações: essas certamente provavelmente são mais numerosas, mais sólidas, já que aguentaram o longo teste da sobrevivência do mais apto, e mais sutis, ao menos em todas questões ordinárias e razoavelmente práticas, do que quaisquer que você ou eu provavelmente imaginemos em nossas poltronas em uma tarde – o método alternativo preferido.²⁶⁷

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 35-6.

²⁶⁶ Para uma caracterização do movimento da filosofia da linguagem ordinária que unifique as características que mencionei anteriormente do pensamento de Ryle e que agora menciono do pensamento de Austin, *vide* CAVELL, Stanley Louis. **Austin at Criticism**. In: *Must We Mean What We Say?: A Book of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976, p. 99.

²⁶⁷ AUSTIN, John Langshaw. **A Plea for Excuses**. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing, 1957, p. 8.

Esse fato, portanto, faria com que um conhecimento mais aguçado das palavras aguçasse nossa percepção dos fenômenos.²⁶⁸

Austin admite que a linguagem ordinária não seria a última palavra, por mais que incorpore a experiência de muitas gerações da humanidade. Essa experiência teria se concentrado em questões práticas do cotidiano e, caso tenhamos interesses mais extensos ou intelectuais, precisaremos apelar à ciência; além disso, a linguagem ordinária incorporaria muitas superstições, fantasias e erros.²⁶⁹ Austin até mesmo dá um exemplo de conceito que não teríamos na linguagem ordinária, mas que seria obtido pela ciência e apontaria para algo que de fato existe no mundo: “comportamento de deslocamento” (foi a tradução que encontrei para “*displacement behaviour*”). Trata-se da tendência dos animais de, quando encontram um obstáculo insuperável a um objetivo, valer-se de outra atividade não relacionada, como a tendência humana de coçar a cabeça quando em dúvida.²⁷⁰

Esse ponto tornaria a sua tese, a princípio, bastante razoável; não precisaríamos nos prender aos esquemas da nossa linguagem ordinária. Contudo, por mais que Austin diga isso, podemos ver, pelo restante de sua obra, que ele ainda assim dá uma importância excessivamente grande aos esquemas da linguagem ordinária e pressupõe que as coisas em si refletem até mesmo as menores particularidades da língua inglesa.

Vejam alguns exemplos: ele supõe que todos os verbos que diríamos que são “ações” devem ter algo em comum;²⁷¹ em diversos momentos, ele sugere que analisar palavras nos mostraria “a maquinaria da ação”;²⁷² ele chega ao ponto de pressupor que deve haver uma razão para que certas preposições do inglês sejam usadas com certos substantivos, como “*under*”, “*on*”, “*by*”, “*through*”, “*from*”, “*for*” e “*with*” (pace qualquer outra língua que utilize preposições diferentes);²⁷³ ele imagina que deve haver um motivo para que alguns termos negativos sejam formados com “*un*”, outros com “*in*”, outros com “*less*” e outros com “*mis*” (novamente, pace qualquer língua que não forme termos negativos do mesmo modo que o inglês);²⁷⁴ por fim, ele acredita que diversas expressões francamente sinônimas (como “*by*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 11.

²⁷⁰ *Ibid.*, pp. 29-30.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 5.

²⁷² *Ibid.*, pp. 6, 16, 19-20 e 27.

²⁷³ *Ibid.*, p. 13.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 19.

mistake”, “*owing to a mistake*”, “*mistakenly*” e “*it was a mistake to*”) devem ter funções bastante diferentes, “do contrário por que nos sobrecarregaríamos com mais de uma?”.²⁷⁵

Em seu outro artigo “The Meaning of a Word”,²⁷⁶ por sua vez, Austin busca analisar por que usamos uma mesma palavra para nos referirmos a coisas diferentes, em casos de não simples equivocidade.²⁷⁷ Ele faz referência ao exemplo clássico de Aristóteles do corpo, da pele e do exercício enquanto “saudáveis”,²⁷⁸ e afirma que, ao invés de simplesmente dizer que chamamos todos de “saudáveis” por serem “similares”, devemos “direcionar atenção aos importantes e atuais fatos”.²⁷⁹

Todos esses trechos sugerem que, apesar da sua reserva de que a linguagem ordinária não é a última palavra, Austin permanece com uma fé exacerbada na capacidade dela de refletir fatos do mundo. E essa grande fé é outra característica do movimento que me parece problemática, pois poderia nos levar a buscar uma razão de ser em características das nossas línguas que não possuem tal coisa (por exemplo, gêneros gramaticais), ainda mais quando ele não forneceu nenhum critério claro para distinguir as características da língua que refletiriam algo da realidade daquelas que não o fariam.

Austin a justifica afirmando que a linguagem ordinária incorpora as distinções que foram consideradas relevantes ao longo de diversas gerações de homens²⁸⁰ e questionando por que razão, se ela estivesse cheia de superstições, erros e fantasias, não teríamos reconhecido esse fato ainda.²⁸¹ Esse tipo de raciocínio, creio eu, tem a mesma falha da defesa de Burke do conservadorismo, que se baseia na ideia de que organizar a sociedade é algo muito complexo e que mudanças podem trazer consequências nefastas e, portanto, devemos manter o modo de vida que herdamos das gerações anteriores.²⁸²

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

²⁷⁶ AUSTIN, John Langshaw. **The Meaning of a Word**. In: Philosophical Papers. Eds. J. O. Urmson e G. J. Warnock. Oxford: Clarendon Press, 1961.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 38.

²⁷⁸ Alusões a esse ponto podem ser encontradas em ARISTÓTELES. **Metafísica**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: William David Ross. Princeton: Princeton University Press, 1991, pp. 42-3 e 153-4 (1003A33-1003B18 e 1061B17-1676).

²⁷⁹ AUSTIN, John Langshaw. **The Meaning of a Word**. In: Philosophical Papers. Eds. J. O. Urmson e G. J. Warnock. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 39.

²⁸⁰ AUSTIN, John Langshaw. **A Plea for Excuses**. Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing, 1957, p. 8.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

²⁸² BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Ed. Frank M. Turner. New Haven: Yale University Press, 2003, pp. 74-5.

Essa justificativa é problemática porque muitas vezes algo pode sobreviver muitas gerações e ser não só pouco desejável, como pernicioso. Um exemplo claro ocorre na biologia: muitas pessoas leigas tendem a imaginar que qualquer característica física ou conduta humanas deve ter alguma explicação por ter ajudado na preservação da espécie; mas o apêndice, ao que tudo indica, tem a única “função” de explodir e matar o indivíduo. Um análogo no âmbito social seriam os sacrifícios humanos feitos pelos astecas, que se mantiveram por gerações e eram claramente desnecessários.

Do mesmo modo, um sistema conceitual pode se manter por diversas gerações e, ainda assim, ser completamente cheio de problemas e não representar bem a realidade, ou por ter sido minimamente razoável para fins cotidianos, ou por simplesmente não ter calhado surgir alguém que sugerisse melhorá-lo e tivesse influência suficiente sobre os demais.

E, é claro, diferentes línguas recortam a realidade de maneiras diferentes; ou seja, diferentes esquemas conceituais podem se desenvolver e ser úteis o suficiente para sobreviver a diversas gerações. Há casos bastante extremos se saímos das línguas mais próximas às nossas. Famosamente, não era possível no chinês antigo construir uma frase com “o ser” como sujeito, o que evitou que os filósofos chineses tivessem várias dores de cabeça que afligiram os filósofos gregos.²⁸³ Como devemos escolher entre os diferentes esquemas conceituais das diferentes línguas? Algumas refletiriam melhor a realidade? E como saber isso? Parece absurdo sugerir que haveria uma estrutura diferente da realidade para cada língua, de acordo com uma versão fortíssima da hipótese Sapir-Whorf.²⁸⁴ Minha sugestão de solução é parar de olhar para a estrutura da linguagem em busca de respostas e olhar, por exemplo, para os conceitos que vêm sendo úteis no desenvolvimento da ciência.

Além disso, é preciso sempre manter em mente a possibilidade de que um termo que usamos na linguagem não tenha qualquer referência na realidade. Por muito tempo se falou na história do pensamento ocidental sobre a existência de uma suposta alma imortal; hoje, é uma crença muito difundida, especialmente entre pensadores ateus, que simplesmente não exista alma. A atitude de Austin perante a

²⁸³ NORDEN, Bryan W. Van. **Introdução à Filosofia Chinesa Clássica**. Tradução de: Gentil Avelino Titton. Petrópolis: Vozes, 2018, pp. 292-3.

²⁸⁴ Para um exemplo de versão muito forte da teoria, embora não tanto quanto a versão absurda que concebi acima, *vide* WHORF, Benjamin Lee. **Language, Thought, and Reality**. Ed. John B. Carroll. Cambridge, Massachusetts: The M.I.T. Press, 1956, pp. 212-4.

linguagem parece nos levar a pensar que o discurso sobre almas, tendo sobrevivido por tanto tempo, rastrearía algum aspecto da realidade.

De fato, não precisamos comprar todo o positivismo lógico de Ayer para concordar com ele que há uma crença supersticiosa dentre os filósofos de que, para cada termo que pode ser o sujeito de uma oração, deve haver uma entidade correspondente na realidade,²⁸⁵ ou para concordar com Williams que “os filósofos do passado tenderam a confundir a estrutura do discurso com a estrutura do universo”.²⁸⁶ Eu diria que essas tendências podem ser observadas desde Aristóteles, que não deixou terrivelmente claro se a análise das categorias que ele fez²⁸⁷ era uma análise sobre tipos de palavras ou sobre coisas,²⁸⁸ tampouco se a sua análise sobre o princípio de não contradição era sobre proposições da nossa linguagem ou sobre como a realidade pode ser.²⁸⁹ Acredito inclusive que poderia encontrar outros exemplos dessas confusões em filósofos anteriores, mas Aristóteles foi o caso mais evidente que me veio à mente e meu objetivo aqui não é fazer história da filosofia grega; o ponto é que Austin me parece ser um caso claro de um herdeiro dessa confusão milenar.²⁹⁰

É válido mencionar que outros autores também apontaram os mesmos problemas no movimento que foram desenvolvidos nesta dissertação. Ernest Gellner acusou o movimento de ser “conceitualmente conservador”, apontou a tendência de seus membros de acusar seus opositores de não compreendê-los e de se importar

²⁸⁵ AYER, Alfred Jules. **Language, Truth, and Logic**. Londres: Penguin Books, 2001, pp. 24-7.

²⁸⁶ WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – I**. *Law Quarterly Review*, vol. 61, no. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 72.

²⁸⁷ ARISTÓTELES. **Categorias**. In: *The Complete Works of Aristotle*, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: J. L. Ackrill. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 3 (1B25-2A4).

²⁸⁸ STUDEMANN, Paul. **Aristotle’s Categories**. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Nouri Zalta. Versão Primavera 2021, item 2.1. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/aristotle-categories/> (último acesso à 00:54 de 25/10/2023).

²⁸⁹ ARISTÓTELES. **Metafísica**. In: *The Complete Works of Aristotle*, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: William David Ross. Princeton: Princeton University Press, 1991, pp. 46 e 57 (1005B9-1005B33 e 1011B13-1011B22); GOTTLIEB, Paula. **Aristotle on Non-Contradiction**. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Eds. Edward Nouri Zalta e Uri Nodelman. Versão Inverno 2023, item 1. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-noncontradiction/> (último acesso à 01:19 de 25/10/2023); SILVA, Débora Oliveira. **O Princípio de Não-Contradição como Condição *Sine Qua Non* para Evitar o Colapso do Discurso Significativo – Uma Defesa da Leitura Semântica Geral de Metafísica Γ 4 1005b35-1007a8**. 2022. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, pp. 30-1.

²⁹⁰ Leiter me parece ir ao encontro desse diagnóstico, ao questionar a noção de Austin e de Hart de que olhar para as palavras seria um bom modo de aprender sobre o mundo e apontar que não há qualquer razão para pensar que não existam métodos melhores para isso; *vide* LEITER, Brian. **Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis**. In: *Hart’s Postscript*. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 358-9.

demais com o modo como falamos usualmente e afirmou que o exame da linguagem ordinária pode, em alguns casos, ser útil, mas são necessárias evidências de que esse será o caso para que nos dediquemos a essa tarefa.²⁹¹ Bertrand Russell também atacou o movimento por não examinar empiricamente como as pessoas falam no dia a dia, por atribuir valor demasiado à linguagem comum (herdando assim as suas confusões) e por focar mais em palavras do que nas coisas em si.²⁹²

4.2.2. Evidências da Filosofia da Linguagem Ordinária em Hart

Por fim, vamos analisar as evidências a favor e contra a ideia de que Hart estaria pressupondo as teses do movimento da filosofia da linguagem ordinária em “O Conceito de Direito”. Como veremos, há grandes evidências de que ele supõe a tese que caracterizei anteriormente ao falar sobre Austin (que a linguagem ordinária reflete fatos sobre o mundo), mas não aquela que apontei na obra de Ryle (a total falta de importância de pesquisas empíricas quanto a o que as pessoas falam).²⁹³ Portanto, não é absurdo buscar uma interpretação da sua obra que se aproxime do tipo de análise conceitual caracterizado por Jackson.

Como mencionado anteriormente, Hart dizia que Austin foi a maior influência sobre seu pensamento, o que se reflete no fato de ele citá-lo *ipsis litteris* no prefácio,²⁹⁴ para dizer que um conhecimento maior sobre palavras melhora nosso conhecimento sobre os fenômenos. Isso explicaria também a afirmação misteriosa do primeiro capítulo, de que a maior preocupação de Hart não seria dizer em que situações devemos usar a palavra “direito”, mas sim esclarecer as relações entre

²⁹¹ GELLNER, Ernest André. **Words and Things: A Critical Account of Linguistic Philosophy and A Study in Ideology**. Boston: Beacon Press, 1960, pp. 112, 189, 194 e 263.

²⁹² RUSSELL, Bertand Arthur William. **The Cult of ‘Common Usage’**. The British Journal for the Philosophy of Science, vol. 3, no. 12. Oxford: Oxford University Press, 1953, pp. 303-7.

²⁹³ Vale também mencionar que Atria aponta uma influência de Strawson sobre Hart, ao dizer que a análise de Hart se diferenciaria das análises conceituais que ele considera estéreis por se aproximar da metafísica descritiva de Strawson; *vide* ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 94. Contudo, essa visão me parece equivocada, pois o próprio Strawson diz que a sua metafísica descritiva se diferencia das análises conceituais ordinárias apenas pelo seu escopo e sua generalidade e Hart trata de um aspecto bastante específico do nosso esquema conceitual, qual seja, o jurídico; *vide* STRAWSON, Peter Frederick. **Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics**. Nova Iorque: Routledge, 1996, p. 9.

²⁹⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. vi.

direito e ordens apoiadas em ameaças, entre direito e moralidade e o que são regras.²⁹⁵ Analisar o uso do termo “direito” esclareceria questões de fato.

A visão austiniana também tornaria mais compreensível a crítica de Hart a Kelsen de que a visão do direito enquanto simplesmente normas dirigidas a autoridades “obscureceria o caráter do direito”.²⁹⁶ Afastar-se demais do que o homem comum diria que são normas do direito faria, de alguma maneira, com que não percebêssemos bem os fatos. Explica também por que Hart criticou “o mero dogma” dos autores que afirmavam que o direito precisaria ser ordenado por alguém,²⁹⁷ não considerando que alguém poderia afirmar que ele apenas defenderia outro dogma, qual seja, o de que não precisaria sempre ser algo ordenado por alguém. A sua posição, na sua visão, não seria um mero dogma porque estaria de acordo com a linguagem ordinária e, portanto, refletiria melhor os fatos.

Ao falar sobre a continuidade do direito, Hart fala sobre a mudança de regime entre Rex I e Rex II e parece sugerir que, pelo fato de as pessoas dizerem que o direito não é interrompido até que surja um hábito de obediência para com Rex II e pelo fato de aceitarem uma regra de sucessão, Rex II é legítimo e possui capacidade de legislar antes do surgimento desse hábito.²⁹⁸ Isso se parece um pouco com o ato de depreender um dever-ser a partir de um ser, mas pode ser compreendido por meio da ideia de que o que as pessoas normalmente diriam representa os fatos; nesse caso, “fatos normativos” quanto à capacidade de legislar.

Um exemplo que considero muito interessante é a diferenciação que Hart faz entre “*to be obliged*” e “*to have an obligation*” ao falar sobre o bancário vítima de assalto.²⁹⁹ Trata-se de uma distinção da língua inglesa que, como mencionei anteriormente, creio que possa ser traduzida, sem grandes perdas de sentido, por “ser obrigado” e “ter uma obrigação”. Mas é completamente concebível que o português, ou qualquer outra língua, não fizesse essa útil diferenciação linguística. Usar idiossincrasias do inglês como evidência de diferenças nas coisas em si foi justamente o método de Austin objeto de crítica anteriormente, o que evidencia a influência dele sobre Hart.

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 6-17.

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 38-42.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 47.

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 51-61.

²⁹⁹ *Ibid.*, pp. 82-3.

Ao sustentar que a regra de reconhecimento não é válida nem inválida, Hart a compara com a barra do metro de Paris.³⁰⁰ Embora ele não o cite aqui,³⁰¹ trata-se de uma clara influência de Wittgenstein e da sua discussão quanto ao metro de Paris sobre o seu pensamento,³⁰² como a filosofia da linguagem ordinária foi influenciada pelo pensamento de Wittgenstein expresso nas “Investigações Filosóficas”, podemos encarar esse trecho como uma pequena evidência de proximidade entre a análise conceitual de Hart e as de Austin e Ryle (de modo similar, a influência de Winch sobre Hart pode ser considerada uma evidência indireta da influência das “Investigações Filosóficas” sobre o seu pensamento)³⁰³.

Hart afirma ainda que a teoria dos hábitos de obediência de Austin não daria conta de reproduzir ou distorceria os fatos complexos que constituem as condições mínimas para que exista direito em uma sociedade³⁰⁴ e, não muito depois, afirma que um sistema jurídico pode ser interrompido sem que deixe de existir.³⁰⁵ Toda essa linguagem factual sugere que ele acreditava estar analisando fatos, na medida em que discutia o que diríamos em uma dada situação. O exemplo anteriormente mencionado nesta dissertação, em que ele diz que a definição de um elefante nos informa sobre como o mundo é, parece também se dever a essa crença.³⁰⁶

Outro ponto em que me parece haver uma influência do modo de pensar da filosofia da linguagem ordinária é o momento em que Hart apela ao ponto de vista interno para criticar o ceticismo quanto a regras primárias.³⁰⁷ Esta minha impressão, contudo, é tentativa: parece-me que aqui Hart estaria sugerindo que, pelo fato de a maioria das pessoas reconhecer regras primárias como algo que existe e que elas usam no seu dia-a-dia, uma teoria que negasse a existência delas deveria estar errada; o que seria dar um grande valor ao que a maioria das pessoas diria

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 109.

³⁰¹ Ele é mencionado, contudo, brevemente nas notas ao final do livro; *vide* HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 297.

³⁰² WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. **Philosophical Investigations**. 2 ed. Tradução de: G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 1999, p. 25.

³⁰³ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 142 e 154; PERRY, Stephen R. **Hart's Methodological Positivism**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 326; HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 289 e 297; WINCH, Peter Guy. **The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy**. 2 ed. Londres: Routledge, 1990, pp. 58, 63, 111 e 121-8.

³⁰⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 112-3.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 14.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 137-8.

normalmente para definir o que existe na realidade, algo típico da filosofia da linguagem ordinária.

No primeiro parágrafo do oitavo capítulo,³⁰⁸ Hart diz que a teoria austiniana “distorce muito do que é característico do direito”, como se pudéssemos saber o que é característico do direito antes de defini-lo (estipulativamente ou por estudos empíricos sobre os conceitos da população), ou seja, como se houvesse um fenômeno lá fora que deve ter o nome de “direito” e como se usar esse nome para se referir a outras coisas fosse problemático; fala também que os conceitos que ele desenvolveu até então no livro foram necessários para “elucidar as operações distintivas do direito”; e, por fim, fala que o lugar central dado na sua teoria à união entre regras primárias e secundárias é justificado não por estar fazendo o trabalho de um dicionário, mas por ter grande poder explanatório. Não é difícil depreender disso que Hart parece acreditar que há um fato sociológico (o direito) que existe independentemente de como “cortemos” o mundo com nossos conceitos e que a análise feita por ele sobre o que diríamos em resposta a certas situações hipotéticas esclareceria algo sobre esse fato sociológico.

No seu pós-escrito, Hart afirma que o objetivo do seu livro era

dar uma caracterização explanatória e clarificadora do direito enquanto uma instituição social e política complexa com um aspecto governado por regras (e nesse sentido ‘normativo’).³⁰⁹

Analisar o direito enquanto instituição social parece sugerir que ele será analisado de acordo com a sociologia, o que é mais uma evidência de que Hart parece acreditar que a análise de palavras nos mostraria algo sobre como o mundo é.

Retomando o que foi afirmado no primeiro capítulo desta dissertação, o capítulo 10 de “O Conceito de Direito” começa com a misteriosa alegação de que Hart não buscaria regular como usar a palavra “direito”, mas “elucidar o conceito de direito”. Como, segundo Jackson, analisar um conceito é dizer em que situações usaríamos uma palavra e que vocabulário mais fundamental usaríamos na mesma situação, esse trecho sugere uma discordância de Hart com relação a Jackson. O exemplo que Hart dá para sugerir que não estaria fazendo essa regulação é o

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 155.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 239.

exemplo da definição estipulativa baseada no caso do nazismo.³¹⁰ Mas definição estipulativa não é análise conceitual. O que isso significa?

Logo em seguida, referindo-se ao caso do direito internacional, mais uma vez Hart diz que não pretende apenas apontar para o uso comum do termo, mas “examinar as credenciais dos princípios que guiam o nosso uso”, referindo-se novamente ao caso do nazismo e nossos fins práticos e teóricos.³¹¹ Ou seja, mais uma vez ele parece sugerir estar fazendo uma definição estipulativa fundamentada nas suas consequências práticas (embora, como mencionado anteriormente, o único momento neste capítulo em que ele se refere explicitamente às consequências práticas de se utilizar um termo em um certo sentido é quando ele diz que usar “moralidade” para se referir a toda forma de estrutura social não reduzível a ordens apoiadas em ameaças geraria um conceito amplo demais para ser útil). O mesmo parece ocorrer na seção seguinte, quando ele menciona “não parece[r] haver boa razão para limitar a ideia normativa de obrigação a regras apoiadas por sanções organizadas”, assim como não haver razão para exigir no âmbito internacional regras necessárias no âmbito nacional.³¹² Mais uma vez, o que devemos depreender disso tudo?

Aqui eu entro em uma hipótese bastante tentativa. Como mencionado anteriormente na dissertação, às vezes Hart não parece distinguir muito bem as atividades de análise conceitual e de realizar uma definição estipulativa fundamentada em suas consequências práticas positivas. Parece-me que essa confusão pode também ser uma influência do pensamento da filosofia da linguagem ordinária sobre Hart. Para esse movimento, nossa linguagem ordinária tem uma razão de ser, na medida em que tende a representar bem a realidade, ao menos melhor do que linguagens artificiais. Se pressupusermos que a linguagem ordinária é útil assim, não é um salto enorme passar disso para a crença de que buscar os sentidos mais úteis de um termo é o mesmo que buscar o seu sentido usual. Parece-me que essa seria a origem dessa confusão, embora este ponto da minha dissertação seja bastante tentativo.

Por fim, em um de seus primeiros artigos, Hart sustenta que a atribuição de direitos e responsabilidade não consiste em um discurso descritivo, ao contrário do

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 213-4.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 214-5.

³¹² *Ibid.*, pp. 218-20.

que muitos filósofos sustentam,³¹³ embora posteriormente Hart tenha abandonado as teses desse artigo, ele continua sendo uma evidência da influência de Austin sobre Hart, já que essa análise ecoa a cruzada de Austin contra o preconceito dos filósofos a favor de proposições descritivas e a sua defesa do que ele chamou de “frases performativas”.³¹⁴

Stephen Perry, embora não mencione especificamente a filosofia da linguagem ordinária, critica Hart por misturar em sua obra a metodologia da análise conceitual com aquela própria das ciências empíricas, que estariam preocupadas não em examinar nossos conceitos, mas como as coisas são em si mesmas.³¹⁵ Essa mistura entre as duas metodologias poderia ser explicada pela crença que eu atribuí a Hart, qual seja, a de que examinar palavras mostraria como as coisas são em si mesmas; logo, a crítica de Perry vai ao encontro da análise deste capítulo.

Peter Hacker também aponta as influências de outros filósofos da linguagem ordinária sobre Hart,³¹⁶ além de dar destaque à crença dele de que seu trabalho poderia ser encarado como sociologia,³¹⁷ o que, como vimos, evidencia a influência de Austin sobre ele. Além disso, a dissertação de Fernando Campos, desta mesma universidade, é dedicada a este tema e concorda com o diagnóstico do presente trabalho sobre a existência de influência deste movimento sobre Hart.³¹⁸ Por fim, Cláudio Michelin também expõe essa influência e afirma que Hart não tentou justificar a tese herdada de Austin de que a análise de palavras nos ajudaria a conhecer o que existe.³¹⁹

Podemos ver que “O Conceito de Direito” é um livro com os pressupostos controversos da filosofia da linguagem ordinária de fundo, muito embora Hart não os

³¹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Ascription of Responsibility and Rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, vol. 49. Nova Jersey: Wiley, 1949, pp. 171-2 e 182-93.

³¹⁴ AUSTIN, John Langshaw. **How To Do Things With Words**. Oxford: Clarendon Press, 1962, pp. 1-7.

³¹⁵ PERRY, Stephen R. **Hart’s Methodological Positivism**. In: Hart’s Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 312, 314-5, 320-3, 343 e 353-4.

³¹⁶ HACKER, Peter Michael Stephan. **Hart’s Philosophy of Law**. In: Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart. Eds. P. M. S. Hacker e J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977, pp. 2-3 e 6-7.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 8.

³¹⁸ CAMPOS, Fernando Rosa. **Filosofia da Linguagem do Século XX no Conceito de Direito de Herbert Hart**. 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, pp. 14, 17, 80 e 124.

³¹⁹ MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 60, 134-5, 146 e 160-1.

explícite e afirme que o seu público-alvo eram alunos ingleses de graduação³²⁰ (que, creio eu, muito possivelmente não perceberiam as teses controversas de fundo). Contudo, por mais que existam todas essas evidências do método da filosofia da linguagem ordinária na obra de Hart, ainda há evidências de outros métodos. Como já mencionado, em alguns momentos ele não exerce análise conceitual, mas sim realiza definições estipulativas pelas consequências positivas que adviriam delas. Para além disso, há momentos em que Hart, ao defender seu uso de um sentido bastante amplo do termo “moral”, se refere ao peso do uso desse sentido pela maioria das pessoas;³²¹ isso claramente o afasta da metodologia da filosofia da linguagem ordinária que prescinde de observar o que a maioria das pessoas fala e o aproxima um pouco do método de análise conceitual de Jackson.

³²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 238.

³²¹ *Ibid.*, pp. 169 e 181-2.

5. CONCLUSÃO

Podemos depreender várias coisas a partir da discussão nesta dissertação. Primeiramente, foi esclarecido um método de análise conceitual bastante popular contemporaneamente, que às vezes faz pesquisas sobre o que a maioria das pessoas falam e realiza questionamentos para testar as suas intuições iniciais. Em seguida, por meio de uma análise geral de toda a obra “O Conceito de Direito”, foi possível concluir que uma enorme quantidade de trechos são compatíveis com a interpretação de que Hart estaria fazendo análise conceitual desse estilo, com pretensões modestas quanto à sua relevância para o estudo da realidade social.

Foram apontados, contudo, limites que um projeto desse tipo imporia à obra de Hart. Vimos com Williams que não há um sentido “correto” para as palavras que não seja o seu sentido usual (ou o sentido atribuído em algum discurso), o que significa que as críticas de Hart a outros filósofos do direito teriam de se restringir à alegação de que eles estão se afastando do sentido usual do termo “direito”, caso o interpretemos como buscando esse sentido usual; e, é claro, não parece que todos os autores estariam simplesmente buscando esse mesmo sentido.

Ainda assim, também foi possível apontar outros trechos da obra de Hart que sugerem que ele não estaria fazendo análise conceitual. Após uma breve caracterização da atividade de definição estipulativa, vimos como a argumentação de Hart em “Positivism and the Separation of Law and Morals” e na parte final do capítulo 9 de “O Conceito de Direito” se encaixa perfeitamente nessa atividade, já que um uso do termo “direito” é defendido com base nas consequências políticas positivas desse uso. Embora essa seja uma atividade defensável, ela não parece ter sido o objetivo principal de Hart e também limita o quanto ele poderia criticar outros autores, já que o sentido dado ao termo “direito” por eles provavelmente não afetaria muito a população em geral e outras teorias positivistas diferentes da de Hart teriam provavelmente as mesmas consequências políticas desejáveis que a dele se fossem adotadas pela maioria das pessoas.

Por fim, pudemos analisar outras hipóteses quanto a em que consistiria o projeto de Hart, nenhuma delas tão defensável quanto as duas iniciais. Nenhuma das diversas atividades que Robinson afirmou já terem sido chamadas de “definição real” (diferentes da análise conceitual já examinada) parece ser uma boa candidata ao principal objetivo de Hart.

A hipótese de que a análise conceitual realizada por Hart seria do mesmo tipo que a de outros filósofos do movimento da filosofia da linguagem ordinária possui grandes evidências a seu favor; contudo, esse estilo de análise conceitual é bastante problemático, conforme argumentado nesta dissertação e por outros autores críticos do movimento, e há trechos de sua obra que o afastam dessa metodologia.

Em suma: Hart não foi extremamente claro quanto aos seus objetivos e métodos e diferentes trechos de sua obra podem nos levar a diferentes conclusões. O mais provável é que ele tenha buscado fazer análise conceitual de uma maneira similar aos outros autores do movimento da filosofia da linguagem ordinária, mas a leitura mais caridosa de sua obra é a de que ele buscava fazer análise conceitual da maneira modesta caracterizada por Jackson e, como um ponto separado de sua argumentação principal, mencionou razões práticas para usarmos o termo “direito” da mesma forma que ele; ainda assim, essas duas atividades mais defensáveis impõem limites às suas críticas a outros autores.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Categorias**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: J. L. Ackrill. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ARISTÓTELES. **Ética a Eudemo**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: J. Solomon. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: William David Ross. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 2. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: William David Ross. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ARISTÓTELES. **Refutações Sofísticas**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: W. A. Pickard-Cambridge. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ARISTÓTELES. **Tópicos**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: W. A. Pickard-Cambridge. Princeton: Princeton University Press, 1991
- ATRIA, Fernando. **La Forma del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001
- AUSTIN, John Langshaw. **A Plea for Excuses**. Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing, 1957
- AUSTIN, John Langshaw. **How To Do Things With Words**. Oxford: Clarendon Press, 1962
- AUSTIN, John Langshaw. **The Meaning of a Word**. In: Philosophical Papers. Eds. J. O. Urmson e G. J. Warnock. Oxford: Clarendon Press, 1961
- AYER, Alfred Jules. **Language, Truth, and Logic**. Londres: Penguin Books, 2001
- BENTHAM, Jeremy. **A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government**. Eds. J. H. Burns e H. L. A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977

- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação: Nello Morra. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora Ltda., 2006
- BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Ed. Frank M. Turner. New Haven: Yale University Press, 2003
- CAMPBELL, Thomas Douglas. **The Legal Theory of Ethical Positivism**. Abingdon: Routledge, 2016
- CAMPOS, Fernando Rosa. **Filosofia da Linguagem do Século XX no Conceito de Direito de Herbert Hart**. 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre
- CARROLL, Lewis. **Through the Looking-Glass, and What Alice Found There**. Londres: Macmillan Children's Books, 2014
- CAVELL, Stanley Louis. **Austin at Criticism**. In: *Must We Mean What We Say?: A Book of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976
- CAVELL, Stanley Louis. **Must We Mean What We Say?**. In: *Must We Mean What We Say?: A Book of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976
- CLARK, Edwin Charles. **Practical Jurisprudence: A Comment on Austin**. Cambridge: Cambridge University Press, 1883
- COLEMAN, Jules Leslie. **Negative and Positive Positivism**. *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, no. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1982
- CROSSMAN, Richard Howard Stafford. **Plato Today**. Londres: George Allen and Unwin Ltd., 1937
- DENNETT, Daniel Clement. **Consciousness Explained**. Londres: Penguin Books, 1993
- DWORKIN, Ronald Myles. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986
- EINSTEIN, Albert. **Relativity: The Special and General Theory**. Tradução de: Robert W. Lawson. Nova Iorque: Pi Press, 2005
- FULLER, Lon Luvois. **La Moral del Derecho**. Tradução de: Francisco Navarro. Cidade do México: Editorial F. Trillas, S. A., 1967
- FULLER, Lon Luvois. **Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart**. *Harvard Law Review*, vol. 71, no. 4. Cambridge, Massachusetts: The Harvard Law Review Association, 1958

- GEACH, Peter. **Some Problems about Time**. In: GEACH, Peter. *Logic Matters*. Oxford: Basil Blackwell, 1972
- GELLNER, Ernest André. **Words and Things: A Critical Account of Linguistic Philosophy and A Study in Ideology**. Boston: Beacon Press, 1960
- GETTIER, Edmund Lee. **Is Justified True Belief Knowledge?**. *Analysis*, vol. 23, no. 6. Oxford: Oxford University Press, 1963
- GOTTLIEB, Paula. **Aristotle on Non-Contradiction**. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Eds. Edward Nouri Zalta e Uri Nodelman. Versão Inverno 2023
- HACKER, Peter Michael Stephan. **Hart's Philosophy of Law**. In: *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Eds. P. M. S. Hacker e J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1977
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Definition and Theory in Jurisprudence**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Ascription of Responsibility and Rights**. *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49. Nova Jersey: Wiley, 1949
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012
- HART, Herbert Lionel Adolphus; SUGARMAN, David. **Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman**. *Journal of Law and Society*, vol. 32, no. 2. Nova Jersey: Wiley, 2005
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Ed. Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1996
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of The Law**. *Harvard Law Review*, vol. 12, no. 7. Cambridge, Massachusetts: The Harvard Law Review Association, 1899
- HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press, 1896
- JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998

- KELSEN, Hans. **Law and Morality**. In: Essays in Legal and Moral Philosophy. Ed. Ota Weinberger. Tradução de: Peter Heath. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973
- KELSEN, Hans. **Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1942
- KELSEN, Hans. **Law, State and Justice in the Pure Theory of Law**. The Yale Law Journal, vol. 57, no. 3. New Haven: Yale Law Journal Company, Inc., 1948
- KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005
- KORNHAUSER, Lewis A. **A World Apart? An Essay on the Autonomy of the Law**. Boston University Law Review, vol. 78. Boston: Boston University Law Review, 1998
- KORNHAUSER, Lewis A. **Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law**. Rechtstheorie, vol. 31. Berlin: Duncker & Humblot, 2000
- LAWRENCE, Thomas Joseph. **Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law**. 2 ed. Cambridge: Deighton, Bell and Co., 1885
- LEITER, Brian. **Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001
- LLEWELLYN, Karl Nickerson. **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**. Nova Iorque: Oceana Publications, Inc., 1960
- LUNDSTEDT, Anders Vilhelm. **Legal Thinking Revised: My Views on Law**. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1956
- MACKIE, John Leslie. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. Londres: Penguin Books, 1990
- MATES, Benson. **On the Verification of Statements About Ordinary Language**. Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy, vol. 1, no. 1-4. Abingdon: Routledge, 1958
- MCTAGGART, John McTaggart Ellis. **The Nature of Existence, vol. 2**. Cambridge: Cambridge University Press, 1927
- MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e Objetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- MILL, John Stuart. **A System of Logic**. Londres: Longmans, Green, and Co., 1895

- MOORE, George Edward. **A Defence of Common Sense**. In: G. E. Moore: Selected Writings. Ed. Thomas Baldwin. Abingdon: Routledge, 1993
- MOORE, George Edward. **Principia Ethica**. 2 ed. Ed. Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press, 1993
- MORTARI, Cezar Augusto. **Introdução à Lógica**. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2016
- MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001
- NORDEN, Bryan W. Van. **Introdução à Filosofia Chinesa Clássica**. Tradução de: Gentil Avelino Titton. Petrópolis: Vozes, 2018
- OLIVECRONA, Karl. **El Derecho como Hecho**. Tradução de: Gerónimo Cortés Funes. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959
- OWEN, Gwilwm Ellis Lane. **Logic and Metaphysics in Some Earlier Works of Aristotle**. In: Aristotle and Plato in the Mid-Fourth Century. Eds. Ingemar Düring e Gwilwm Ellis Lane Owen. Göteborg: Elanders Boktryckeri Aktiebolag, 1960
- PASCAL, Blaise. **Pensées, Tome Second**. Paris: Libraire Delagrave, 1918
- PERRY, Stephen R. **Hart's Methodological Positivism**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001
- PLATÃO. **A República**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube e C. D. C. Reeve. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997
- PLATÃO. **Crítón**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997
- PLATÃO. **Eutífron**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997
- PLATÃO. **Mênon**. In: Plato: The Complete Works. Eds. John M. Cooper e D. S. Hutchinson. Tradução de: G. M. A. Grube. Indianápolis: Hackett Publishing Company, Inc., 1997
- POLLOCK, Frederick. **Law and Command**. Law Magazine and Review: For Both Branches of the Legal Profession at Home and Abroad, vol. 1, no. 3. Londres: Butterworths, 1872

- POLLOCK, Frederick; HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Pollock-Holmes Letters**, vol. 2. Ed. Mark DeWolfe Howe. Cambridge: Cambridge University Press, 1942
- QUINE, Willard van Orman. **Two Dogmas of Empiricism**. In: QUINE, Willard van Orman. *From a Logical Point of View*. Nova Iorque: Harper & Row, Publishers, 1963
- RADBRUCH, Gustav. **Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law**. Tradução de: Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 1. Oxford: Oxford University Press, 2006
- RAZ, Joseph. **Authority, Law and Morality**. *The Monist*, vol. 68, no. 3. Chicago: Hegeler Institute, 1985
- RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999
- ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972
- ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e Justiça**. Tradução de: Edson Bini. 2. ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007
- ROSS, Alf Niels Christian. **Tû-tû**. Tradução de: Sandra Regina Schmitz de Azevedo. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, vol. 5, no. 13. Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica Estado do Rio Grande do Sul, 1975
- RUSSELL, Bertand Arthur William; WHITEHEAD, Alfred North. **Principia Mathematica**, vol. 1. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1963
- RUSSELL, Bertand Arthur William. **The Cult of 'Common Usage'**. *The British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 3, no. 12. Oxford: Oxford University Press, 1953
- RYLE, Gilbert. **Ordinary Language**. *The Philosophical Review*, vol. 62, no. 2. Durham: Duke University Press, 1953
- RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. Abingdon: Routledge, 2009
- SHAPIRO, Scott Jonathan. **Legality**. Cambridge, Massachusetts: The Belnak Press of Harvard University Press, 201
- SILVA, Débora Oliveira. **O Princípio de Não-Contradição como Condição *Sine Qua Non* para Evitar o Colapso do Discurso Significativo – Uma Defesa da Leitura Semântica Geral de Metafísica Γ 4 1005b35-1007a8**. 2022. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre
- SOKAL, Alan David; BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**. 2 ed. Tradução de: Max Altman. Rio de Janeiro: BestBolso, 2016

- SPINOZA, Baruch de. **Ética**. 2 ed. Tradução de: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017
- SPINOZA, Baruch de. **On the Improvement of the Understanding**. Tradução de: Joseph Katz. Indianápolis: The Liberal Arts Press, Inc., 1958
- STEVENSON, Charles Leslie. **Ethics and Language**. New Haven: Yale University Press, 1944
- STEVENSON, Charles Leslie. **Persuasive Definitions**. *Mind*, vol. 47, no. 187. Oxford: Oxford University Press, 1938
- STONE, Julius. **The Province and Function of Law**. Sydney: Associated General Publications Pty. Ltd., 1946
- STRAWSON, Peter Frederick. **Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1992
- STRAWSON, Peter Frederick. **Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics**. Nova Iorque: Routledge, 1996
- STUDTMANN, Paul. **Aristotle's Categories**. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Ed. Edward Nouri Zalta. Versão Primavera 2021
- VEBLEN, Thorstein Bunde. **The Theory of the Leisure Class**. Nova Iorque: The Modern Library, 1934
- WALDRON, Jeremy. **Normative (or Ethical) Positivism**. In: Hart's Postscript. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001
- WALDRON, Jeremy. **Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller**. *New York University Law Review*, vol. 83, no. 4. Nova Iorque: New York University School of Law, 2008
- WALKER, Thomas Alfred. **The Science of International Law**. Londres: C. J. Clay and Sons, 1893
- WALUCHOW, Wilfrid Joseph. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994
- WHORF, Benjamin Lee. **Language, Thought, and Reality**. Ed. John B. Carroll. Cambridge, Massachusetts: The M.I.T. Press, 1956
- WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – I**. *Law Quarterly Review*, vol. 61, no. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1945
- WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – II**. *Law Quarterly Review*, vol. 61, no. 2. Londres: Sweet & Maxwell, 1945

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – III**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 3. Londres: Sweet & Maxwell, 1945

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – IV**. Law Quarterly Review, vol. 61, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1945

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – V**. Law Quarterly Review, vol. 62, no. 4. Londres: Sweet & Maxwell, 1946

WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **The Controversy Concerning the Word “Law”**. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. 38, no. 1. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1949

WINCH, Peter Guy. **The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy**. 2 ed. Londres: Routledge, 1990

WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. **Philosophical Investigations**. 2 ed. Tradução de: G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 1999

APÊNDICE

Este apêndice tem como objetivo apontar um fato não abordado por Hart ao buscar fornecer uma análise do conceito usual de “direito”. Trata-se de um ponto isolado do restante da dissertação, já que não é uma mera tentativa de interpretar o projeto de Hart, mas que creio ser válido trazer como uma argumentação extra, já que é algo que esteve diversas vezes em minha mente ao escrever o restante. Pretendo defender a tese de que o termo “direito”, conforme é usualmente empregado, é homônimo.

Uma homonímia é definida classicamente como o caso em que uma mesma palavra se refere a coisas diferentes.³²² Um caso bem ilustrativo é o da palavra “banco”, que pode se referir a um objeto para se sentar ou a uma instituição financeira. Também “cobra” pode se referir a um réptil ou ao ato de cobrança realizado por um terceiro. Nesses casos obviamente não há um único conceito a que a palavra se refere em todos os contextos e, portanto, não faz sentido perguntar “mas ‘banco’ se refere *realmente* ao objeto ou à instituição?”.

Afirmar que a palavra “direito” é homônima pode parecer desinteressante por haver casos em que a grande maioria das pessoas reconhece a homonímia. Por exemplo, em português “direito” pode se referir a um sistema jurídico, como “o direito brasileiro” ou “o direito britânico”, assim como ao que chamamos de “direito subjetivo”: o “direito” que se tem de receber um objeto após realizar do modo correto a sua compra ou o “direito” que temos de ir e vir. A homonímia nesse caso é particularmente óbvia porque não ocorre em outras línguas: em inglês, o primeiro conceito seria traduzido por “*law*” e o segundo, por “*right*”.³²³

Outro caso de homonímia (quase) incontestado é o entre “direito”, tomado em qualquer um dos sentidos acima explicitados, e “direito” se referindo a um direito subjetivo estabelecido por um sistema moral. Isto é, o “direito” que temos de não ser

³²² ARISTÓTELES. **Categorias**. In: The Complete Works of Aristotle, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: J. L. Ackrill. Princeton: Princeton University Press, 1991, p. 2 (1A1-1A5).

³²³ Essa homonímia não escapou aos olhos de Kelsen, mesmo existindo no alemão, pois ele distingue claramente “direito no sentido objetivo” de “direito no sentido subjetivo”; *vide* KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, p.125. Austin reconheceu também essa homonímia (embora não tenha aprovado a terminologia utilizada por Kelsen e outros juristas alemães influenciados por Kant) e ainda apontou outra da língua inglesa, qual seja, a do termo “*right*” se referindo a um direito subjetivo, se referindo ao que é correto e se referindo a um sistema jurídico; *vide* AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Ed. Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 236-7.

assassinados, independentemente de qualquer sistema jurídico nos oferecer uma proteção jurídica contra isso. Aqui a homonímia é também clara, pois muitas vezes, visando evitar confusões, nos referimos a esse conceito por meio da expressão “direito moral”.³²⁴

Minha pretensão, um pouco mais ambiciosa, é a de demonstrar que aquilo a que eu me referi acima como “um sistema jurídico” não é de fato um único conceito, mas sim dois conceitos, aos quais nos referimos equivocadamente pelo termo “direito”. E, como Robinson bem aponta, muitas vezes a dificuldade em se definir uma palavra advém de não percebermos que ela é ambígua.³²⁵ Essa distinção, por ser bem mais sutil que as anteriores, não é reconhecida conscientemente pela maioria das pessoas; ainda assim, creio que faça parte do nosso esquema conceitual.³²⁶

Como podemos demonstrar que uma palavra é homônima? O teste mais simples, creio eu, é tomar uma frase com essa palavra e mostrar que ela pode ser tanto verdadeira quanto falsa, a depender do modo pelo qual a interpretemos. Por exemplo: imaginemos que uma criança vai a uma agência do Banco do Brasil com seu pai. O pai se senta em um banco enquanto espera ser atendido e a criança se senta no chão ao lado dele para brincar com um boneco. Alguém afirma “a criança está sentada no banco”. Se interpretarmos “banco” como se referindo ao objeto, a frase é falsa; se interpretarmos como se referindo à agência, a frase é verdadeira. Logo, podemos perceber que é um caso de homonímia.

Agora façamos o mesmo com a palavra “direito”. O exemplo mais didático que consigo pensar para demonstrar essa ambiguidade é a seguinte frase: “o direito brasileiro contemporâneo é racista”. Essa frase é verdadeira ou falsa?

Em um sentido, a frase é falsa. Não há leis brasileiras que determinam a discriminação de pessoas devido a raça, etnia ou descendência. Pelo contrário: a Constituição de 1988 determina, em seu artigo 3º, inciso IV, que um dos objetivos da República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

³²⁴ Mais uma distinção pode ser feita, embora não particularmente relevante para o ponto a ser tratado neste apêndice. “Direito moral” pode se referir tanto a um direito subjetivo estabelecido pelo sistema moral de um grupo particular (aquilo que algumas vezes é chamado de “moralidade positiva”) quanto a um direito subjetivo estabelecido por uma suposta moral objetiva (aquilo que algumas vezes é chamado de “a Moral”).

³²⁵ ROBINSON, Richard. **Definition**. Oxford: Clarendon Press, 1972, p. 47.

³²⁶ Nessa medida, me afasto de Jackson e me aproximo de Mackie e seu uso de teorias do erro ao reconhecer que a maioria das pessoas pode estar muito confusa quanto a um conceito que usa cotidianamente. *Vide* JACKSON, Frank Cameron. **From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis**. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 103-4; MACKIE, John Leslie. **Ethics: Inventing Right and Wrong**. Londres: Penguin Books, 1990, pp. 48-9.

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; seu artigo 4º, inciso VIII, determina que o país se rege em suas relações internacionais pelo “repúdio ao terrorismo e ao racismo”; e o artigo 5º, inciso XLII, determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A criminalização é regulada pela Lei Nº 7.716, de 1989. Nela, diversas condutas diferentes são listadas como exemplos de racismo e penas de reclusão são atribuídas a todas. Há inclusive a lei de cotas, Lei Nº 12.711, de 2012, que estabelece cotas raciais nas instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação, visando corrigir desigualdades históricas causadas pela escravidão e pelo extermínio das populações indígenas.

Tudo isso são alegações que potencialmente seriam feitas por um conservador que tentasse responder à acusação de um progressista que acusasse o direito brasileiro de ser racista. E essas alegações não satisfariam o progressista porque não contam toda a história. Em outro sentido, a frase “o direito brasileiro contemporâneo é racista” é claramente verdadeira, o que é reconhecido por qualquer pessoa que estude um pouco de sociologia jurídica do país e não tenha o juízo enviesado.

Por que é possível interpretar a frase como sendo verdadeira? Porque muitas autoridades encarregadas de aplicar/fazer cumprir as normas do direito são, consciente ou inconscientemente, racistas. Policiais vigiam desproporcionalmente a conduta de pessoas brancas e negras e interpretam como suspeitas condutas de pessoas negras que, se realizadas por pessoas brancas, seriam consideradas normais. Uma mesma quantidade de drogas apreendidas tende a gerar mais condenações por tráfico para pessoas negras do que para pessoas brancas, que são mais facilmente consideradas “meros usuários”.³²⁷ O racismo está enraizado na visão de mundo dessas autoridades e influencia as suas decisões e atos. Logo, sentenças e abordagens policiais muitas vezes são, aberta ou veladamente, racistas e podemos dizer que o direito brasileiro contemporâneo é racista.

Podemos ver que uma mesma frase que use o termo “direito” pode ser tanto verdadeira quanto falsa, a depender de como interpretemos essa palavra. Logo, o termo se refere, em contextos diferentes, a conceitos diferentes. Quais são esses

³²⁷ <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/> (último acesso às 14:51 de 14/10/2023)

conceitos? No primeiro caso, nos referimos a um conjunto de normas; um sistema que, ao menos se não fosse muito vago, poderia ser analisado por meio da lógica deôntica. Vou me referir a esse conceito daqui para frente por “direito(N)”, de “normas”.³²⁸

No segundo caso, tínhamos em mente as condutas de policiais, juízes, promotores e desembargadores, suas motivações psicológicas e seus atos de vontade. Tudo isso são fatos que podem ser, e de fato são, analisados empiricamente por meio da psicologia e da sociologia. Esses fatos podem ou não estar de acordo com o que é determinado pelo direito(N) e se o estão é uma questão empírica. Vou me referir a esse conceito daqui para frente por “direito(F)”, de “fatos”.³²⁹

Em boa medida, a disputa entre realistas e positivistas jurídicos é uma disputa entre pessoas que desejam reservar o termo “direito” para direito(F) e direito(N), respectivamente. Contudo, como já vimos, os autores podem adotar as definições que quiserem. O ponto é que nós de fato entendemos os dois conceitos como coisas diferentes, quer estejamos conscientes disso ou não, o que foi demonstrado pelo fato de entendermos as duas interpretações que podem ser dadas à frase “o direito brasileiro contemporâneo é racista” e a diferença de valor de verdade atribuído a cada uma.

A existência dessa homonímia, creio eu, motiva as teorias de muitos autores que buscaram reivindicar diversos sentidos do termo “direito” como se se referissem a uma coisa só.³³⁰ Elas pecam por não perceber essa homonímia ou outras eventuais ambiguidades de termos. Para citar a crítica de Ross a um desses

³²⁸ Concordo com Williams que inventar palavras não é pecado, me afastando do que sugerem Pollock e Austin. *Vide* WILLIAMS, Glanville Llewelyn. **Language and the Law – II**. *Law Quarterly Review*, vol. 61, no. 2. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, p. 180; POLLOCK, Frederick; HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Pollock-Holmes Letters, vol. 2**. Ed. Mark DeWolfe Howe. Cambridge: Cambridge University Press, 1942, p. 63; AUSTIN, John Langshaw. **A Plea for Excuses**. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 57. Oxford: Blackwell Publishing, 1957, p. 8.

³²⁹ Parece-me que Kornhauser foi na direção certa ao ter distinguido a “ordem jurídica” do “regime jurídico”, o que ecoa um pouco esta minha distinção. Contudo, não se trata da mesma distinção, já que ele entende que o regime influencia e depende da ordem e vice-versa, assim como que o sistema jurídico pode “não existir”. Espero que fique claro ao longo deste capítulo como isso vai contra o que defendo. *Vide* MURPHY, Liam. **The Political Question of the Concept of Law**. In: *Hart’s Postscript*. Ed. Jules Leslie Coleman. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 392; KORNHAUSER, Lewis A. **A World Apart? An Essay on the Autonomy of the Law**. *Boston University Law Review*, vol. 78. Boston: Boston University Law Review, 1998, pp. 748-52; KORNHAUSER, Lewis A. **Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law**. *Rechtstheorie*, vol. 31. Berlim: Duncker & Humblot, 2000, pp. 210-21.

³³⁰ ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e Justiça**. Tradução de: Edson Bini. 2. ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 52.

autores, Julius Stone³³¹: “Stone escreveu um livro colossal despendendo tremenda laboriosidade e prodigiosa erudição, porém não produziu nenhuma teoria coerente”.³³²

Vejamos mais um exemplo que revela a clareza de pensamento obtida por se ter essa distinção bem estabelecida em mente. Em 2018, o desembargador Rogério Favreto, em plantão, emitiu uma decisão determinando a soltura do então ex-presidente Lula, naquela época preso. Em resposta, o ex-juiz Sérgio Moro, que se encontrava de férias, emitiu um despacho afirmando que o desembargador seria incompetente.³³³ É inclusive dito, ao menos pelo Partido dos Trabalhadores, que ele teria ligado para a Polícia Federal tentando evitar que a soltura ocorresse.³³⁴

Alguém poderia dizer: “a conduta de Moro é uma vergonha para o direito”. Tendo essa distinção em mente, podemos ver que essa frase pode ser tanto verdadeira quanto falsa. Se entendemos “direito” como se referindo a direito(F), é totalmente possível considerar a conduta reprovável. Afinal de contas, trata-se de uma tentativa de impedir o cumprimento de uma decisão judicial, e por meios que não são previstos pelo direito(N). Tentar fazer isso tendo como base apenas o *status* de juiz, mas sem qualquer fundamentação normativa, poderia talvez até mesmo ser considerado crime de abuso de autoridade.

Por outro lado, se tivermos em mente o direito(N), a conduta de Moro não é capaz de maculá-lo. Pois o sistema de normas não é alterado por ligações entre autoridades ou por despachos emitidos durante as férias. O fato de Moro ser juiz à época pode tornar um pouco difícil perceber isso, mas aquela sua conduta não faz parte do direito(N) e, portanto, não é mais uma vergonha para esse direito do que o é o fato de pessoas cometerem roubos e causarem danos a objetos; tudo isso vai contra o direito(N), mas não o afeta.

De um modo semelhante, a frase “o direito brasileiro é uma vergonha” pode se referir a duas coisas diferentes e, conseqüentemente, ser verdadeira ou falsa a depender do sentido. Se nos referimos a direito(N), uma pessoa dirá que essa frase é verdadeira se o sistema de normas que, teoricamente, deveriam orientar a conduta

³³¹ STONE, Julius. **The Province and Function of Law**. Sydney: Associated General Publications Pty. Ltd., 1946, pp. 30-2.

³³² ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e Justiça**. Tradução de: Edson Bini. 2. ed. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 52.

³³³ <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/trf-4-manda-soltar-o-ex-presidente-lula.ghtml> (último acesso às 14:51 de 14/10/2023)

³³⁴ <https://pt.org.br/ha-um-ano-moro-usou-a-pf-para-descumprir-ordem-e-manter-lula-presos/> (último acesso às 14:51 de 14/10/2023)

dos juízes for, do ponto de vista dela, ruim. Mas alguém pode querer dizer com essa frase que, apesar de as normas serem ótimas, os juízes e demais autoridades são incompetentes, preconceituosos, corporativistas e preguiçosos. Nesse caso, essa pessoa irá considerar a frase verdadeira se “direito” nela se referir a direito(F). A frase “o direito brasileiro beneficia os políticos” também é ambígua (embora seja verdadeira nas duas interpretações possíveis): pode afirmar que há leis que beneficiam os políticos ou que os políticos são beneficiados na prática, devido, por exemplo, a subornos, ameaças ou outras formas de influência extrajudicial.

Parece-me, inclusive, que o próprio Hart estava comprometido com essa distinção entre dois sentidos do termo “direito”, embora não tenha reconhecido isso conscientemente. O trecho que me faz pensar isso é a terceira seção do capítulo 7 de “O Conceito de Direito”, em que ele desenvolve a diferença entre finalidade e infalibilidade de uma decisão.³³⁵

Nesse capítulo, Hart responde a alguns argumentos e teses dos realistas jurídicos. Nessa seção em particular, ele considera a afirmação de que “o direito é o que os tribunais dizem que é”. E reconhece, explicitamente, que essa é uma afirmação ambígua,³³⁶ embora não depreenda disso que “direito” na linguagem comum se refere a duas coisas diferentes.

Para demonstrar essa ambiguidade, Hart nos faz considerar o caso de um jogo, como, por exemplo, futebol. É possível jogar o jogo sem que alguém seja responsável por anotar o placar oficial, desde que os jogadores conheçam as regras. Pode não haver muitas disputas sobre a pontuação e os jogadores, se honestos, ao afirmarem um placar, estarão buscando analisar a situação do jogo com referência ao sistema de regras.³³⁷

O surgimento de uma autoridade cuja palavra os jogadores concordem ser a final para determinar o placar permite o surgimento de “um novo tipo de alegação interna”; “é neste sentido que, para os propósitos do jogo, ‘o placar é o que o juiz diz’”. Ainda assim, Hart aponta:

Mas é importante ver que a *regra* de contagem de pontos permanece o que era antes (...). ‘O placar é o que o juiz diz’ seria falso se significasse que

³³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 141-7.

³³⁶ *Ibid.*, p. 141

³³⁷ *Ibid.*, p. 142.

não há regra para contagem de pontos exceto o que o juiz em sua discricção escolhesse aplicar.³³⁸

O surgimento do juiz que anota o placar traz vantagens, com uma resolução rápida e final de disputas. O problema é que o preço disso é a possibilidade de que a decisão final esteja em desacordo com as regras do jogo e seja, portanto, incorreta, embora irrecorrível.³³⁹

Imaginemos, portanto, um caso em que um jogador chuta ao gol e a bola de fato entra na goleira, mas esse jogador estava impedido. Nessa situação hipotética, o juiz não percebeu que ele estava impedido e não havia VAR para confirmar essa questão. Logo, o juiz anotou um ponto a mais para a equipe do jogador.

Agora analisemos a afirmação “o jogador fez um gol”. Ela é verdadeira ou falsa? Como o próprio Hart reconheceu, ela é ambígua. Se considerarmos os fatos como ocorreram e o que é determinado pelas regras do jogo, ele não fez um gol; mas podemos querer nos referir ao que o juiz disse e aos fatos que serão influenciados por isso (por exemplo, o fato de o juiz ter anotado esse gol pode fazer com que o time permaneça na série A do Brasileirão e, conseqüentemente, determinar todos os jogos que o time irá jogar no ano seguinte).

Temos uma alegação que pega um certo estado de coisas empiricamente observável, o compara com o que é determinado por uma norma e, conseqüentemente, diz o que deve ser feito (o juiz deve anotar um ponto, a posse de bola deve ir para o outro time etc.). A outra alegação, por sua vez, faz referência apenas a fatos empíricos e, possivelmente, prevê a ocorrência de outros fatos a partir disso (a fala do juiz, a conduta dos jogadores após tal fala, a participação ou não do time em jogos futuros). Analogamente à distinção anteriormente feita, chamemos essas alegações de alegação(N) e alegação(F).

É importante ter em mente que, não importa o que o juiz ou outras autoridades de uma partida ou de um campeonato façam, eles não alteram as regras do jogo, que são previamente dadas. A alegação(F) não afeta a alegação(N). Se um pênalti do Internacional foi injustamente não marcado em uma das partidas mais relevantes do Brasileirão de 2005, isso não muda o fato de que a alegação(N)

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*, pp. 142-3.

“foi um caso de pênalti” é verdadeira, embora a alegação(F) “houve pênalti” seja falsa.

Esse tipo de análise serve para o caso jurídico. Fulano não cometeu assassinato, mas o verdadeiro assassino produziu evidências falsas para parecer que ele que matou a vítima. Um juiz analisa as evidências, determina que ele cometeu assassinato e a sentença transita em julgado. Podemos fazer uma alegação com base no que de fato ocorreu e nas normas do sistema jurídico: a alegação(N) “ele cometeu assassinato e, portanto, deve ser preso” é falsa; para o direito(N), ele é um homem inocente. Podemos, contudo, fazer uma alegação baseada na conduta dos juízes e demais autoridades: a alegação(F) “ele foi considerado assassino e foi preso” é verdadeira; para o direito(F), ele é um assassino e será tratado como tal dali em diante, com maus antecedentes, isso afetando suas possibilidades de obter certos cargos etc.

A distinção entre os dois sentidos de “direito” e as alegações que se referem respectivamente a cada sentido talvez esteja clara até aqui. Contudo, há um fator que torna o caso jurídico muito mais complexo do que o caso de um juiz de futebol que emite uma decisão errada: em basicamente todos os sistemas de normas jurídicas contemporâneos (em basicamente todos os direitos(N) contemporâneos), as decisões dos juízes são consideradas precedentes e, portanto, são uma fonte normativa. Os atos dos juízes (parte do direito(F)) alteram o direito(N). Esse não é o caso dos esportes, em que um juiz não muda a regra do impedimento ao não marcar o impedimento em um caso específico.

Esse “simples” fato, por si só, já dificulta muito visualizar a diferença entre os dois direitos e pode levar algumas pessoas a querer afirmar que “na verdade é tudo um único sistema”. Contudo, acredito que a diferença ainda possa ser compreendida, embora seja um pouco mais difícil. Para isso, tomemos um caso hipotético.

A Constituição brasileira determina que livros não podem ser tributados. Isso é uma norma, faz parte de um sistema normativo que chamamos de direito(N). Imaginemos, contudo, que um juiz decide em um caso que livros podem ser tributados. Não se trata de qualquer zona de penumbra da palavra “livro”, mas sim de coisas que todos concordam que são livros. A sua decisão é um fato empírico, parte do direito(F). Mas gera um precedente que entra no direito(N). O que ocorre então?

Estritamente falando, o direito(N) passa a ter normas contraditórias entre si. Se se tratasse de um sistema formal como a lógica deôntica, poderíamos provar qualquer proposição neste sistema. Afinal de contas, “de uma contradição tudo se segue”, como afirma o princípio de explosão.³⁴⁰ Contudo, o sistema normativo “direito(N)” não é tão formal e lida com essas contradições de outros modos.

A decisão de um juiz de primeira instância é considerada “muito fraca” para revogar uma lei. Quando mais juízes julgam do mesmo modo e temos um entendimento consolidado, essa norma passa a ter “mais força”. A decisão judicial “mais forte” possível é a do tribunal supremo. Obviamente essa ideia de “força” das decisões dentro do sistema normativo é muito vaga e torna na prática impossível determinar, inequivocamente e para além de qualquer dúvida, qual o direito(N) em alguns casos.

O que aconteceria se o Supremo Tribunal Federal dissesse que livros podem ser tributados? Não apenas analisando um caso limítrofe ou tornando a regra mais específica, mas indo de fato contra o que está indubitavelmente determinado pela Constituição, de modo que qualquer cidadão concordaria que ignoraram o texto constitucional?

Bom, algumas alegações factuais são facilmente feitas. O legislativo provavelmente se sentiria livre para determinar impostos sobre livros; esses impostos normalmente seriam pagos; se alguém não pagasse, seria cobrado administrativa ou judicialmente. O direito(F) seria facilmente determinado.

Mas e quanto ao direito(N)? No sistema de normas jurídicas brasileiro, a alegação “livros podem ser tributados” seria verdadeira ou falsa? Se trata de uma contradição explícita entre duas das maiores fontes normativas do sistema, quais sejam, o texto constitucional e precedentes do Supremo Tribunal Federal. Não me parece que exista uma resposta incontroversa sobre qual deve prevalecer no sistema de normas (provavelmente porque supomos que o Supremo Tribunal Federal não irá literalmente contra a Constituição, mas apenas a interpretará onde é incerta). Logo, se supusermos que o texto constitucional prevalece, para o direito(N), livros não podem ser tributados; se supusermos que o precedente do tribunal possui mais força dentro do sistema de normas, eles podem ser tributados; e, se

³⁴⁰ MORTARI, Cezar Augusto. **Introdução à Lógica**. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2016, pp. 475-6.

supusermos uma igualdade de importância dentro do sistema entre essas duas fontes, temos uma contradição e o direito(N) é indeterminado nesse aspecto.

Se alguém perguntasse “no direito brasileiro livros podem ser tributados?”, teríamos duas respostas. Essa pessoa provavelmente quereria saber o que acontece na prática e, portanto, diríamos que, segundo o direito(F), podem. Mas se ela nos questionasse mais e dissesse “eu não quero saber o que acontece na prática, quero saber se isso é lícito ou não”, não teríamos uma resposta incontroversa, pois a Constituição diz que é ilícito e uma decisão do tribunal supremo, que é lícito.

Tudo isso me soa um pouco confuso e espero que o(a) leitor(a) tenha conseguido acompanhar o meu raciocínio até aqui. O ponto é o seguinte: um sistema de normas e a conduta de juízes e autoridades são coisas diferentes; se precedentes não tivessem força normativa, isso seria tão claro quanto o é em uma partida de futebol; mas, mesmo que a conduta de juízes afete o sistema normativo, as duas coisas ainda são conceitos distintos, embora seja um pouco mais difícil visualizar isso.

Se Hart reconheceu que “o direito é o que os tribunais dizem que é” é uma afirmação ambígua, e se ele reconheceu os dois sentidos em que podemos dizer que uma pessoa fez um gol, então por que ele não reconheceu que a palavra “direito” é uma homonímia?^{341 342} Acredito que seja pelo fato de ele não distinguir tão fortemente fatos e normas quanto outros filósofos.

Por exemplo: Hart encara normas como coisas que podem, em algum sentido, passar a existir e deixar de existir. Ele sustenta que a regra de reconhecimento de uma sociedade “existe” devido à prática de juízes, autoridades e

³⁴¹ Hart chega até mesmo a escrever em um artigo seu, respondendo a Williams, que temos uma “crença bem fundamentada de que a palavra ‘direito’ não é uma mera homonímia quando usada para o direito nacional e para o internacional”. Neste apêndice estou apontando uma homonímia mesmo dentro do “direito nacional”, mas é sintomático que Hart diga isso do caso do direito internacional e não fale em qualquer momento quais os bons fundamentos dessa crença. Como foi argumentado nesta dissertação, essa crença na razão de ser para usarmos um termo de certa maneira pode ser uma influência da filosofia da linguagem ordinária sobre Hart. *Vide* HART, Herbert Lionel Adolphus. **Definition and Theory in Jurisprudence**. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 21-2.

³⁴² Temos aqui um exemplo de uma tese de Aristóteles: algumas homonímias escapam até mesmo aos especialistas. *Vide* ARISTÓTELES. **Refutações Sofísticas**. In: *The Complete Works of Aristotle*, vol. 1. Ed. Jonathan Barnes. Tradução de: W. A. Pickard-Cambridge. Princeton: Princeton University Press, 1991, pp. 42-3 (182B6-182B31); OWEN, Gwilwm Ellis Lane. **Logic and Metaphysics in Some Earlier Works of Aristotle**. In: *Aristotle and Plato in the Mid-Fourth Century*. Eds. Ingemar Düring e Gwilwm Ellis Lane Owen. Göteborg: Elanders Boktryckeri Aktiebolag, 1960, pp. 164-5.

outros membros da sociedade.³⁴³ Um sistema de normas, portanto, em algum sentido estaria localizado no espaço-tempo.

No caso de um jogo, Hart diz que se um juiz comete muitos erros aberrantes e as pessoas aceitam as suas decisões, o jogo sendo jogado mudou.³⁴⁴ De um modo similar, se os juízes de direito de uma sociedade deixassem de considerar os atos do legislativo como impondo limites às suas decisões, o sistema de normas mudaria.³⁴⁵ Mas a possibilidade dessa transformação não implicaria que “o sistema é agora o que seria se ocorresse a transformação”. Se pessoas o suficiente quebrarem as regras por tempo suficiente, “elas deixarão de existir”, “mas a existência de regras em qualquer dado momento não requer que devam existir essas garantias impossíveis contra destruição”.³⁴⁶

Essa mistura entre fatos e normas pode ser percebida em alguns outros trechos. Por exemplo: quando ele questiona se os tribunais da Inglaterra “realmente” tinham autoridade para fazer julgamentos como o caso *Rex vs. Taylor*,³⁴⁷ quando ele mistura os dois sentidos em que se pode dizer que um Estado é “soberano”, como argumentado anteriormente,³⁴⁸ e quando ele afirma que teorias voluntaristas do direito internacional precisam explicar como “sabemos” que Estados só podem ter obrigações autoimpostas.³⁴⁹

Parece-me que o pensamento de Hart é um pouco confuso nesse ponto. Normas, no nosso esquema conceitual, não me parecem ser algo localizado no espaço-tempo, mas sim algo atemporal que é pressuposto para se avaliar um estado de coisas. Podemos avaliar um assassinato no Brasil tanto pressupondo o sistema normativo brasileiro contemporâneo, quanto o alemão contemporâneo, quanto o da Roma antiga. Não seria o caso que o brasileiro “existe mais” que o romano antigo; o que é verdade é apenas que a maioria dos brasileiros hoje não julga situações pressupondo esse último sistema, mas nem por isso “as normas deixaram de existir”.

Hart inclusive reconhece que podemos avaliar situações pressupondo o direito romano, ou fazendo referência às normas de um regime destruído por uma

³⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 109.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 144.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 146.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 154.

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 220-4.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 224.

revolução.³⁵⁰ Ainda assim, ele diz que essas regras, em algum sentido, “não existem mais”, como se fossem uma casa que foi destruída por uma tempestade. Parece-me que a noção de normas existindo no espaço-tempo acaba por misturar ser e dever-ser mais do que o nosso esquema conceitual ordinário o faz.

Esse é um tema bastante complexo e não é possível adentrar muito nele em um apêndice. Mas pode bastar apontar que desde Hume a atividade de depreender um dever-ser de um ser é vista com grande suspeita,³⁵¹ assim como mencionar a visão de Kelsen, segundo a qual a diferença entre ser e dever-ser não pode ser explicada em mais detalhes e estamos imediatamente cientes dela.³⁵² Se Hart desejava defender que essa divisão não é tão absoluta no nosso esquema conceitual, precisaria ter abordado especificamente esse ponto.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 104.

³⁵¹ HUME, David. **A Treatise of Human Nature**. Ed. L. A. Selby-Bigge. Oxford: Clarendon Press, 1896, pp. 469-70.

³⁵² KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Tradução de: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005, pp. 5-6.