

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

GABRIEL VIEIRA BILHALVA

A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO EM *O CONCEITO DE DIREITO*

Porto Alegre
Inverno de 2015

GABRIEL VIEIRA BILHALVA

A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO EM *O CONCEITO DE DIREITO*

Dissertação apresentada ao Programa de pós-Graduação em Filosofia como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

Porto Alegre
2015

CIP - Catalogação na Publicação

Vieira Bilhalva, Gabriel

A Construção do Método em O Conceito de Direito /
Gabriel Vieira Bilhalva. -- 2015.
88 f.

Orientadora: Wladimir Barreto Lisboa.

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, 2015.

1. Método. 2. Positivismo jurídico. 3. Teoria do
direito. 4. Hart. I. Barreto Lisboa, Wladimir,
orient. II. Título.

Sumário

Introdução	10
1. Uma discussão meta-filosófica sobre método.....	20
1.1 <i>A concepção formal de método e a proposta metodológica em Definição e Teoria na Teoria do Direito</i>	21
1.2 <i>A fonte de perplexidade em O Conceito de Direito</i>	29
1.3 <i>A analogia gramatical de Strawson e O Conceito de Direito</i>	34
2 A determinação do objeto em <i>O Conceito de Direito</i>	39
2.1 <i>O modelo de ordens coercivas</i>	39
2.2 <i>A diversidade de funções do direito</i>	45
2.3 <i>Regras sociais e hábitos</i>	53
2.4 <i>Considerações parciais</i>	60
3 A determinação do método em <i>O Conceito de Direito</i>	62
3.1 <i>A crítica de Hart ao modelo de obrigação jurídica da teoria preditiva</i>	62
3.2 <i>A obrigação jurídica em O Conceito de Direito</i>	67
3.3 <i>O argumento contra o modelo metodológico da teoria preditiva e a proposta metodológica de O Conceito de Direito</i>	72
Conclusão	82
Referências bibliográficas	86

Queria agradecer

Ao Prof. Dr. Wladimir por ter aceito orientar este trabalho e pelo voto de confiança que isso significa.

Às Professoras Lia Levy, Silvia Altman e Gisele Secco, pelos seminários, imprescindíveis para o desenvolvimento da autocrítica e busca de uma escrita melhor.

Ao colegas e professores do seminário de filosofia do direito, vulgo, “grupo da sexta de manhã”, e amigos que fiz lá, dos quais preciso nomear: o Paulo MacDonald, que me encorajou quando achei que quase tudo estava perdido; o Pedro Konzen, que atura gentilmente minha casmurrice desde meus primeiros dias na filosofia, e; a Patrícia Graeff, que sempre me lembrou que tinha algo de valor no que eu estava fazendo.

Aos amigos do carente de estatutos fundacionais Círculo de Reuter, Ernildo e Marcos Fanton, pelo imperativo “termina logo”!

À Elisa Stumpf pela ajuda com o *Abstract*.

À CAPES pelo auxílio financeiro.

*Para Guilherme Beck e Ernildo Stein,
meus primeiros mestres em filosofia.*

One can learn from the nature of an object how it should be investigated but one cannot postulate that the object has a certain character because one wishes to study it in a certain way.
(Joseph Raz)

RESUMO

Com publicação de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart, introduziu-se na teoria do direito toda uma gama de novos problemas que, a partir da segunda metade do século XX, tornaram-se o centro dos debates da filosofia jurídica, marcadamente para o positivismo jurídico. A questão do método aparece como particularmente especial nesse conjunto de problemas. As teses centrais de *O Conceito de Direito* dependem diretamente de teses correlatas sobre a possibilidade de uma teoria descritiva do direito que leve em consideração a perspectiva interna dos participantes de um sistema jurídico. A forma como Hart estrutura essa teoria apresenta certa peculiaridade. Diferentemente dos autores da tradição positivista, Hart não se vale de uma concepção de ciência ou métodos científicos para o desenvolvimento da teoria. Não se trata de importar métodos para obter avanços. Pelo contrário, Hart vai defender a ideia de que para se obter uma melhor compreensão teórica do direito precisamos, ao desenvolver a teoria, atender às características do objeto. Significa dizer que, para sabermos o tipo de método que vamos utilizar na teoria do direito, precisamos saber antes exatamente quais características o objeto tem, para então moldarmos um método adequado a estas características

PALAVRAS-CHAVE: Método; Positivismo jurídico; Teoria do direito; Hart.

ABSTRACT

With the publication of Herbert Hart's "The Concept of Law", a whole new range of problems were introduced in legal theory and they became the core of debates in legal philosophy from the second half of the 20th century, especially for legal positivism. The issue of method is relevant within this set of problems. The central theses of "The concept of Law" rely directly on corresponding theses about the possibility of a descriptive legal theory that takes into account the internal perspective of the participants of a legal system. The way Hart structures this theory is unique because, differently from other authors within a positivist tradition, he does not use a concept of science or scientific methods in order to develop the theory. The question is not about importing methods so as to obtain advances. In contrast, Hart advocates that, to obtain a better theoretical comprehension of the law, we need to meet the specifications of the object while developing the theory. In other words, in order to know which type of method will be used in law theory, it is necessary to know in advance the exact features of the object, so as to format a method that is adequate for those characteristics.

KEY-WORDS: Methods; Legal positivism; Jurisprudence; Hart.

Introdução

Em suas *Lições de Filosofia Primeira* o professor J. A. Giannotti dá o testemunho de algo que com muita frequência acontece com quem lida com textos filosóficos. “Nas alturas de minha idade provecta ainda me surpreendo de encontrar, em textos já lidos tantas vezes, caminhos que até agora nunca atravessara” (Giannotti, 2011, p. 10).¹ A leitura de um texto filosófico, diz Giannotti, pode sempre nos surpreender com novos caminhos, mesmo quando a geografia já é bastante conhecida.

Um dos pontos da obra de Hart que ainda gera discussão, sugerindo que muitos caminhos diferentes podem ser tomados em sua leitura, diz respeito a caracterização do seu método. Muitas leituras são oferecidas e parece não haver acordo entre os comentadores.

Não quero me aprofundar na análise desse inteiro debate, pois seria objeto para pesquisa e defesa de uma *outra dissertação*. Aqui pretendo defender uma leitura alternativa para a questão do método em Hart, para a qual a maior parte do que foi escrito não oferece suporte. Portanto, pode-se dizer que a leitura sobre a questão do método na obra de Hart aqui apresentada e defendida é uma leitura original. E como toda leitura original, assume os riscos de tal empreitada.

Entretanto, para dispor de um contraponto a essa leitura, apresentarei em seguida a leitura que Brain Bix faz do método hartiano. Esse contraponto se faz

¹ As citações são feitas com o sistema autor-data. Nas citações, diretas ou indiretas, há a expressa indicação da referência. Nos casos em que a citação direta aparece sem a indicação da referência, esta é a da citação imediatamente anterior. Do mesmo modo quando, em citações diretas ou indiretas, aparece apenas a indicação da página, esta é a da citação imediatamente anterior.

necessário porque ele pode, ao final, ressaltar o ponto da presente dissertação, qual seja, o que de existe um elemento que é negligenciado, por parte dos comentadores, na questão do método na obra de Hart.

Em ‘HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory’, Brian Bix apresenta uma leitura da “introdução da perspectiva do participante na teoria descritiva do direito” (Bix, 1999, p. 167) realizada por Hart. É um elemento importante para entender essa introdução da perspectiva do participante na teoria descritiva do direito uma característica do positivismo jurídico.

A visão distinta (e o ponto e propósito) do positivismo jurídico é que é tanto possível quanto valioso ter-se uma teoria descritivo-explanatória do direito, separada de teorias sobre o que sistemas jurídicos devem conter ou como os cidadãos e legisladores devem agir no sistema jurídico (p. 168).

O que se deve entender por uma teoria descritivo-explanatória no domínio da teoria do direito? A resposta a essa questão é de caráter histórico. Durante o século XIX e início do XX, as teorias sociais, dentre elas a teoria jurídica, passaram por uma espécie de “pressão” para que seus “esforços” fossem mais “científicos” (p. 169), assim como os de outros campos teóricos, como a física. O que é científico deve ser entendido como aquilo que pode ser observado empiricamente e confirmado pelos pares da comunidade teórica. Essa tendência de caráter científico nas teorias sociais resguardava uma “esperança” de que, ao se utilizar dos mesmos métodos das ciências naturais, poder-se-ia atingir maior desenvolvimento nas ciências ditas humanas, assim como se obteve nas ciências naturais.²

² Na tradição anglo-americana essa tendência ao cientificismo nas ciências sociais remonta à *Lógica das Ciências Morais*, de Mill. Uma apresentação histórica e crítica dessa tendência se encontra em *The Idea of Social Science*, de Peter Winch, p. 66 e ss.

Mas existe um problema nessa transposição de método. Como bem aponta Bix, e esse é um ponto que forma o pano de fundo da presente dissertação, o “comportamento e a linguagem normativos não se adequam facilmente, se e que se adequam, com uma abordagem mais científica de descrição” (p. 170). O problema que vemos surgir aqui é que não encontramos contrapartidas factuais para obrigações jurídicas ou deveres, e em razão disso, todo o esforço teórico no sentido de produzir teorias jurídicas com maior rigor científico, ou seja, que sejam descritivas porque baseada em observações empíricas, passa por uma redução da normatividade do direito ao meramente factual.

A teoria de Austin, com que Hart se ocupa em boa parte de *O Conceito de Direito*, segue essa tendência. Austin reduz a normatividade do direito a fatos. Uma das consequências disso é a análise do conceito de obrigação “em termos de chance ou probabilidade” (Hart, 1994, p. 83) de um mal correspondente a não observância de um comando emitido pelo soberano.

Além dessa tendência para o cientificismo, Bix indica uma outra tendência nesse contexto de pressão que sofriam as teorias jurídicas. É a tendência para a simplicidade, que se traduz numa busca por um único elemento chave para elucidação de todo o objeto da teoria. É dessa forma que Austin afirma “que todo o fenômeno jurídico pode ser reduzido a comandos do soberano” (Bix, 1999, p. 171).

Bix está indicando dois tipos de redutivismo no positivismo jurídico: um deles tende a reduzir o normativo ao factual; ou outro, dependente do primeiro,

reduz todo o direito a um único elemento. É nesse contexto de redução que a teoria de Hart se mostra como uma alternativa radical *no* marco positivista.³

Hart critica a posição austineana segundo a qual todas as regras jurídicas podem ser reduzidas a um único tipo, pois ela ignora a variedade de funções que essas regras desempenham em sociedade. Em razão disso, diferenças importantes entre regras primárias e secundárias, e regras que impõem deveres e que conferem poderes, passam ao largo da explanação teórica. E esse é um preço que Hart não quer pagar em nome de um maior cientificismo (pp. 171-2). A razão para que Hart negue essa tendência redutivista é que “uma abordagem científica do direito vai falhar, e falhar grosseiramente, em capturar muito do que se passa em um sistema jurídico, e muito do que é importante” (p. 172).

Para entender essa *falha*, Bix indica a distinção feita por Hart entre regras sociais e hábitos⁴, que sintetiza da seguinte forma: “coisas que apenas fazemos por oposição a coisas que fazemos porque estamos seguindo uma regra” (p. 173). Ao *seguirmos uma regra* nosso comportamento se explica e justifica pela regra que usamos, e também estamos munidos de um instrumento que nos habilita a criticar comportamentos desviantes do padrão estipulado pela regra. A diferença é que quando as pessoas de um grupo se comportam conforme uma regra, o que está implícito nisto é uma *atitude* que não está presente no comportamento meramente habitual, e que escapa ao tipo de análise proposta por Austin. “É isso que Hart chama de ‘aspecto interno’ das regras”.

³ A análise de Bix se restringe à resposta de Hart para a segunda tendência redutivista.

⁴ A distinção é tratada em detalhe na seção 2.3 do capítulo seguinte.

Bix prossegue e retira a conclusão que parece ser mais adequada ao propósito de Hart: se nos mantivermos com a tendência objetificante das ciências ao analisar o direito

muito do que é significativo para o comportamento social não pode ser explicado. Uma vez que incluímos a atitude dos participantes em relação a seu comportamento – sua referência a regras para explicar e justificar, e suas críticas baseadas naquilo que as regras exigem – podemos ter uma visão muito mais matizada da ação humana.

A partir disto, diz Bix, Hart vai distinguir os pontos de vista externo e interno, que são respectivamente, os pontos de vista de um observador e o de uma pessoa que toma as regras como guia de conduta. De acordo com a caracterização prévia do positivismo a partir da tendência cientificista, veremos que o ponto de vista externo “pode parecer mais ‘científico’” (pp. 173-4), pois se detêm em analisar fatos empiricamente constatáveis e disponíveis ao escrutínio público. Porém, se considerarmos a distinção hartiana entre hábitos e regras sociais, veremos que embora seja mais científico, esse ponto de vista externo é “uma forma inferior de explicação” (p. 174).

Um das consequências diretas do uso desse ponto de vista na teoria do direito é a dificuldade de “distinguir entre alguém agindo porque se sentiu obrigado de alguém agindo porque tinha uma obrigação”.⁵ Dessa diferença, entre *ser obrigado* e *ter uma obrigação*, segue-se outra distinção: em um sistema jurídico existem pessoas que tomam suas regras “do ponto de vista interno como padrões de comportamento aceitos”, e pessoas que “estão

⁵ Essa distinção é discutida em detalhe no último capítulo desta dissertação.

preocupadas com as regras apenas como fontes de possíveis punições” (Hart, 1996, p. 100 [1994, p. 90]).

Bix parece ver nessa última distinção uma consequência que se esgota em si mesma.

Um observador externo não pode distinguir quando alguém [age] em cumprimento de uma obrigação e quando age porque se sente obrigado; apenas podemos distinguir os dois tipos de comportamento quando a atitude dos participantes em relação a seu próprio comportamento é levada em consideração (Bix, 1999, p. 176).

Seria um dos propósitos de Hart que a teoria do direito dê conta da diferença de atitude interna entre *ser obrigado* e *ter uma obrigação*.⁶

A reconstrução feita por Bix salienta uma coisa. Ao introduzir a perspectiva do participante na teoria do direito Hart apresenta uma alternativa à tendência característica do positivismo, qual seja, a de produzir uma teoria descritiva restrita a fatos empiricamente observáveis. Hart não tem pretensões científicas, não pretende reduzir o direito a apenas fatos, não pretende reduzir o direito a um único elemento chave. Digo de forma simples, Hart nega o valor da adoção de uma perspectiva externa (científica) para a teoria do direito.

⁶ Se essa é uma conclusão possível, parece que se justifica pelas duas últimas frases da segunda seção do Capítulo V de *O Conceito de Direito*, exatamente a parte comentada por Bix. “Uma das dificuldades que confronta qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos fatos consiste em lembrar-se da presença destes dois pontos de vista e não definir um deles como não existindo. Talvez todas nossas críticas da teoria preditiva da obrigação possam ser melhor sintetizadas na acusação de que isto é o que ela faz ao aspecto interno das regras obrigatórias” (Hart, 1996, p. 91 [1994, p.]). Penso que o ponto de Hart não é tanto o de que a teoria precise dar conta dessa distinção como um fim, mas antes porque ela ressalta a forma distorcida como as teorias que reduzem o direito a fatos empiricamente observáveis descrevem o direito. Penso ainda que ela pode aparecer como um tipo de justifica para a possibilidade do ponto de vista externo em sua versão não extrema, que é o ponto de vista que Hart quer defender como o correto para a teoria do direito. Trato dessa passagem ao final da dissertação, na seção 3.3.

Como disse antes, aqui pretendo defender uma leitura diferente da questão do método em Hart. Penso que ela pode ser expressa por apenas uma proposição. A proposição a que me refiro e de que esta dissertação quer ser defesa é a seguinte: *a determinação do método para a teoria geral do direito, em O conceito de direito, só pode ser oferecida após a determinação de certas características elementares do objeto da teoria, o direito.*

Essa proposição pode causar certo espanto, pois parece exigir que tenhamos conhecimento prévio do objeto, para o que se necessitaria de um método, sujeitando todo esforço teórico a uma circularidade viciosa. Considere, por exemplo, o uso do método científico na teoria do direito. Aquilo que vai contar como parte do objeto na teoria é dado pelo recorte que o método realiza na realidade. É assim que, ao se adotar o método das ciências para o estudo do direito, tudo o que vai importar, do ponto de vista teórico, serão fatos empiricamente observáveis. *Nesse caso o objeto é determinado pela utilização de um método.*

Como poderíamos agora dizer que o a determinação do método depende de uma determinação prévia do objeto, sem com isso cair na circularidade viciosa? A resposta a essa objeção vai na seguinte linha: objeto é dado pelo senso comum; prova disso é que não precisamos dispor de nenhum método ou teoria expressamente formulada para falarmos do direito, inclusive afirmando, em alguns casos, que ele possui tais e quais atributos.⁷

⁷ Esta afirmação deixa em aberto a questão de saber porque, então, fazer teoria, já que dispomos comumente do conhecimento do direito. Espero ter respondido com suficiência esta questão na seção 1.3 do primeiro capítulo da presente dissertação.

A tarefa a seguir, é, portanto, a de mostrar como toma forma ao longo dos cinco primeiros capítulos de *O Conceito de Direito* a construção do método para a teoria do direito.

Na seção 1.1 do Capítulo 1, primeiro analiso uma afirmação introdutória de Hart em *Definição e Teoria na Teoria do Direito* que, penso, veicula uma concepção formal sobre método em filosofia. Acredito que essa concepção formal serve de justificativa para a proposição que formulei sobre o método em *O Conceito de Direito*. Que essa afirmação introdutória de Hart seja formal, pretendo demonstrar na sequência, onde faço uma reconstrução do modo como Hart pretende resolver o problema, corrente àquela época, de definição de termos jurídicos, a partir de uma instrumentalização daquela concepção formal de método.

Da análise do modo como Hart instrumentaliza a concepção formal de método em *Definição e Teoria na Teoria do Direito*, retiro a seguinte conclusão: existem três momentos nesse processo de instrumentalização; primeiro, a identificação da causa da perplexidade teórica; segundo, a determinação do objeto da teoria; por fim, a determinação do método a partir das características do objeto. Acredito que em *O Conceito de Direito* Hart realiza o mesmo processo de instrumentalização, em três momentos, da concepção formal de método.

Na seção 1.2 do Capítulo 1 analiso o modo como Hart realiza, em *O Conceito de Direito*, a identificação da causa de perplexidade teórica correspondente ao primeiro dos três momentos indicados no parágrafo anterior. O produto desse processo pode ser expresso da seguinte forma: *o que causa perplexidade é o fato de que proposições teóricas parecem distorções da*

*realidade quando comparadas com as proposições comuns que utilizamos para falar do direito.*⁸ Dizer isso, entretanto, coloca o problema de saber como é possível que proposições comuns sirvam de critério para verificar a correção de proposições teóricas.

Uma resposta a esta questão é apresentada na seção 1.2 do Capítulo 1. A partir da concepção de *análise conceitual* defendida por Strawson em *Analysis and Metaphysics*, procuro explicitar de que modo, segundo essa concepção, qualquer empreendimento teórico é dependente de toda uma estrutura conceitual da qual dispomos e que é adquirida sem qualquer instrução teórica.

No Capítulo 2, faço uma reconstrução parcial⁹ dos argumentos de Hart contra o modelo teórico austineano presentes nos capítulos II, III e IV de *O Conceito de Direito*. Procuro ressaltar que além da crítica, nesses capítulos Hart realiza o procedimento concernente ao segundo momento da instrumentalização da concepção formal de método, ou seja, a determinação do objeto. Com efeito, a crítica serve de veículo para a realização desse procedimento justamente porque a determinação do objeto será feita a partir de uma consideração do conhecimento comum, em oposição ao conhecimento teórico. Os elementos determinantes do objeto, obtidos a partir dessa oposição entre conhecimento comum e teórico, serão sempre correspondentes a elementos presente no conhecimento comum.

⁸ Estas distorções ocorrem justamente por que o tipo de método que a teoria utiliza faz um recorte parcial do objeto, levando em consideração apenas o aspecto empírico do fenômeno.

⁹ A reconstrução é parcial pois o que importa aqui, antes de uma apresentação detalhada dos argumentos de Hart contra Austin, é a introdução feita por aquele, ao longo da discussão crítica, de certos elementos teóricos ausentes na teoria austineana correspondentes a elementos expressos no conhecimento comum acerca do direito.

Nas seções 3.1 e 3.2 do Capítulo 3, trato, respectivamente, da crítica ao conceito de obrigação jurídica da teoria de Austin, e da formulação do conceito de obrigação defendido em *O Conceito de Direito*, feitas por Hart na segunda seção do Capítulo V daquele livro. Essa crítica e formulação do conceito de obrigação ainda se insere no segundo momento da instrumentalização da concepção formal de método, e conduzem ao terceiro e derradeiro momento, a determinação do método, que só poderia ter sido feita a partir da prévia determinação do objeto.

1. Uma discussão meta-filosófica sobre método

Disse na introdução que este trabalho quer ser a defesa de apenas uma proposição. A de que *a determinação do método para a teoria geral do direito, em O conceito de direito, só pode ser oferecida após a determinação de certas características elementares do objeto da teoria, o direito*. A plausibilidade dessa proposição está apoiada na estrutura do texto de Hart. Somente vemos surgir o expediente metodológico característico do método hartiano de análise no Capítulo V de *O Conceito de Direito*, a saber, que a perspectiva que deve ser adotada pelo teórico do direito deve ser *externa e compreensiva*. Estes dois termos serão adequadamente explicitados em momento oportuno, bastando agora a indicação de que, enquanto determinantes do método, eles só surgem em momento avançado do argumento apresentado por Hart naquele livro.

Além dessa evidência arquitetônica que se encontra em *O Conceito de Direito*, pode-se encontrar um ponto de apoio para essa proposição no texto da aula inaugural de Hart para a cátedra de teoria do direito, proferida por ele em 1953. Em *Definição e Teoria na Teoria do Direito* Hart afirma que

Em direito, bem como em outras áreas, podemos conhecer e apesar disso não compreender. Frequentemente nosso conhecimento é obscurecido por sombras que, além de variarem de intensidade, são projetadas por diferentes obstáculos que se interpõem à luz. Esses obstáculos não podem ser todos removidos pelos mesmos métodos e, até que seja determinado o caráter preciso de nossa perplexidade, não podemos dizer ao certo de quais ferramentas precisaremos (Hart, 2010, p. 23 [1983, 21]).

Essa afirmação de Hart, embora se inicie como uma advertência para o jurista, parece apresentar uma posição filosófica mais ampla. É uma afirmação

geral, e num certo sentido bastante formal, sobre método em filosofia, segundo a qual *todo objeto de conhecimento filosófico demanda a determinação de um método específico segundo suas peculiaridades e características específicas*.¹⁰

No texto que segue vou primeiro procurar esclarecer essa afirmação e mostrar de que modo Hart instrumentaliza essa proposição formal, aplicando-a aos problemas de teoria do direito que ele enfrenta em *Definição e Teoria*.

Em seguida, vou utilizar a mesma estrutura formal para analisar, ao longo do texto, o que se passa em *O Conceito de Direito* no que diz respeito a questões de método. Pretendo mostrar que em *O Conceito de Direito* essa proposição é instrumentalizada de modo diferente do modo como foi instrumentalizada em *Definição e Teoria*, e espero que com isso seja justificado seu uso como apoio para a proposição da qual essa dissertação quer ser defesa.

1.1 A concepção formal de método e a proposta metodológica em Definição e Teoria na Teoria do Direito

O ponto da afirmação inicial de Hart em *Definição e Teoria* parece se encontrar nas duas últimas frases que a compõe. Com certa ressonância platônica Hart nos chama atenção para o fato de que o conhecimento das coisas pode ser obliterado por sombras de obstáculos de formas variadas, que os modos através dos quais podemos superar esses obstáculos que se interpõem entre nós e os objetos de conhecimento não serão sempre os mesmos, e que esses modos de

¹⁰ O Professor Pierluigi Chiassoni vê nessa afirmação o que seria, em *O Conceito de Direito*, uma quarta questão persistente, ao lado das questões sobre em que medida o direito é questão de regras, qual a relação da coerção com o direito, e qual a relação entre direito e moral. Essa questão, diz Chiassoni, é meta-filosófica, e diz respeito ao “ponto, objeto, e método da teoria jurídica” (Chiassoni, 2013, p. 247).

superação só serão passíveis de determinação após uma correta compreensão daquilo que provoca em nós perplexidade. Essa perplexidade mencionada no final da afirmação de Hart surge da tensão entre *conhecer* e *compreender* anunciada na primeira frase da passagem sob análise.

O tipo de perplexidade a que Hart se refere é de cunho teórico, ou, mais precisamente, *surge somente em âmbito teórico*. Pois a tensão formulada por Hart, entre conhecer e compreender, resguarda uma tensão entre nosso *senso comum* e nossas *construções teóricas*. A perplexidade ganha expressão, diz Hart, quando o teórico formula questões do tipo definicional: ‘O que é o direito?’, ‘O que é um direito?’, ‘O que é o Estado?’, etc. (p. 23 [p. 21]). Mas o curioso a se notar é que quem enquanto teórico faz esse tipo de pergunta, sabe como utilizar as expressões ‘o direito’ e ‘um direito’ e a palavra ‘Estado’, sem, contudo, ser capaz de oferecer uma definição delas (p. 24 [21-2]).

Não há nada de extraordinário nessa constatação. Apenas que quem formula esse tipo de questão conhece o uso comum dessas expressões, porém não o compreende. Não as compreende, provavelmente pois, como diz Hart, ‘diferentes obstáculos se interpõem à luz’. A única forma de superar esses obstáculos é sabendo quais os caminhos, meios, *métodos* que devem ser seguidos, o que, entretanto, só pode ser determinado quando tivermos claro aquilo que causa perplexidade quando formulamos questões teóricas. Livre daquilo que lhe causa perplexidade o teórico poderá determinar suas ferramentas (método) e então obter maior compreensão daquilo que conhece.

O que está por trás disso pode ser assim expresso em uma fórmula simplificada: *objetos diferentes requerem métodos diferentes*. O que coloca a

seguinte questão: ‘qual a diferença do direito enquanto objeto teórico?’. A resposta a essa questão depende antes da identificação exata daquilo que causa perplexidade.

Quando Hart escreveu *Definição e Teoria...* ele acreditava que a fonte de perplexidade para o teórico era o fato de que os termos jurídicos, quando “comparados com palavras mais comuns... são... anômalos” (p. 25 [22]).

Algumas vezes, como acontece com a própria palavra “direito”, uma anomalia é que a gama de casos aos quais ela se aplica tem uma diversidade que frustra a tentativa inicial de extrair algum princípio por trás da aplicação, e, apesar disso, temos a convicção de que, mesmo nesse caso, existe algum princípio... subjacente às diferenças superficiais...

Exemplos dessa anomalia são os usos de ‘direito’ para referir ao direito interno e ao direito internacional. O direito interno, é sabido, estrutura-se em uma cadeia ou sistema de normas e tem supremacia territorial. Com o direito internacional se passa algo completamente diferente, pois ele se constitui de um conjunto de normas esparsas, que se aplicam a diferentes nações, e não tem supremacia alguma. O jurista vai saber utilizar a palavra ‘direito’ quanto for necessário, tanto para se referir ao direito interno, quanto ao direito internacional. Porém se lhe pedirem uma definição de direito que dê conta dos dois casos ele não será capaz de oferecê-la.

Esse é um tipo de anomalia a qual estão sujeitos termos jurídicos. Mas existe uma, que é “mais problemática”. Se trata do fato de que os termos jurídicos, tais como ‘direito’, ‘dever’, ‘pretensão’, ‘ação’, ‘pessoa jurídica’, ‘status’, etc., não possuem um correlato empírico. À palavra ‘cigarro’ pode corresponder um cigarro real, este que apoiei agora sobre cinzeiro. Peça-me

agora para indicar no mundo, assim como indiquei o cigarro, um direito, um dever, uma pretensão ou uma ação. Ainda sob influência de uma forma de tratar do problema que remonta a Bentham, passa por Austin e pelo Realismo Americano, culminando no Realismo Escandinavo, Har afirma que

Não existe nada que simplesmente “corresponda” a esses termos jurídicos, e quando tentamos defini-los percebemos que as expressões que empregamos em nossa definição para especificar tipos de pessoas, coisas, qualidades, eventos e processos, materiais ou psicológicos, nunca são precisamente equivalentes a esses termos jurídicos, embora com frequência estejam de alguma forma relacionados (p. 25 [p. 23]).

Essa passagem não só enfatiza a afirmação da não correspondência de termos jurídicos com a realidade, mas também salienta que as tentativas de definições desses termos através da procura de um correlato pecam por imprecisão. Uma frase comum de se ouvir desde os bancos de escolas de direito é ‘violado o direito nasce a pretensão à ação’. O direito em questão pode ser, e.g. o de adquirir um bem imóvel após a quitação de um contrato de promessa de compra e venda. Esse direito, entretanto, não se reduz ao imóvel, nem à transmissão dele. A pretensão corresponde ao fato de que o promitente vendedor não realizou, após a quitação da promessa, a escrituração da venda do imóvel. Ela, contudo, não se reduz novamente ao imóvel ou a ausência de tradição ou do ato de escrituração. A ação, por fim, diz-se é o direito abstrato de obter uma decisão de um órgão jurisdicionado. Mas ela não se reduz à decisão, ao órgão ou à parte que tem o poder de exercê-la, além de que para defini-la é preciso usar o conceito mesmo de direito.

A linguagem do direito aparece assim como fonte de perplexidade. Em Definição e Teoria Hart pretende ter identificado essa fonte de forma precisa:

no funcionamento anômalo de expressões jurídicas, e na dificuldade em se oferecer uma definição de termos jurídicos fundamentais em razão dessas anomalias, principalmente em razão do fato de que para certas expressões jurídicas fundamentais não existem correlatos no mundo real.

Esse estado de coisas, diz Hart, explica por que a partir de um simples pedido de definição, surjam teorias jurídicas fundamentalmente diferentes e até mesmo “irreconciliáveis” (p. 26 [p. 23]), dependendo da resposta que elas dão a questão ‘O que é o direito?’. E mais uma vez, o curioso a ser notado, é que essas teorias, mesmo irreconciliáveis, têm por objeto algo que não está em disputa no funcionamento dos sistemas jurídicos: o significado de suas palavras. Hart então questiona, se “não podemos elucidar o significado de palavras com as quais todo sistema jurídico desenvolvido lida tranquilamente, sem ficarmos sujeitos a esse pesadelo da teoria?”.

Até aqui descobrimos com Hart qual é o tipo de perplexidade que temos de enfrentar a fim de liberarmos o caminho para a determinação do método. Mas em que sentido a linguagem do direito é anômala? Uma resposta a esta pergunta requer uma identificação das características dessa linguagem. Hart apresenta quatro características distintivas da linguagem jurídica que acredita, podem indicar o tipo de método que devemos seguir para melhorar nossa compreensão de termos jurídicos fundamentais. São as seguintes (pp. 30-3 [pp. 27-30]):

[i] O uso de palavras como ‘direito’, ‘dever’, etc., sempre se dá em um contexto em que um sistema jurídico se encontra em pleno funcionamento, o que implica, para uma correta apreciação do significado, que sejam consideradas assim como

quando são utilizadas por operadores do direito, e.g. ‘*A* tem o direito *x* oponível a *B*’;

[ii] Quando frases como ‘*A* tem o direito *x* oponível a *B*’ é utilizada ela cumpre uma função dentro do sistema jurídico, pois ela indica que sobre o fato ou fatos que relacionam *A* e *B*, incidiu uma determinada norma de direito;

[iii] Essa mesma frase, ‘*A* tem o direito *x* oponível a *B*’, quando proferida por um juiz, tem, em um certo sentido, caráter definitivo, pois o juiz, enquanto órgão ou função do Estado, tem autoridade para tal;

[iv] As normas jurídicas podem vincular a mesma consequência a conjuntos de fatos diferentes.

Para Hart, estas características deixam claro que “a função principal dessas palavras não é representar ou descrever alguma coisa” (p. 34 [p. 31]), o que frustra qualquer tentativa de definição de acordo com o método tradicional de definição. Este método tradicional de definição pressupõe, diz Hart, que a palavra a ser definida corresponda a alguma “coisa, qualidade, pessoa, processo ou evento” (p. 35 [p. 31]) com que estamos familiarizados, permitindo assim, que seja feita uma tradução ou oferecido um sinônimo da palavra que “nos intriga”.

Assim, como não ficamos perplexos diante das noções gerais de mobília ou animais, podemos tomar uma palavra como ‘cadeira’ ou ‘gato’ e dar o princípio de seu emprego, primeiro especificando a classe geral a que pertence o objeto que ela descreve, e depois definindo as diferenças específicas que separam esse objeto de outras espécies do mesmo tipo geral (p. 35 [pp. 31-2]).

Hart disse que a função das palavras do direito não é descrever ou representar qualquer coisa, e mostrou a razão disso detalhando o funcionamento do método de definição tradicional e sua relação com palavras que descrevem algo. Fica em aberto o problema de saber como devem ser definidas as palavras que utilizamos no direito.

Hart então vai oferecer um “método de elucidação” (p. 36 [p. 33]) para estas palavras típicas da linguagem do direito. Esse novo método, diferentemente do método tradicional, vai levar em conta que a função de termos jurídicos não é descrever fatos, e sim “tirar conclusões jurídicas” (p. 38 [p. 34]). Que a função de termos jurídicos seja essa, é uma reivindicação que se apoia nas quatro características da linguagem jurídica que Hart elencou anteriormente. O esquema de elucidação de termos jurídicos será esse.

(1) Uma frase do tipo “X tem um direito” é verdadeira se as seguintes condições se verificarem:

(a) existem um sistema jurídico em vigor;

(b) De acordo com uma norma ou normas do sistema, alguma outra pessoa Y está, no contexto dos eventos ocorridos, obrigada a realizar ou abster-se de realizar alguma ação.

(c) Essa obrigação, pela lei, depende da escolha ou de X ou de alguma outra pessoa autorizada a agir em seu nome, de modo que Y está obrigado a realizar ou abster-se de realizar alguma ação apenas se X (ou alguma pessoa por ele autorizada) assim escolher ou, alternativamente, apenas até que X (ou essa outra pessoa) escolha algo diferente.

(2) Uma declaração do tipo “X tem um direito” é usada para tirar uma conclusão jurídica em um caso particular previsto nessas normas (p. 39 [p. 35]).

Os critérios apresentados em (a), (b) e (c) como condições para a verdade de uma declaração de direito correspondem às quatro características da linguagem jurídica: (a) corresponde a primeira característica, a de que essa

declaração ocorre em contextos onde um sistema jurídico está em pleno funcionamento; (b) corresponde a segunda característica, a de que declarações desse tipo cumprem uma função dentro do sistema; (b) corresponde as terceira e quarta características, segundo as quais existe uma vinculação geral (através da lei) de casos a uma regra, e de que as declarações oficiais são revestidas de caráter definitivo.

O método de elucidação apresentado em *Definição e Teoria* foi determinado de acordo com as características do objeto. Estas características foram determinadas antes mesmo da utilização de qualquer método, simplesmente chamando atenção para a forma como a linguagem é utilizada no direito. A determinação destas características só pode ser feita depois de ser constatada a fonte de perplexidade teórica.

Até aqui quis demonstrar de que modo Hart procedeu em *Definição e Teoria* ao apresentar uma proposta de método para a teoria do direito. Essa proposta metodológica foi feita a partir da instrumentalização daquela concepção formal de método apresentada no primeiro parágrafo de *Definição e Teoria*. Ao analisarmos essa instrumentalização podemos distinguir três momentos: primeiro Hart identificou o que causa perplexidade teórica; em seguida ele apresentou certas características do objeto da teoria; por fim ele apresenta um modelo metodológico adequado às características do objeto.

A seção seguinte é destinada a mostrar de que forma que Hart realiza em *O Conceito de Direito* a primeira parte dos procedimentos elencados anteriormente. Ou seja, vai-se tentar mostrar como é o processo de identificação da causa de perplexidade teórica. Os dois passos seguintes, de

identificação do objeto e suas características, e de determinação do método, serão tratados nos capítulos dois e três.

1.2 A fonte de perplexidade em O Conceito de Direito

Se em *Definição e Teoria* o embate se dá entre o método tradicional de definição filosófica e a reivindicação de um método específico de definição para termos jurídicos, em *O Conceito de Direito* a disputa metodológica se dá entre uma corrente que defende o uso dos métodos típicos das ciências empíricas, e a tradição relativamente recente, àquela época, da metodologia das ciências humanas.

Ainda haverá obstáculos se interpondo ao conhecimento e demandando a determinação de um método. As perplexidades, contudo, serão de natureza diferente daquelas identificadas em *Definição e Teoria*, ainda que continuem a surgir apenas quando se faz teoria. Com efeito, a fonte de perplexidade não será nada relacionado à natureza do objeto, mas antes um equívoco teórico. Para entender essa afirmação é preciso voltar ao Capítulo I de *O Conceito de Direito*.

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido resposta, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão “O que é o direito?”... Não existe literatura abundante dedicada a responder às perguntas “O que é a química?” ou “O que é a medicina?”, como sucede com a questão “O que é o direito?”. Umhas poucas linhas na página inicial de qualquer manual elementar, eis tudo o que o estudante destas ciências é solicitado a considerar; e as respostas que lhe são dadas são de

diferente natureza das ministradas ao estudante de direito. Ninguém considerou ser esclarecedor ou importante insistir em que a medicina é “aquilo que os médicos fazem acerca das doenças”, ou “uma previsão sobre o que os médicos farão”, ou declarar que aquilo que é normalmente reconhecido como parte característica e central da química, digamos o estudo dos ácidos, na realidade não faz parte de modo algum da química (Hart, 1996, p. 5 [1994, p. 1]).

Há algo de interessante nessa passagem, pois ela insinua que existe algo de errado *nas respostas* dadas pelos teóricos, e isso, se verás, não se dá pelo fato de que essas respostas sejam respostas ao problema formulado como um pedido por definição de palavras para as quais não encontramos correlatos no mundo. Hart questiona a correção das respostas dos juristas à questão ‘O que é o direito?’ de modo provocador. Ele questiona por que não vemos, e.g. no domínio da medicina, uma resposta à questão ‘O que é a medicina?’ ser expressa com ‘uma previsão sobre o que os médicos farão’, quando na teoria do direito, para a questão ‘O que é o direito?’ somos confrontados com uma resposta expressa por “ ‘Aquilo que designo como direito... são as profecias sobre o que os tribunais farão’”, que é a resposta de O. W. Holmes em *The Path of Law*. Igualmente ele questiona porque que na química, quando perguntamos ‘O que é a química?’, não somos surpreendidos por uma resposta que diz que “o estudo dos ácidos, na realidade não faz parte de modo algum da química”, quando na teoria do direito, encontramos para a pergunta ‘O que é o direito?’ uma resposta que diz que as leis são “ ‘fontes de Direito... não partes do próprio Direito’”, que é a resposta de J. C. Gray em *The Nature and Sources of Law*.

É nesse sentido que as respostas dos juristas a sua obstinada questão são “estranhas e paradoxais” (p. 6 [p. 2]). O caso claro de paradoxo é a resposta de J. C. Gray, pois ela exclui da resposta parte daquilo pelo que se fez a pergunta.

Com efeito, Hart dirá que essas respostas são estranhas por se contraporem com “as crenças mais firmemente enraizadas” que temos sobre o direito. Objetaríamos com facilidade essas duas respostas dizendo “certamente que as leis *são* direito...”, ou ainda que “...o direito não pode ser apenas o que os... tribunais farão, uma vez que é preciso uma lei para criar... um tribunal”.

Aqui vemos aparecer novamente a tensão entre o conhecer e compreender, já presente em *Definição e Teoria*. Apenas que antes essa tensão se dava justamente por que quando solicitado a definir o objeto da teoria, o teórico do direito se via em apuros, incapaz de oferecer uma definição devido a uma peculiaridade (anomalia) da linguagem jurídica, embora ele, quando envolvido com o uso comum dessa linguagem, não teria dificuldade alguma; agora, a tensão entre o conhecer, ou nossas “crenças mais firmemente enraizadas”, e o compreender, resultado da atividade teórica, vem ressaltar que existe um distanciamento tal entre teoria e senso comum, que nos vemos perplexos com a teoria por aquilo que ela afirma. *O que causa perplexidade não é mais o fato de que a linguagem jurídica é anômala quando comparada com a linguagem comum, mas o fato de que os teóricos do direito formulam proposições sobre o direito que são distantes demais da realidade.*

Há um estranho contraste entre este debate teórico infundável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes for pedido. Poucos ingleses ignoram que há uma lei proibindo o homicídio, ou que exige o pagamento do imposto de renda, ou que estabelece o que tem de se fazer para se outorgar um testamento válido. Praticamente toda a gente, excetuados os estrangeiros ou crianças, que se depare com a palavra inglesa ‘law’ pela primeira vez, será capaz de multiplicar tais exemplos e a maior parte das pessoas poderá ir mais longe. Poderá

descrever ao menos nos seus contornos, como se descobre se algo é direito na Inglaterra; sabe que há especialistas a consultar e tribunais que têm palavra final, dotada de autoridade, sobre todas essas questões... A maior parte das pessoas instruídas tem ideia de que as leis na Inglaterra formam uma qualquer espécie de sistema e que em França, nos Estados Unidos, na União Soviética, e na verdade, em quase todas as partes do mundo que são consideradas como “países distintos”, há sistemas jurídicos que são, de um modo geral, semelhantes na estrutura, não obstante diferenças importantes (pp.6-7 [pp.2-3]).

A despeito de todo o conhecimento jurídico que Hart identifica no homem comum, e que parece não haver razão suficiente para duvidar que assim o seja, ainda perdura a questão que requer uma definição do direito. E a despeito do fato de que o homem comum é capaz de indicar o que é o direito sem maior necessidade de utilização de qualquer método ou sofisticação teórica, ou mesmo sem dispor de qualquer definição, os teóricos do direito insistem em apresentar proposições do mesmo tipo que a de Llewellyn, em *The Bramble Bush*, “ ‘O que os funcionários fazem relativamente aos litígios é... o próprio direito’ ” (p. 5 [p. 1]), como aptas a cumprir o papel de resposta à questão formulada como pedido por definição.

Que o tipo de resposta que é oferecida pelos teóricos é errada parece estar claro tão logo percebemos que ela mais gera perplexidade do que esclarece qualquer coisa, uma vez que se distancia muito daquilo que, em nosso cotidiano, sabemos ser o direito. Contudo, não satisfaz à questão ‘O que é o direito?’ uma mera indicação daquilo que já sabemos.¹¹ Como assevera Hart,

¹¹ Se sabemos utilizar as palavras do direito, e mais que isso, sabemos indicar casos claros do que seja o direito, qual a razão da persistência da questão? Hart pressiona o problema e oferece a seguinte resposta. A legitimidade da questão, ante o fato de que todos sabem dizer

A perplexidade profunda que tem mantido viva a pergunta, não é ignorância, esquecimento ou incapacidade de reconhecimento dos fenômenos a que a palavra ‘direito’ normalmente se refere (p. 9 [p. 5]).

É a mesma alegação feita em *Definição e Teoria* em favor do tratamento analítico ali defendido para uma melhor compreensão do direito, a despeito do fato de que quem usa as palavras comuns no âmbito jurídico sabe exatamente para que elas servem.¹²

Quero chamar atenção para uma característica dessa nova formulação que Hart dá para a tensão entre conhecer e compreender. Há uma acentuação sobre o conhecimento comum. Hart questiona a correção das proposições formuladas pelos teóricos do direito comparando-as com as afirmações sobre o direito feitas pelo homem comum. Há uma pressuposição mais forte do que aquela de que sabemos o que é o direito e como utilizar sua linguagem. O que Hart pressupõe aqui é que o conhecimento comum, expresso na linguagem comum, embora não disponha da clareza de uma exposição sistemática, não pode ser descartado sob a alegação de que não corresponde à realidade, enquanto que uma exposição teórica, vazada em linguagem teórica corresponderia.

Acredito que uma forma de explicitar isso está contida em um texto publicado três décadas depois da publicação de *O Conceito de Direito*. A próxima seção se destina a uma análise de uma breve passagem desse texto e

o que seja o direito, se coloca, entretanto, não por que este conhecimento comum seja menos confiável ou desprovido de veracidade, mas por que existem “certas questões principais recorrentes que têm constituído um foco constante de argumentos e contra-argumentos sobre a natureza do direito” (p. 10 []). São as três questões recorrentes na teoria do direito a partir das quais Hart conduz seu tratamento teórico acerca do direito. Elas são as seguintes: “Como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras?” (p. 18 []).

¹² Cf. *Definição e Teoria*, pp. 23-4.

de sua possível relação com o problema subjacente ao Capítulo I de *O Conceito de Direito*.

1.3 A analogia gramatical de Strawson e O Conceito de Direito

Existe uma passagem do primeiro capítulo de *Analysis and Metaphysics* de Strawson, que acredito, ilustra bem aquilo está implícito no problema com que Hart está lidando na primeira seção do Capítulo I de *O Conceito de Direito*. Nessa passagem Strawson apresenta duas analogias que explicam duas concepções de ‘análise’ com que a filosofia analítica estaria envolvida.

A primeira delas trata a análise da linguagem como um tipo de terapia. Os problemas com que lidam os filósofos seriam, na verdade, decorrência de uma inclinação destes a se verem envolvidos em confusões obsessivas acerca do conhecimento que temos, em colocar questões para as quais não há resposta ou cujas respostas são absurdas, ou chegando a conclusões das quais não se pode escapar, mas também não se pode aceitar. “Então, o papel do filósofo analítico é [...] libertar-nos das confusões obsessivas, dos falsos modelos que dominam nosso pensamento, e nos habilitar a ver com clareza aquilo que está na nossa frente” (Strawson, 1992, p. 3).

A outra concepção de filosofia analítica apresentada por Strawson, e que vai nos interessar aqui, pode ser compreendida através de uma analogia gramatical. O ponto dessa analogia é demonstrado por uma anedota envolvendo a corte da Rainha Isabella de Castilha.

Quando a primeira gramática Espanhola ou, mais precisamente, Castelhana, foi apresentada para a Rainha Isabella de Castilha,

sua resposta foi questionar qual seu uso. A resposta do gramático foi de caráter histórico, referindo-se à linguagem como um instrumento de império – e isso não nos importa. O que nos interessa é o ponto da sua questão. Por que está claro que a gramática não tinha, num certo sentido, nenhum uso para falantes fluentes de Castelhana. Em um certo sentido eles a conheciam por inteiro. Eles falavam o Castelhana gramaticalmente correto porque o Castelhana gramaticalmente correto simplesmente *era* o que eles falavam. A gramática não definiu o padrão de correção para as sentenças que eles falavam; pelo contrário, eram as sentenças que eles falavam que definiam o padrão de correção para a gramática. Entretanto, embora em um certo sentido eles conhecessem a gramática da sua língua, havia um outro sentido em que eles não a conheciam.

Se fosse solicitado a Isabella enunciar, de modo maximamente sistemático, um sistema de regras ou princípios à luz do qual uma pessoa pudesse decidir, com respeito a qualquer sequência de palavras Castelhanas, se ela constitui ou não uma frase gramaticalmente completa e correta, ela teria ficado perplexa. Sua prática e a de sua corte, em construir frases Castelhanas, mostrou que ela e eles, em um certo sentido, observaram um tal conjunto ou sistema de regras ou princípios. Mas do fato de que ela e eles sem esforço algum observaram essas regras, não se segue que eles pudessem, sem esforço algum, enunciá-las, dizer quais elas eram (p. 5).

A lição que Strawson quer tirar dessa estória é a seguinte: existe uma marcada diferença entre saber usar uma língua como um todo e saber expor sistematicamente os princípios que regem seu uso. “O domínio de uma prática não envolve um domínio explícito [...] da teoria dessa prática” (p. 6). Ele vai mais além dessa lição a fim de mostrar seu valor para a filosofia, argumentando que muito antes de existirem gramáticas escritas os falantes dominavam implicitamente estas gramáticas, o que é necessário para a fala e, por consequência, necessário para o exercício mesmo da forma mais “rudimentar

de pensamento”. Com isso Strawson quer chamar atenção para o vínculo que existe entre nosso pensamento e nossa linguagem. Pensamos através de conceitos, ideias, e expressamos estes conceitos ou ideias através da fala, de modo que deve haver uma relação entre o domínio implícito da gramática e o domínio implícito da rede conceitual através da qual pensamos.

Strawson diz que sabemos o que é conhecimento ou o que é verdade, antes mesmo de termos qualquer notícia sobre a existência de coisas como teorias do conhecimento e da verdade. Também aprendemos a operar uma variada gama de noções, como as da ética, estados emocionais, atos mentais, conceitos categoriais, etc.. Mas nossa “enormemente rica, complicada e refinada” rede conceitual, embora a utilizemos a todo momento quando nos vemos em relações interpessoais ou em relação com o mundo, não nos é ensinada através de “qualquer coisa que possa propriamente ser chamado de instrução teórica geral. Não somos apresentados a elas [os conceitos] por serem dito seus lugares em uma teoria geral dos conceitos” (pp. 6-7).

A conclusão a que a analogia gramatical conduz é a seguinte: assim como nosso domínio prático da língua não nos permite um domínio da teoria dessa prática, também não temos domínio teórico da nossa rede conceitual, a despeito do fato de que a tenhamos dominado na prática. A tarefa do filósofo será a de oferecer “a *estrutura conceitual* geral da qual, nossa prática diária nos mostra, temos um domínio tácito e inconsciente” (p. 7).

Esse é o ponto que quero trazer para esclarecer o que está implícito no tipo de problema com que Hart está lidando quando confronta aquele conhecimento comum que todo homem tem, acerca do direito, do que serve de

indício nosso comportamento linguístico, e aquilo que dizem os teóricos ser o direito. Pois assim como a corte de Isabella sabia, num certo sentido, as regras do castelhano, de modo que lhes permitia construir frases gramaticalmente corretas, igualmente o homem comum, ou “a maior parte” (Hart, 1996, p. 7 [1994, p. 2]) deles, como diz Hart, sabe indicar certos elementos característicos do direito, elementos estes que os habilitam a viver segundo as regras de direito de uma dada sociedade. E assim como a corte de Isabella não podia enunciar de forma sistemática, diga-se teórica, a regras do castelhano, ao homem comum não é possível estruturar o conhecimento que tem do direito de forma sistemática ou teórica, assim como não era possível à Isabella ou sua corte.

Penso que Hart faz em *O Conceito de Direito*, uma alegação semelhante à de Strawson em *Analysis and Metaphysics*: a de que a teoria do direito deve se pautar por algo como uma *gramática do senso comum jurídico* para oferecer uma exposição teórica sistemática do direito, assim como o primeiro gramático de castelhano teve de se pautar pelas regras e princípios do castelhano falado para apresentar uma gramática castelhana. Ou, como diria Strawson, cabe ao filósofo do direito oferecer uma *descrição geral da estrutura conceitual do direito, do que nossa prática diária nos mostra, temos domínio tácito e inconsciente*.

Parece não ser outra a intenção de Hart quando, ao final do Capítulo I de *O Conceito de Direito*, afirma que o objetivo do livro é “fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais” (p. 22 [17]). A estrutura distintiva do sistema jurídico

já nos foi dada, e a prova disso é o fato de que podemos, sem fazer uso de qualquer teoria, apenas a partir de nosso conhecimento comum, indicar elementos característicos do direito. Mais que isso, podemos com base nesse conhecimento comum, indicar casos em que as proposições teóricas soam estranhas ou paradoxais, casos em que a teoria oferece uma exposição sistemática do direito que viola nossas crenças mais comezinhas.

No capítulo seguinte procuro mostrar como a crítica de Hart ao modelo austineano de teoria cumpre a função de determinar o objeto da teoria pela indicação de certos elementos estruturais de um sistema jurídico. A indicação desses elementos será feita sempre a partir do conhecimento comum acerca do direito.

2 A determinação do objeto em *O Conceito de Direito*

Ao final do Capítulo I de *O Conceito de Direito* Hart anuncia que os elementos característicos de um sistema jurídico serão identificados ao longo “discussão crítica” dos Capítulos II, III e IV do livro, para depois serem detalhadamente descritos, nos Capítulos V e VI. Se seguirmos os mesmos passos realizados em *Definição e Teoria* no que diz respeito à concretização daquela concepção formal de método veremos que este é o momento de identificação do objeto da teoria.

Neste capítulo vou fazer uma reconstrução desse caminho. Pretendo com isso explicitar de que modo que a identificação do objeto e a determinação de certas características deste vão contribuir para a formação do método.

2.1 *O modelo de ordens coercivas*

Hart inicia sua tarefa de identificar os elementos característicos de um sistema jurídico moderno apelando para distinções linguísticas que são feitas ao longo da identificação do tipo de teoria austineana. Ele chama atenção para o fato de que, quando queremos expressar nossos desejos de que outros realizem ações segundo nossa vontade, usamos o *modo imperativo*, e que o uso do modo imperativo ocorre em situação sociais muito diversas.

Expressões típicas desse modo são ‘passe-me o sal, por favor’, ‘não mate’, ‘não se mexa’, que correspondem a “classificações familiares” (p. 24 [p. 18]). Temos uma classe expressões imperativas de *pedidos*, que é o caso quando pedimos que passem o sal. Uma classe de expressões imperativas de

imploração, que é o caso quando dizemos a alguém para não cometer homicídio. Uma classe de expressões imperativas de *advertência*, que usamos quando dizemos para uma pessoa não se mexer. Mas essas expressões, embora sujeitas a classificações familiares, são tão numerosas, e correspondem a tão numerosas situações sociais em que elas ocorrem e que se confundem em zonas de penumbra, que não podemos esperar delas mais do que “discriminações grosseiras” (p. 24 [p. 19]).

Há, entretanto, uma dessas situações sociais em que usamos o modo imperativo que podemos distinguir das outras com maior clareza, pois nela está presente um elemento particularmente constringente: quando falamos de ‘ordens’. Essa situação é “ilustrada pelo caso do assaltante que diz ao bancário ‘Me passe o dinheiro ou eu atiro’”. O que faz dessa situação distinta das outras em que usamos expressões do modo imperativo é o fato de que a ordem emitida é apoiada por uma ameaça, da qual se faz uso para se assegurar que o desejo expresso na ordem será atendido. Hart faz notar, apelando para o uso comum da linguagem, que diríamos nessa situação que “o assaltante *ordenou* o bancário”, mas que veríamos problemas em dizer que o “assaltante *deu uma ordem* ao bancário”.

Por que exatamente essa distinção entre *ordenar* e *dar uma ordem* nos soa correta? A segunda expressão, aquela em que dizemos que ‘uma ordem foi dada’ nos soa de modo a lembrar um tipo de situação onde existe o “direito ou autoridade para dar ordens que não está presente no nosso caso [do assaltante]” (pp. 24-5 [p. 19]). Ela lembra, e.g. o contexto militar, onde superiores emitem comandos a subordinados, estão investidos de autoridade e têm direito para tal. Apesar dessas distinções feitas com base em nossa

intuição linguística, Hart faz a seguinte estipulação para fins de exposição teórica:

Embora a sugestão de autoridade e deferência a ela possam frequentemente estar ligadas às palavras ‘ordem’ e ‘obediência’, nós usaremos as expressões ‘ordens baseadas em ameaças’ e ‘ordens coercivas’ para nos referirmos às ordens que, assim como as do assaltante, são apoiadas apenas em ameaças, e usaremos ‘obediência’ e ‘obedecer’ para abranger o cumprimento dessas ordens (p. 25 [p. 19]).

Essa estipulação é feita de acordo com a teoria austineana, segundo a qual o direito se reduz a elementos simples de ‘comandos’ e ‘hábitos’. Austin define um comando da seguinte forma: “Se você expressa ou insinua a vontade de que eu realize ou me abstenha de algum ato, e se você vai me punir com um mal no caso de eu não obedecer sua vontade, a *expressão* ou *insinuação* de sua vontade é um *comando*” (Austin, 1954, pp 13-4). A definição de comando de Austin se adequa formal e perfeitamente ao caso do assaltante de que nos fala Hart. Este, contudo, adverte que esse “*não é o caso em que naturalmente falamos de ‘comandos’*” (Hart, 1996, p. 25 [1994, p. 20]). Com efeito, não o é, e a menção ao contexto militar que Hart fez a pouco deixa claro que falamos *naturalmente* em comandos quando pressupomos a existência de “uma organização hierárquica relativamente estável... tal como um exército...”.

Mais importante... é o ponto de que não é necessariamente o caso, em que um comando é dado, que haverá uma ameaça latente de injúria no evento de desobediência. Comandar é caracteristicamente exercer autoridade... não o poder de infligir mal, e embora isso possa ser combinado com ameaças de mal, um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade.

É um erro, portanto, dizer com Austin, que no caso do assaltante presenciamos a situação em que são emitidos comandos. Um comando, entendido a partir do contexto em que há direito e autoridade para sua emissão, relaciona-se mais proximamente do direito que é uma instituição organizada, assim como o é um exército. Mas a ideia de autoridade parece ser para Hart algo demasiado obscuro para explicarmos o direito, de modo que “[n]ão podemos [...] us[á-la] com proveito, na elucidação do direito”.

O modelo de Austin tem um atrativo, qual seja, a simplicidade dos elementos da situação do assaltante. Por essa razão, Hart vai tomar esse modelo como um guia para a construção da ideia de direito. Mas isso será feito levando em consideração as características de um sistema jurídico moderno. Em razão disso, Hart faz modificações na teoria de Austin para fazê-la compatível com a estrutura de um sistema jurídico moderno. São cinco pontos que devem ser considerados¹³:

[i] Enquanto a situação do assaltante envolve uma ordem dada individualmente em um caso particular, as leis de direito se aplicam de modo geral em casos gerais;

[ii] A situação do assaltante implica em uma relação de proeminência temporária, ao passo que as leis de direito, e as ordens/comandos veiculados através delas, possuem perenidade que faz a vontade expressa no comando vigir até que a lei em questão seja revogada;

¹³ Sigo aqui a estrutura de exposição de Michael D. Bayles (Bayles, 1997, pp. 22-3).

[iii] Segue-se que a crença de que à desobediência corresponderá um mal deva ser geral ou ao menos da maior parte da população a quem a lei se aplica, já que a lei se aplicará por um período maior ou indefinido de tempo, o que não se passa no caso do assaltante, pois quando este se ausenta, não há mais razões para crer que à desobediência se seguirá um mal;

[iv] Segue-se, por sua vez, que para falarmos da existência de um sistema jurídico, precisamos pressupor que a maioria das ordens emitidas devem ser atendidas na maioria das ocasiões, deve haver um *hábito geral de obediência*, e não o hábito de obedecer comandos dados individual e temporariamente;

[v] Por fim, Hart faz notar que sistemas jurídicos possuem duas características ausentes no modelo do assaltante, a saber, que eles são independentes uns dos outros, não sendo necessário que aquilo que seja matéria de lei, e.g. no Brasil, o seja na Jordânia, do que decorre a supremacia mesma do sistema, o que significa dizer que não há nenhuma outra fonte de comandos que supere o direito do sistema em questão.

Das considerações feitas de [i] a [iv] vemos surgir a generalidade de um sistema jurídico, característica que envolve tanto classes de pessoas e comandos, quanto a crença da ameaça de um mal decorrente da desobediência e o hábito de obediência da maioria da população na maioria das ocasiões em que o direito comparece. Em [v] vemos a soberania e independência de um sistema jurídico.

Aqui existe algo de interessante a ser notado naquilo que foi visto até então. As considerações feitas de [i] a [v] que introduziram no modelo do assaltante os elementos de generalidade e soberania a fim de apresentá-lo numa

versão mais forte o possível, foram feitas a partir do senso comum, foram feitas a partir que o homem comum sabe acerca do direito, e sem recurso a qualquer modelo teórico disponível sobre o direito. Hart pressiona o modelo de ordens baseadas em ameaças contra nossas crenças comuns acerca de um sistema jurídico. Assim com a reivindicação feita por ele na página 3 do livro, de que qualquer pessoa instruída é capaz de identificar um sistema jurídico como compreendendo

(i) regras proibindo ou impondo certos tipos de comportamento sob ameaça; (ii) regras exigindo das pessoas a compensar àqueles a quem elas a quem ofenderam de alguma forma; (iii) regras especificando o que deve ser feito para que fazer testamentos, contratos e outros arranjos que conferem direitos e criam obrigações; (iv) cortes que determinam quais são as regras, quando elas são violadas, e fixar a punição ou indenização a ser paga; (v) um legislativo para fazer novas leis e abolir antigas (Hart, 1996, p. 7 [1994, p. 3]).

podemos dizer que qualquer pessoa, sabe, de acordo com o que foi enumerado de [i] a [v] que, [i] as leis de direito se aplicam a todos (ou quase) todos, [ii] as leis de direito se aplicam mesmo quando não há um oficial do sistema exigindo seu cumprimento, [iii] que é muito provável que ao descumprimento de uma lei seguirá uma consequência desagradável, [iv] que a maioria dos seus pares obedecem aos comandos legais, e [v] que existe um poder acima do qual nenhum outro poder pode ser exercido e que este poder se limita do país onde se vive.

A conclusão que parece que se deve tirar do primeiro capítulo de *O Conceito de Direito* é a de que, se quisermos considerar o modelo teórico de Austin como um modelo viável e elementar para a construção de um conceito

de direito, precisamos melhorá-lo utilizando certos elementos presentes em nosso conhecimento comum. Entretanto, Hart já havia indicado uma descrença em relação ao tipo de teoria da qual a teoria austineana comunga. A razão disso é que as afirmações que esse tipo de teoria faz sobre o direito parecem paradoxais quando comparadas a afirmações mais comuns, como as que fazemos ordinariamente. Desse modo, mesmo melhorada pela introdução de elementos presentes na consciência comum, a teoria terá de se enfrentar ainda com outros fatos que fazem parte de nossas crenças acerca do direito.

2.2 A diversidade de funções do direito

Se de acordo com o modelo identificado no Capítulo I de *O Conceito de Direito*, as leis de um país são *as ordens gerais baseadas em ameaças emitidas por um soberano*, seremos tomados por extrema perplexidade ao voltarmos nossa atenção para sistemas jurídicos modernos (p. 33 [p. 26]). Hart menciona alguns dos problemas que vão surgir quando confrontarmos o modelo teórico de Austin com aquilo que sabemos acerca dos sistemas jurídicos modernos.

Em primeiro lugar veremos que este modelo de ordens baseadas em ameaças não dá conta de explicar o funcionamento de regras que conferem poderes, tanto aos particulares, quanto aos oficiais do sistema, para respectivamente, eg. celebrar contratos ou editar leis. Além disso, nem sempre o todo do direito vigente de um país é legislado, e, portanto, nem sempre é a expressão da vontade de alguém mediante emissão de um comando, pois é bastante comum a presença de direitos reconhecidos por costume, não só na *common law*, mas também em países de tradição continental. Também é de se

notar que as leis, quando editadas, não são apenas expressão do desejo de que outras pessoas se comportem ou se abstenham de um determinado comportamento, mas podem muito bem vincular ao próprio ente emissor do comando. Por fim, diz Hart, nem sempre é o caso de que todos os membros do corpo legiferante tenham ideia da matéria que está sendo votada, de modo que não se autoriza dizer que a lei resultante do ato legislativo seja expressão da vontade de todos.

Mas uma vez Hart vai introduzir modificações no modelo simples de Austin, agora para sanar estes problemas. Para tal ele agrupa as objeções à teoria em três classes: as que dizem respeito ao *conteúdo das leis*, as que dizem respeito ao *modo de origem das leis* e as que dizem respeito ao *campo de aplicação das leis* (p. 34 [p. 27]).¹⁴

Ao enfrentar o primeiro grupo de objeções, novamente Hart apela para nossa intuição linguística a fim de elucidar aquilo que está envolvido no primeiro problema identificado, o que de o modelo simples de Austin não dá conta de explicar regras do tipo daquelas que conferem poderes, privados ou públicos. Pois quando uma lei criminal não é obedecida, diremos que ela foi ‘violada’, diremos que o que foi feito é ‘errado’ ou constitui uma ‘ofensa’. Quando, por outro lado, não atendemos os critérios de uma lei que confere poderes, diferentemente, diremos que ‘não atendemos’ aos requisitos, que o ato não é ‘válido’ ou que é ‘nulo’, diremos que não gera ‘efeitos’, mas, mesmo que

¹⁴ Aqui me deterei apenas na discussão que Hart faz sobre o conteúdo das leis. Pois embora as críticas que tratam do âmbito de aplicação e dos modos de origem contribuam reforçando a crítica a Austin, o ponto importante que quero ressaltar, é o de que a diferença existente entre tipos de regras, como regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, é constatada apenas pela chamada de atenção para forma o direito é utilizado ordinariamente.

tenhamos cometido algum equívoco quanto a formação do ato, nunca diremos que aquilo que foi feito é uma ‘violação’ ou que é uma ‘ofensa’ (pp. 34-5 [p. 27-8]).

A diferença entre ‘violar’ e ‘não atender’, entre ‘errar’ e realizar um ‘ato nulo’, *guarda uma evidência acerca da diferença de estrutura formal* existente entre regras que recomendam ou proíbem uma conduta e regras que conferem poderes. Enquanto as leis de direito criminal se adequam à estrutura formal do comando segundo a teoria de Austin, veremos que as leis que conferem poderes cumprem com uma função diferente daquela das leis criminais. Estas leis, em lugar de obrigarem os envolvidos, “proveem as pessoas de *expedientes* para realizar seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos para criar, mediante procedimentos específicos e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercivo do direito” (p. 35 [p. 27-8]).

A discussão precedente oferece uma distinção entre regras que recomendam ou proíbem uma conduta, geram deveres e obrigações, e regras que proveem expediente a particulares para realizarem certos atos, regras que conferem poderes jurídicos. Além dessa segunda classe de regras que conferem poderes a particulares, existe uma classe de regras que também conferem poderes de natureza pública. Estas regras fazem parte da estrutura dos poderes de um Estado moderno, e estão presentes no legislativo, no administrativo e no judiciário (pp. 35-6 [p. 28]).

No caso do poder judiciário, veremos que existem regras que determinam a jurisdição, regras de cunho administrativo no âmbito judiciário (regras de organização do poder judiciário), regras que disciplinam os procedimentos

protocolares do tribunal, etc.. Em vez de obrigarem aos oficiais do poder judiciário a se comportarem ou se absterem de um determinado comportamento, estas regras antes constituem o próprio poder e determinam seu funcionamento. E mesmo que consideremos o fato de que não há qualquer impeditivo plausível à criação de regras que proíbam, e.g. juízes de julgarem fora de sua jurisdição, diz Hart, “estas regras que impõem tais deveres jurídicos [a um juiz] iriam acrescer às que lhe conferem poderes judiciais e definem sua jurisdição” (p. 37 [p. 29]). Antes de impedir que um oficial, no caso um juiz, realize certos atos, esse tipo de regra define as condições e limites de validade das decisões de um tribunal, ou seja, constituem esse órgão ou poder do Estado.

Por seu turno, no poder legislativo, veremos que existem regras especificando o objeto sobre o qual se exercer o poder de legislar, regras de cunho administrativo no âmbito legislativo (regras de organização do poder legislativo), regras que determinam a forma que devem tomar a legislação, regras que determinam os procedimentos a serem seguidos para edição de uma lei, etc.. Essas regras são constitutivas da atividade legiferante de igual modo como vimos serem no caso do judiciário. Logo, não veremos nenhuma consequência desagradável se seguir à não conformidade com o estipulado pela regra, senão apenas o resultado do ato revestido de nulidade, ou sujeito a declaração de invalidade. É certo que em alguns sistemas jurídico podem ser encontradas cominações penais relacionadas a irregularidades na atividade legislativa, porém não se trata de uma disposição intrínseca às regras que estabelecem os procedimentos e competências do poder judiciário, pois justamente, se tratam de disposições de direito criminal (p. 39 [p. 31]).

Hart está ciente de que as análises que ele faz relativamente a regras que conferem poderes, em oposição a regras que criam obrigações, não dão conta de cobrir o largo campo de variedades de leis existentes em sistemas jurídicos modernos, tratando-se apenas de “um começo” (p. 40 [p. 32]). Não obstante, ele acredita que tenha sido “feito o bastante para mostrar que algumas das características distintiva de um sistema jurídico repousam naquilo que ele provê, através dessas regras, para o exercício de poderes jurídicos privados e públicos”.

Assim como não poderiam existir crimes ou ofensas, assassinatos ou furtos, se não existissem leis criminais do tipo mandatório que se assemelha a ordens amparadas em ameaças, também não existiriam vendas, doações, testamentos ou casamentos, se não regras que conferem poderes; pois estas coisas, assim como ordens de cortes e a deliberações de corpos legislativos, consistem apenas em exercício válido de poderes jurídicos.

Se todas as regras de direito se reduzissem ao modelo de ordens coercivas e fossem inexistentes regras que conferem poderes, muito daquilo que é feito em sociedade ficaria desprovido de explicação. Mais drástico, poderia ser o caso de que muitas das ações realizadas mediante o uso de dispositivos jurídicos parecessem sem sentido à luz da explanação teórica, e não é demais lembrar que esse pecado foi cometido pelo Realismo Escandinavo. Esse seria um preço pago pela teoria de austineana por sua obstinação redutivista, e a despeito de todas a evidências contrárias “a tentação pela uniformidade é forte” a ponto de gerar alternativas que pretendem torna-la preventiva de qualquer crítica formulada nos termos em que Hart o faz. Essas alternativas são duas, devidas aos esforços teóricos de Kelsen, e Hart objeta detalhadamente.

A primeira delas pretende fazer com que o conceito de sanção inclua a nulidade e a invalidade como sanções, o que faria do modelo simples de Austin paradigma formal tanto para regras de obrigação quanto para regras que conferem poderes. Em suma, essa posição afirma que a sanção no caso da não observância de um requisito formal, equivaleria à pena no caso da violação de uma lei criminal, ou a condenação a indenizar no caso de um dano na esfera cível. Dessa forma, seríamos levados a seguir as disposições legais para formação de contratos, testamentos, etc., “tal como somos levados à obediência do direito criminal pelo pensamento da pena de prisão” (p. 42 [p. 33]). O elemento psicológico presente na sanção penal, o medo de sofrer um mal, estaria do mesmo modo presente na nulidade como sanção. Contudo, o ‘mal’ nesse caso seria não muito mais do que um inconveniente menor, poderia a nulidade sequer parecer um mal a quem constata seu ato como ineficaz.

O mais problemático, entretanto, é o fato de que as regras de direito criminal, típicas regras do modelo simples de Austin, proíbem certos atos, enquanto que as regras que conferem poderes, ao invés de proibir atos, quaisquer que sejam, *dizem como devem ser feitos certos atos com vista a obtenção de certos resultados.*

No caso de uma regra de direito criminal podemos identificar e distinguir duas coisas: um certo tipo de conduta que a regra proíbe, e a sanção pretendida para desencorajá-la. Mas como considerar à essa luz atividades sociais desejáveis tais como homens fazendo promessas recíprocas que não satisfazem às exigências legais de formação? Isto não é, como a conduta desencorajada pela lei criminal, algo que as regras jurídicas que estipulam formas jurídicas para contratos pretendesse suprimir.

A regra que confere poder para realização de um ato, tal como a celebração de um contrato, o testamento, o casamento, a votação de uma lei, o julgamento de uma ação, e tantos outros atos jurídicos, não pretende proibir ou recomendar qualquer conduta. Ela apenas diz o que deve ser feito caso se queira fazer um contrato, um testamento, decidir um caso em aberto, etc.. Se não for observada, resulta que o ato não é sequer considerado do ponto de vista jurídico, não gerando os efeitos pretendidos.

A segunda alternativa combatida por Hart procura eliminar regras que conferem poderes fazendo delas partes de regras que impõem deveres. Ela se divide em duas, uma extrema, para a qual tanto regras que impõem deveres, quanto regras que conferem poderes, são apenas antecedentes de uma regra que é dirigida aos oficiais do sistema, e uma moderada, em que apenas as regras que conferem poderes figuram como antecedentes de regras que impõem deveres aos particulares.

Segundo a forma extrema, diz Hart, existem apenas leis que encarregam os funcionários do sistema a aplicar sanções nas circunstâncias em que ocorre o fato previsto na lei (p. 44 [p. 35-6]). Desse modo, se um homem comete homicídio, a sanção vai decorrer não por existir a proibição do próprio homicídio, mas porque os oficiais são obrigados a aplicar sanções nestes casos.

Igualmente, quando um testamento tiver qualquer vício de formação, a lei obrigará aos oficiais a aplicarem uma sanção, em vez de prover as pessoas de expediente para formação de testamentos válidos. O mesmo ocorreria nas regras que especificam a jurisdição ou condicionam o processo legislativo. Em ambos os casos as leis aparecem como diretivas para aos oficiais aplicarem

sanções, nunca como procedimentos específicos que devem ser atendidos por destinatários outros que os oficiais.

A versão fraca dessa teoria reconhece que as leis provêm diretivas para os cidadãos apenas nos casos em que, como o de leis criminais, proíbe-se ou recomenda-se uma conduta específica. Entretanto, ela não considera que as leis que veiculam regras que conferem poderes possam ser vistas como diretivas para o cidadão. Não o podem por não serem ordens baseadas em ameaças, razão pela qual são fragmentos de leis genuínas, que são aquelas que provêm diretivas para os oficiais do sistema aplicarem sanções (p. 45 [p. 36]).

Em ambos os casos, a solução apresentada distorce o fenômeno jurídico. Entretanto, isso deve ser tomado como guia, uma vez que “ilumina muitos aspectos diferentes do direito” (p. 46 [p. 38]). Hart retoma o exemplo paradigmático das regras de direito criminal. A função dessas regras é designar certos tipos de comportamento para que as pessoas conduzam suas ações sem a necessidade da presença de um funcionário indicando-lhes o que fazer. Presume-se, então, que as regras sejam seguidas, independentemente de qualquer aviso dirigido pessoalmente. A advertência do funcionário somente virá na ocasião em que a regra é violada, caso em que provavelmente será imposta uma sanção. Se agora quisermos acreditar que estas regras são apenas fragmentos da regra que obrigam os funcionários a aplicarem sanções em caso de desobediência, vamos encobrir “o modo característico em que tais regras operam” (p. 47 [p. 39]).

2.3 Regras sociais e hábitos

A peça mais elementar do modelo simples de ordens coercivas de Austin é o ‘soberano’. Pois segundo esse modelo, o direito se reduz a ordens baseadas em ameaças que são emitidas por uma pessoa, ou grupo de pessoas, e que são atendidas em razão de um hábito geral de obediência por parte da população a esta pessoa ou grupo. O soberano, por tanto, é o centro que irradia comandos e pelo qual todos os comandos são atendidos. Além disso, o soberano, diferentemente do resto da população, não está em posição de obedecer a ninguém. Daí a definição de soberano: “uma pessoa ou corpo de pessoas a cujas ordens a grande maioria dos membros da sociedade obedece habitualmente e que habitualmente não obedece a qualquer outra pessoa ou pessoas” (p. 59 [p. 50]).

Hart vai atacar essa concepção de soberano a partir de duas noções presentes nela mesma. Ele vai, em primeiro lugar, procurar saber se a ideia de hábito de obediência dá conta de dois fatos, pois são características encontráveis em qualquer sistema jurídico moderno, de que [i] a autoridade do direito é exercida de forma contínua mesmo em uma longa cadeia sucessória de legisladores, e de que [ii] as leis de direito persistem ainda durante muito tempo mesmo quando seu autor, e aqueles que tinham o hábito de segui-la já não existem mais.¹⁵

¹⁵ Assim como na seção anterior, me deterei aqui apenas na análise que Hart faz do problema da continuidade do direito conforme a ideia de hábito de obediência. O que interessa aqui é ver como Hart introduz a noção de regra social para explicar o direito, e, novamente, de como ele faz isso a partir da análise do uso de expressões linguísticas em contextos de uso de regras.

Os problemas mencionados são enfrentados por Hart a partir de uma fábula. Ele convida seu leitor a “supor que existe uma população que vive num território em que reina um monarca absoluto (Rex) durante um período de tempo muito longo...” (p. 61 [p. 52]). Rex controla as ações do seu povo se valendo do uso de ordens gerais apoiadas em ameaças. Assim, ele consegue exigir certas condutas e proibir outras. As pessoas, por sua vez, atendem às ordens de Rex, e com base nisso diremos que existe um hábito geral de obediência.

Com essa pequena fábula Hart pretende ilustrar a pessoalidade da relação entre soberano e súdito, implícita no modelo de ordens apoiadas em ameaças habitualmente seguidas. E justamente nisso reside o problema.

Suponhamos agora que, após um reinado bem-sucedido Rex morre, deixando um filho, Rex II, que começa então a emitir ordens gerais. O mero facto da existência de um hábito geral de obediência a Rex I durante sua vida, não torna, por si só, provável que Rex II será habitualmente obedecido. Logo, se não dispusermos de outra coisa para continuarmos, para além do fato da obediência a Rex I e da verossimilhança de que *ele* continuaria a ser obedecido, não poderemos dizer da primeira ordem de Rex II, como poderíamos dizer da última ordem dada por Rex I, que foi dada por quem era soberano e que era, por conseguinte, direito (p. 62 [p. 53]).

O ponto de Hart é muito simples. Se faz parte da estrutura da soberania que ao soberano, no caso Rex I, seja prestada obediência de forma habitual, de que modo poderemos esperar que àquele que sucede Rex I seja prestada obediência, se lhe faltaria tempo hábil de ser obedecido, formando assim um hábito de obediência a ele? Desse modo não estaremos autorizados a dizer de Rex II que ele é soberano, uma vez que o soberano é aquele que emite ordens que são habitualmente obedecidas. Na ausência de um hábito de obediência às

ordens emitidas por Rex II, diremos apenas que “[n]ão há nada que o torne soberano desde o início”. Contudo, mais problemático que não haver um soberano desde o início no novo reinado, é o fato de que, na ausência de um soberano, segundo o modelo de soberania de Austin, não há também direito.

A resposta de Hart a esse problema é dizer que o que se passa e de fato, e “é característico de um sistema jurídico” (p. 63 [p. 53-4]), é que a continuidade do direito e do poder de sua criação são assegurados por regras específicas que regulam a “transição entre um legislador e outro”. No caso de monarquias, tratam-se de regras que regulam a sucessão do monarca, ou soberano, estipulando as qualificações para ocupar tal cargo. Pode ser o caso que

a regra atribui a sucessão ao filho mais velho, então Rex II tem um *título* para suceder seu pai. Ele terá, por ocasião da morte de seu pai, o *direito* de passar a criar direito e, quando emitir as suas primeiras ordens, poderemos ter boas razões para dizer que elas constituem já direito, antes de qualquer relação habitual de obediência entre ele, pessoalmente, e seus súditos, ter tido tempo de se firmar

e assim, a despeito do risco de que nunca venham a se estabelecer qualquer relação de obediência por parte dos súditos, será garantida a continuidade do direito pelo uso de uma *regra de sucessão*. Mas com isso, adverte Hart, já não estamos mais tratando do modelo simples de Austin. Expressões como ‘regra de sucessão’, ‘título’, ‘direito à sucessão’, etc., não são passíveis de descrição a partir do modelo de Austin, segundo o qual se construiu o “mundo jurídico simples de Rex I” (p. 63 [p. 54]).

A tensão que se estabelece é a seguinte: o modelo de ordens coercivas não exige a existência de regras, tais como a de sucessão, pois segundo ele tudo o que basta para a existência de direito é o fato de que existe um soberano que emite ordens, e que as mesmas sejam obedecidas habitualmente por seus súditos; logo, não existe nada como um direito ou título à sucessão, dependentes de direitos subjetivos. Entretanto, isso não é suficiente para explicar qualquer direito à sucessão que Rex II possa ter.

De fato, a ideia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer *direito* à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas (p. 64 [54-5]).

A forma de superar isso a discussão prévia já indicou. Sabemos que em sociedades modernas, mesmo em monarquias, *existe uma regra de sucessão*. Com efeito, a crítica ao modelo de soberania foi feita ao se chamando atenção para esse fato. Mas o que significa dizer que existe uma tal regra? Hart diz que, “[p]ara que haja um tal direito e presunção no momento da sucessão, deve ter havido [...] uma aceitação [de uma] regra, segundo a qual o novo legislador tem direito à sucessão” (p. 64 [p. 55]). Mas que quer dizer aceitar uma regra? Para explicar a noção de aceitação de uma regra, Hart vai introduzir uma distinção entre hábitos e regras sociais.

Hart diz que hábitos e regras possuem um aspecto em comum, que é a generalidade do comportamento que podemos observar.

[E]m ambos os casos, o comportamento em questão (por exemplo, o descobrir a cabeça na igreja) deve ser geral, ainda que não necessariamente invariável; [...] é repetido, sempre que a ocasião ocorra, pela maior parte do grupo.

Mas Hart identifica também “três diferenças salientes”, para além da semelhança da generalidade.

[i] regras, quando não são observadas, geram uma resposta crítica ao desvio do padrão de conduta, e as ameaças ao desvio são tratadas com uma maior pressão a fim de fazer-se observá-las;

[ii] existindo uma regra, o desvio ao padrão enunciado por ela é tomado como uma “*boa razão*” para se fazer a crítica gerada pelo desvio e, além disso, essas críticas são vistas como legítimas, tanto por aqueles que as fazem quanto pelos endereçados (pp. 65 [pp. 55-6]);

[iii] a terceira característica distintiva da regra é aquilo que Hart chama de *aspecto interno*, e que se constitui da tomada da regra, por ao menos uma parte do grupo, com um padrão a ser seguido pelo grupo como um todo (p. 65 [p. 56]).

O aspecto interno das regras é exemplificado pela observação da atitude de jogadores de xadrez. Estes não têm o mero hábito de mover a rainha sempre do mesmo modo, coisa que um observador externo pode registrar; mais do que isso eles “têm uma atitude crítico-reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos que jogam o jogo.

Cada um deles não se limita a apenas movimentar a rainha de um certo modo, mas tem um *ponto de vista*¹⁶ sobre a correção de todos que movem a rainha dessa maneira” (p. 65-6 [p. 56-7]). Quando um dos jogadores burlar uma das regras de movimento de uma das peças do tabuleiro, ou tentar fazê-lo, o grupo reagirá com críticas e demandas por conformidade às regras do jogo, alegando legitimidade na crítica. Ao fazer isso eles estarão externalizando o ponto de vista compartilhado por todos, sobre como se deve jogar o jogo de acordo com certas regras, e isso será feito com um vocabulário normativo, com o uso de expressões como ‘deve’, ‘não deve’, ‘é correto’, ‘está errado’, etc.. É neste sentido que o aspecto interno pode ser dito como estando implícito em [i] e [ii], como de fato Hart o diz (p. 65 [56]).

A introdução da ideia de regra saneia o problema da sucessão de um soberano que emite ordens baseadas em ameaças que são habitualmente obedecidas. Ela também indica, uma vez que conquistada através de uma comparação com a ideia de hábito, que os comandos de uma autoridade não podem ser entendidos em termos de um hábito de obediência. Devem antes ser entendidos como uma questão de aceitação de uma regra. Em razão disso, a fábula de Rex vai ser recontada utilizando-se a noção de regra, em vez de hábitos. O que deve ser notado, e Hart procura salientar, é que quando tratamos o problema em termos de regras, podemos diferenciar as regras que estabelecem padrões de comportamento para os súditos de Rex, da regra que diz que aquilo que é dito por Rex é uma regra de direito.

Na sua forma mais simples, esta regra dirá que quaisquer ações especificadas por Rex [...] devem ser executadas. Isto

¹⁶ Na tradução portuguesa ‘*views*’ aparece como ‘*opinião formada*’.

transforma a situação descrita no início em termos de meros hábitos de obediência a Rex; porque onde tal regra for aceite, Rex não apenas especificará de facto o que deve ser feito, mas terá o *direito* de o fazer; e não só haverá obediência geral às suas ordens, como será geralmente aceite que está *correto* obedecer-lhe (p. 66-7 [p. 57-8]).

A regra de sucessão que foi introduzida na fabula de Rex explica a razão pela qual o direito emanado por Rex I persiste na sua cadeia sucessória. Pois os súditos de Rex aceitam a regra que atribui a este autoridade para legislar, e aceitam que esta regra não limita a obediência apenas a sua pessoa, mas a qualquer um que venha a suceder-lhe (p. 67 [p. 58]).

Desse modelo de aceitação da regra Hart retira uma conclusão fundamental para seu projeto teórico. Ele diz que onde verificarmos a existência de uma tal regra de sucessão que transmite o direito ao exercício da função legislativa, seremos capazes de fundamentar dos tipos de enunciados (pp. 67-8 [p. 59]). O primeiro será o enunciado jurídico que declara o direito do sucessor de legislar. O segundo é o enunciado fático sobre a probabilidade de que o sucessor venha ser obedecido assim como seu predecessor.¹⁷

¹⁷ Essa diferença entre enunciados jurídico e enunciados será de fundamental importância para Hart ao discutir, no Capítulo VI, os fundamentos de um sistema jurídico. Por razões de economia esse ponto não será tratado nesta dissertação.

2.4 Considerações parciais

Nessa seção quero apenas retomar, brevemente, os passos da crítica de Hart ao modelo teórico de Austin, e mostrar sua significância para a discussão do capítulo seguinte.

Vimos na seção 2.1 que Hart faz comparecer no modelo teórico de Austin certos elementos que vão além da noção simples de ordens baseadas em ameaças. Esses elementos foram introduzidos a partir daquilo que sabemos fazer parte de um sistema jurídico. Eles são *generalidade, perenidade da lei no tempo, eficácia, independência e supremacia territorial*.

Hart está fazendo lembrar que a teoria não pode, em razão de pretensões científicas (redução do direito a fatos ou simplicidade), excluir de sua descrição certos elementos que a partir de nosso conhecimento ordinário, sabemos, fazem parte de um sistema jurídico.

Na seção 2.2 novamente vimos que Hart, apelando para nosso senso comum, mostra de que modo a teoria, por simplicidade, deixa de levar em consideração a diversidade de funções que o direito exerce na sociedade. Pois existem ao menos dois tipos gerais de leis. Aquelas que criam obrigações e aquelas que conferem poderes, tanto a particulares quanto para oficiais do sistema. Isso prenuncia a noção de uma regra especial que tem a função de determinar o que conta e o que não conta como direito em um sistema jurídico, que é introduzida no Capítulo IV do livro.

Na seção 2.3 vimos o modo como Hart introduz essa regra especial. A razão para isso está, mais uma vez, no fato de que a teoria de Austin, por

tendência à simplicidade, não dava conta de explicar o fenômeno sucessório, e, por consequência, a continuidade do direito. Para introduzir essa regra Hart faz uma distinção entre *regras sociais* e *hábitos*. A partir dela pode-se ver que existe uma diferença fundamental entre comportamentos ditos habituais e comportamentos segundo regras que escapa à teoria criticada, o que vai ser de radical importância para a discussão sobre o conceito de obrigação no Capítulo V.

Ao iniciar o Capítulo V de *O Conceito de Direito* Hart repassa em linhas gerais as razões pelas quais a teoria de Austin não resistiu às críticas que foram formuladas ao longo dos capítulos II, III e IV. A razão fundamental para que a teoria não tenha resistido é que

os elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não poderemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito (p. 90 [p. 80]).

Dito isto Hart vai pela última vez atacar a teoria de Austin, mas dessa vez atingindo um ponto bem específico, a noção de obrigação. Pois, para Hart, uma correta compreensão da noção de obrigação depende diretamente das noções de regra e aceitação de uma regra. Ao criticar a noção de obrigação ele prepara o terreno para a crítica fundamental, que se dirige à pretensão da teoria ao reduativismo que identificamos com Bix na introdução. A crítica à noção de obrigação como é concebida pela teoria de Austin torna-se possível uma vez conquistada a ideia de regra e sua diferenciação da noção de hábitos. O capítulo seguinte se destina à análise dessa crítica e de suas consequências para a formulação do método hartiano.

3 A determinação do método em *O Conceito de Direito*

Na segunda seção do Capítulo V d'*O Conceito de Direito* Hart apresenta o seu conceito de obrigação jurídica mediante uma crítica ao conceito de obrigação oferecido pela teoria punitiva de John Austin. A crítica se dirige, em grande parte da seção, ao domínio substantivo dessa teoria, mostrando em que ela se equivoca ao descrever a obrigação jurídica em termos de comandos e hábitos de obediência.

No final da referida seção Hart introduz os conceitos de *ponto de vista interno* e *externo* para criticar o modelo metodológico que a teoria punitiva utiliza, o que a faz incorrer no erro ao oferecer um conceito de obrigação nos termos acima mencionados. No que segue é feita uma revisão do debate, se assim pode-se dizer, entre as duas teorias e, ao final, é feita a exegese da passagem onde aparecem os conceitos de ponto de vista interno e externo, tentando demonstrar a necessidade de sua introdução como meio de evitar uma recaída nos erros da teoria punitiva.

3.1 A crítica de Hart ao modelo de obrigação jurídica da teoria punitiva

Hart inicia a segunda seção do Capítulo V d'*O Conceito de Direito* mencionando um truísmo que a teoria que concebia o direito como conjunto ordens baseadas em ameaças tomou como ponto de partida. Trata-se do fato de que, onde há direito a regular a conduta das pessoas, o comportamento em questão já não é mais (em certo sentido) facultativo, pelo contrário, é obrigatório. Porque esse é um fato evidente a respeito do direito, que qualquer

pessoa minimamente instruída compreende, Hart o toma como o ponto de partida para a sua “nova explicação do direito em termos de relação de regras primárias e secundárias” (p. 92 [82]). Esse recomeço é tão importante, que mais uma vez o filósofo repassa os erros da teoria de Austin a fim de liberar-se completamente de qualquer imagem equivocada a respeito do direito. Ele retorna, portanto, à análise da estória do assaltante armado, que sintetiza na seguinte passagem.

A ordena a B que lhe entregue o seu dinheiro e ameaça que lhe dará um tiro, se ele não obedecer. De harmonia com a teoria das ordens coercivas, esta situação ilustra a noção de obrigação ou de dever em geral. A obrigação jurídica poderia encontrar-se em situações do tipo desta; A deve ser o soberano que é obedecido de forma habitual e as ordens devem ser gerais, prescrevendo padrões de conduta e não ações individuais.

Segundo Hart, o único traço dessa estória que permitiria ver nela “o sentido da obrigação”, é o fato de que se *B* observa a ordem dada por *A*, diremos que ele foi *obrigado*. Teríamos, então, como indício da existência de uma obrigação, a ocorrência do termo ‘obrigado’ em um enunciado que descreve o fato. Mas igualmente teríamos dificuldade, afirma o filósofo, em dizer de *B*, que ele *tinha a obrigação* ou *dever* de entregar o dinheiro para *A*. Hart deliberadamente apela para o senso comum a fim de jogar luz sobre essa questão.

O que reside nessa dificuldade em dizer de *B*, que ele *tinha a obrigação*, quando foi ameaçado por *A*, é precisamente a diferença, que qualquer falante instruído sobre o direito pressente, entre dizer de alguém que ele foi obrigado e que tinha a obrigação. A segunda alternativa, em que se tem uma obrigação, veremos, implica a existência de um cenário constituído de regras, onde

podemos afirmar que uma regra específica incide sobre o caso, constituindo assim a obrigação. A primeira alternativa, por outro lado, “é frequentemente uma afirmação respeitante às crenças e motivos por que se faz uma ação...”: aplicada à estória do assaltante, denota o fato de que *B* entregou seu dinheiro para *A* somente porque tinha em vista ou acreditava na possibilidade de sofrer algum tipo de dano, caso não obedecesse. Para evitar a consequência desagradável *B* entregou o dinheiro, mesmo desejando não entregá-lo (pp 92-3 [82]).

Além dessa evidência linguística, são elencados por Hart outros dois elementos que depõem contra a utilização da noção de ser obrigado na explicação do conceito de obrigação. O primeiro, podemos dizer, está relacionado ao tamanho ou extensão do dano, em casos de descumprimento da ordem. Hart dá o exemplo jocoso de que, se em vez de ameaçar com um tiro, *A* dissesse para *B* que lhe daria um beliscão, *B* não entregaria seu dinheiro. Em outros termos, se a ameaça do que sucede à ordem não for expressiva, não haveria obrigação porque não haveria o sentimento de estar obrigado, e tampouco poderíamos dizer de *B* que *foi obrigado*. O segundo elemento diz respeito a estimativa quanto a real execução, por parte de *A* de suas ameaças. Se, e.g., *B* não tem razões suficientes para acreditar que *A* realmente causaria o dano objeto da ameaça, não poderíamos, novamente, dizer de *B* que *foi obrigado*. Estes elementos, entretanto, são considerados por Hart de menor importância, pois mesmo que presentes na noção de obrigação, “a afirmação de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente a crenças e motivos pelos quais se realizou uma ação” (p. 93 [83]). Por outro lado, diz Hart, a “afirmação de que alguém *tinha a*

obrigação de fazer algo é de tipo muito diferente”. Pois enquanto no caso do assaltante podemos dizer de *B* que foi obrigado, tendo como condições suficientes para essa afirmação apenas “os fatos sobre a ação de *B* e de suas crenças e motivos”, no caso da obrigação esses fatos são “*insuficientes* para justificar a afirmação de que ele tinha a obrigação de fazer algo... [bem como] *não são necessários* à verdade da afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo”.

Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de se apresentar para o serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de facto se apresentou ou não a prestar o serviço militar, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez.

Descartado o elemento psicológico como determinante do conceito de obrigação, Hart passa a analisar o modelo preditivo, que ele atribui a Austin. Este modelo coloca a noção de obrigação “em termos de *possibilidade* ou de *probabilidade* de que uma pessoa venha a sofrer um castigo ou ‘mal’ às mãos de outro, na hipótese de desobediência” (pp. 93-4 [83]). Troca-se, portanto, o elemento psicológico por um elemento probabilístico, não importando mais se a pessoa sente receio de sofrer um castigo, e sim do quão provável é que ela venha a sofrê-lo. Este modelo, diz Hart, não só recolocou a noção de obrigação em bases sólidas, ao recorrer ao elemento empírico, como também se apresentou, na teoria do direito, como “a única alternativa às concepções metafísicas de obrigação...” (p. 94 [pp. 83-4]). Contudo, para o filósofo, também

o modelo preditivo se mostra equivocado ao determinar a noção de obrigação em termos de possibilidade ou probabilidade de um dano superveniente ao descumprimento de uma ordem, e isso por duas razões.

Em primeiro lugar, esse modelo teórico deixa de apreciar, em sua explicação da noção de obrigação, o fato de que esta depende da existência de uma regra. Regras, havia explicado Hart na segunda seção do Capítulo IV do livro (pp. 64-6 [55-7]), têm existência através de uma atitude crítico-reflexiva¹⁸, e neste sentido elas “não são simples fundamentos para a previsão de que se seguirão reações hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que as violam, mas são também a razão ou justificção para tal reação e para a aplicação de sanções” (p. 94 [p. 84]). Em segundo lugar, Hart oferece “uma objeção mais simples” ao modelo preditivo, que consiste em um ataque à pretensão de verdade da afirmação que diz que, ‘se alguém tem uma obrigação, em caso de desobediência ela provavelmente sofrerá uma sanção’, com o seguinte exemplo.

[S]eria uma contradição dizer [de alguém] que tinha a obrigação, por exemplo, de se apresentar ao serviço militar, mas que, devido ao fato de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia ou o tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo.

O exemplo de Hart elimina a probabilidade da aplicação de uma sanção, como propõe a teoria preditiva e, deste modo, mostra que não há relação de dependência da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação, com a provável sanção que a ela pode ser endereçada. Ele concede, entretanto, que é possível que ocorram concomitantemente, e que sejam ambas verdadeiras, as

¹⁸ Cf a seção 2.3 a cima.

afirmações de que uma pessoa tem uma obrigação e a de que ela provavelmente sofrerá uma sanção. A relação dessas afirmações, contudo, *diz respeito à eficácia* de um sistema jurídico. Não haveria sentido, afirma Hart, em se dizer que uma pessoa tem uma obrigação sem que, de modo geral, possa-se prever que serão aplicadas sanções aos infratores (pp. 94-5 [84]). O que está pressuposto aqui, segundo o filósofo, é “a crença no funcionamento normal e continuado do sistema jurídico” (pp. 94-5 [85]). De qualquer forma, essa ponderação não anula a já esclarecida independência que há entre as afirmações de que uma pessoa tem uma obrigação, e as que preveem uma consequência desagradável, porque aquelas têm implícita a existência de uma regra que incide sobre o caso da pessoa que, diz-se, tem a obrigação.

3.2 A obrigação jurídica em O Conceito de Direito

Com as análises feitas até aqui Hart dá por certo que a estória do assaltante não pode, de maneira nenhuma, representar a noção de obrigação jurídica. Ele inicia, então, sua própria explicação para essa noção que, por evidência, se mostrou central.

Para compreender a ideia geral de obrigação como um passo preliminar necessário para a sua compreensão na forma jurídica, temos de recorrer a uma situação social diversa que, diferentemente da situação do assaltante armado, inclui a existência de regras sociais; isto porque esta situação contribui de dois modos para o significado da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação. Em primeiro lugar, a existência de tais regras, que transformam certos tipos de comportamento em padrões, é o pano de fundo normal, embora não afirmado, ou o contexto adequado a tal afirmação; e, em segundo lugar, a

função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular, através da chamada de atenção para o facto de que o seu caso cai sob essa regra.

O traço mais significativo dessa passagem é aquele em que Hart chama a atenção para *uma situação social onde existem regras*. O filósofo novamente remete o leitor para o Capítulo IV do livro, onde ele havia demonstrado os elementos externo e interno da regra, e de que modo a existência da regra depende da combinação desses dois elementos¹⁹. A importância em destacar a situação social onde existem regras, vem da necessidade de abandonar o modelo preditivo, que tinha por um de seus elementos o *hábito de obediência*. Ora, a distinção entre os aspectos interno e externo da regra, procura justamente marcar a diferença que há entre comportamentos meramente habituais e comportamentos segundo regras. Não se trata, à luz dessa distinção, de um hábito de seguir um comando e, portanto, de um comportamento habitual, mas antes, de um comportamento determinado por uma regra, de seguir uma regra.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a regra funciona como padrão a ser seguido, e constitui o quadro onde se pode afirmar, de uma pessoa, que tem uma obrigação. Daí, então, Hart afirma que a existência de regras sociais constituiu o “pano de fundo normal”, ou “contexto adequado”, para a afirmação de que uma pessoa tem a obrigação, e de que a “função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular” ao mostrar que sobre seu caso particular incide o esquema geral da regra.

¹⁹ Não se deve confundir o aspecto externo da regra, que é uma generalidade de comportamento externamente observável, com o mero hábito de obediência que pretende ser o elemento a que se reduz o direito quando apreciado desde uma perspectiva empiricista arquimediana. Veremos na terceira e última seção desse artigo que esse ponto de vista arquimediano é rechaçado por Hart.

Há, contudo, um traço da obrigação que não é suficientemente explicado pela distinção entre hábitos e regras. Uma das características do comportamento segundo uma regra, que foi distinguido por Hart, é o uso de um vocabulário normativo para expressar reprovação aos desvios de conduta, o que não se verifica no comportamento meramente habitual. Ocorre, diz o filósofo, que dentre a classe de termos normativos, as palavras ‘obrigação’ e ‘dever’ acarretam “certas implicações que não estão usualmente presentes nas outras [palavras da classe de termos normativos]”. Não é sempre o caso de haver uma obrigação onde há uma regra. Assim é o caso em que dizemos a alguém, que está errado em dizer ‘nóis foi’, pois existe uma regra que padroniza a maneira correta de falar. Não diremos, entretanto, que a pessoa *tinha a obrigação de falar* ‘nós fomos’, embora possamos dizer-lhe que *isso é errado* (pp. 95-6 [p. 86]). O elemento que diferencia a regra de obrigação das demais regras sociais, diz Hart, é a maior “pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se” (p. 96 [86]).

São duas as classes de regras que comportam esse elemento, a saber, regras morais e regras jurídicas. O que delimita o espaço de cada uma dessas classes de regras é o tipo de forma que toma o ato de reprovação à conduta desviante. MacCormick sintetiza esse ponto dizendo que essa pressão social, “[p]or um lado, pode consistir em um apelo à consciência de uma pessoa e aos seus sentimentos de vergonha, remorso ou culpa pelo que ela fez ou está inclinada a fazer” (MacCormick, 2010, p. 82), e nesse caso as regras de obrigação são consideradas como regras morais; “[p]or outro lado, pode tomar forma de pressões externas, tais como franca hostilidade em relação aos atos de alguém, talvez até ao ponto de sanções ou punições físicas”, que é o caso

em que se pode falar, em harmonia com Hart, em “uma forma primitiva ou rudimentar de direito” (Hart, 1996, p. 96 [1994, p. 86]). Além da maior pressão social, são elencadas outras duas características das obrigações; em primeiro lugar, essas regras são apoiadas por uma maior pressão social, uma vez que visam a proteção, e.g., de algum bem da vida primário ou de maior estima; em segundo lugar, as regras que impõem obrigações são acompanhadas de um sentimento de renúncia ou sacrifício, posto que de modo geral, significam o benefício de um em detrimento do obrigado (p. 97 [p.87]). Dessas três características surge a “figura do *vínculo* que incide sobre a pessoa obrigada”, vínculo que é manipulado, ora pelo grupo ou seus representantes oficiais, ora por um indivíduo quando o grupo lhe outorga poder para tal. Nela se encontram os fundamentos das obrigações cíveis e criminais, respectivamente para o caso do vínculo ser manipulado pelo indivíduo ou, pelo grupo ou seus oficiais.

Com o que vimos até aqui, podemos enunciar em sua completude o conceito hartiano de obrigação jurídica como segue: *Obrigação é o resultado da incidência de uma regra social sobre o caso particular de uma pessoa, o que faz com que seus atos e comportamentos já não sejam mais facultativos, em razão da maior pressão social exercida sobre as possíveis ou atuais condutas desviantes relativamente à regra em questão, uma vez que ela visa a proteção de um bem da vida primário ou de maior estima social.*

Nesse ponto Hart faz uma parada para advertir o leitor de que embora a figura do vínculo, derivada da maior pressão social, possa ser esclarecedora do conceito de obrigação, não devemos nos deixar seduzir pela ideia de que a obrigação surge do “sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigação” (p. 98 [p. 88]). A obrigação não se confunde,

embora possa ser concomitante, com o *sentir-se obrigado*. Além disso, ele faz a seguinte consideração:

Na verdade, o aspecto interno das regras é algo a que teremos de novo de nos referir, antes que possamos afastar definitivamente as pretensões da teoria preditiva. Isto porque um defensor daquela teoria bem pode perguntar por que razão estamos ainda tão preocupados em vincar o caráter inadequado da teoria preditiva, se a pressão social é um aspecto tão importante das regras de obrigação, porque [ele] dá exatamente a este aspecto um lugar central ao definir a obrigação em termos de probabilidade de que o castigo cominado ou reação hostil se seguirão ao desvio de certas linhas de conduta. A diferença pode parecer ligeira entre a análise da afirmação da obrigação como predição ou cálculo de probabilidades de reação ao desvio, e a nossa própria posição de que, embora essa afirmação pressuponha um pano de fundo em que os desvios às regras são de um modo geral enfrentados por reações hostis, todavia o seu uso característico não consiste em predizer isto, mas em dizer que o caso de uma pessoa cai sob tal regra.

Para evitar essa recaída que a figura do vínculo pode induzir, e para “afastar definitivamente” a teoria preditiva marcando a diferença entre as afirmações desta sobre a obrigação jurídica e a sua de que se trata da incidência de uma regra a um caso concreto, Hart se volta novamente para o aspecto interno das regras, e com essa volta ele pretende desferir um golpe fatal na teoria da previsibilidade.²⁰ Este último argumento contra a teoria da previsibilidade não mais se dirige ao conteúdo substantivo da teoria que caracteriza a obrigação jurídica como um comando emanado por um soberano

²⁰ É curioso notar que mesmo depois do esforço de Hart de divisar dois tipos de teorias que pretendem reduzir o direito a comportamentos habituais, aquelas que recorrem ao elemento psicológico para justificar a tomada de ações por parte daqueles que tem o hábito de seguir uma ordem, e aquelas que eliminam esse elemento e apostam somente na possibilidade ou probabilidade de um dano decorrente do não cumprimento da ordem, aqui Hart parece estar tratando das duas indistintamente, pois diz que a teoria preditiva utiliza a noção de grande pressão social, e nesse sentido apela para o sentimento de medo a possíveis reações hostis, como noção central para explicar a obrigação jurídica.

e seguido habitualmente por seus súditos. Este último argumento, pode-se dizer, vai contra a concepção epistemológica em que se move a teoria preditiva e, nesse sentido, procura demonstrar que a falha da teoria em ter pretendido reduzir a obrigação jurídica a comandos e hábitos, decorre da adoção do método das modernas ciências empíricas. Em contrapartida, e ainda que de modo bastante elíptico, o que demanda um trabalho de exegese bastante cuidadoso ao se ler nas entrelinhas, Hart propõe o seu modelo metodológico para a teoria do direito, que mais tarde foi indicado por seus comentadores como a introdução do método hermenêutico na teoria do direito.

3.3 O argumento contra o modelo metodológico da teoria preditiva e a proposta metodológica de O Conceito de Direito

A exposição dos defeitos da metodologia da teoria preditiva e a consequente proposição do modelo hermenêutico inicia com a seguinte passagem:

Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este fato oferece uma oportunidade para muitos tipos de afirmações intimamente relacionadas, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras quer apenas como um observador que não as aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes, respectivamente, os “pontos de vista interno” e “externo” (pp. 98-9 [89]).

O que precisamos reter dessa passagem é a afirmação de Hart quanto à possibilidade de serem feitos enunciados tanto da perspectiva de quem vive uma determinada realidade jurídica, quanto da perspectiva de alguém que

observa de fora essa realidade e não endossa, de modo algum, as regras do sistema jurídico em questão. Essas duas perspectivas são *chamadas* por Hart de *ponto de vista interno e ponto de vista externo*.

Ao frisarmos que essas perspectivas são *chamadas* por Hart de ponto de vista interno e externo queremos mostrar que, *até aqui*, o texto nos dá evidência de que esse par de conceitos apenas *designaria* duas formas diferentes de encarar o fato de que um grupo social possui regras de conduta. Entretanto, na passagem imediatamente posterior, surgem implicações metodológicas a partir desses conceitos. Pois o conceito de ponto de vista externo apresenta características que o levam para além dessa função designativa da perspectiva externa de observação de um sistema jurídico, e que o fazem desempenhar uma função metodológica.

Essa função metodológica surge a partir da análise dos diferentes tipos de enunciados que podem ser feitos desde o ponto de vista externo. Com isso Hart vai elucidar as diferentes perspectivas que podem ser tomadas, *como opção teórica*, ao se observar e descrever o comportamento de um grupo social. A diferença consiste em que o observador externo pode levar em conta ou não o fato de que o grupo tem seu comportamento regido por regras.

Os enunciados feitos do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo as aceita, e assim, pode referir-se do exterior ao modo pelo qual *elas* estão afetados por elas desde um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo (p. 99 [p. 89]).

Nesta passagem Hart está dizendo em suma que é possível observar um comportamento regado desde uma perspectiva externa, [i] levando em consideração o aspecto interno de regras, ou seja, considerando a atitude crítico-reflexiva que *aqueles* que vivenciam o sistema jurídico têm em relação aos padrões estabelecidos pelas regras, ou [ii] simplesmente ignorando esse aspecto interno por completo. Ao proceder deste último modo, o observador registra apenas parte do fenômeno, pois opta por observá-lo desde uma perspectiva que não leva em consideração o ponto de vista interno. Como vimos antes, o comportamento segundo regras é formado pela conjunção de um comportamento regular geral observável externamente, com uma atitude crítico-reflexiva interna. Hart diz que esse observador externo que ignora o ponto interno da regra poderá chegar a fazer previsões muito acuradas, com base nos dados coletados, sobre quais prováveis reações hostis se seguem aos eventuais desvios da conduta padrão, de modo que ele inclusive estaria habilitado a viver nesse grupo utilizando-se desse conhecimento para evitar “as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento”. O que esse observador não poderá fazer, de modo algum, é descrever a vida e as ações das pessoas que ele observa em termos de regras e obrigações jurídicas. Essa posição de um observador que, ao descrever o comportamento de um grupo social não se refere ao modo como *elas*, os que vivem conforme regras, encaram estas, é chamado por Hart de “ponto de vista externo extremo”. Quando o observador, mesmo não endossando as regras do grupo em questão, inclui na sua descrição o fato de que o grupo aceita as regras, ou seja, tem uma atitude crítico-reflexiva em relação a elas, então este observador estará situado num ponto de vista que chamaremos, seguindo a

sugestão de P. M. S. Hacker e Neil MacCormick, de *ponto de vista externo ou hermenêutico*.²¹

MacCormick faz várias observações críticas sobre esse ponto da teoria de Hart e, pode-se dizer, com isso contribuiu enormemente para tornar clara a forma como Hart expôs seu pensamento. Uma delas diz respeito sobre o que devemos entender por ponto de vista externo (MacCormick, 2010, p. 56). Isso porque Hart fala de dois tipos de descrições que poderiam ser feitas desde o ponto de vista externo.

Está claro o que Hart quer dizer quando menciona o fato de que o observador pode se restringir a um ponto de vista externo extremo, e as razões pelas quais ele crê que esse ponto de vista não dá conta do fenômeno jurídico. Mas diz MacCormick: “Um aspecto insatisfatório da exposição de Hart é que ele passa superficialmente demais pela outra variante – a variante não extrema, presumivelmente – do ‘ponto de vista externo’” (p. 57). Com efeito, a única coisa que Hart diz positivamente a respeito dessa variante é que “o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo as aceita, e assim, pode referir-se do exterior ao modo pelo qual *elas* estão afetados por elas desde um ponto de vista interno (Hart, 1996, p. 99 [1994, p. 89]). As demais conclusões que podem ser feitas a respeito dessa variante não extrema do ponto de vista externo são todas obtidas, como veremos em seguida, de forma negativa. Ou seja, é pela demonstração do que falta nas descrições do ponto de

²¹ Cumpre informar que o primeiro comentador de Hart a mencionar que pela sua posição ele estaria introduzindo a teoria hermenêutica na teoria geral do direito foi P. M. S. Hacker, no artigo ‘Hart’s Philosophy of Law’, publicado no *Law, Society, and Morality*, coletânea de ensaios em homenagem a Hart de 1971

vista externo extremo que se chega a alguma conclusão sobre o que deve conter uma descrição externa não extrema.

O esforço de MacCormick em esclarecer esse ponto gerou a nomenclatura *ponto de vista externo não extremo ou hermenêutico*. Ele ainda oferece razões que reforçam o entendimento de que este é o ponto de vista teórico que Hart defende n' *O Conceito de Direito*. Veja-se:

Se há algum ponto de vista que parece representar adequadamente aquilo que o teórico do Direito hartiano como tal deve apoiar, certamente é esse 'ponto de vista externo não extremo' descrito por Hart. Ele [Hart] se define, afinal, como um positivista jurídico, baseando-se na proposição de que o entendimento de uma lei ou de um sistema jurídico em seu caráter como tal é uma questão bastante independente da sua própria moral ou de outro compromisso de apoiar essa lei ou sistema jurídico, e da sua visão quanto à qualidade moral da lei ou do sistema jurídico em questão. Em decorrência, exatamente o que o teórico do Direito da escola de Hart deve fazer é adotar o ponto de vista de uma pessoa que entende ou procura descrever as regras jurídicas como estas são consideradas do 'ponto de vista interno', independentemente de qualquer compromisso que ele mesmo tenha a favor ou contra essas regras" (MacCormick, 2010, pp. 57-8).

A fim de evitar confusões que a falta de clareza de Hart nessa passagem pode suscitar, MacCormick passa a chamar a variante não extrema do ponto de vista externo de "ponto de vista hermenêutico" (p. 58). Temos portanto, conforme a organização de MacCormick: [i] um ponto de vista interno, que é o ponto de vista normal de quem vive a realidade de um determinado sistema jurídico; [ii] um ponto de vista hermenêutico, que é o ponto de vista de um teórico do direito preocupado em registrar o aspecto interno das regras, e; [iii] um ponto de vista externo extremo, que é o ponto de vista de um teórico que se

preocupa somente em registrar o comportamento regularmente observável de um grupo de pessoas.

Com o que vimos até agora já deve estar claro que das duas alternativas de pontos de vista externos de onde se pode observar e produzir enunciados sobre o comportamento de um grupo social que possui regras de conduta, somente o ponto de vista hermenêutico se apresenta como viável para descrever o direito. Pois somente ele permite que se descreva o fato em termos de regras e obrigações jurídicas, enquanto o ponto de vista externo extremo descreverá “em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais” (Hart, 1996, p. 99 [1994, p. 89]). Aqui Hart dá um exemplo da diferença sensível que há entre fazer-se uma descrição externa extrema e uma hermenêutica, mostrando a perda substancial em termos de alcance do objeto descrito em que incorre a descrição feita do ponto de vista externo extremo.

Para tal observador [radicalmente externo], os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes ficam vermelhas, há uma possibilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á toda uma dimensão da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz vermelha não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um sinal para eles porem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz da sinaleira está vermelha, num padrão de comportamento e numa obrigação.

Mencionar isto é trazer para o relato o modo pelo qual o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno (pp. 99-100 [pp. 89-90]).

O que Hart está dizendo é que a utilização de um método radicalmente externo mina qualquer possibilidade de uma descrição adequada do direito, porque visto de fora o direito fica reduzido a meros comportamentos sociais regularmente observáveis. Como ele dirá mais tarde por ocasião da publicação dos seus *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, se trata de um expediente inútil.

Minha principal objeção a essa redução das proposições do direito, suprimindo seu aspecto normativo, é que ela deixa de observar e de explicar a distinção crucial que há entre a simples regularidade de comportamentos humanos e o comportamento regulado por regras. Ela descarta, assim, algo vital para o entendimento não só do Direito, mas de qualquer forma de estrutura social normativa. Para entender esse fenômeno, a metodologia das ciências empíricas é inútil; o que é necessário é um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados (Hart, 2010, p. 15 [1983, p. 13]).

Explicar o direito apenas como comportamento regular deixa de fora da explicação *a razão* pela qual o comportamento em questão é assim e não de outro modo. Por outro lado, ao se oferecer uma explicação do comportamento segundo regras que considera como esse é encarado desde o ponto de vista interno, tem-se então uma teoria que é adequadamente completa, pois engloba o fenômeno por inteiro. Para Hart esse é o modo correto de se fazer teoria do

direito.²² Vemos então que com o deslocamento do conceito de ponto de vista externo de sua função designativa para uma função metodológica Hart determina o espaço teórico para a teoria do direito.

O que corrobora a leitura desse trecho final da segunda seção do Capítulo V d’*O Conceito de Direito* como voltado à determinação do método adequado para a teoria do direito, são as considerações finais de Hart nos dois últimos parágrafos da seção. Em primeiro lugar, no primeiro desses dois últimos parágrafos, Hart afirma que o ponto de vista externo extremo reproduz, de alguma forma, o ponto de vista das pessoas que vivem sob a jurisdição de algum sistema jurídico, mas atendem às regras somente por receio das possíveis respectivas reações hostis²³. Em contrapartida, ele diz, de acordo com o que já foi visto e discutido, que esse ponto de vista não pode reproduzir o modo como funcionam as regras para pessoas que as aceitam no sentido explicitado de aceitação de uma regra (Hart, 1996, p. 100 [1994, p. 90]). Trocando em miúdos, ele diz, nessa passagem, o que *faz* e o que *não faz* o ponto de vista externo extremo em termos de descrição dos fatos relativos a um grupo que possui regras de conduta; que o único alcance que o ponto de vista externo extremo pode ter sobre os fatos é sobre uma parcela da sociedade observada que não segue a razão do comportamento geral do grupo; e que justamente por isso ele deixa de apreciar por que o comportamento, tanto das pessoas que aceitam as

²² Essa forma de se conceber o método pode ser estendida da teoria geral do direito de Hart e levada para o campo de teorias particulares, como direito constitucional, direito civil, direito penal, etc.. Esse método pode oferecer ao teórico dessas disciplinas uma forma de apresentar uma exposição teórica dos seus conteúdos prevenindo-o de contaminações de cunho moral. Assim, eg., o civilista poderá oferecer uma apreciação mais fiel o possível das regras de direito civil concernentes aos procedimentos de adoção, sem introduzir avaliações morais em sua exposição.

²³ MacCormick diz que “as pessoas nessa posição ‘meramente aceitam’ ou ‘aceitam relutantemente ou sem entusiasmo’ ou ‘aceitam sem endossar completamente’ as regras” (MacCormick, 2010, p. 55).

regras quanto das que não as aceitam, é assim (conforme as regras) e não de outro modo.

Por fim, no segundo e último desses parágrafos finais, Hart assume que em qualquer sociedade que tenha regras, em algum dado momento haverá uma tensão entre as pessoas que aceitam as regras e as que apenas as seguem por receio das reações hostis. Ele diz ainda:

Uma das dificuldades que confronta qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos fatos consiste em lembrar-se da presença destes dois pontos de vista e não definir um deles como não existindo. Talvez todas nossas críticas da teoria preditiva da obrigação possam ser melhor sintetizadas na acusação de que isto é o que ela faz ao aspecto interno das regras obrigatórias (pp. 100-1 [p. 91]).

O fato de Hart enfatizar que se trata de uma deficiência *da teoria* excluir o aspecto interno das regras por que ela não é capaz de captá-lo, significa que ele está tratando de um defeito no aparato metodológico dela. Portanto, embora essa seção do livro se destine a esclarecer o conceito de obrigação, vemos que desde a passagem onde Hart introduz os conceitos de ponto de vista interno e externo para designar duas formas possíveis de encarar o fato de que um grupo possui regras de conduta, ele já não está mais tratando de criticar o conceito de obrigação da teoria preditiva, mas mostrando as razões pelas quais ela sequer atinge o fenômeno da obrigação jurídica por que seu método radicalmente externo não lhe possibilita o acesso ao aspecto interno das regras. A razão para que essa discussão sobre metodologia seja introduzida somente nesta seção parece ser aquela na qual a presente dissertação aposta. Que o método só pode ser determinado após a determinação do objeto.

A crítica ao modelo metodológico da teoria de Austin e a resposta de Hart a esse modelo só poderiam ter sido feitas com base em noções como as de *regra*, *aspecto interno*, *aceitação de uma regra*, etc.. Estas noções foram obtidas ao longo da discussão crítica simplesmente chamando-se atenção para o funcionamento de um sistema jurídico e seus elementos constitutivos, particularmente a ideia de regra. Somente com a ideia de regra Hart pode oferecer uma explicação adequada do fenômeno da obrigação jurídica, e, por oposição, mostrar a perda significativa que representa para a teoria do direito a utilização dos métodos das ciências empíricas. Com isso ele mostra a necessidade de se incluir na descrição a razão pela qual as pessoas se obrigam umas com as outras, mediante o uso de regras sociais de um tipo muito específico como as regras jurídicas de obrigação. Para fazer isso, é preciso que o teórico ocupe uma perspectiva *externa*, a fim de evitar contaminações de caráter moral na descrição, mas ao mesmo tempo pratique essa descrição de forma *compreensiva*, o que significa dizer que ele vai levar em consideração a atitude interna das pessoas do grupo em questão para com as regras que guiam suas condutas.

Conclusão

O modo como Hart concebeu sua teoria descritiva do direito pela introdução de um expediente metodológico que o possibilitava manter-se no marco positivista, sem, contudo, cair nas aporias a que o tipo de teoria austineana conduz, gerou, e ainda gera, um extenso debate. É possível que esse debate ocorra porque, como disse Peter Hacker, “*O Conceito de Direito é mais um trabalho pioneiro de síntese na filosofia jurídica do que um estudo conclusivo*” (Hacker, 1977, p. 1). Essa afirmação de Hacker, que pode parecer retirar da obra de Hart o brilho de uma das mais originais contribuições à teoria do direito que o Século XX conheceu, na verdade reconhece antes que tal esforço poderia deixar abertos caminhos inexplorados, que vieram por fim, dar ensejo a todo o debate que conhecemos.

Nesta dissertação o propósito foi salientar um aspecto que acredito é negligenciado pelo debate, mais especificamente no que diz respeito à questão do método. Que para Hart, o tipo de método que deve ser utilizado para o desenvolvimento da teoria do direito não pode ser visto como uma ferramenta disponível dentro de um quadro de ferramentas, e que possa ser escolhido de acordo com os critérios do estudioso. O método, ao contrário, deve ser, em um certo sentido, conquistado, ou, como diz o título do presente trabalho, *construído*.

De que modo e porque se deve *construir* o método? A resposta parece ser indicada naquela afirmação inicial de Hart em *Definição e Teoria*, que acredito, veicula uma concepção formal de método. Como pretendi mostrar ao longo do texto, ela conduziu tanto a formulação da concepção metodológica apresentada em *Definição e Teoria*, quanto a defendida em *O Conceito de Direito*.

Nestes dois textos a forma com Hart trata a questão do método parece ser guiada pela ideia expressa naquela afirmação, que penso, pode ser traduzida numa proposição mais simples, de que cada objeto requer um método específico, adequado às suas características. Qualquer tentativa de teorização deve levar essa recomendação a sério.

Mas essa afirmação é muito geral e, justamente por isso ela precisa ser instrumentalizada. Ao analisar o modo como Hart propõe um método para a teoria do direito em *Definição e Teoria* a partir da recomendação expressa na afirmação inicial, revelou-se que existem três momentos a serem seguidos: identificação da causa da perplexidade; determinação do objeto, e; determinação do método adequado ao objeto.

Que esse tenha sido o procedimento adotado por Hart, acredito tenha ficado claro na seção 1.1 do capítulo. Mas algo relevante escapava a Hart naquele momento. Faltava-lhe o diagnóstico, apontado por Bix e reproduzido na introdução desta dissertação, de que o problema para a teoria do direito é a tendência de tratar problemas de teoria social com o mesmo método das ciências empíricas. Na verdade, tal problema parece passar ao largo nas considerações de Hart, pois em *Definição e Teoria* o problema enfrentado é o modo de definição *filosófica* de termos jurídicos, e nem se cogita que a falta de correlatos para expressões jurídicas pudesse ser resultado do tipo de recorte que a teoria faz, assumidas algumas premissas metodológicas.

Ocorre que a fonte do problema de *Definição e Teoria* dependia da tendência positivista para o cientificismo, o que só aparece como objeto de crítica em *O Conceito de Direito*. A fonte do problema é a inexistência de correlatos empíricos para termos jurídicos, impossibilitando assim a utilização

do método tradicional de definição. Entretanto, essa inexistência de correlatos só se torna um problema exatamente quando, pela tendência cientificista, utilizamos um tipo de método que faz um recorte no objeto que o delimita apenas pelas características empiricamente observáveis. O problema se instaura por uma opção teórica que, podemos dizer, é equivocada.

Em *O Conceito de Direito* os mesmo três passos de instrumentalização da concepção formal de método são seguidos. A diferença é que nesse momento Hart está ciente do problema que constitui a utilização do método das ciências empíricas na análise do direito. E toda a crítica que ele faz a teoria de Austin se move sobre este problema. Se ao longo dos capítulos II, III e IV de *O Conceito de Direito* Hart faz uma crítica ao conteúdo substantivo da teoria de Austin, toda essa crítica só faz sentido quando se leva em consideração o fato de que os problemas nela identificados têm origem na utilização espúria do método das ciências empíricas. Essa crítica culmina no argumento apresentado ao final da segunda seção do Capítulo V, discutido aqui na seção 3.3, quando Hart mostra a insuficiência da adoção de uma perspectiva extremamente externa para a teoria do direito.

Se por um lado a crítica a Austin conduz a um argumento que vai fundamentalmente contra a concepção mesma de teoria e dos modos como ela deve proceder, por outro ela serviu para resgatar no conhecimento comum os elementos característicos de um sistema jurídico.²⁴ Estes elementos, resgatados e liberados das restrições que o método científico impunha, serão

²⁴ Talvez aqui tenhamos presente também um pouca daquele procedimento terapêutico de que Strawson nos fala, mas que até então não se mostrava tão claro ao analisar Hart. Pois o que Hart faz é, num certo sentido, liberar os conceitos das aporias a que as teorias os levaram.

sistematizados. É assim que vemos surgir o conceito de direito hartiano: um sistema de regras que surge a partir da união entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento (Hart, 1996, p. 107 [1994, pp. 97-8]). A enunciação desse conceito depende de se levar em consideração características resgatadas durante a crítica, como a generalidade e supremacia do sistema, as diferentes funções que o direito desempenha em sociedade através do uso de diferentes tipos de regras, e da própria noção de regra e de comportamento segundo regras.

Para Hart, esta estrutura mínima do sistema como união de regras serve melhor aos objetivos da teoria jurídica, de explicar conceitos corriqueiros no funcionamento do direito, como obrigação, direitos, fontes jurídicas, validade, etc., mas também aos objetivos da teoria política, em explicar conceitos como o de Estado e autoridade política (pp. 107-8 [p. 98]). Serve melhor justamente porque leva em consideração o ponto de vista interno e o *uso* característico de regras neste ponto de vista. Por isso, todos os conceitos elementares que estão presentes em um sistema jurídico moderno serão analisados por Hart no Capítulo VI de *O Conceito de Direito*, só que agora levando em consideração o ponto de vista interno e o uso das regras.

O grande feito de Hart na segunda seção do Capítulo V de *O Conceito de Direito*, foi mostrar que os conceitos jurídicos e a noção mesma de sistema jurídico, devem ser analisados levando-se em consideração a perspectiva interna do participante. Somente com base nisso ele pode levar adiante uma análise adequada do direito nos capítulos seguintes do livro.

Referências bibliográficas

1. Obras citadas

BAYLES, Michael D. *Hart's legal Philosophy: an examination*, Dordrecht: Kluwer Academic, 1992.

BIX, Brian. 'H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory', *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, pp. 167-199, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. 'The Model of Ordinary Analysis', in D'ALMEIDA, L. D.; Edwards, J. e Dolcetti, A. *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

GIANNOTTI, J. A. *Lições de Filosofia Primeira*, Cia das Letras, São Paulo: 2011.

HACKER, P. M. S. 'Hart's Philosophy of Law', in: HACKER, P. M. S.; RAZ, J. (eds). *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1971.

HART, H.L.A. *The Concept of Law*, 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *O Conceito de Direito*, 2ª edição, tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. Theory and Definition in Legal Theory, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

_____. 'Definição e Teoria na Teoria do Direito', in: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*, tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2010.

WINCH, P. *The Idea of Social Science: and its relation to philosophy*. London: Routledge, 2003.

2. Obras consultadas

COLENAM, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

D'ALMEIDA, L. D.; Edwards, J. e Dolcetti, A. *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

DWORKIN, R. 'O Modelo de Regras I', in: **DWORKIN**, R. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. 'O Modelo de Regras II', in: **DWORKIN**, R. *Levando os Direitos a Sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GARDNER, J. 'Why Law Might Emerge: Hart's Problematic Fable', in: **D'ALMEIDA**, L. D.; Edwards, J. e Dolcetti, A. *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

HACKER, P. M. S.; **RAZ**, J. (eds). *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1971.

HART, H.L.A. 'Answers to Eight Questions', in: **D'ALMEIDA**, L. D.; Edwards, J. e Dolcetti, A. *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2013.

_____. 'O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral', in: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. 'O Realismo Escandinavo', in: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. 'Kelsen Visitado', in: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KENNY, A. *A New History of Western philosophy: Philosophy in the Modern World*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LACEY, Nicola. *A Life of H.L.A. Hart*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

MICHELON JR., C. F. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERRY, Stephen. 'Hart's Methodological Positivism', pp. 311-354, in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

RAZ, Joseph. 'Two Views of the Nature of the Theory of Law: A partial comparison', in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

SHAPIRO, S. T. 'On Hart's Way Out', in: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

STRÖMHOLM, Stig. 'Legal Hermeneutics – Notes on the Early Modern Development', *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 22, pp. 213-41, 1978