

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO
Programa de Pós-Graduação em Direito

Frederico Augusto Fagundes

**LINGUAGEM, NORMAS E PRÁTICAS SOCIAIS: uma reconstrução crítico-racional
dos comprometimentos metajurídicos da teoria do direito de H. L. A. Hart**

Belo Horizonte
2026

Frederico Augusto Fagundes

**LINGUAGEM, NORMAS E PRÁTICAS SOCIAIS: uma reconstrução crítico-racional
dos comprometimentos metajurídicos da teoria do direito de H.L.A. Hart**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

Belo Horizonte

2026

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

F1561 Fagundes, Frederico Augusto
Linguagem, normas e práticas sociais [manuscrito]: uma reconstrução crítico-racional dos comprometimentos metajurídicos da teoria do direito de H.L.A Hart / Frederico Augusto Fagundes. - 2026.

148 f.

Orientador: Thiago Lopes Decat.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 143-148.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Direito - Normas - Teses. 3. Linguagem - Teses. I. Decat, Thiago Lopes. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.1



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO FREDERICO AUGUSTO FAGUNDES

Realizou-se, no dia 04 de março de 2026, às 15:00 horas, em Plataforma Virtual, pela Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *LINGUAGEM, NORMAS E PRÁTICAS SOCIAIS: uma reconstrução crítico-racional dos comprometimentos metajurídicos da teoria do direito de H. L. A. Hart*, apresentada por FREDERICO AUGUSTO FAGUNDES, número de registro 2024651911, graduado no curso de FILOSOFIA - NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Thiago Lopes Decat - Orientador (UFMG), Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG), Prof(a). Lucas Mateus Dalsotto (Universidade de Caxias do Sul).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 04 de março de 2026.

Documento assinado digitalmente
gov.br FREDERICO AUGUSTO FAGUNDES
Data: 04/03/2026 17:40:01-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Thiago Lopes Decat (Doutor) Nota: 100

Documento assinado digitalmente
gov.br THIAGO LOPES DECAT
Data: 05/03/2026 22:35:25-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (Doutor) Nota: 100

Documento assinado digitalmente
gov.br THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE
Data: 04/03/2026 18:03:41-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof(a). Lucas Mateus Dalsotto (Doutor) Nota: 100

Documento assinado digitalmente
gov.br LUCAS MATEUS DALOTTO
Data: 04/03/2026 19:01:30-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

AGRADECIMENTOS

Ao chegar ao término dessa etapa pessoal e acadêmica, não posso deixar de agradecer a todos as pessoas que possibilitaram a realização deste trabalho. A conclusão do Mestrado em Direito pela UFMG não é apenas uma conquista individual, mas o resultado do apoio e da participação de diferentes colaboradores, a nível pessoal e acadêmico, aos quais dedico um singelo agradecimento.

Primeiramente, ao querido professor Dr. Thiago Lopes Decat, agradeço por ser, desde o início da graduação em Direito, minha principal referência como professor, orientador e pesquisador. Meu interesse pela teoria e filosofia do direito e pela carreira acadêmica devem muito à sua influência.

Ao querido professor Dr. Thomas da Rosa Bustamante, outra grande referência intelectual e pessoal, agradeço pelo entusiasmo em ensinar, pela generosidade constante e pela confiança que sempre depositou em mim e em meu trabalho.

Ao professor Dr. Lucas Mateus Dalsotto, agradeço pelas valiosas críticas, elogios e contribuições oferecidas durante a defesa desta dissertação. Sou igualmente grato à professora Dra. Luciana Silva Reis, por todos os apontamentos construtivos, críticas e elogios durante o exame de qualificação.

Ao professor Dr. David Francisco Lopes Gomes, sou profundamente grato pela confiança, pelo incentivo e pela generosidade demonstrada em todos os encontros.

Ao professor Dr. Franklin Vinícius Marques Dutra, sou imensamente grato pela generosidade, confiança e pelas oportunidades acadêmicas inestimáveis e construtivas.

Aos queridos e inesquecíveis amigos da graduação em Direito, Gianluca Pereira Souza, Bruno Cordeiro, Gabriel Coelho Rodrigues, Isabela do Vale Almeida, Wallysson Albergaria, Fernanda Lemos, deixo um singelo, mas profundo agradecimento por todas as vivências, pelo afeto, pelo carinho, pelas trocas e, sobretudo, pela amizade fiel em todos esses anos.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, agradeço pela educação gratuita, de qualidade, inclusiva e plural e

por oferecer as oportunidades para que eu me desenvolvesse tanto pessoal quanto academicamente.

A todos os colegas da linha de pesquisa na Pós-graduação em Direito, agradeço pela generosidade, companheirismo e acolhimento desde o início, que me proporcionaram um imenso senso de comunidade e pertencimento. Deixo um singelo agradecimento aos queridos amigos Bárbara Ronsoni, Pedro Nobuyuki e Rangel Mendes. Agradeço especialmente aos queridos Victor Rangel, Gabriel Pessoa e Renan Coimbra, companheiros de jornada, pelas trocas, pelo carinho, pelas vivências e pela generosidade. Além disso, sou extremamente grato aos amigos e grandes referências na pós-graduação, Robson Valadares, Wendell Garcez e Lunare Amorim, por toda amizade, companheirismo, apoio e pela disposição constante em ajudar, acima de tudo nos momentos mais desafiadores dessa trajetória acadêmica.

À minha família, minha mãe, Sônia, e minhas irmãs, Roberta e Josiane, agradeço profundamente o apoio, material e emocional e o carinho que tornaram possível superar os momentos mais difíceis.

Aos meus sogros, Cristiane e Wellington, agradeço por todo o carinho, apoio e suporte incondicional pelo meu sucesso pessoal, profissional e acadêmico.

À Caroline de Oliveira Silva, meu amor, simplesmente agradeço por tudo. É impossível colocar em palavras toda a gratidão que sinto por seu companheirismo, apoio, carinho e amor, especialmente nos dias mais difíceis. Sem você, nada disso teria sido possível. Obrigado por tudo, amor!

RESUMO

A explicação acerca dos fundamentos da normatividade do direito constitui o esforço primordial da teoria e filosofia do direito de H. L. A. Hart. A consideração das falhas dos empreendimentos jusfilosóficos de seus contemporâneos levou Hart a promover uma legítima revolução metodológica na teoria do direito, ao sustentar que é necessário, para uma teoria que pretenda explicar adequadamente o caráter normativo das práticas e proposições jurídicas, fazer referência ao ponto de vista interno dos participantes da prática que concebem a própria conduta e a de outros, como orientada e avaliada por normas compartilhadas. Com isso, ao adotar a noção de ponto de vista interno como eixo explicativo estruturante de sua concepção de normatividade, Hart adere a uma abordagem fundamentalmente hermenêutica sobre o direito. Nesse sentido, o objetivo central da presente dissertação é reconstruir racionalmente os comprometimentos metajurídicos – incluindo os pressupostos pragmáticos, semânticos, metodológicos e metafísicos – que orientam e informam explícita e implicitamente a teoria do direito de Hart, notadamente em seu tratamento do fenômeno da normatividade jurídica. O primeiro passo da reconstrução racional é avaliar algumas implicações metodológicas da abordagem interpretativa de Hart, demonstrando a relevância da noção de ponto de vista interno em sua pretensão de formular uma teoria não reducionista e capaz de explicar satisfatoriamente a existência e relativa autonomia do domínio normativo. Em seguida, o presente trabalho reconstrói analiticamente as noções substantivas estruturantes da explicação hartiana acerca dimensão da pragmática normativa, orientada pelo pressuposto de que um plexo de atitudes normativas dos participantes da prática tem o condão de originar posições e status normativos genuínos. Por fim, a dissertação mapeia e reconstrói a evolução dos comprometimentos que informam as visões de Hart sobre a natureza e as funções da linguagem normativa em toda a sua carreira. Subsidiariamente, com base nos elementos recolhidos nas etapas analíticas, a mobilização de interpretações contemporâneas e, sobretudo, o recurso ao refinado aparato conceitual de Robert Brandom, o presente trabalho oferece algumas críticas às concepções de Hart: em primeiro lugar, coloca-se em questão a pretensão de neutralidade metodológica da metodologia hartiana; em segundo lugar, critica-se a teoria de Hart por endossar um modelo precário de normatividade baseado em relações assimétricas entre os sujeitos normativos, o que compromete fatalmente a capacidade de explicar a emergência de status normativos genuínos; e, finalmente, coloca-se a questão do impacto potencialmente destrutivo das visões semânticas de Hart na justificação da autoridade racional e normativa dos juízos jurídicos.

Palavras-chave: normatividade do direito; ponto de vista interno; comprometerimentos metajurídicos; atitudes normativas; juízos jurídicos

ABSTRACT

The explanation of the foundations of the normativity of law constitutes the primary focus of H. L. A. Hart's theory and philosophy of law. Consideration of the shortcomings of the legal-philosophical endeavors of his contemporaries led Hart to promote a legitimate methodological revolution in legal theory, arguing that it is necessary, for a theory that seeks to adequately explain the normative character of legal practices and propositions to refer to the internal point of view of the participants in the practice who conceive their own conduct and that of others as guided and evaluated by shared norms. Thus, by adopting the notion of internal point of view as the structuring axis of his conception of normativity, Hart adheres to a fundamentally hermeneutic approach to law. In this sense, the central objective of this dissertation is to rationally reconstruct the meta-legal commitments—including pragmatic, semantic, methodological, and metaphysical assumptions—that explicitly and implicitly guide and inform Hart's theory of law, notably in his treatment of the phenomenon of legal normativity. The first step in rational reconstruction is to evaluate some methodological implications of Hart's interpretive approach, demonstrating the relevance of the notion of internal point of view in his attempt to formulate a non-reductionist theory capable of satisfactorily explaining the existence and relative autonomy of the normative domain. Next, this paper analytically reconstructs the substantive notions that structure Hart's explanation of the normative pragmatic dimension, guided by the assumption that a plexus of normative attitudes among participants in the practice has the power to give rise to genuine normative positions and statuses. Finally, the dissertation maps and reconstructs the evolution of the commitments that inform Hart's views on the nature and functions of normative language throughout his career. Secondly, based on the elements gathered in the analytical stages, the mobilization of contemporary interpretations and, above all, the use of Robert Brandom's refined conceptual apparatus, this work offers some critiques of Hart's conceptions: first, it questions the claim of methodological neutrality of Hartian methodology; secondly, it criticizes Hart's theory for endorsing a precarious model of normativity based on asymmetrical relations between normative subjects, which fatally compromises the ability to explain the emergence of genuine normative statuses; and, finally, it raises the question of the potentially destructive impact of Hart's semantic views on the justification of the rational and normative authority of legal judgments.

Keywords: normativity of law; internal point of view; metalegal commitments; normative attitudes; legal judgments;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A DIMENSÃO METODOLÓGICA.....	16
1.1 O caminho intermediário entre os extremos na teoria do direito: a naturalização não reducionista do domínio normativo.....	16
1.2 A realidade dos status normativos e a lacuna de Hume.....	18
1.3 A crítica à inflação transcendental da normatividade jurídica em Kelsen.....	22
1.4 A contraposição ao reducionismo empírico da tradição imperativista.....	24
1.5 O ponto de vista interno: a virada metodológica da teoria do direito.....	27
1.5.1 A metodologia interpretativa.....	27
1.5.2 A ilusão de neutralidade metodológica.....	34
2 A DIMENSÃO DA PRÁTICA NORMATIVA.....	38
2.1 Entre o poder e a autoridade.....	38
2.2 Os fundamentos sociais da normatividade jurídica: os experimentos de pensamento.....	40
2.3 A transição ao mundo jurídico: o surgimento das regras secundárias.....	45
2.4 A problematização da practice theory of rules.....	49
2.4.1 As regras na dimensão da racionalidade prática segundo Joseph Raz.....	52
2.4.2 O erro categorial.....	54
2.4.3 A resposta de Hart e a rejeição da questão ontológica.....	55
2.5 O ponto de vista interno em perspectiva.....	59
2.6 Os traços distintivos da obrigação jurídica.....	64
2.6.1 A ideia geral de obrigação.....	64
2.6.2 As incoerências nas noções de obrigação.....	67
2.6.3 Uma reformulação tardia.....	74
2.7 Os comprometimentos metafísicos da normatividade: uma reconstrução brandomiana.....	77
2.7.1 Os modelos de normatividade.....	77
2.7.2 As assimetrias constitutivas do modelo hartiano de normatividade.....	82
3 A DIMENSÃO DA LINGUAGEM.....	92
3.1 A herança da filosofia da linguagem.....	92
3.1.1 Os usos performativos e o caráter não essencialista da linguagem.....	93
3.1.2 O caráter anômalo dos conceitos jurídicos.....	97

3.2 A elucidação contextual dos conceitos jurídicos.....	98
3.3 O pragmatismo metodológico do discurso normativo.....	102
3.3.1 O pragmatismo metodológico.....	102
3.3.2. Os comprometimentos teóricos do pragmatismo filosófico.....	103
3.3.3 A interpretação pragmatista de Hart.....	107
3.4 As afirmações de validade jurídica e o expressivismo metaético.....	110
3.4.1 As afirmações de validade jurídica.....	110
3.4.2 Os comprometimentos filosóficos do expressivismo metaético.....	111
3.5 As interpretações expressivistas das afirmações jurídicas internas.....	116
3.5.1 O expressivismo não-cognitivista de Kevin Toh.....	116
3.5.2 O quasi-expressivismo de Finlay e Plunkett.....	118
3.5.3 O expressivismo na dimensão pragmática segundo Kramer.....	122
3.6 O expressivismo híbrido em Concept.....	124
3.6.1 O fracasso da interpretação não cognitivista.....	124
3.6.2 O expressivismo híbrido como alternativa.....	127
3.7 A conversão hartiana à semântica descritivista.....	131
3.7.1 A cisão entre a semântica e a pragmática.....	131
3.7.2 O impacto nas interpretações.....	133
3.8 A autoridade normativa do direito.....	134
CONCLUSÃO.....	141
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

A explicação sobre a natureza e os fundamentos da normatividade jurídica constitui o esforço primordial da teoria e filosofia do direito de H. L. A. Hart. Embora tenha nutrido interesse e problematizado questões diversas sobre o fenômeno jurídico, tais como a relação entre direito e moral, ou entre direito e coerção, a questão da justiça no direito, as implicações políticas dos sistemas jurídicos, a natureza do direito internacional, entre outros, a tarefa de explicar a dimensão tipicamente normativa do direito e das proposições jurídicas, constitui a tarefa primordial e norteadora da teoria do direito de Hart. Nesse sentido, ele afirma: “a *tarefa central* da filosofia do direito é explicar a *força normativa* das proposições jurídicas”¹.

Na esteira da tradição positivista clássica, Hart vê o direito como uma prática fundamentalmente social, ancorada na ação coletiva dos participantes de uma comunidade política. Entretanto, em frontal desacordo com seus predecessores, Hart pensa que os empreendimentos filosóficos de compreensão do fenômeno jurídico eram radicalmente falhos, uma vez que lidavam com seu objeto de estudo de uma perspectiva externa. Segundo Hart, essa falha metodológica radical que afligia as teorias jusfilosóficas precedentes, tornava essas teorias não apenas incapazes de explicar a existência e a função distintiva de status e posições normativas genuínas, mas, fundamentalmente, as tornava inaptas a explicar o modo pelo qual os próprios participantes de uma prática social normativa, como o direito, veem e concebem a sua própria conduta e a de outros, a partir de uma perspectiva radicalmente *interna* à prática. Por isso, ao lidar com o direito a partir da perspectiva dos *insiders*, isto é, dos participantes engajados que mobilizam as normas jurídicas na orientação para a ação, em pretensões, avaliações e críticas de outros participantes, Hart empreende uma verdadeira *revolução metodológica* na teoria do direito contemporânea, ancorada em um projeto jusfilosófico fundamentalmente *hermenêutico*.

Além disso, Hart sustenta que as teorias do direito precedentes falharam em outro aspecto crucial: ao tentar explicar a dimensão normativa do fenômeno jurídico, elas acabaram por recair em algum tipo de reducionismo. Por um lado, algumas teorias – tipicamente os realistas e os positivistas clássicos – buscam explicar a dimensão tipicamente normativa do direito em termos puramente factuais, por meio da articulação de noções empíricas simples e claras. Por outro lado, um conjunto de teorias tenta explicar o conceito de obrigação ou dever jurídico por meio de especulações e abstrações metafísicas, vinculando a dimensão normativa

¹ HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, p. 18, destaques meus.

do direito a noções obscuras e objetos invisíveis, que supostamente existiriam misteriosamente para além do mundo dos fatos ordinários e observáveis². Assim, Hart produz uma teoria declaradamente interpretativa e não reducionista, que visa compreender o direito enquanto complexo fenômeno da vida social, articulado sobretudo por normas sociais e os usos normativos da linguagem. Dessa forma, a fim de explicar adequadamente a dimensão distintivamente normativa do direito e das afirmações jurídicas, Hart rejeita abertamente aquilo que chama de dilema de Alf Ross: “ou as explicamos [*internal legal statements*] como predições do comportamento e sentimentos judicial ou como asserções metafísicas sobre entidades não observáveis acima do mundo dos fatos”³

A partir desses antecedentes, o propósito central do presente trabalho é reconstruir racional e criticamente os comprometimentos metajurídicos, incluindo os pressupostos pragmáticos, semânticos, metodológicos e metafísicos, que orientam e estruturam a teoria do direito de Hart, especialmente em sua explicação do fenômeno da normatividade jurídica. Por isso, o tipo de investigação ora proposto é de natureza eminentemente descritiva e analítica, posto que pretende reconstruir e compreender os elementos teóricos que fundamentam explícita ou implicitamente o empreendimento hartiano de explicação do caráter vinculante do direito. Subsidiariamente, com base nos elementos recolhidos nas seções analíticas, serão formuladas, a partir de subsídios teóricos ulteriores, questões críticas acerca do sucesso da teoria de Hart em explicar adequadamente a normatividade do direito.

Trata-se, assim, de uma reconstrução analítica das várias dimensões em que se desdobram os comprometimentos (meta)teóricos de Hart. Por uma questão puramente de conveniência expositiva, preferiu-se subdividir a análise entre as dimensões metodológicas, pragmáticas e semânticas. Portanto, este trabalho não levanta pretensões ou se esforça para legitimar a teoria do direito de Hart como correta, consistente e satisfatória na explicação do fenômeno da normatividade jurídica.

O primeiro capítulo coloca sob consideração em que medida a falha substantiva que Hart identifica nas teorias do direito anteriores, vale dizer, a redução da dimensão normativa a outra dimensão que lhe é estranha, influi em sua concepção metodológica distintivamente *interpretativa*. Além disso, são trabalhadas as noções gerais e distinções que caracterizam a noção de ponto de vista interno (*internal point of view - IPOV*) de Hart, demonstrando a sua relevância e importância no tratamento das questões sobre o direito. Por fim, são levantadas

² HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 83-4.

³ HART, 1983, p. 168.

algumas críticas sobre os pressupostos de neutralidade levantados por Hart em sua metodologia pretensamente descritiva.

O segundo capítulo apresenta uma reconstrução analítica acerca dos conceitos e noções estruturantes da explicação hartiana da dimensão da pragmática normativa, notadamente as noções de aspecto interno, regras, obrigação, aceitação, etc. Ademais, o capítulo visa compreender em que medida a articulação dessas noções nas atitudes normativas distintivas dos participantes engajados, segundo Hart, tem o condão de explicar a emergência da dimensão propriamente normativa em uma comunidade política. A seção final do capítulo oferece uma breve perspectiva crítica e comparativa sobre a compreensão de Hart sobre a normatividade jurídica e sua capacidade de fundamentar a existência de status normativos genuínos, especialmente a partir do refinado instrumental teórico de Brandom sobre os modelos de normatividade.

Finalmente, o terceiro capítulo investiga em que medida o instrumental teórico que Hart herdou dos filósofos da linguagem de Oxford influenciou suas visões acerca da natureza e das funções da linguagem normativa em sua fase inicial de carreira. Em seguida, o capítulo reconstrói os comprometimentos e pressupostos que perpassam as visões semânticas hartianas em sua fase de maturidade sobre os conceitos e os juízos normativos, identificando uma filiação estreita com visões tipicamente pragmatistas e expressivistas. Ao fim do capítulo, é oferecida uma breve crítica acerca da conversão tardia de Hart a uma semântica de cunho convencionalista e extensionalista, demonstrando – mais uma vez a partir das ferramentas conceituais de Brandom – o impacto potencialmente destrutivo dessas visões semânticas na (in)capacidade de sua teoria para fundamentar a autoridade racional e normativa dos juízos jurídicos.

A pesquisa desenvolvida para a elaboração deste trabalho foi de natureza teórica. Por isso, o método adotado foi a pesquisa bibliográfica, tendo por base dados primários e secundários (textos acadêmicos) sobre as temáticas abordadas. Foram consultadas obras vinculadas ao tema, incluindo livros, artigos e resenhas de livros. Assim, foi adotado o gênero de pesquisa teórica, de caráter conceitual, posto que o objetivo do presente trabalho é apresentar, analisar e refletir criticamente acerca dos pressupostos, fundamentos e conceitos a partir dos autores apresentados. A seleção das fontes bibliográficas foi feita em função de sua relevância crítica para obter esclarecimentos a fim de comprovar ou refutar as hipóteses suscitadas no projeto.

CAPÍTULO 1 - A DIMENSÃO METODOLÓGICA

1.1 O caminho intermediário entre os extremos na teoria do direito: a naturalização não reducionista do domínio normativo

No capítulo inicial de sua principal obra, *The Concept of Law* (1961/2012), doravante *Concept*, Hart busca compreender as razões pelas quais as especulações sobre a natureza (ou “essência”) do direito têm se mostrado infundáveis e, especialmente, têm fornecido respostas demasiadamente paradoxais e exageradas acerca dos elementos constitutivos do fenômeno jurídico. Em sua crítica aos extremos das teorias que, por um lado, identificam o caráter normativo do direito nas exigências morais e metafísicas, e, por outro, aquelas que localizam a autoridade normativa do direito nas meras práticas, na psicologia ou em previsões acerca da conduta das autoridades jurídicas, Hart evidencia sua insatisfação com o traço característico da história da teoria jurídica, qual seja, a de que as respostas dadas por essas teorias são marcadas por oscilar entre os extremos⁴.

Um desses extremos é constituído pelas concepções sobre a natureza normativa do direito que a identificam como componentes puramente factuais e empíricos – como as atividades das autoridades e dos tribunais – mas que são incapazes de explicar adequadamente a relativa autonomia e independência da dimensão normativa em relação à dimensão factual. São exemplos claros dessas teorias, duramente criticadas por Hart, as teorias clássicas positivistas de Hobbes, Bentham e Austin, além das teorias realistas americanas e escandinavas. Essas teorias são caracterizadas pelo *reduccionismo empírico eliminativista* da dimensão normativa.

Por outro lado, o outro extremo na história da teoria jurídica é ocupado pelas concepções que buscam inflacionar a autoridade normativa do direito com um tipo robusto de normatividade, seja por meio da identificação estreita das exigências jurídicas às exigências morais (típica das teorias clássicas do direito natural), seja através da fundamentação da força normativa do direito na postulação ou pressuposição de uma norma fundamental de natureza lógico-transcendental (estratégia adotada pela célebre teoria de Hans Kelsen). Essas teorias, por sua vez, são caracterizadas pelo *inflacionamento metafísico ou moral* da normatividade jurídica.

A partir da percepção clara de que o projeto de compreensão do fenômeno jurídico de Hart se localiza em um território intermediário entre esses extremos da tradição na teoria do

⁴ HART, 2012, p. 8.

direito, autores, como Gerald Postema, sustentam acertadamente que a explicação hartiana da normatividade jurídica origina-se a partir dos *erros metodológicos* fundamentais identificados nas teorias filosóficas rivais⁵.

Com efeito, a teorização geral do direito de Hart é profundamente devedora da contribuição conceitual do positivismo jurídico clássico, especialmente em função da adesão à concepção de que o direito é um tipo particular de instituição social, isto é, uma prática social complexa, institucionalizada e produto histórico do artifício humano⁶. No entanto, Hart se contrapõe fortemente e resiste à atratividade filosófica da busca reducionista – típica dos positivistas clássicos – de explicar os conceitos robustamente normativos em termos dos conceitos puramente empíricos⁷.

De fato, Hart reputa como falhas as tentativas de teóricos positivistas anteriores de explicar a significação normativa que o direito tem para os participantes das práticas jurídicas, uma vez que essas tentativas a reduziram ou a meras regularidades comportamentais e psicológicas ou a outros fatos naturais. Isso comprometeu sobremaneira a capacidade dessas teorias de fazer justiça à complexidade e ao papel central que o fenômeno jurídico assume na vida e na experiência social dos membros de uma comunidade política⁸. Nesse sentido, Hart compreende que o direito é uma prática social, dotada de significação *normativa* intrínseca para aqueles que dele participam, ao constituir status normativos genuínos que orientam a conduta, fornecem razões para a ação e justificam demandas, exigências e críticas. Em suma, fornecem os parâmetros para a avaliação do comportamento social.

Assim, uma das contribuições mais originais e significativas de Hart na filosofia do direito é fornecer uma teoria que buscou compreender o domínio normativo de forma naturalizada, sem reduzi-lo a esses extremos ou eliminá-lo. A normatividade jurídica é pensada como um tipo particular de normatividade social, em que padrões e status normativos genuínos – como direitos, obrigações e razões para a ação – são *constituídos* por atitudes e práticas sociais, o que denota uma visão de mundo naturalista e ontologicamente deflacionada. Por essa razão, a estratégia de Hart pode ser vista como uma via intermediária de entendimento do direito que evita os extremos metodológicos das teorias filosóficas tradicionais (o reducionismo naturalista eliminativista e a normatividade metafisicamente robusta ou jusnaturalista), na medida em que busca uma compreensão naturalizada da

⁵ POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011, p. 272.

⁶ POSTEMA, 2011, p. 267.

⁷ POSTEMA, 2011, p. 280.

⁸ POSTEMA, 2011, p. 268

dimensão normativa, comprometida com a preservação da normatividade jurídica como um tipo genuíno e distintivo dessa normatividade, sem reduzi-la completamente aos fatos sociais que a constituem.

1.2 A realidade dos status normativos e a lacuna de Hume

Embora não se valha em momento algum do vocabulário humeano, a teoria de Hart pode ser vista, em alguma medida, como uma tentativa de transpor e superar a lacuna de Hume entre a dimensão da facticidade e a dimensão da normatividade. O erro metodológico central das teorias com as quais Hart rivaliza é, segundo ele, assentar-se, fixar-se em um dos extremos dessa lacuna. Antes de determinar os elementos da tentativa de solução hartiana, impõe-se como necessária uma elucidação prévia da natureza filosófica do desafio posto pela lacuna de Hume.

Um problema-chave enfrentado pelas tentativas de explicar o fenômeno da normatividade em geral (e da normatividade jurídica, em particular) concerne à distinção (lógica e conceitual) fundamental entre proposições descritivas e proposições normativas. Trata-se do problema filosófico conhecido como lei (ou guilhotina) de Hume. Na visão humeana, proposições puramente descritivas são incapazes de produzir, sem a inclusão de premissas normativas ulteriores, conclusões prescritivas ou normativas sobre o que se deve ou não fazer. Hume advoga uma distinção lógica irreduzível entre o domínio factual e descritivo, ou de como as coisas são; e o domínio prescritivo e avaliativo, concernente a como as coisas devem ser. Essa posição é resumida na afirmação que sintetiza a visão humeana: “*no ought from is*”⁹. Haveria, portanto, uma lacuna (*gap*) radical entre o domínio da factualidade e da normatividade.

O grande desafio para teorias do direito contemporâneas é o de unir e articular essas dimensões¹⁰. Alguns autores contemporâneos na teoria do direito, como Kelsen, assumem que essa lacuna é intransponível. Entretanto, em geral, os autores de filosofia e teoria do direito pensam que é possível fornecer uma explicação capaz de construir uma ponte que justifique uma transição satisfatória e justificável de materiais descritivos a avaliações normativas, o que explicaria a existência genuína de status e posições normativas em diversos campos, como na ética e no direito.

⁹ HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (analytical index by L. A. Selby-Bigge; 2nd ed., with text revised and notes by P. H. Nidditch). Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 469-70.

¹⁰ BIX, 2021, p. 591.

Hart pode ter assumido a superação dessa lacuna entre a dimensão da facticidade e da normatividade como condição necessária para a elucidação das normas e dos conceitos normativos, ainda que não tenha compreendido seu próprio projeto nos termos especificamente humanos.

Contudo, alguns intérpretes contemporâneos têm levantado questionamentos acerca dos comprometimentos hartianos, entre os quais Andrei Marmor. Ele sustenta que o principal objetivo de Hart em *Concept* é o de fornecer – tal como Austin – uma teoria *reducionista* do direito, isto é, uma explicação do fenômeno jurídico a partir de uma natureza mais fundamental, vale dizer, estritamente em termos de fatos sociais como as condutas, crenças e atitudes efetivas das pessoas de uma comunidade¹¹. A despeito das severas críticas que Hart levanta contra a teoria austiniana do direito, notadamente em função da ausência de um papel explicativo para a noção normativa de *regra* (*rule*), Marmor insistiu que:

Hart claramente compartilhou as visões de Austin de que o esclarecimento teórico da natureza do direito deve explicar o que o direito é em termos dos fatos sociais, fatos que podem ser explicados por meio de verdades mais fundamentais acerca de como as pessoas se comportam, o tipo de crenças que elas têm sobre sua conduta, e o tipo de atitudes e disposições que tendem a acompanhar essas crenças compartilhadas. Em outras palavras, a marca da teoria do direito de Hart é a ideia de que as regras sociais estão na fundação do direito, e que essas regras sociais, por sua vez, podem ser explicadas redutivamente em termos da conduta, crenças e atitudes efetivas das pessoas¹².

Com efeito, Marmor sustenta que a teoria de Hart, tal como a de outros positivistas clássicos, adota uma forma *constitutiva* ou *metafísica* de reducionismo, isto é, a ideia de que o direito, como um fenômeno distintivo, pode ser *completamente* explicado por outros tipos de fenômenos, mais fundamentais, quais sejam, as práticas sociais na forma de condutas, crenças compartilhadas, atitudes e disposições dos indivíduos de uma comunidade em contextos relevantes¹³. Assim, nesse modelo de explicação, as práticas sociais sob essa forma dos indivíduos constituem (e explicam) *completamente* o direito. O que é tomado como distintivo do fenômeno jurídico – como normas, regras, status e posições normativas – é pensado como completamente *redutível* a tais práticas sociais, sendo estas lógica e metafisicamente prioritárias. Logo, a relação entre as práticas sociais e as normas jurídicas na teoria hartiana poderia ser descrita, na concepção de Marmor, como de dependência não apenas lógica, mas também *metafísica*. Naturalmente, nesses termos, a interpretação de Marmor efetivamente

¹¹ MARMOR, Andrei. *Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)*. In: Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford University Press, 2013, p. 209.

¹² MARMOR, 2013, p. 214.

¹³ MARMOR, 2013, p. 216.

opera a completa eliminação e supressão metafísica do domínio normativo, não restando espaço, entre os entes que “existem”, para as normas jurídicas.

Há, no entanto, autores contemporâneos que acertadamente questionam essa interpretação reducionista de Marmor, entre os quais está Matthew Kramer¹⁴. O ponto focal da crítica de Kramer é precisamente a noção de *constitutividade* (*constitutiveness*) de que se vale a leitura de Marmor. Embora Kramer admita que a relação constitutiva entre as normas jurídicas e as práticas sociais – tais como padrões comportamentais, crenças compartilhadas e disposições de oficiais e cidadãos, e as normas jurídicas – seja uma leitura bem fundada da letra hartiana, ele rejeita fortemente que essa relação constitutiva implique um *reduccionismo* das últimas (normas jurídicas) em relação às primeiras (práticas sociais). O erro fundamental da leitura de Marmor é insistir no que Kramer designa como uma Tese da Não Contagem (*Not Counted Thesis*), quer dizer, na ideia enganosa, segundo a qual as normas jurídicas, enquanto itens constituídos por, e supostamente redutíveis a outro conjunto de fenômenos (atitudes, crenças, disposições), não devem ser consideradas em uma avaliação geral das entidades que existem e dos eventos que ocorrem¹⁵. Por isso, Kramer reputa como altamente ilusório o rótulo “*reducionista*” à explicação das normas jurídicas na teoria do direito de Hart.

Outrossim, a leitura reducionista de Marmor aproxima falsamente as teorias do direito de Hart e de Austin¹⁶, especialmente em um aspecto que Hart consistentemente se esforça para destacar, qual seja, a de que a compreensão austiniana ofusca o papel crucial desempenhado pelas normas jurídicas na fundação e estruturação de qualquer sistema jurídico¹⁷.

Ademais, Kramer conclui que essa relação de *constitutividade* entre práticas sociais e normas jurídicas, embora bem fundada, não pode ser correta e classificada como uma relação de *redutibilidade* apropriadamente¹⁸. Para demonstrar o seu ponto, Kramer se vale de um paralelo com as regras semânticas e sintáticas: tal como as normas jurídicas, as regras semânticas e sintáticas são *entidades normativas abstratas*, imanentes às práticas sociais das quais elas constituem a estrutura normativa.

As regras da semântica e da sintaxe de uma linguagem natural são coletivamente constituídas pelas ações comunicativas e disposições compartilhadas de seus usuários. Todavia, uma vez constituídas, essas regras são ontologicamente independentes dessas

¹⁴ KRAMER, Matthew, *H.L.A. Hart - The Nature of Law*, Polity: 2018.

¹⁵ KRAMER, 2018, p. 25-6.

¹⁶ Marmor afirma explicitamente que “a própria teoria do direito de Hart é reducionista tal como a de Austin”. MARMOR, 2013, p. 214.

¹⁷ KRAMER, 2018, p. 28.

¹⁸ KRAMER, 2018, p. 27-8.

mesmas práticas. A fim de demonstrar a relação entre a independência ontológica e o papel normativo das regras, Kramer insiste que:

Embora as ações comunicativas e disposições compartilhadas dos usuários de uma linguagem constituam as regras semânticas e sintáticas de uma linguagem (...), elas também são orientadas por essas regras - pois as regras guiam e estruturam as próprias ações e disposições que as mantêm¹⁹.

Kramer argumenta que ignorar a reciprocidade desse processo de *constituição* e *orientação* significa recusar a incluir as regras da sintaxe e da semântica de uma linguagem, ao lado das ações e disposições comunicativas, entre as entidades que existem e os eventos que ocorrem.

Nesse mesmo sentido, Kramer admite que Hart teria pensado que as normas de um sistema jurídico são efetivamente constituídas por certas crenças, disposições e padrões comportamentais de oficiais e cidadãos. Ele insiste que:

Embora essas normas [jurídicas] sejam constituídas pelas ações, crenças e atitudes dos oficiais e cidadãos, elas são operantes (*operative*) ao guiar as próprias ações, crenças e atitudes que as mantêm, e elas são operantes ao possibilitar a estruturação das instituições jurídicas. Dado que Hart enfatizou esses papéis orientadores e capacitores (*guiding and enabling roles*) das normas [jurídicas] (...), a alcunha “reducionista” (“*reductionist*”) aplicada a sua teorização é altamente enganosa, na melhor das hipóteses. Hart reconheceu que a constituição das normas jurídicas por ações, crenças e atitudes é completamente consistente com o fato de que as normas não são simplesmente as ações, crenças e atitudes sob uma descrição diferente.

Logo, a despeito da relação de dependência que as normas jurídicas guardam com as práticas sociais de oficiais e cidadãos de uma comunidade para efeito de sua *constituição*, é preservada a relativa independência ontológica dessas normas. Por isso:

[...] embora a independência da mente (*mind-independence*) da existência continuada de quaisquer normas jurídicas gerais é fraca, ao invés de forte, não há base para a conclusão de que essas normas devam ser omitidas em uma avaliação geral das entidades que existem e eventos que ocorrem²⁰.

Portanto, Kramer insiste que Hart repetidamente pressupõe e afirma a realidade das normas jurídicas:

As normas jurídicas podem performar essas funções orientadoras (*guiding*), estruturantes (*structuring*) e capacitadoras (*enabling*) não em virtude de serem

¹⁹ KRAMER, 2018, p. 27.

²⁰ KRAMER, 2018, p. 29.

dotadas de eficácia causal, mas, ao invés disso, em virtude das capacidades humanas de raciocinar sobre questões normativas²¹.

Desse modo, seguindo a leitura de Kramer, não há fundamentos textuais para uma interpretação da letra hartiana que negue que ele sustentou a existência genuína das normas jurídicas e dos status normativos, enquanto entidades (relativamente) ontologicamente independentes e distintas das ações e atitudes normativas que as constituem.

1.3 A crítica à inflação transcendental da normatividade jurídica em Kelsen

Em um dos extremos das teorias do direito se encontram as tentativas de inflação das fundações da autoridade normativa do direito, em termos de racionalidade, comandos divinos, moralidade e, especialmente, como postulado transcendental²². Nessa seara, encontra-se a teoria jurídica de Hans Kelsen, com a qual Hart estabelece um importante diálogo crítico.

Inicialmente, é especialmente importante ressaltar que há uma convergência fundamental entre os teóricos. Hart compartilha com Kelsen a visão de que a tarefa central da filosofia do direito é explicar a força normativa das proposições jurídicas mobilizadas tanto nos escritos acadêmicos quanto no discurso de juristas e juízes²³. Além disso, tanto Hart quanto Kelsen foram críticos obstinados das teorias reducionistas empíricas da normatividade. Ambos rejeitam a ideia de que a autoridade normativa ou força vinculante das regras e proposições jurídicas pudessem ser explicadas em termos estritamente empíricos e factuais. Eles aceitam que a dimensão da normatividade é irreduzível à dimensão da facticidade. Por isso, em alguma medida, ambos buscam lidar com o desafio posto pela guilhotina de Hume, da transposição entre os domínios factual e normativo. Entretanto, a divergência fundamental entre eles reside no modo de resolução desse desafio. Hart, como será visto adiante, parece assumir como possível a superação da lacuna, ao passo que Kelsen, ao sustentar que a distinção entre ser e dever-ser constitui um dado imediato da consciência²⁴, claramente pressupôs como intransponível a lacuna humeana entre facticidade e normatividade. Nessa medida, Kelsen condenou a solução hartiana por não ser possível estar no lado empiricista da linha que divide normas de fatos empíricos sem evitar a redução da normatividade à dimensão meramente empírica

²¹ KRAMER, 2018, p. 30.

²² POSTEMA, 2011, p. 285.

²³ HART, 1983, p. 18.

²⁴ KELSEN, 1967, p. 5-6.

Em linhas gerais, o argumento de Kelsen sustenta que a busca pelos fundamentos da autoridade normativa do direito deve ser reconduzida a uma norma fundamental pressuposta pela ciência jurídica – embora não arbitrariamente – segundo a qual é devido se conduzir de acordo com os ditames da primeira Constituição que foi concretamente determinada por uma comunidade política, o que torna possível interpretar o sentido subjetivo dos atos de vontade constituintes como sendo o seu sentido objetivo, isto é, como normas jurídicas objetivamente válidas e vinculantes²⁵. Trata-se de uma norma pensada como pressuposto para a interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas²⁶. Nesse sentido, Kelsen sustenta que a validade comum das normas de uma ordem jurídica estatal pode ser reconduzida a uma norma fundamental que fornece o fundamento último de validade objetiva desta ordem jurídica²⁷. Assim, a norma fundamental kelseniana é pensada como uma *condição lógico-transcendental* sem a qual não é possível a interpretação dos materiais jurídicos oriundos de atos de vontade dotados de sentido subjetivo como normas jurídicas que sejam efetivamente válidas²⁸.

No entanto, Hart rejeita frontalmente a “solução” de Kelsen para o problema da normatividade. A principal razão para essa rejeição é que, ao invés de identificar e explicar as fontes das quais a autoridade normativa do direito poderia fluir, Kelsen parece simplesmente assumi-la como algo já dado ao conhecimento da ciência jurídica²⁹. Na visão de Hart, não é necessária a pressuposição de uma norma transcendental já que a própria prática de tribunais e oficiais do sistema de reconhecer como autoritativa a Constituição e os materiais jurídicos que ela autoriza é capaz de explicar a normatividade genuína do direito³⁰.

Em sua leitura da concepção hartiana, especialmente do debate com Kelsen, Postema sustenta que Hart adotou uma via distintivamente humeana para colmatar a lacuna ou guilhotina de Hume, ao conceber que as práticas sociais são perfeitamente capazes de gerar normas e convenções sociais genuínas, dotadas de força normativa para além do seu mérito moral. Nesse sentido, as práticas sociais de seres humanos e as atitudes que as investem de significado constituem as fontes da normatividade jurídica na visão de Hart³¹:

Isso move a questão acerca dos fundamentos das pretensões do direito à autoridade normativa das nuvens transcendentais e a localiza diretamente na vida social humana

²⁵ KELSEN, *Pure Theory of Law*. University California Press, 1967, p. 201.

²⁶ KELSEN, 1967, p. 204.

²⁷ KELSEN, 1967, p. 202.

²⁸ KELSEN, 1967, p. 202.

²⁹ POSTEMA, 2011, p. 284.

³⁰ POSTEMA, 2011, p. 285.

³¹ POSTEMA, 2011, p. 285.

empiricamente acessível sem, no entanto, reduzi-la a categorias empíricas de conduta, sentimento ou crença.³²

Logo, Hart considerava indispensável fazer referência a fatos sociais e psicológicos no intento de compreender adequadamente, de modo não reducionista, vários aspectos do fenômeno jurídico. A pureza da teoria de Kelsen falha precisamente na medida em que exclui de consideração elementos dessa natureza. Hart ainda adverte que a insistência de Kelsen de que o pensamento jurídico deve ser interpretado não em termos de fatos ou proposições sobre o ser (*is-propositions*), mas em termos de proposições sobre o dever (*ought-propositions*) demonstra o comprometimento kelseniano com um construto metafísico que “[...] eleva o direito acima do mundo dos fatos”³³. Embora reconheça a importância das afirmações normativas (que Kelsen denomina como proposições sobre o dever) na elucidação do aspecto interno do discurso normativo, Hart pensa que elas carecem absolutamente de qualquer elemento “metafísico”, embora sua “lógica” ou estrutura seja diferente das afirmações factuais³⁴. Portanto, Hart reputou como absolutamente falha a tentativa kelseniana de fundamentar a autoridade normativa do direito em termos de um postulado transcendental do pensamento jurídico, como a norma fundamental.

1.4 A contraposição ao reducionismo empírico da tradição imperativista

Embora seja um herdeiro direto da tradição do positivismo jurídico e reconheça a atração filosófica da busca tipicamente positivista de reduzir as explicações sobre o domínio normativo a termos estritamente empíricos e factuais, Hart decididamente resiste a ela³⁵, convencido de que para explicar a normatividade do direito era preciso recorrer a conceitos distintos daqueles mobilizados nas explicações dos clássicos do positivismo jurídico. Por isso, Hart toma como alvo central de suas críticas, especialmente nos capítulos iniciais de *Concept*, as explicações de obrigação jurídica fornecidas pela tradição positivista, notadamente na forma reconstruída da teoria imperativista do direito.

Em sua forma simplificada, a teoria imperativista do direito sustentava que o direito consistia em comandos apoiados por ameaças de imposição de um mal, emitidos por um

³² POSTEMA, 2011, p. 285.

³³ HART, 1983, p. 164.

³⁴ HART, 1983, p. 166.

³⁵ POSTEMA, 2011, p. 280.

soberano a quem a maior parte das pessoas presta obediência pessoal habitual³⁶. Hart critica fortemente essa compreensão reducionista da noção de obrigação jurídica, ao sustentar que essa teoria era incapaz de explicar o uso das regras como razões para a ação e padrões de orientação da conduta individual e coletiva pelos participantes comprometidos de uma prática normativa.

Em linhas gerais, as objeções de Hart ao modelo imperativista tomaram duas estratégias básicas. Em primeiro lugar, a acusação de que esse modelo recaia em um tipo de reducionismo da *forma lógica* (*logical-form reduction*) dos diferentes tipos de regras e normas jurídicas, ao sustentar a existência de apenas uma categoria lógica das normas jurídicas, qual seja, as normas impõem obrigações (*mandatory norms*). Além disso, Hart pensa que essa teoria padecia do reducionismo *empírico* (*empirical reduction*), uma vez que ela fundamentou sua explicação do caráter normativo e vinculante das normas jurídicas em termos *estritamente* empíricos³⁷.

Ademais, na visão de Postema, Hart reconheceu e criticou amplamente dois tipos amplos de reducionismo empírico, que podem ser classificados como reducionismos *subjetivo* e *objetivo*³⁸. Na estratégia reducionista empírica *subjetiva*, há um esforço em reduzir as afirmações de obrigações a afirmações sobre os estados mentais dos indivíduos. Hart atribuiu essa forma de reducionismo às teorias de Austin, Bentham e, em parte, à de Ross. Esse reducionismo pode assumir a forma, por um lado, da redução das afirmações normativas aos fatos sobre a psicologia dos *indivíduos que impõem obrigações*, isto é, o desejo de que determinadas ações sejam realizadas ou evitadas ou, por outro, a afirmações sobre os fatos da psicologia dos *indivíduos sujeitos às obrigações*, na forma de sentimentos de compulsão em se conformar aos modos prescritos.

No que concerne ao primeiro tipo de reducionismo empírico subjetivo, dos indivíduos que impõem as obrigações, Hart argumenta que a mera expressão de um desejo para que um indivíduo se comporte de um modo determinado é incapaz de colocá-lo sob uma obrigação. A existência de uma obrigação implica, necessariamente, a existência de uma regra que institui um comportamento como devido ou o padrão a ser seguido³⁹. A noção de regra exerce, portanto, primazia explicativa sobre a ideia de obrigação. Assim, quaisquer fatos psicológicos do sujeito que declara são absolutamente incapazes de gerar, por si mesmos, quaisquer obrigações. Hart insiste fortemente que, sem a interveniência da noção de uma regra que

³⁶ HART, 2012, p. 8, 19, 23-4.

³⁷ POSTEMA, 2011, p. 273.

³⁸ POSTEMA, 2011, p. 280.

³⁹ HART, 2012, p. 85.

confere poderes, não seria possível compreender adequadamente o poder constituidor de obrigações dos comandos (*obligation-constituting power of commands*)⁴⁰.

No que tange ao reducionismo empírico subjetivo das obrigações relativamente à psicologia dos sujeitos, essa estratégia sustenta que é um erro supor que haja algo nas regras que explique seu caráter normativo e vinculante para além dos sentimentos de compulsão em se comportar de acordo com a norma e de agir contra aqueles que não se conformam com elas⁴¹. Como resultado, os adeptos a essa forma de reducionismo são céticos em relação à existência de regras, considerando-as pertencentes ao domínio da ficção⁴².

Hart insiste, ainda, que sentimentos de compulsão podem ser experimentados mesmo na ausência de obrigações, a exemplo dos casos em que alguém foi obrigado (*was obliged*) a se comportar de determinado modo em função da ameaça de imposição de um mal em caso de desobediência; nesse caso, os sentimentos, além de outros estados mentais associados, como crenças e motivações, não são suficientes para a afirmação normativa de que um sujeito tem uma obrigação (*had an obligation*). Ademais, esses sentimentos de compulsão não são sequer necessários para a constituição de uma obrigação, já que eles podem estar ausentes em casos nos quais um indivíduo está sob uma obrigação e não experimenta quaisquer sentimentos ou medos em caso de desobediência do padrão exigido⁴³.

Na interpretação de Postema, as afirmações sobre os estados mentais ligados aos sentimentos de compulsão (além das crenças e motivações subjacentes) são irrelevantes para a compreensão da noção de obrigação, pois são incapazes de oferecer as razões para a ação de um agente. Embora esses sentimentos (e outros estados internos da consciência) tenham a capacidade de *causar* ações, eles não são o tipo de elemento que pode *dirigir, justificar e sustentar* ações. Essas são tarefas que apenas as afirmações normativas podem fazer⁴⁴.

Por outro lado, Hart reconhece no trabalho de Austin uma tentativa de se distanciar das abordagens que apelam a um tipo de “*psicologismo normativo*”, ao perceber a irrelevância geral de estados mentais – como crenças, medos e motivações dos sujeitos – na determinação da existência de uma obrigação⁴⁵. Entretanto, ao fazê-lo, a teoria de Austin desembocou em uma estratégia que apela a um tipo distinto de reducionismo empírico: o *objetivo*. A estratégia reducionista empírica *objetiva* sustenta que as afirmações sobre a existência de obrigações podem ser reduzidas a afirmações sobre os padrões regulares de comportamento exibidos

⁴⁰ POSTEMA, 2011, p. 280.

⁴¹ HART, 2012, p. 11.

⁴² HART, 2012, p. 11-2.

⁴³ HART, 2012, p. 82-3.

⁴⁴ POSTEMA, 2011, p. 281.

⁴⁵ HART, 2012, p. 83.

pelos membros de um grupo social, incluindo as respostas hostis aos desvios desses padrões ou às predições concernentes a essas reações hostis. Hart atribuiu esse tipo de reducionismo *projeccionista* (*predictionist reductionism*) a diversos autores, sobretudo aos positivistas clássicos (Austin e Bentham) e aos realistas americanos e escandinavos (Holmes e Ross, respectivamente)⁴⁶.

Todavia, a maior parte das críticas elaboradas por Hart contra o reducionismo empírico objetivo é, sem dúvida, voltada às concepções de Austin sobre a obrigação jurídica, que a definiu em termos de *chance ou probabilidade* (*chance/likelihood*) de imposição de uma punição ou um ‘mal’ sobre o indivíduo sujeito à obrigação em caso de desobediência⁴⁷. Assim, os enunciados acerca das obrigações são precisamente *previsões probabilísticas* ou estimativas razoáveis acerca das possibilidades de imposição de um mal implicadas na desobediência a um padrão de comportamento veiculado pelas ordens gerais do soberano.

No entanto, Hart acredita que a concepção probabilística e preditiva da noção de obrigação é passível de duas importantes objeções: (1) É perfeitamente concebível uma situação social na qual o indivíduo tem uma obrigação e há pouca ou nenhuma probabilidade de imposição de uma punição pelo descumprimento, a exemplo do indivíduo que foge da jurisdição de um Estado⁴⁸; (2) ademais, a interpretação preditiva da obrigação obscurece o fato de que, onde existem regras, as infrações a elas não apenas fundamentam previsões de que reações hostis se seguirão, mas constitui também uma *razão* ou *justificação* para tais reações e, em seguida, para a aplicação das sanções⁴⁹.

1.5 O ponto de vista interno: a virada metodológica da teoria do direito

1.5.1 A metodologia interpretativa

Além dos vícios substantivos de que padeciam as teorias reducionistas empíricas e metafisicamente inflacionadas, a visão de Hart é de que essas teorias se equivocaram em uma questão precisamente *metodológica*: elas viam o direito e as práticas jurídicas inteiramente desde uma perspectiva “*externa*”, de modo a ignorar que as regras e normas que compõem essas práticas são dotadas de um ineliminável e constitutivo “*aspecto interno*”. Isto significa, para o autor, que ao menos alguns dos participantes da prática devem adotar especificamente um *ponto de vista interno*, manifesto em uma *atitude crítico-reflexiva* em relação aos padrões

⁴⁶ POSTEMA, 2011, p. 280.

⁴⁷ HART, 2012, p. 83.

⁴⁸ POSTEMA, 2011, p. 282.

⁴⁹ HART, 2012, p. 84.

de comportamentos instituídos pelas regras, tomando-os como padrões gerais a serem seguidos pelo grupo como um todo⁵⁰. A adoção do ponto de vista interno por, ao menos, uma porção dos membros da comunidade política, a saber, os oficiais, é tida como uma exigência e condição “necessária” para a existência do direito como prática social normativa⁵¹.

Hart delineou os contornos para a diferenciação das distintas atitudes e perspectivas que podem ser adotadas diante de um grupo social que possui regras sociais de conduta. A existência de regras de obrigação, jurídicas ou não, em um grupo social, permite a um indivíduo adotar uma atitude de mero observador das práticas, sem aceitar ele próprio as regras do grupo. Suas afirmações sobre as práticas normativas expressam o *ponto de vista externo* (*external point of view - EPOV*), consistente no registro e descrição de regularidades de comportamento observável dos membros do grupo, entre os quais, a obediência às normas, os eventuais desvios e as punições pelas condutas infratoras. A contínua observação das regularidades permitirá, ao indivíduo que adota o ponto de vista externo, a previsão e avaliação de probabilidades de imposição de punições e reações hostis aos comportamentos que constituem desvios aos padrões prescritos. As infrações observadas constituem meros *sinais*, traduzíveis em termos de descrições probabilísticas de imposição de um mal em função dos desvios aos padrões. Nesse sentido, as afirmações (*statements*) sobre o grupo não levam em consideração a adoção, por parte de seus membros, de *regras* de conduta, tampouco fazem referência às noções de obrigação e dever derivadas das regras⁵². A essa posição rigidamente externa, Hart qualifica como ponto de vista externo *extremo* (*extreme external point of view*).⁵³

No entanto, ainda que não adote as regras como um guia para a sua conduta, um observador externo poderá descrever o modo como o grupo aceita as regras de conduta e se relaciona com elas de um ponto de vista interno, isto é, na medida em que os participantes da prática social as utilizam como padrões comuns de orientação de suas condutas. Trata-se, pois, de uma atitude que expressa uma adoção “*moderada*” (não extrema) do ponto de vista externo.

Há, ainda, a perspectiva do participante que aceita e usa as regras como guia para a sua conduta e que consiste no *ponto de vista interno* (*internal point of view - IPOV*). As afirmações que veiculam a adoção do ponto de vista interno descrevem o modo como os membros do grupo concebem o seu próprio comportamento, orientado por regras que

⁵⁰ HART, 2012, p. 56; POSTEMA, 2011, p. 286.

⁵¹ HART, 2012, p. 116-7.

⁵² HART, 2012, p. 89.

⁵³ HART, 2012, p. 89.

constituem, no interior da prática, os padrões comuns compartilhados de formulação de críticas e exigências de conformidade às regras, e fundamentam as censuras aos infratores ou aqueles que ameaçam se desviar da conduta prescrita. Trata-se, pois, da atitude distintivamente normativa que os participantes engajados adotam diante das regras e que se expressa tipicamente em afirmações normativas internas⁵⁴. Isso significa que os participantes que adotam o ponto de vista interno são aqueles que tratam o direito como fornecedor de razões para a ação⁵⁵.

Hart sustenta incisivamente que, a fim de compreender o sentido distintivamente normativo, não meramente factual, das práticas jurídicas, é necessário fazer referência ao papel central desempenhado pelo ponto de vista interno dos participantes ou *insiders* dessas práticas. É precisamente esse elemento *metodológico*, vale dizer, a referência ao ponto de vista dos participantes engajados e comprometidos pela prática jurídica, que as teorias do direito anteriores – especialmente as teorias positivistas e realistas – falharam em considerar na sua tentativa de fornecer uma explicação sobre o sentido e a autoridade normativa do direito. A fim de demonstrar a distinção crucial entre as meras regularidades do comportamento humano e o comportamento efetivamente governado por regras, Hart assevera que:

Para a compreensão disso [de qualquer forma de estrutura social normativa, incluindo o direito], a metodologia das ciências empíricas é inútil; o que é necessário é um método ‘*hermenêutico*’ que envolve retratar o comportamento governado por regras (*rule-governed behaviour*) como ele aparece aos seus participantes, que o vêem como se conformando ou falhando em se conformar a determinados padrões compartilhados⁵⁶.

Por isso, a metodologia explicativa de Hart pode ser caracterizada como fortemente *interpretativa*, posto que visa compreender diretamente o sentido que os próprios participantes dão às suas ações e atitudes normativas em uma prática social estruturada por regras. Assim, o fracasso metodológico das teorias predecessoras como as realistas e, especialmente, positivistas, o que inclui a teoria de Kelsen e, sobretudo, a teoria imperativista de Austin, residiu na desconsideração do *ponto de vista interno* dos participantes, ao lidar com o fenômeno jurídico apenas desde a perspectiva externa (extrema) de um “*observador*” das regularidades comportamentais, empiricamente observáveis, exibidas pelas práticas jurídicas,

⁵⁴ HART, 2012, p. 90.

⁵⁵ BIX, 2018, p. 33.

⁵⁶ HART, 1983, p. 13, destaques meus.

o que fatalmente compromete o potencial explicativo do crucial *significado normativo* que essas práticas têm para os seus participantes.

Embora a importância do *ponto de vista interno* na teorização geral sobre o caráter normativo do direito para Hart esteja fora de dúvidas, alguns intérpretes têm levantado questões acerca dos delineamentos ou dos traços distintivos dessa perspectiva do participante em relação aos pontos de vista externos.

Postema identifica, inicialmente, como um elemento possível para explicar a distinção entre as perspectivas interna e externa, a diferença de preocupação que orienta essas visões. O ponto de vista externo do observador, praticamente desengajado, parece estar orientado fundamentalmente por preocupações *teóricas*; ao passo que o ponto de vista interno é aquele do sujeito que tem preocupações tipicamente *práticas*, uma vez que é adotado pelos participantes que buscam respostas, ainda que parciais, à questão acerca do que *deve* ser feito⁵⁷.

No entanto, o próprio Postema rejeita essa diferenciação em termos do tipo de preocupações que orienta essas atitudes, visto que outros participantes da prática jurídica, os participantes “*alienados*”, como o “*bad man*” (uma perspectiva auto interessada e que se preocupa com as normas jurídicas apenas como previsões do comportamento judicial futuro⁵⁸) o “*malefactor*” (que leva em consideração o direito apenas nas ocasiões e nos modos pelos quais ele funciona de modo diverso aos seus interesses⁵⁹) e as *vítimas* dos regimes jurídicos opressivos (para as quais os benefícios do conjunto de abstenções mútuas que um sistema jurídico proporciona não é estendido e, portanto, não têm razões para obedecer voluntariamente às demandas do direito⁶⁰), são dotados de preocupações intensamente *práticas*, isto é, consideram as demandas jurídicas na estrutura de seu raciocínio prático, mas, ainda assim, são tratadas como operando em uma perspectiva externa ao direito em sua operação como “padrão comum compartilhado”⁶¹.

Dessa forma, o que diferencia os participantes que adotam o ponto de vista interno dos participantes alienados e que, nessa condição, assumem um ponto de vista externo ao direito, é que os últimos não são propriamente participantes da prática, na medida em que as regras não figuram no seu raciocínio prático *como regras*, ou seja, como guias e orientadoras de suas decisões e ações e como razões em si mesmas para o agente avaliar a própria conduta e a de

⁵⁷ POSTEMA, 2011, p. 287.

⁵⁸ HART, 2012, p. 40.

⁵⁹ HART, 1983, p. 93.

⁶⁰ HART, 2012, p. 200-2.

⁶¹ POSTEMA, 2011, p. 287; HART, 2012, p. 102.

outros⁶². Embora igualmente prática, a perspectiva dos participantes alienados não se confunde com o ponto de vista “normativo” do participante comprometido⁶³. Nesse mesmo sentido, Brian Bix define que os participantes engajados, e que adotam o ponto de vista interno, são aqueles que *tratam* o direito como dando razões para a ação⁶⁴. Disso decorre que o direito, enquanto prática social, opera precisamente na dimensão da racionalidade prática. Kramer, por seu turno, enfatiza que os participantes que vêem o direito do ponto de vista interno são aqueles que adotam a *atitude crítico-reflexiva* em relação às normas que impõem deveres sobre os sujeitos em uma prática normativa⁶⁵.

Portanto, o método hermenêutico de Hart exige levar em consideração os participantes que adotam uma *atitude normativa distintiva* diante do direito, isto é, os *insiders*, que aceitam as regras como fornecendo os padrões de comportamento não apenas para si próprios, como uma questão meramente pessoal, mas eminentemente social, isto é, como provendo os padrões exigíveis para o grupo como um todo⁶⁶. Além disso, o comprometimento do participante que leva a sério o aspecto interno das regras se *manifesta* no *uso* das regras como padrões orientadores e críticos para a ação⁶⁷.

Hart salienta, no entanto, que o comprometimento do participante não precisa estar fundado em qualquer percepção acerca do valor ou mérito moral substantivo da prática. Ele insiste incisivamente na ideia, herdada dos positivistas clássicos, de que a crença na justificação moral das regras não é a única justificativa para a adoção da atitude normativa de aceitação das regras convencionais da prática⁶⁸. Com efeito, a adesão do participante engajado pode repousar em uma variedade de razões, tais como em cálculos prudenciais auto interessados, no mero desejo de continuar uma determinada tradição, na preocupação desinteressada pelos outros participantes, entre outras⁶⁹. Hart insiste que:

[...] algumas regras podem ser aceitas simplesmente por deferência à tradição ou pelo desejo de se identificar com outros, ou pela crença de que a sociedade sabe melhor o que é vantajoso para os indivíduos. Essas atitudes podem coexistir com uma percepção mais ou menos vívida de que as regras são moralmente questionáveis⁷⁰.

⁶² POSTEMA, 2011, p. 288.

⁶³ POSTEMA, 2011, p. 288-9; HART, 1983, p. 93.

⁶⁴ BIX, 2018, p. 33.

⁶⁵ KRAMER, 2018, p. 61.

⁶⁶ HART, 2012, p. 56.

⁶⁷ HART, 2012, p. 155.

⁶⁸ KRAMER, 2018, p. 62.

⁶⁹ HART, 2012, p. 232.

⁷⁰ HART, 2012, p. 257.

Outro ponto de interesse nesse debate acerca das perspectivas é que, embora Hart não seja explícito quanto a esse ponto, o ponto de vista que é efetivamente assumido pelo teórico do direito – que leva em consideração o *método hermenêutico*, quer dizer, que busca compreender e retratar o comportamento governado por regras do modo como ele aparece para os próprios participantes da prática, incluindo a própria teoria hartiana – é precisamente o *ponto de vista externo moderado*⁷¹. Trata-se da perspectiva que reconhece e dá papel explicativo ao aspecto interno das regras visto da perspectiva dos participantes da prática normativa que adotam o ponto de vista interno⁷².

Kramer concebe a perspectiva externa *moderada* como o ponto de vista do teórico que, sem ignorar as regularidades comportamentais externas típicas do observador externo *extremo*, se preocupa precipuamente em *atribuir* atitudes, crenças e preocupações normativas às pessoas que participam de uma prática ou instituição normativa, e que assumem, por isso, o ponto de vista interno, ao levar em consideração, em sua explicação dessas práticas e instituições, justamente os modos pelos quais os participantes comprometidos percebem sua própria conduta⁷³. Por isso, o observador moderado, tal como o observador externo, não assume as atitudes normativas de comprometimento com a prática ou instituição normativa que ele tipicamente imputa ou atribui aos participantes engajados. Kramer afirma, sobre o teórico que assume o ponto de vista externo *moderado*, que:

Embora ele [observador moderado], é claro, detecte as regularidades de comportamento em que consistem essas instituições e práticas, ele também reconhece que as perspectivas (*outlooks*) de aceitação, comprometimento ou fidelidade são operantes nesses padrões de comportamento, e ele atribui essas perspectivas às pessoas envolvidas⁷⁴.

Kramer elabora fortes críticas ao tratamento “desdenhoso” dado por Hart ao ponto de vista externo *moderado* em seus escritos. Segundo ele, a perspectiva moderada foi negligenciada na teoria hartiana em dois aspectos salientes. Em primeiro lugar, Hart teria induzido seus leitores ao erro quando sugere que a perspectiva adotada pelos cidadãos que evitam a atitude crítico-reflexiva (e, por isso, rejeitam as regras e as tratam apenas como sinal de uma punição possível) era o ponto de vista externo *extremo*:

Em qualquer dado momento da vida de uma sociedade que vive com regras, jurídicas ou não, é provável que virá a consistir em uma tensão entre aqueles que, de

⁷¹ KRAMER, 2018, p. 63; POSTEMA, 2011, p. 287.

⁷² HART, 2012, p. 90; POSTEMA, 2011, p. 287.

⁷³ KRAMER, 2018, p. 62-3.

⁷⁴ KRAMER, 2018, p. 63.

um lado, aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras e, assim, veem o próprio comportamento e o de outros em termos de regras, e aqueles que, de outro lado, rejeitam as regras e se atentam a elas apenas do ponto de vista externo como um sinal de possível punição⁷⁵.

Kramer objeta essa sugestão, sustentando que, na verdade, o ponto de vista adotado pelos cidadãos que veem as regras apenas como sinais de possível sanção é o ponto de vista externo *moderado*. Embora o cidadão “descontente”, como ele se refere, caracterize-se como tal precisamente por não compartilhar as atitudes normativas distintivas dos participantes que voluntariamente cooperam e aceitam as regras, ele deve de se atentar, e não se cegar, ao fato de que essas atitudes são mantidas pelos participantes engajados, a fim de que ele seja capaz de perseguir seus objetivos auto interessados de modo mais eficaz⁷⁶. Por conseguinte, só resta ao participante desengajado adotar o ponto de vista externo moderado.

Em segundo lugar, para Kramer, Hart também induz seus leitores ao erro quando se refere ao uso do vocabulário deontico em atribuições de deveres e obrigações jurídicas como traço distintivo do ponto de vista interno, contrastando fortemente com o ponto de vista externo extremo e desconsiderando completamente o ponto de vista externo moderado⁷⁷. Sobre o uso das expressões tipicamente normativas, que aplicam o vocabulário deontico em termos de obrigações e deveres, Hart pensa que sejam possíveis apenas aqueles:

[...] que veem seu próprio comportamento e de outras pessoas do ponto de vista interno. O que o ponto de vista externo, que se limita às regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras nas vidas daqueles que normalmente constituem a maioria da sociedade⁷⁸.

Nesse sentido, Kramer insiste que o filósofo do direito (tal como o próprio Hart) faz uso e se beneficia do vocabulário deontico e dos conceitos distintivamente normativos associados, a fim de explicar adequadamente o modo pelo qual as normas que estruturam as práticas e instituições jurídicas são mantidas como normas pelos seus participantes⁷⁹. Mais precisamente:

[...] a sua [do filósofo do direito] tarefa como um observador externo moderado é *apreender* as atitudes normativas dos participantes de modo que ele possa *atribuir* a

⁷⁵ HART, 2012, p. 90-1.

⁷⁶ KRAMER, 2018, p. 64.

⁷⁷ KRAMER, 2018, p. 64.

⁷⁸ HART, 2012, p. 90.

⁷⁹ KRAMER, 2018, p. 64-5.

eles essas próprias atitudes. Ele não pode realizar essa tarefa sem compreender as percepções dos participantes acerca de seus próprios esforços⁸⁰.

Portanto, a tarefa central da teoria do direito de Hart, situada no terreno da perspectiva externa moderada e engajada no empreendimento interpretativo, é apreender as percepções e o modo como os próprios participantes dão sentido à sua prática, de modo a compreender em que medida as atitudes normativas dos participantes engajados são competentes e capazes de *constituir e manter* as normas (por conseguinte, os status e posições normativas) que, por seu turno, orientam e informam as próprias práticas e instituições.

1.5.2 A ilusão de neutralidade metodológica

A adoção dessa metodologia puramente descritiva, no entanto, não esteve isenta de questionamentos entre os teóricos no campo da teoria e filosofia do direito. Os pressupostos metodológicos assinalados na teoria do direito de Hart foram objeto de indagações, especialmente sobre a alegada pretensão de neutralidade metodológica que Hart sustentou enfaticamente em toda a sua carreira, sob a forma do positivismo metodológico ou descritivo. Especialmente em *Concept*, Hart concebe que o seu empreendimento teórico era uma tentativa de descrição moralmente neutra e puramente descritiva do fenômeno jurídico. Ele assume que a teoria do direito pode oferecer uma explicação sobre a estrutura do direito sem se comprometer com fundamentos morais que a justifiquem. Ele sustenta, inclusive, que seu trabalho pode ser considerado um *ensaio de sociologia descritiva*⁸¹.

Após a recepção crítica à sua principal obra, sobretudo as objeções de Dworkin aos comprometimentos do positivismo metodológico, Hart reafirma a sua posição em seu famoso pós-escrito à *Concept*, no qual concebe seu trabalho como uma teoria *geral e descritiva* sobre o que é o fenômeno jurídico. É *geral* na medida em que busca fornecer uma explicação esclarecedora do direito, em termos globais e não comprometida com um sistema jurídico específico, como uma instituição social e política complexa dotada de um aspecto normativo. E é *descritiva* visto que é moralmente neutra e não levanta pretensões justificatórias⁸².

Desde então, uma série de objeções à pretensão hartiana de compreensão do direito em termos puramente descritivos, moralmente neutros e não normativos têm sido levantadas. O direito, como instituição social que regula o comportamento e fornece razões para a ação, tem

⁸⁰ KRAMER, 2018, p. 65, destaques meus.

⁸¹ HART, 2012, p. vi

⁸² HART, 2012, p. 239-240

sentido distintivamente normativo para os participantes engajados e que proferem enunciados internos à prática. Essa é precisamente a concepção hartiana sobre a dimensão prioritariamente normativa do direito para os indivíduos que adotam o ponto de vista interno às regras e as utilizam como guia e padrão de avaliação de condutas. Assim, nos últimos anos, teóricos do calibre de Gerald Postema, em *Jurisprudence as Practical Philosophy* (1998)⁸³, esforçaram-se para apontar as deficiências do positivismo metodológico de Hart como uma compreensão adequada do direito. Segundo Postema, a tarefa da teoria do direito é iluminar e explicar a *autoridade normativa* do direito. Por isso, o empreendimento filosófico que busca dar sentido à prática jurídica deve ser, fundamental e inescapavelmente, normativo. O filósofo do direito deve, na visão de Postema, necessariamente formular juízos avaliativos e normativos caso objetive-se elucidar adequadamente a natureza do direito⁸⁴.

Na esteira da argumentação de Postema, Margaret Martin insiste em *Postema on Hart : the illusion of value-neutrality*⁸⁵ que, a despeito de Hart ter os recursos teóricos para explicar o caráter normativo do direito, suas concepções, especialmente a partir da tipologia das figuras (o participante comprometido, o *bad man*, a vítima, etc) revelam um comprometimento implícito com uma série de juízos morais que, no limite, minam completamente a possibilidade de manutenção, sem contradição, de sua pretensão metodológica de neutralidade⁸⁶. Dentre os juízos morais subjacentes com os quais Hart compromete-se, notadamente na discussão sobre o sistema de proteções mútuas que um sistema jurídico fornece a uma comunidade política, Martin sustenta que o *bad man* é assumido como *mau* pois ele não se comporta como *deveria*, ainda que beneficiado pelo conjunto de proteções, ao passo que o *participante comprometido* se comporta *corretamente* pois ele aceitou as exigências e demandas do direito e trata as normas como razões autoritativas para a ação, uma vez que ele desfruta do conjunto de proteções mútuas que o sistema jurídico fornece⁸⁷. Destarte, Martin argumenta que uma série de pressuposições morais estão latentes nas concepções hartianas.

Além disso, Postema e Martin desafiam as pretensões fundamentais do positivismo metodológico de Hart, sobretudo a ideia de que a teoria do direito deve se ater a descrever objetivamente o direito, isento de considerações normativas. Novamente, Martin compartilha

⁸³ POSTEMA, Gerald J. *Jurisprudence as Practical Philosophy*. Legal Theory 4 (3):, 1998, p. 329-357.

⁸⁴ POSTEMA, 1998, p. 333.

⁸⁵ MARTIN, Margaret. *Postema on Hart : the illusion of value-neutrality*. In Thomas da Rosa de Bustamante & Thiago Lopes Decat (eds.), *Philosophy of law as an integral part of philosophy: Essays on the jurisprudence of Gerald J. Postema*. New York, NY: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2020.

⁸⁶ MARTIN, 2020, p. 203.

⁸⁷ MARTIN, 2020, p. 195.

do entendimento de Postema de que as principais escolhas na teoria do direito de Hart são fundamentalmente baseadas em pressuposições e juízos normativos. A exemplo disso, os autores questionam a pretensão de que os filósofos devem se atentar à perspectiva do *participante comprometido*, a fim de compreender a natureza do direito, em detrimento da perspectiva de outros participantes, como juízes, juristas, cidadãos conscientes e altos funcionários de governo, o que revela a natureza controversa da escolha teórica de Hart. Trata-se de uma escolha que está longe de ser clara e unívoca⁸⁸. A escolha de priorizar a perspectiva desse tipo particular de participante, o comprometido, já envolve a assunção, sem argumento ou justificativa ulterior, de juízos normativos sobre o que é ou não importante⁸⁹. Em última instância, Martin e Postema contestam as pretensões metodológicas de Hart segundo as quais é possível oferecer uma teoria descritiva do direito moralmente neutra e desprovida de reivindicações morais subjacentes.

Thomas Bustamante, por seu turno, fornece argumentos adicionais para o exame crítico dos pressupostos metodológicos positivistas de Hart em *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart* (2015)⁹⁰. A objeção central de Bustamante é que a noção fulcral do ponto de vista interno, na medida em que reivindica uma abordagem eminentemente hermenêutica do direito, contém “o germe para a destruição do ontologismo essencialista que caracteriza as teses filosóficas do positivismo descritivo”⁹¹. Em primeiro lugar, o autor justificou essa afirmação sugerindo que Hart, enquanto herdeiro declarado da tradição positivista de Bentham, negligencia elementos cruciais da teoria do direito benthamiana, especialmente a distinção entre os domínios “expositórios” (*expository*) e “censórios” (*ensorial*) da teoria do direito (*jurisprudence*). A teoria do direito expositória buscaria a descrição objetiva do direito positivo como um fato social, ao passo que a censória teria como escopo uma tarefa propriamente normativa, vale dizer, a investigação, com base no princípio racional da utilidade, de quais regras jurídicas *deveriam* ser estabelecidas por todos os sistemas jurídicos. Mediado pela leitura de Postema, Bustamante sustenta que o projeto teórico e filosófico de Bentham de compreensão do direito pode ser corretamente caracterizado como um tipo de *positivismo normativo* ou *prescritivo*, isto é, Bentham teria pensado sua teoria do direito como parte de um projeto político mais amplo, ligado à sua teoria da legislação, contribuindo, em última análise, para a realização de

⁸⁸ MARTIN, 2020, p. 197-8.

⁸⁹ MARTIN, 2020, p. 200.

⁹⁰ BUSTAMANTE, T. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí (SC), v. 20, n. 1, p. 307–327, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n1.p307-327.

⁹¹ BUSTAMANTE, 2015, p. 309.

seu projeto normativo de sociedade, orientado pela filosofia utilitarista⁹². Nesse sentido, Hart, ainda que herdeiro filosófico de Bentham, teria reconhecido como comprometimento metodológico fundamental apenas o primeiro domínio da *jurisprudence*, isto é, a ideia de que a teoria do direito se restringe a uma tentativa de descrição objetiva e valorativamente neutra do direito, sob a forma do *positivismo descritivo* ou *metodológico*.

Todavia, Bustamante argumenta que a centralidade da noção de ponto de vista interno como elemento-chave da compreensão (e, em certo sentido, da constituição) do caráter normativo do direito, isto é, de sua capacidade para orientar e fornecer razões para a ação, exige que a investigação sobre o direito abandone a pretensa neutralidade metodológica em favor de uma explicação que assuma os inevitáveis elementos normativos e avaliativos que estão implicados na adoção da perspectiva do participante comprometido. Assim, em linhas gerais, a adoção do ponto de vista interno na compreensão do aspecto distintivamente normativo do direito constitui o que o autor denomina de uma “*virada hermenêutica*” na teoria do direito. São, de modo preciso, as implicações necessariamente normativas da adoção de uma posição metateórica que privilegia a perspectiva do participante comprometido na compreensão do direito que constituem, segundo Bustamante, o germe da destruição do ontologismo essencialista que subjaz ao positivismo descritivo⁹³.

⁹² BUSTAMANTE, 2015, p. 312.

⁹³ BUSTAMANTE, 2015, p. 309.

CAPÍTULO 2 - A DIMENSÃO DA PRÁTICA NORMATIVA

2.1 Entre o poder e a autoridade

Um dos aspectos mais notáveis do pensamento de Hart foi o esforço contínuo para oferecer uma explicação sobre o fenômeno da normatividade jurídica que não o reduzisse às dimensões factuais da força e do poder. Indubitavelmente, Hart se opõe às teorias que explicam a natureza do direito baseadas na sanção, notadamente aquelas que dispunham da capacidade de coerção como um elemento central em suas explicações do caráter distintivamente vinculante do direito. Assim, o princípio subjacente à posição hartiana é o de que, a fim de explicar o direito em termos do exercício de um tipo de *autoridade prática*, que é um status tipicamente normativo, é necessário mobilizar outros elementos explicativos além daqueles trazidos pelas teorias que reduziram a vinculatividade do direito ao exercício do poder, pelo soberano ou pelas instituições aplicadoras do direito, em uma comunidade político-jurídica.

Com efeito, em *Concept*, esse princípio está subjacente especialmente nas críticas aos modelos teóricos de Kelsen e Austin. Embora tenha pensado o fenômeno jurídico em termos de normas, Kelsen pensa que os sistemas jurídicos podem ser definidos como ordens sociais coativas, isto é, como estruturas institucionalmente organizadas para a aplicação de sanções aos infratores das normas jurídicas instituídas pelos órgãos jurídicos. Kelsen pensa o direito como “a norma primária que estatui a sanção”⁹⁴. As normas genuínas, na visão de Kelsen, são ordens condicionais dirigidas às autoridades para aplicar sanções aos infratores das obrigações jurídicas⁹⁵. Logo, a função primária e central das normas jurídicas é estatuir atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica em resposta aos atos e situações considerados socialmente perniciosos⁹⁶. Não obstante, o próprio Kelsen, ao se apressar para não incluir o emprego da força física como um componente “essencial” do direito, faz com que a dimensão da força e do poder socialmente organizado represente um componente central em sua explicação das normas e da normatividade do direito.

A outra teoria discutida por Hart, a teoria imperativista, remonta a autores positivistas clássicos, como Hobbes e Bentham, mas foi representada especialmente na principal obra de John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* de 1832. Trata-se do modelo de compreensão do direito mais influente na primeira metade do século XX. Em linhas gerais, o

⁹⁴ KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1949, p. 61.

⁹⁵ HART, 2012, p. 36.

⁹⁶ KELSEN, 1967, p. 33-4.

modelo de Austin esforça-se para explicar que o fenômeno jurídico, onde quer que ele se manifeste, se reduz à comandos, sob a forma de ordens gerais de um soberano apoiadas por ameaças de imposição de um mal. Com efeito, no âmbito das diversas críticas formuladas ao modelo imperativista, Hart identifica uma falha substantiva fundamental: a incapacidade do modelo austiniano em explicar, de modo satisfatório, em que medida os meros hábitos de obediência aos comandos de um soberano são capazes de elucidar os conceitos jurídicos e instituir os status tipicamente normativos, como as noções de autoridade, direitos (*rights*), deveres, obrigações, responsabilidades, etc. Austin se vale de elementos teóricos puramente descritivos, como hábitos de obediência, ordens, sanção, entretanto, é incapaz de explicar em que medida a combinação desses elementos fundamenta asserções de caráter normativo, como aqueles consistentes na existência de direitos e obrigações entre os membros de uma comunidade política. Em última instância, o ponto fulcral da objeção de Hart é de que o modelo teórico de soberania é incapaz de elucidar a origem e a natureza das posições e dos status normativos específicos que caracterizam uma prática social normativa, como o direito. Ele acredita que tanto a teoria de Kelsen quanto a de Austin devem ser rejeitadas na medida em que:

Ambas as versões dessa teoria tentam reduzir as variedades aparentemente distintas das regras jurídicas a uma única forma que supostamente expressa a quintessência do direito. Ambas, de modos diferentes, tornam a sanção um elemento centralmente importante, e ambas falharão se for mostrado que o direito sem sanções é perfeitamente concebível⁹⁷.

Assim, a teoria de Hart é orientada pela ideia de que a autoridade que o direito exerce (ou pretende exercer) sobre os participantes de uma prática jurídica é um fenômeno radicalmente distinto e irreduzível ao mero exercício do poder e da força.

É precisamente a partir dessa crítica ao modelo da soberania que Hart estrutura a sua própria concepção dos fundamentos da normatividade jurídica. Segundo ele, é necessária a existência de uma prática social mais complexa do que aquela descrita no modelo da soberania e que pode ser definida, em síntese, como a prática social de *aceitação de regras*⁹⁸. Contudo, é relevante salientar que, tal como Austin, Hart esforça-se para explicar a natureza normativa do direito sem recorrer aos extremos teóricos, quais sejam, o psicologismo normativo – que localiza a vinculatividade do direito em estados mentais subjetivos, como os sentimentos de compulsão e restrição exibidos por alguns indivíduos sujeitos a obrigações –

⁹⁷ HART, 2012, p. 38.

⁹⁸ HART, 2012, p. 55-6.

ou ainda, na pressuposição de entidades normativas metafísica e moralmente inflacionadas – que ultrapassam as atitudes dos sujeitos que integram as práticas sociais normativas.

Isto posto, na concepção hartiana, a normatividade do direito é instituída por práticas *sociais*, de caráter *geral* e com uma estrutura muito mais *sofisticada* do que aquelas concebidas pelos teóricos anteriores. Por isso, todo o esforço intelectual dispensado no restante de *Concept* (e em textos posteriores) recaiu sobre a tarefa de compreender adequadamente as dinâmicas e atitudes subjacentes que instituem as posições e status normativos específicos, como direitos, deveres e obrigações em uma determinada comunidade. Assim, Hart assume um comprometimento distintivo com uma forma de naturalização das normas jurídicas, ao concebê-las como produtos de práticas e atitudes humanas sem, no entanto, reduzi-las a essas práticas sociais.

O presente capítulo tem como objetivo central elaborar uma reconstrução analítica abrangente sobre o modo como Hart concebe as atitudes normativas distintivas dos participantes comprometimentos em uma prática normativa, desvelando seus comprometimentos implícitos, repercussões, problemas e relações. Ao fim do capítulo, é oferecida uma breve crítica acerca do mérito relativo dos componentes substantivos da teoria de Hart na tentativa de fundamentação do domínio normativo, sob a ótica dos modelos de normatividade apresentados por Robert Brandom.

2.2 Os fundamentos sociais da normatividade jurídica: os experimentos de pensamento

Hart oferece, em resposta às concepções baseadas na sanção, uma explicação do direito centrada na ideia de *regra*. De fato, a análise da normatividade do direito de Hart tem, como primeiro passo, precisamente a consideração da noção geral de regras ou normas⁹⁹. A objeção central às teorias baseadas na sanção é a ideia de que, para fazer jus à complexidade do direito, uma explicação satisfatória deve, necessariamente, fazer referência ao ponto de vista daqueles indivíduos que aceitam, cooperam voluntariamente com as regras e veem seu comportamento como orientado por regras. A conclusão é a análise do conceito de direito em termos da combinação de regras de diferentes níveis e funções sociais, qual seja, a combinação entre regras primárias e secundárias. Hart acredita que essa combinação de elementos seja dotada de grande poder explicativo, uma vez que o capacita a dar conta

⁹⁹ POSTEMA, 2011, p. 280.

especialmente daquilo que as teorias precedentes não foram capazes, isto é, do ponto de vista interno, daqueles que *usam* as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros¹⁰⁰. A introdução do que Hart nomeia regras secundárias como remédios para as deficiências do modelo social não oficial regido apenas por regras primárias foi considerada o passo decisivo para a passagem do mundo pré-jurídico para o mundo indiscutivelmente jurídico. Embora o próprio Hart conceda que a combinação entre esses tipos distintivos de regras não seria capaz de elucidar todas as dificuldades ligadas ao conceito de direito, ele enfatiza que essa ideia estaria no centro de um sistema jurídico moderno¹⁰¹.

Para elucidar adequadamente a transição entre o mundo pré-jurídico para o propriamente jurídico, é necessário recorrer aos elementos explicativos que Hart apresenta particularmente em dois experimentos de pensamento durante sua exposição em *Concept*. O primeiro experimento, trazido no capítulo IV, consiste na sociedade regida pelas ordens gerais baseadas em ameaças do monarca absoluto Rex. O segundo é apresentado no capítulo V, e concerne a uma sociedade destituída das instituições e autoridades típicas de um sistema jurídico moderno e estruturada apenas por um regime não oficial de regras primárias de obrigação.

O primeiro elemento explicativo para a compreensão da normatividade jurídica é a noção de regra (rule). Hart concebe, no experimento de pensamento do capítulo V, a possibilidade da existência de uma comunidade pré-jurídica que dispusesse somente de um regime não oficial de regras primárias de obrigação, cujo “único meio de controle social é a atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento” entendido em termos de regras de obrigação¹⁰². Nesse sentido, em uma sociedade sem direito, a conduta dos indivíduos é governada pelas regras que os membros consideram os modos aceitáveis e apropriados de se comportar¹⁰³. É justamente essa atitude geral do grupo que constitui os padrões comportamentais exigíveis da comunidade, as regras sociais. Hart pensa que a referência a essas atitudes gerais do grupo, como manifestação mais básica e elementar do ponto de vista de um participante da prática normativa, é um componente central na elucidação do conceito de obrigação (*obligation*):

Sob o regime simples de regras primárias, o ponto de vista interno é manifesto em sua forma mais simples, no uso dessas regras como a base para críticas, e como justificação de demandas por conformidade, na pressão social e em punições. A

¹⁰⁰ HART, 2012, p. 98.

¹⁰¹ HART, 2012, p. 99.

¹⁰² HART, 2012, p. 91.

¹⁰³ BEEHLER, 1978, p. 123.

referência a essa manifestação mais elementar do ponto de vista interno é exigida para a análise dos conceitos básicos de obrigação e dever¹⁰⁴.

Hart acredita que a existência de uma comunidade estruturada apenas por um regime não oficial de regras de obrigação deve satisfazer duas condições básicas: i) instituir restrições a comportamentos nocivos à comunidade, como restrições ao uso da violência, ao furto e à fraude; e ii) ser composta, em sua maioria, por membros que endossam, aceitam e se comportam em conformidade com as regras de conduta do grupo, a fim de garantir uma pressão social forte diante de uma eventual minoria que rejeita as regras¹⁰⁵.

Alguns intérpretes visualizaram, na segunda condição, qual seja, o endosso e a aceitação das regras pela maioria da sociedade como padrões de comportamento exigíveis, o cerne da explicação de Hart da razão subjacente ao caráter vinculante e obrigatório dessas regras¹⁰⁶. As regras “primárias” não oficiais da comunidade pré-jurídica são obrigatórias, nessa visão, precisamente pelo fato de serem aceitas e praticadas pela maior parte do grupo. Essa interpretação, no entanto, é discrepante com o que é elaborado pelo próprio Hart no tratamento da ideia geral de obrigação, conforme será visto posteriormente.

Com efeito, os aspectos distintivos do fenômeno da aceitação de regras sociais, no entanto, são delineados por Hart no experimento de pensamento do capítulo IV, em uma sociedade governada pelo monarca absoluto Rex. Ele concebeu a existência de regras sociais, em contraposição a meros hábitos comportamentais convergentes da teoria imperativista de Austin, como um tipo de prática social muito mais complexa.

Na diferenciação entre a existência de um hábito convergente e a aceitação de uma regra em um grupo social, Hart identifica uma semelhança fundamental, qual seja, em ambos os casos, o comportamento externo dos indivíduos deve ser geral (embora não invariável), ou seja, a maior parte do grupo social deve repeti-lo quando surge a ocasião social a eles relacionada. Trata-se do aspecto externo (*external aspect*), isto é, o comportamento uniforme e regular, externamente identificável, compartilhado entre regras e hábitos¹⁰⁷.

Todavia, Hart visualiza três proeminentes *diferenças*. Em primeiro lugar, a existência de um hábito esgota-se apenas no fenômeno da convergência geral de comportamento observável. O afastamento eventual da conduta usual não é passível de qualquer forma de crítica. No que concerne às regras, no entanto, “os desvios são geralmente considerados lapsos ou faltas sujeitas à crítica, e as ameaças de desvios sofrem pressão por conformidade,

¹⁰⁴ HART, 2012, p. 98.

¹⁰⁵ HART, 2012, p. 91-2.

¹⁰⁶ BEEHLER, 1978, p. 124.

¹⁰⁷ HART, 2012, p. 56.

embora as formas de crítica e pressão sejam diferentes em função de diferentes tipos de regras”¹⁰⁸. Assim, regras são constituídas por uma atitude crítica no que concerne aos comportamentos desviantes e na pressão exercida diante das ameaças de desvios.

A segunda diferença consiste na aceitação da legitimidade das críticas formuladas aos desvios dos padrões instituídos pelas regras. Os desvios são encarados como boas razões para a formulação de críticas e exigências de conformidade. Isso significa a introdução, na concepção hartiana de regra, de um elemento de justificação nas ocasiões de críticas e exigências aos comportamentos desviantes dos padrões que as regras veiculam¹⁰⁹. Hart salienta que, em geral, tais críticas são percebidas como legítimas e justificadas tanto por aqueles que as fazem quanto por aqueles a quem são dirigidas tais reivindicações.

A terceira característica peculiar às regras sociais, de certo modo implícita nas outras duas, é o que Hart denomina de *aspecto interno* das regras (*internal aspect of rules*). Ao contrário dos hábitos sociais, cuja existência se esgota na regularidade de comportamento observável pela maior parte do grupo, a existência de regras depende de que pelo menos alguns membros do grupo considerem o comportamento como padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo¹¹⁰. Trata-se justamente da *atitude crítico-reflexiva* (*critical reflective attitude*) diante dos padrões comportamentais, tomando-os exigíveis para si e para os outros. Essa atitude distintivamente normativa, segundo Hart, se manifesta em “críticas e exigências de conformidade feitas aos outros quando ocorrem desvios ou ameaças de desvios ao padrão, e no reconhecimento da legitimidade dessas críticas e exigências quando recebidas de outros participantes”¹¹¹. Ademais, na expressão dessas críticas, exigências e reconhecimentos, é utilizada uma linguagem normativa abrangente (*wide range of ‘normative’ language*), consistente na terminologia normativa de deve, tem que, certo e errado (*‘ought’, ‘must’, ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’*)¹¹².

Hart apressa-se para enfatizar que essa atitude crítico-reflexiva, diante dos padrões comportamentais do grupo, não envolve necessariamente (embora possa estar acompanhada destes) os sentimentos e as experiências psicológicas de restrição e compulsão. O que é exigido do participante da prática é uma atitude distintivamente racional e reflexiva. Essa atitude normativa fulcral é explicitada e manifesta em outras atitudes normativas, como

¹⁰⁸ HART, 2012, p. 55.

¹⁰⁹ HART, 2012, p. 55-56.

¹¹⁰ HART, 2012, p. 56.

¹¹¹ HART, 2012, p. 57.

¹¹² HART, 2012, p. 57.

críticas (incluindo autocrítica), demandas por conformidade, justificações, reivindicações e outras exigências mobilizadas com referência à regra da prática.

Em sua crítica às supostas incoerências na teoria hartiana, Beehler sustenta que Hart iguala a noção de “aspecto interno das regras” e a atitude de “aceitação das regras”. Ele pensa que é possível, a partir dos elementos teóricos fornecidos por Hart, distinguir o *caráter crítico* envolvido na aceitação das regras sociais da própria *atitude* de aceitação de uma regra entre aqueles que partilham o ponto de vista interno do participante¹¹³. Beehler insiste que, no âmbito da perspectiva interna, é possível diferenciar, por um lado, o participante que usa as regras como guia de sua conduta pelo fato de *aceitar* as regras e, por outro, o participante que, sem propriamente endossar o conteúdo, é capaz de usar as regras como guia a fim de evitar ser punido pela desobediência¹¹⁴. Nos termos em que apresenta o aspecto interno das regras, sustenta Beehler, Hart compromete-se com a ideia de que esse aspecto crítico é o exercício da *reflexividade crítica* necessária para a *observância* voluntária das regras, incluindo a avaliação da conduta de outros em termos das regras, o apelo para a obediência às regras, a justificação de demandas para a correção da conduta de outros, e assim por diante. Beehler pensa que, na melhor interpretação de Hart, nenhuma dessas atitudes implica, necessariamente, a atitude de aceitação, no sentido de endosso, das regras¹¹⁵.

Desse modo, o aspecto interno das regras se manifesta eminentemente na obediência às regras (*rule-following*) e no manejo destas para críticas, avaliações, demandas, etc. Trata-se, portanto, de uma atitude distintivamente racional, o que não envolve, obrigatoriamente, um componente volitivo, no sentido de endosso das regras. Beehler acredita que a ideia de aceitação, como será visto adiante, está ligada à noção de ponto de vista interno do participante. No entanto, Hart teria confundido essas noções com o conceito de aspecto interno das regras¹¹⁶.

MacCormick, por seu turno, oferece uma compreensão diferente dos comprometimentos ligados à noção de aspecto interno das regras. Ele pensa que a atitude crítico-reflexiva do participante diante das regras, percebendo-a em seu aspecto interno, envolve necessariamente dois elementos de naturezas distintas: um elemento de cognição, captado pelo termo “reflexivo” (*reflective*), e um elemento ou relação de volição (*volition*) ou vontade (*will*), captada pelo termo “crítico” (*critical*)¹¹⁷. Além disso, Maccormick argumenta

¹¹³ BEEHLER, 1978, p. 139.

¹¹⁴ BEEHLER, 1978, p. 139.

¹¹⁵ BEEHLER, 1978, p. 140.

¹¹⁶ BEEHLER, 1978, p. 140.

¹¹⁷ MACCORMICK, 2008, p. 47.

que o elemento de cognição se evidencia na noção de “padrão de comportamento” ligado às regras, e envolve a capacidade de conceber, em termos gerais, a relação abstrata de determinado ato com certas circunstâncias. Isso significa que o participante deve ser capaz de avaliar ações reais ou cogitadas diante de padrões gerais e abstratos, identificando exemplos de conformidade ou desconformidade com o padrão de comportamento exigido pela regra¹¹⁸.

O elemento volitivo, por seu turno, compreende o desejo ou preferência de realização dos atos, ou abstenção destes, quando surgirem as circunstâncias previstas. O comprometimento volitivo envolve também a preferência de que o padrão seja sustentado por outros nas circunstâncias relevantes¹¹⁹. MacCormick adverte, no entanto, que é possível distinguir elementos volitivos de elementos afetivos ou emocionais nas atitudes humanas. O próprio Hart destaca que a apreciação do aspecto interno das regras pelo participante não exige necessariamente a experimentação de “sentimentos” de restrição ou compulsão.

2.3 A transição ao mundo jurídico: o surgimento das regras secundárias

O experimento de pensamento do modelo social governado por Rex permitiu a Hart elaborar uma complexificação ulterior à prática de aceitação de regras sociais em uma comunidade política. Ele insiste que esse modelo social simples poderia vir a ser dotado não apenas de regras que instituem padrões comportamentais obrigatórios a serem seguidos pela maior parte da comunidade, mas de um tipo distinto de regra social.

Trata-se de uma regra que permite a identificação dos padrões de comportamentos de uma forma indireta, por referência a palavras, ditas e escritas, de uma determinada pessoa¹²⁰. Em sua forma simples, no experimento de pensamento, Hart exemplifica como a regra social aceita e praticada, segundo a qual as ações especificadas por Rex devem ser executadas, empoderando o soberano como o legislador supremo¹²¹. Além disso, há regras que regulam antecipadamente a sucessão entre legisladores, especificando, em termos gerais, as qualificações e o modo de determinar o sucessor¹²². Essas regras, classificadas por Hart como um tipo simples de regra de reconhecimento (*rule of recognition*), capacitam sua teoria a fornecer uma explicação tanto à noção de autoridade político-jurídica, isto é, capaz de

¹¹⁸ MACCORMICK, 2008, p. 47.

¹¹⁹ MACCORMICK, 2008, p. 47-8.

¹²⁰ HART, 2012, p. 57.

¹²¹ HART, 2012, p. 57-8.

¹²² HART, 2012, p. 53-4.

elucidar a instituição do direito (*right*) de introduzir e alterar padrões normativos em um comunidade¹²³, quanto ao fenômeno distintivamente jurídico da continuidade da autoridade legislativa, a sucessão de indivíduos autorizados (*entitle*) a legislar.

Ademais, Hart insiste que são idênticas as práticas sociais que subjazem e instituem tanto as regras primárias simples que dirigem o comportamento obrigatório quanto as regras que instituem a autoridade legislativa. Por isso, essas regras podem ser qualificadas como regras consuetudinárias¹²⁴ ou regras sociais convencionais¹²⁵. Por isso, a explicação da normatividade do direito de Hart repousa, em última instância, na explicação da normatividade das regras sociais¹²⁶.

Em um momento posterior de sua carreira, mais especificamente no pós-escrito a *Concept*, Hart caracteriza as regras sociais convencionais – como as regras primárias de obrigação e a regra de reconhecimento – como práticas sociais nas quais a conformidade geral de um grupo a suas demandas constitui parte das razões pelas quais os indivíduos as aceitam (*acceptance*)¹²⁷. A outra parte das razões que explicam a aceitação de regras sociais, no entanto, é deixada em aberto por Hart. Inspirado pela herança positivista clássica, Hart evita comprometer-se com um tipo específico de razão ou motivo para a aceitação de regras sociais¹²⁸. Ao discutir uma interpretação de sua teoria das regras sociais, Hart pontua que ela entende (corretamente):

[...] regras sociais de um grupo como constituídas por uma forma de prática social que compreende tanto *padrões de conduta* regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo quanto uma **atitude normativa distintiva** em relação a esses padrões de conduta que eu chamei de ‘aceitação’. Essa [atitude] consiste na disposição permanente dos indivíduos de tomar esses padrões de conduta tanto como guias de sua conduta futura quanto como padrões de críticas que podem legitimar exigências e várias formas de pressão por conformidade¹²⁹.

Em vista disso, há uma base fortemente social na explicação da normatividade jurídica em Hart. Isso se justifica dado que as regras sociais de caráter convencional ou consuetudinário, incluindo as regras primárias de obrigação e a regra de reconhecimento (integrando em suas formas embrionárias) são, por sua própria natureza, regras efetivamente praticadas¹³⁰. São regras que demandam necessariamente a aceitação e a prática pela maior

¹²³ HART, 2012, p. 58.

¹²⁴ HART, 2012, p. 58.

¹²⁵ HART, 2012, p. 256.

¹²⁶ POSTEMA, 2011, p. 301.

¹²⁷ HART, 2012, p. 255.

¹²⁸ HART, 2012, p. 257.

¹²⁹ HART, 2012, p. 253, destaques meus.

¹³⁰ ADAMS, 2020, p. 18.

parte dos membros da comunidade. Especificamente no caso das regras convencionais, a aceitação (e ampla prática de suas exigências) e a existência são noções virtualmente equivalentes.

Hart também salienta que é precisamente em função da incapacidade das noções simples de obediência habitual e de ordens baseadas em ameaças oriundas da teoria imperativista de explicar esses fenômenos tipicamente jurídicos que se justifica a superioridade explicativa de sua teoria e das noções de regras dela derivadas. Somente as regras são '*normativas*', isto é, conferem direitos e autoridade, além de determinarem os critérios de correção das condutas a serem exigidas no âmbito de uma prática social¹³¹.

Hart alerta, no entanto, que a descrição do fenômeno social de aceitação de regras que outorga autoridade legislativa no âmbito da sociedade simples apresenta contornos diversos quando se considera o funcionamento de uma sociedade estruturada de forma mais complexa, como é o caso dos Estados modernos. Por isso, o passo seguinte na reconstrução racional da compreensão hartiana de normatividade jurídica exige o retorno ao experimento de pensamento do capítulo V, vale dizer, da sociedade pré-jurídica simples, destituída das instituições e autoridades jurídicas e estruturada apenas por regras primárias de obrigação não oficiais. Hart identifica nesse modelo social básico uma série de deficiências que comprometem fatalmente a capacidade de regulação social. Isso exigiria a complexificação da estrutura normativa a partir da emergência de regras de um tipo distinto, as regras secundárias (*secondary rules*), capazes de suplementar e solucionar os defeitos do tipo mais básico de controle social. Embora distintas entre si, as regras secundárias têm em comum o fato de versarem sobre as regras primárias.

A suplementação ao defeito da incerteza das regras primárias, em um regime não oficial, é feita pela introdução de uma regra de reconhecimento (*rule of recognition*) que fornece a identificação conclusiva de uma regra primária como pertencente a um grupo a partir de critérios e aspectos anteriormente estabelecidos. Em suas formas mais complexas, a exemplo dos Estados modernos, a regra de reconhecimento pode fazer referência às características gerais das regras primárias, tais como a aprovação por órgão legislativo específico, a longa prática consuetudinária ou o precedente judicial. Hart concebe que o surgimento da regra de reconhecimento é o elemento decisivo na transição ao estado propriamente jurídico notadamente em função do reconhecimento de critérios e de fontes como autoritativos (*authoritatives*), isto é, como a forma correta de resolver dúvidas sobre a

¹³¹ HART, 2012, p. 59-60.

existência de uma regra¹³². Dessa maneira, os critérios facultados pela regra de reconhecimento fornecem os elementos para identificação conclusiva das regras primárias.¹³³

O segundo defeito no regime não oficial de regras de obrigação é o caráter estático das regras, que implica que a mudança das obrigações impostas por essas regras seja fruto do lento e gradual processo de transformação histórico-social, e ele é solucionado pela introdução de regras de alteração (*rules of change*), isto é, regras que capacitam um indivíduo ou grupo a introduzir, modificar ou eliminar regras primárias de conduta da comunidade¹³⁴.

A terceira complementação normativa de regras primárias por regras secundárias, talhada para solucionar o defeito da ineficiência da pressão social difusa, consiste no surgimento de regras secundárias de adjudicação ou julgamento (*rules of adjudication*). Estas regras outorgam a alguns indivíduos o poder de determinar autoritativamente a questão de haver ou não a violação de uma regra de obrigação em um caso específico¹³⁵. Além de outorgar poderes judiciais, as regras de julgamento conferem um status especial às declarações judiciais, tornando-as declarações conclusivas sobre o fato da violação de regras primárias¹³⁶.

Hart acredita que a introdução das regras secundárias pode ser considerada uma etapa de transição do *mundo pré-jurídico* ao *jurídico* em virtude do grande poder explicativo da união entre regras primárias e secundárias para compreensão da natureza das instituições e autoridades jurídicas, além da elucidação dos principais conceitos envolvidos nos sistemas jurídicos modernos.

O tema principal deste livro [*Concept*] é que muitas das operações distintivas do direito, e muitas das ideias que constituem a estrutura do pensamento jurídico, exigem para sua elucidação a referência a um ou ambos esses dois tipos de regra, de modo que sua união pode ser justamente considerada a 'essência' do direito, embora nem sempre sejam encontradas juntas onde quer que a palavra 'direito' seja usada corretamente. Nossa justificativa para atribuir à união de regras primárias e secundárias esse lugar central não é que elas ali desempenham a função de um dicionário, mas sim que elas são dotadas de grande poder explicativo.

Por isso, a posição central da união entre regras primárias e secundárias decorre não de uma uniformidade simples entre os usos variados da palavra direito (*law*), mas de relações menos diretas (como analogia de forma e conteúdo) a um caso central, além de analogias concernentes às funções sociais¹³⁷.

¹³² HART, 2012, p. 95.

¹³³ HART, 2012, p. 94-95.

¹³⁴ HART, 2012, p. 95.

¹³⁵ HART, 2012, p. 96.

¹³⁶ HART, 2012, p. 97.

¹³⁷ POSTEMA, 2011, p. 266; HART, 1994, p. 81.

2.4 A problematização da *practice theory of rules*

Compreensivelmente, Postema caracteriza a teoria de Hart como produto da articulação cuidadosa e do desenvolvimento de dois conceitos-chave: o da regra social e o da regra de reconhecimento. Ele argumenta que a noção de regra social fornece a Hart os materiais necessários para explicar o caráter normativo do direito, sem deixar de lado a ideia de que ele é uma questão de fato social. A noção de regra de reconhecimento, por sua vez, capacita Hart a explicar a dimensão tipicamente institucional e sistemática do direito¹³⁸. Embora não constitua uma definição exaustiva do fenômeno jurídico, indubitavelmente a articulação dessas noções constitui a estrutura básica da compreensão hartiana sobre os sistemas jurídicos modernos. Dessa articulação resulta a ideia, tratada como o cerne do direito, da união entre regras primárias e secundárias. Não surpreende, por isso, quando Dworkin caracteriza a teoria do direito de Hart como um “modelo de e para um sistema de regras”¹³⁹, embora o sentido de “regra” aqui empregado seja diferente daquele usado por Hart.

A partir dessa caracterização do conceito de direito de Hart, surgiram diferentes interpretações sobre os conceitos envolvidos, especialmente sobre o conceito básico de regra. No cerne dos debates entre os intérpretes está, fundamentalmente, uma diferença radical de atribuição dos compromettimentos ontológicos que Hart teria assumido na compreensão da noção de *regra*.

O primeiro autor a atribuir a Hart uma afirmação ontológica acerca da noção de regra foi Ronald Dworkin, em “*Social Rules and Legal Theory*”¹⁴⁰. De modo geral, Dworkin formula severas críticas à teoria de Hart, sobretudo ao que ele denominou de teoria das regras sociais (*social rules theory*)¹⁴¹. Em sua visão, a teoria de Hart propõe que a existência de direitos e deveres, jurídicos ou não, dependeria necessariamente da existência de regras sociais que estabelecem tais deveres. Em sua visão, Hart está comprometido com a ideia de que a existência de regras demanda inevitavelmente o preenchimento de determinadas condições sociais, manifestas no comportamento observável dos membros de uma

¹³⁸ POSTEMA, 2011, p. 269.

¹³⁹ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

¹⁴⁰ Publicado originalmente em 1972, mas posteriormente reimpresso como o capítulo 3 (*The Model of Rules II*) em DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978. Referências serão feitas à reimpressão.

¹⁴¹ Posteriormente, a tradição crítica à teoria de Hart denominou essa concepção, aqui criticada por Dworkin, de teoria das regras como práticas (*practice theory of rules*).

comunidade política. Esse comportamento, dadas determinadas condições, teria o condão de constituir regras sociais e estas, por sua vez, seriam capazes de impor deveres e obrigações aos participantes da prática social.

Dworkin elenca, como condições para a existência de regras sociais: i) a existência de um comportamento regular e convergente da maioria dos membros da comunidade, externamente observável; ii) o uso das regras, oriundas da prática social, como orientação da conduta individual e; iii) o uso das regras como fundamento para formulação de críticas e exigências em conformidade com o padrão comportamental, incluindo a imposição de sanções¹⁴².

A crítica central de Dworkin pode ser resumida, então, como a alegação de que a concepção hartiana, acerca da fonte de direitos e deveres, esgota-se na dimensão meramente *factual*, a saber, nas regras sociais constituídas por comportamento convergente, externamente observável. Em outras palavras, a existência de uma regra social e dos deveres por ela impostos são pensados por Hart como questões simplesmente factuais¹⁴³. Kevin Toh acredita que a crítica articulada por Dworkin, acerca da suposta incapacidade de Hart de fornecer uma justificação para a obediência às regras validadas pelas práticas sociais convergentes da comunidade que constituem a regra de reconhecimento foi o ponto de partida para a formulação de perspectivas críticas à interpretação denominada *practice theory of rules* no pensamento de vários teóricos do direito¹⁴⁴.

Dworkin contesta a teoria de Hart, uma vez que, segundo ele, é possível formular pretensões normativas não fundamentadas em regras sociais correspondentes, precisamente nos casos em que estas regras não existem, a exemplo das pretensões morais invocadas por vegetarianos que sustentam a incorreção moral da prática de eliminar vidas não humanas para alimentação humana.

Além disso, Dworkin argumenta que a teoria da regra social ignora a distinção entre dois tipos de moralidade social: a *moralidade concorrente* e a *moralidade convencional*:

Uma comunidade exige uma *moralidade concorrente* quando seus membros concordam em afirmar a existência da mesma, ou quase a mesma regra normativa, mas eles não levam em conta o fato desse acordo como uma parte essencial dos fundamentos para que afirmem a existência dessa regra. Ela (comunidade) exibe uma *moralidade convencional* quando leva em conta o fato do acordo como parte essencial dos fundamentos para afirmar a existência dessa regra normativa¹⁴⁵.

¹⁴² DWORKIN, 1978, p. 49.

¹⁴³ DWORKIN, 1978, p. 50.

¹⁴⁴ TOH, 2015, p. 704.

¹⁴⁵ DWORKIN, 1978, p. 53.

A título de exemplo, Dworkin afirma que, na ocasião em que os frequentadores de igrejas declaram a existência do dever de tirar o chapéu ao entrar nesses ambientes, mas que não teriam tal dever se não houvesse a prática social correspondente, trata-se de um caso de *moralidade convencional*. Por outro lado, se afirmam que todos têm o dever de não mentir e que esse dever subsistiria ainda que a maioria das pessoas mentisse, trata-se de um caso de *moralidade concorrente*. Nestes termos, a teoria da regra social exige uma atenuação, para que se aplique apenas aos casos de *moralidade convencional*, em que as afirmações da existência da regra normativa se fundamentam na prática social convergente que constitui a regra social correspondente ao dever. Dworkin acrescenta que, mesmos nos casos de *moralidade concorrente*, as condições factuais para existência de regras sociais são preenchidas: i) comportamento regular (em geral as pessoas não mentem); ii) apelo à regra como guia de seu comportamento e crítica aos infratores (mencionam a ‘regra’ de que mentir é errado). O preenchimento dessas condições constitui uma regra social, mas é incapaz de explicar o elemento propriamente normativo. Os indivíduos que afirmam o dever de não mentir não estão invocando uma regra social e sequer consideram a existência dessa regra como fundamento necessário para sustentar a existência do dever.

Todavia, Dworkin acredita que a teoria da regra social não é sequer capaz de elucidar os casos de *moralidade convencional*, dado que o recurso à prática social convergente como uma razão necessária para sustentar a existência de um dever é compatível com a ocorrência de desacordos sobre o *alcance (scope)* desse objetivo, ainda que a existência de tal dever seja reconhecida como justificada por uma prática social que o impõe.

Assim, em linhas gerais, a visão de Dworkin é de que as práticas sociais não têm o condão de constituir as regras que os juízos e as afirmações normativas dos membros da prática normativa aceitam e mobilizam em suas reivindicações. Ele acredita que as práticas sociais desempenham um papel de justificação das regras, não de constituição. Elas não constituem realmente as regras, “mas ajudam a justificar uma regra que o juízo normativo afirma”¹⁴⁶. A prática social cria expectativas normativas veiculadas por pretensões, expectativas e formas de ofensa que fornecem boas razões para justificar a existência de deveres e das regras normativas que os afirmam¹⁴⁷. Dworkin conclui com o diagnóstico de que a teoria da regra social de Hart fracassa ao exigir que a prática social constitua e, por

¹⁴⁶ DWORKIN, 1978, p. 57.

¹⁴⁷ DWORKIN, 1978, p. 57.

consequente, tenha o mesmo conteúdo da regra normativa que os indivíduos sustentam com base na prática¹⁴⁸.

2.4.1 As regras na dimensão da racionalidade prática segundo Joseph Raz

Outra caracterização clássica e influente da *practice theory* foi realizada por Joseph Raz. Em sua própria concepção, as regras são compreendidas como *razões para a ação*. Por isso, uma afirmação que invoca deveres que as pessoas têm com base na existência de uma regra, em última análise, é uma afirmação sobre a existência de uma razão para agir de determinada forma e não de outra.¹⁴⁹ Raz busca demonstrar que o conceito de regra subjacente às teorias que compreendem as regras como práticas, como a de Hart, está equivocado¹⁵⁰.

Nesse contexto, Raz distingue três tipos de regras que decorrem da interpretação das regras como práticas: (a) regras pessoais, que correspondem às práticas do indivíduo que adota uma determinada regra para si; (b) regras sociais, que se constituem pelas práticas dos grupos que as têm como práticas; e (c) regras institucionalizadas, que são uma subclasse das regras sociais, mas no contexto em que há instituições encarregadas de garantir a conformidade às regras e de lidar com os desvios a elas.¹⁵¹

Segundo o filósofo israelense, é Hart quem forneceu a análise mais completa e bem-sucedida das regras como práticas, em *Concept*, mais precisamente das regras sociais e das regras jurídicas (um tipo de regras institucionalizadas). Em sua visão, Hart compreende que a existência de uma regra depende do preenchimento das seguintes condições, em linhas gerais:

- (1) A regra é regularmente respeitada pelos membros da sociedade a que se aplica;
- (2) O desrespeito à norma é ocasião para uma reação crítica dos outros membros da sociedade;
- (3) Tais críticas não atraem, elas mesmas, outras reações críticas dos membros da sociedade;
- (4) Os membros da sociedade usam expressões tipicamente normativas para justificar suas próprias ações e para justificar as exigências feitas a outros ou críticas ao seu comportamento.¹⁵²

¹⁴⁸ DWORKIN, 1978, p. 58.

¹⁴⁹ RAZ, 1990, p. 50-51.

¹⁵⁰ RAZ, 1990, p. 51.

¹⁵¹ RAZ, 1990, p. 52.

¹⁵² RAZ, 1990, p. 52-53.

A primeira condição é a garantia de que a regra obtém ampla obediência na comunidade. A segunda e a terceira condições são os traços distintivos da regra, em oposição a um mero comportamento regular do grupo social. A quarta condição oferece garantias adicionais para os indivíduos conceberem o padrão comportamental efetivamente como uma regra e é endossada pela comunidade¹⁵³. No âmbito desta interpretação das regras como práticas, no entanto, Raz identifica três defeitos fatais.

Em primeiro lugar, a teoria é incapaz de explicar regras que não são práticas. Raz sustenta que nem todas as regras precisam ser praticadas para que sejam regras. Com exceção às regras jurídicas, cuja existência depende da pertença a um sistema jurídico efetivamente praticado pela comunidade e de regras sociais que dependem, em grande medida, de sua prática; as regras morais são o exemplo mais eloquente de regras que não são práticas. Assim como Dworkin, Raz acredita que a crença da validade de uma regra moral independe de que ela seja uma prática. Além disso, é possível a alguém acreditar na validade de uma regra e, no entanto, não a seguir na prática¹⁵⁴. Com efeito, Raz pensou que a ideia de regra não equivale a ‘uma prática’. Logo, a *practice theory* não faz parte do próprio conceito de regra¹⁵⁵.

Em segundo lugar, a teoria deixa de distinguir entre regras praticadas e razões amplamente aceitas. A distinção precedente entre acreditar na validade de uma regra e segui-la na prática dá azo à possibilidade de diferenciação lógica entre uma regra e uma razão (que não é uma regra), cuja existência independe de ser praticada. A compreensão da operação da racionalidade prática pode ser interpretada a partir de duas perspectivas: a prática com base em uma razão geral e a prática de seguir uma regra¹⁵⁶. Isso posto, a teoria é incapaz de lidar com essa distinção conceitual.

Por fim, o terceiro defeito grave da teoria é o de retirar o caráter normativo na explicação do que são as regras. A teoria é incapaz de dar conta do uso das regras e da mobilização do vocabulário normativo típico, como razões para ação (e para exigências de conformidade de outros). Isso indica que elas são *razões operativas*. Uma prática, enquanto tal, não é uma razão para a ação. Em última análise, Raz acredita que a *practice theory* era incapaz de explicar até mesmo as regras convencionais, quais sejam, as regras sociais que são mantidas pela crença de que há uma razão para agir em conformidade com todos os outros membros da comunidade¹⁵⁷.

¹⁵³ RAZ, 1990, p. 53.

¹⁵⁴ RAZ, 1990, p. 53-54.

¹⁵⁵ RAZ, 1990, p. 55.

¹⁵⁶ RAZ, 1990, p. 55.

¹⁵⁷ RAZ, 1990, p. 56-57.

Ademais, no que concerne à análise hartiana das regras sociais, Raz identifica três possibilidades de interpretação do que os usuários competentes da comunidade fazem quando se valem do vocabulário normativo para justificar críticas e exigências de conformidade às regras, vale dizer: a) tais membros estão simplesmente agindo, realizando um ato de falar, de criticar (ou exigir ou justificar); b) os membros estão invocando as regras como razões incompletas para a ação; c) o participante que afirma a existência de uma regra, por implicação, afirma que há um dever correspondente, porém, tal afirmação só é apropriada se a prática apropriada existir¹⁵⁸.

Raz acredita que a) e b) não condizem com a teoria hartiana. A primeira tese não dá conta do papel explicativo e justificatório da regra nos atos de fala. A segunda interpretação é contestável visto que, com exceção das regras tipicamente convencionais, as regras podem ser mobilizadas em circunstâncias outras que não aquelas em que há convergência comportamental. Por fim, a terceira explicação é atribuída a Hart.

2.4.2 O erro categorial

Scott Shapiro¹⁵⁹ seguiu de perto a caracterização de Dworkin e Raz, mas atribui a Hart uma versão radicalmente mais forte da *practice theory of rules*¹⁶⁰. Segundo ele, ao explicar a origem das regras sociais, incluindo a regra de reconhecimento, Hart empreende uma *redução* destas a práticas sociais. As regras sociais existem “simplesmente em virtude de serem aceitas e praticadas pelos membros de um grupo”. Em outras palavras, “práticas sociais geram regras porque estas regras não são nada além de práticas sociais”.¹⁶¹

Dessa forma, segundo sustenta Shapiro, por meio da identificação da regra com a regularidade comportamental exibida por um grupo social, a teoria hartiana resolveu o problema da origem da autoridade jurídica. Nega-se a ideia de que é necessário haver uma autoridade para criar uma regra social. Ao contrário, é precisamente o engajamento em uma prática social que cria uma regra. Logo, normas jurídicas podem ser criadas sem autoridade¹⁶². Em última análise, Shapiro sustentou que o raciocínio jurídico deve ser sempre rastreável a uma regra social de reconhecimento e, nesse sentido, argumentos sobre

¹⁵⁸ RAZ, 1990, p. 57-58.

¹⁵⁹ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

¹⁶⁰ ADAMS, 2020, p. 6.

¹⁶¹ SHAPIRO, 2011, p. 95.

¹⁶² SHAPIRO, 2011, p. 95-96.

autoridade, direitos, deveres e interpretação são resolvidos, em última análise, por referência a fatos sociológicos da prática oficial¹⁶³.

Finalmente, as soluções que a interpretação conforme a *practice theory* oferecem para a normatividade incorrem no chamado *erro categorial*, dado que “regras sociais não podem ser reduzidas a práticas sociais porque regras e práticas pertencem a categorias metafísicas diferentes”. As regras são *objetos abstratos*, aptos à apreensão mental e, por isso, existem fora do espaço-tempo. Ao passo que práticas são *eventos concretos*, localizados no mundo natural e interagem causalmente com outros eventos da mesma natureza. Portanto, dado que regras e práticas são tipos diferentes de coisas, não se pode reduzi-las uma a outra¹⁶⁴¹⁶⁵.

2.4.3 A resposta de Hart e a rejeição da questão ontológica

Algumas dessas críticas de Dworkin foram respondidas por Hart na publicação póstuma do pós-escrito ao *Concept* em 1994, especialmente no início da seção 3 (*The Nature of Rules*). Hart reconhece a pertinência de algumas das críticas levantadas à tese da *practice theory of rules* e, nesses pontos, sugere modificações à formulação original de sua teoria.

No que concerne à distinção dworkiniana entre os tipos de moralidade social, a saber, *moralidade convencional* e *moralidade concorrente*, Hart reconhece uma deficiência na descrição original da teoria das regras como práticas. Segundo ele, a sua teoria ignorou a diferença importante entre um consenso de *convenção* (manifesto nas regras convencionais de um grupo) e um consenso de *convicção* independente (manifesto nas práticas *concorrentes* de um grupo). Em sintonia com a descrição dworkiniana, Hart define as regras nos seguintes termos:

As regras são práticas sociais *convencionais* se a conformidade geral de um grupo a elas constitui parte das razões pelas quais os seus membros individuais têm para aceitá-las; ao contrário, práticas simplesmente *concorrentes*, tais como as de moralidade compartilhada de um grupo, são constituídas não por convenção, mas em virtude do fato de que os membros do grupo têm e geralmente agem de determinadas maneiras com base nas mesmas razões, embora independentes¹⁶⁶.

¹⁶³ SHAPIRO, 2011, p. 102.

¹⁶⁴ SHAPIRO, 2011, p. 103.

¹⁶⁵ Em uma nota de rodapé, Adams contesta fortemente essa posição de Shapiro, ao rejeitar que essa assimilação envolva sempre um erro. “Práticas sociais são objetos abstratos no mesmo sentido que as regras, e o ato de seguir uma regra está na mesma categoria ontológica que o ato de se envolver em uma prática”. ADAMS, 2020, p. 7.

¹⁶⁶ HART, 1994, p. 255-256.

Nesse sentido, Hart concorda com a afirmação de que a *practice theory of rules* é aplicável somente às regras *convencionais*, no sentido explicitado. Por isso, Hart acredita que sua teoria é uma descrição adequada tanto dos costumes sociais comuns – dotados ou não de força jurídica – quanto de algumas regras jurídicas, como a regra de reconhecimento, que é qualificada precisamente como uma regra derivada dos costumes.

Todavia, a *practice theory* não se aplicaria às regras jurídicas positivadas, uma vez que estas, ainda que adquiram seu status jurídico por meio do uso dos critérios especificados pela regra de reconhecimento, passam a existir no instante de sua publicação. Para serem válidas, portanto, elas não dependem da ocorrência das circunstâncias práticas em que se aplicam¹⁶⁷.

No que concerne à crítica dworkiniana, segundo a qual a existência de regras especificamente normativas dependeria da existência de um “certo estado normativo de coisas”¹⁶⁸, Hart argumenta que essa exigência de um “estado normativo de coisas” equivale a existência de bons fundamentos ou justificativas morais para obediência daquilo que a regra exige¹⁶⁹. Se for compreendida nesse sentido, Hart acredita que a descrição de Dworkin para a existência de uma regra normativa é demasiadamente forte por exigir não apenas que os participantes acreditem que há boas razões ou justificativas morais para obedecer às regras, mas que, de fato, essas razões efetivamente existam¹⁷⁰. Ainda que seja exigida meramente a crença na existência de boas razões morais para obedecer, Hart classifica como uma condição demasiadamente forte, visto que é possível que uma comunidade tenha regras sociais moralmente iníquas, uma vez que ele pensa que as regras podem ser aceitas por uma variedade de razões, tais como a deferência à tradição, o desejo de se identificar com outros, entre outras razões¹⁷¹. Todas essas formas seriam compatíveis com a percepção, mais ou menos vívida, de que as regras são moralmente objetáveis (*morally objectionable*). Portanto, a crença na justificação moral das regras convencionais não seria a única resposta possível ou apropriada para a aceitação das regras como padrões de orientação da conduta, da crítica e das exigências de conformidade¹⁷².

No entanto, a despeito dos variados argumentos mobilizados entre os intérpretes para rejeitar a atribuição dos comprometimentos ontológicos ligados à *practice theory*, isto é, a ideia de que as regras sociais equivalem meramente às práticas sociais de determinado tipo, alguns argumentos foram levantados para rejeitar a visão de que a teoria das regras sociais de

¹⁶⁷ HART, 1994, p. 256.

¹⁶⁸ HART, 2012, p. 256-257; DWORKIN, 1978, p. 51.

¹⁶⁹ HART, 2012, p. 257.

¹⁷⁰ HART, 2012, p. 257.

¹⁷¹ HART, 2012, p. 257.

¹⁷² HART, 2012, p. 257.

Hart seja uma investigação sobre a dimensão ontológica das regras. Com efeito, alguns intérpretes viram a estratégia de Hart de um modo filosoficamente mais modesto. Kevin Toh sustentou que compreender a teoria de Hart como afirmação de que regras *são* práticas implica atribuir a ele uma afirmação analítica sobre o significado de ‘regra’, ou uma afirmação metafísica sobre ‘o que são as regras’. Ele argui que o questionamento sobre o que são as regras era um componente necessário para elucidar a distinção entre regras sociais e hábitos de comportamento meramente convergentes¹⁷³.

Toh argumenta que é necessário avaliar uma prescrição, implicitamente desenvolvida na obra de Hart, a fim de apreender o que ele efetivamente tem em mente na descrição das regras¹⁷⁴. Trata-se de uma concepção acerca de um tipo particular de análise das afirmações internas. Para Hart, o teórico deve oferecer definições não de palavras ou de termos, mas fornecer sinônimos ou traduções de sentenças inteiras (definições em uso) ou pode descrever o uso padrão de determinadas expressões. Para elucidar esse ponto, Toh vale-se precisamente da distinção de Allan Gibbard entre análise direta (*straight*) e indireta (*oblique*), segundo a qual o que é objeto de análise (*analysandum*) em uma análise direta é o conteúdo de uma sentença proferida por um falante, ao passo que em uma análise indireta, trata-se do conteúdo da sentença do teórico que atribui uma declaração a um falante. Com efeito, Toh atribui a Hart a adoção de uma concepção de diferentes formas de compreensão do significado específico das regras. Ao sustentar as afirmações externas sobre as regras como descrições de estados de coisas nas quais um grupo social aceita e segue uma regra, Hart fornece uma análise indireta dessas afirmações externas; quando sua atenção se voltou à especificação de tais estados de coisas por meio de ‘traduções’ dessas afirmações externas em sinônimos (valendo-se das definições em uso herdadas de Bentham), Hart oferece uma análise direta¹⁷⁵.

Contudo, ao afirmar que um falante expressa sua aceitação de uma regra ao proferir uma afirmação interna, Hart se limita a uma análise indireta. Não há um tratamento direto das afirmações internas sobre as regras. Toh sustenta que Hart interrompe a elucidação das afirmações internas sobre as regras na análise indireta e, portanto, não adentra na análise direta visto que traduzir sentenças que contenham termos normativos em outras que contenham os mesmos ou outros termos normativos não representa nenhum ganho explicativo na elucidação de problemas filosóficos acerca do caráter ontológico desses termos. Nesse

¹⁷³ TOH, 2015, p. 694.

¹⁷⁴ TOH, 2015, p. 702.

¹⁷⁵ TOH, 2015, p. 701-2.

sentido, Toh afirma que o tratamento das afirmações jurídicas internas indica que Hart é adepto da lacuna (*gap*) humeana entre normatividade/valor e facticidade:

Tais afirmações são, na opinião de Hart, declarações normativas e não podem receber análises diretas sem uma significativa parte residual. É por isso que, como expliquei acima, Hart opta apenas por uma análise indireta das afirmações jurídicas internas. Essa análise indireta tem a implicação de caracterizar tanto os falantes como os teóricos como observadores da lacuna humeana.

Nesse sentido, Toh parece sugerir que Hart aderiu a uma concepção metafisicamente deflacionada, isto é, concebendo a dimensão das normas e da normatividade apenas como um dispositivo linguístico mobilizado pelos participantes da prática normativa. Um sinal dessa posição é a completa ausência de tratamento de Hart acerca do caráter ontológico das regras, como entidades metafísicas independentes. Toh conclui que:

Não postulando regras, não teríamos que nos preocupar com o seu status metafísico, ou com os nossos acessos epistêmicos e semânticos a elas. O que motiva a conduta das pessoas, podemos explicar, não são, estritamente falando, as regras que as pessoas conhecem, mas sim as atitudes psicológicas de aceitação dessas regras, e essas atitudes psicológicas poderiam ser explicadas completamente sem a postulação das próprias regras¹⁷⁶.

A interpretação de Thomas Adams, por seu turno, é convergente com a de Toh no sentido de sustentar que o projeto hartiano está menos comprometido com uma teoria ontológica das regras e mais com a descrição da diferenciação entre as atitudes práticas de aceitação de regras e as regularidades comportamentais convergentes. Adams endossa explicitamente o truísmo segundo o qual a teoria de Hart tem em vista formular, na verdade, uma teoria “prática” da aceitação das regras. Entretanto, diferentemente de Toh, Adams se opôs à ideia de que Hart fosse cético (ou teria rejeitado) em relação à existência de regras¹⁷⁷. Ele sustenta que:

Parte da confusão, diga-se de passagem, decorre do uso que Hart faz da expressão "regra social" como um termo técnico (*term of art*). Hart entendia as regras sociais como um tipo específico de regra, ou seja, aquelas que devem ser aceitas por uma determinada população para cumprirem seu papel social (a regra do reconhecimento é um exemplo, assim como outras normas consuetudinárias, incluindo as regras das línguas naturais). Isso torna a aceitação uma condição de existência para regras desse tipo, não porque a aceitação seja uma característica profunda ou metafisicamente importante das regras — aliás, como observamos, muitos tipos de regra não são regras sociais no sentido de Hart —, mas porque algumas normas só podem cumprir sua função social se forem aceitas. Dessa maneira, poderíamos talvez dizer que Hart tinha uma *teoria prática da aceitação de regras*. Mas isso está

¹⁷⁶ TOH, 2015, p. 703.

¹⁷⁷ ADAMS 2020, p. 23-24.

mais próximo de um truísmo (uma verdade óbvia) do que de uma teoria controversa sobre regras ou de uma tese sobre a natureza do direito¹⁷⁸.

A leitura de Adams sugere fortemente que a teoria de Hart teria aderido a comprometerimentos tipicamente pragmatistas, em que atitudes humanas de tomar ou tratar os sujeitos como dotados de direitos e obrigações são capazes de explicar os status normativos genuínos dos sujeitos em uma prática normativa.

Postema, por seu turno, sustenta que Hart esteve decididamente distante de investigações ontológicas e metafísicas (e inclusive semânticas) sobre o direito. Ele acredita que, ao oferecer uma teoria não reducionista da normatividade jurídica que levasse em consideração completamente a compreensão que os participantes ordinários tinham das práticas jurídicas, o foco de Hart foi precisamente *hermenêutico*¹⁷⁹. Além disso, Postema contesta frontalmente a “tentação” em interpretar que Hart teria isolado três componentes distintivos das regras sociais genuínas, vale dizer: a) o comportamento convergente entre os membros da prática normativa, b) uma atitude normativa distintiva e c) a ocorrência desses componentes anteriores na maior parte dos membros do grupo. Essa visão, ele argumenta, distorce a proposta de Hart pois, apesar da imprecisão da linguagem ao lidar com o emaranhado de atitudes normativas que constituem as atitudes dos participantes engajados, Hart não via esses elementos como componentes distintivos (e constitutivos) das regras sociais, mas como aspectos integralmente relacionados das regras¹⁸⁰.

Primeiro, o fato de o comportamento ser convergente no grupo não é acidental ou algo adicionado ao *IPOV* [*internal point of view*]; ele é convergente em parte porque aqueles que adotam o *IPOV* sobre as regras se veem como membros do grupo. O comportamento não é meramente convergente, como poderia ser se cada membro seguisse uma regra “apenas por si mesmo”, ou se fosse resultado de mero conformismo. Além disso, as pessoas consideram a regra não apenas como um guia, mas como um guia para os membros do grupo em geral; ela é vista como um padrão público comum¹⁸¹.

2.5 O ponto de vista interno em perspectiva

Hart também esteve atento ao modo pelo qual os usos normativos da linguagem manifestam comprometerimentos com as regras em uma prática social. Ele caracterizou o uso

¹⁷⁸ ADAMS, 2020, p. 24.

¹⁷⁹ POSTEMA, 2011, p. 296.

¹⁸⁰ POSTEMA, 2011, p. 292.

¹⁸¹ POSTEMA, 2011, p. 292.

das regras sociais e jurídicas pelos participantes como um elemento característico do *ponto de vista interno* (*internal point of view*). Segundo ele, o uso das regras, manifesto não apenas na conformidade comportamental, mas especialmente na mobilização do vocabulário deôntico em atitudes críticas, explicita a adesão e a *aceitação* (*acceptance*) do participante dos padrões normativos como guias de conduta. No raciocínio prático desses sujeitos, juristas, juízes, cidadãos comuns etc., as regras não são apenas fundamentos para predições ou avaliações probabilísticas de punições a infratores. De modo distinto, para esses participantes engajados em sustentar a prática normativa, “as regras funcionam *como regras*”, orientando a conduta na vida social, fornecendo as bases para críticas (incluindo autocrítica) aos demais participantes, exigências de conformidade às regras, e razão para a punição daqueles que desviam¹⁸². Em suma, o *ponto de vista interno* foi compreendido por Hart como a perspectiva do participante comprometido que vê as regras em seu *aspecto interno*, dotando-o de razões para a ação.

Há, no entanto, uma questão fundamental na consideração da noção de ponto de vista interno (*IPOV*), concernente ao tipo de comprometimento e à natureza da atitude normativa distintiva de *aceitação* (*acceptance*) manifestos na adoção do *IPOV* pelo participante comprometido com a prática normativa.

Postema mapeia essa discussão entre as interpretações conflitantes acerca da noção de ponto de vista interno e identifica, em termos gerais, a existência de duas linhas de compreensão acerca dessa noção central¹⁸³.

Por um lado, há uma visão denominada *interior* (*interior*) acerca do *IPOV*, que o concebe como uma atitude *interna* à mente ou à psicologia dos indivíduos de um grupo praticante de uma regra social. Dentre outros autores que advogam essa interpretação internalista, destaca-se Scott Shapiro¹⁸⁴. Na visão de Shapiro, o ponto de vista interno é a atitude prática de aceitação de uma regra, isto é, a disposição de ser guiado e de avaliar a conduta (própria e a de outros) de acordo com as regras¹⁸⁵. Nesse sentido, ele argumenta que o ponto de vista interno deve ser concebido como o ponto de vista *internalizado* (*internalized point of view*) do sujeito que aceita e endossa as regras sociais da comunidade e que se distingue de outros membros da comunidade que, a despeito de adotarem uma perspectiva e um interesse *prático* pelo direito – a exemplo do *bad man* – não aceitam eles próprios as regras como padrões de orientação de conduta e de avaliações críticas¹⁸⁶. Nesse sentido, eles

¹⁸² HART, 2012, p. 89-90.

¹⁸³ POSTEMA, 2011, p. 294.

¹⁸⁴ SHAPIRO, Scott. *What Is the Internal Point of View?*, 75 Fordham L. Rev. 1157-11 (2006).

¹⁸⁵ SHAPIRO, 2006, p. 1157.

¹⁸⁶ SHAPIRO, 2006, p. 1160.

adotam um ponto de vista *externo*. O *IPOV*, portanto, está necessariamente ligado à atitude normativa de *endosso* e *internalização* das regras. Segundo Shapiro:

O que é, então, o ponto de vista interno? Como Hart usa o termo, o ponto de vista interno se refere à atitude prática de aceitação de regras (*rule acceptance*). Alguém toma essa atitude diante de uma regra social quando *aceita* ou *endossa* um padrão convergente de comportamento como um padrão de conduta. Por isso, o ponto de vista interno se refere a um tipo específico de atitude normativa mantida por certos *insiders*, nomeadamente, aqueles que *aceitam* a legitimidade das regras¹⁸⁷.

Além disso, Shapiro sustenta que a atitude *interna* de endosso do participante em relação ao padrão normativo se mostra – manifesta a si própria – nas diversas atitudes que caracterizam o ponto de vista interno, tal como o comportamento convergente com os ditames das regras, na avaliação crítica da própria conduta e no comportamento de outros indivíduos, e no reconhecimento da legitimidade das críticas feitas por outros participantes¹⁸⁸. Nessa chave de leitura, portanto, as afirmações internas comprometidas podem ser vistas como dando expressão (ao tornar explícitos e manifestos) os estados mentais relevantes (de engajamento e aceitação) dos *insiders*¹⁸⁹.

Nesses termos, a interpretação de Shapiro sobre os traços distintivos do ponto de vista interno sugere fortemente a adoção de uma visão *internalista*, isto é, uma atitude específica de indivíduos que *internalizam*, *interiorizam* e *endossam* as exigências normativas do direito.

Essa visão internalista, que relaciona o ponto de vista interno às atitudes psicológicas e aos demais estados mentais da consciência do participante da prática normativa, é compartilhada por Kevin Toh. Em sua caracterização dos comprometimentos ontológicos na teoria das regras de Hart, Toh sustenta que as afirmações jurídicas que manifestam o ponto de vista do participante engajado não se fundamentam na existência das próprias regras. A expressão, pelo participante, da aceitação das regras como razão para a ação pode ser explicada unicamente por referência a fatos psicológicos e comportamentais¹⁹⁰:

O que motiva a conduta das pessoas (...) não são, estritamente falando, as regras que as pessoas conhecem, mas sim as atitudes psicológicas de aceitação dessas regras, e essas atitudes psicológicas poderiam ser explicadas completamente sem a postulação das próprias regras¹⁹¹.

¹⁸⁷ SHAPIRO, 2006, p. 1159, destaques meus.

¹⁸⁸ SHAPIRO, 2006, p. 1162.

¹⁸⁹ POSTEMA, 2011, p. 294.

¹⁹⁰ TOH, 2015, p. 703.

¹⁹¹ TOH, 2015, p. 703, destaques meus.

A aceitação das regras, em última instância, é a atitude psicológica de aceitação do participante comprometido. Isso não demanda a postulação das regras como entidades ontológicas autônomas. Todo o trabalho explicativo poderia ser feito pelos estados mentais de aceitação, expressos nas afirmações normativas.

Por outro lado, há uma interpretação denominada *interna (insider)* que localiza o *IPOV* não nas atitudes de internalização das normas por um indivíduo, mas nas *atividades e competências* exibidas pelos participantes comprometidos de uma prática normativa. Nessa linha alternativa, as regras sociais são concebidas como redes de atividades interrelacionadas, dotadas de significação normativa em um grupo social e a atitude normativa distintiva como interna às práticas sociais, e não a uma pessoa particular¹⁹². Aqui, o ponto de vista interno é pensado como a habilidade ou a competência prática de compreender e capturar a significação e a força social e convencional das regras primárias de obrigação, a fim de estruturar as questões sobre o que fazer¹⁹³. A própria prática é capaz de moldar a compreensão do participante situado acerca da força prática das regras. Nesse sentido, Zipursky afirma:

O ponto de vista do qual se vê o aspecto interno das regras é, assim, o ponto de vista juridicamente socializado (*legally socialized point of view*), o ponto de vista do cidadão que é suficientemente treinado e nutrido em nossa cultura jurídica a fim de ter um sentido do que as regras são, o que elas significam, como elas devem ser identificadas, e assim por diante¹⁹⁴.

Zipursky pensa que Hart teria endossado uma teoria semântica convencionalista segundo a qual os membros competentes da comunidade jurídica são capazes de captar o significado e a força das normas primárias como injunções/ordens/imposições (*injunctions*) de agir gerais, permanentes e especialmente posicionadas para agir de determinada maneira. Assim:

Os atributos que as tornam diretivas que impõem deveres (*directive duty-imposing*) são aqueles atributos que um membro convencionalmente sensível da comunidade é sensível para perceber como exortativo (*exhortative*) e injuntivo (*injunctive*)¹⁹⁵.

Desse modo, essa leitura do *IPOV* enfatiza menos as atitudes de internalização e endosso das regras e mais as atividades nas quais os participantes competentes são capazes de se engajar. Na verdade, essas atividades não são pensadas como necessariamente dando expressão visível a qualquer tipo de estado mental do participante. Postema argumenta que:

¹⁹² POSTEMA, 2011, p. 294-5.

¹⁹³ ZIPURSKY, 2006, p. 1241.

¹⁹⁴ ZIPURSKY, 2006, p. 1241.

¹⁹⁵ ZIPURSKY, 2006, p. 1241.

Adotar o IPOV é se engajar competentemente nessas atividades que constituem a prática da regra pelo grupo. Significa ser capaz de ver como seguir a regra, como aplicá-la a circunstâncias, mesmo que não sejam rotineiras, e fazê-lo não apenas para a própria satisfação, mas a satisfação de outros que se reconhecem como juízes competentes da própria *performance*; e assim, também reconhecer a legitimidade (se não necessariamente admitir a precisão) das críticas a essa *performance*¹⁹⁶.

Em suma, Postema pensa que as atividades que constituem a regra de um grupo social são dotadas de significação normativa ao estabelecer os critérios de correção das condutas, a legitimidade das críticas, o papel na estruturação do raciocínio prático. Segundo ele, participar dessas atividades não exige competências pessoais, mas competências *sociais*, posto que são práticas *sociais intersubjetivas*. Nesse sentido, não é necessário o endosso real da prática, uma vez que a participação competente na prática pode se dar por quaisquer razões, incluindo morais. Postema conclui que o que é distintivo do *IPOV* é a participação competente na prática que constitui a regra¹⁹⁷.

Além disso, Postema reclama a superioridade explicativa de sua concepção sobre o ponto de vista interno a respeito da perspectiva interiorizada. Em primeiro lugar, a leitura *interior* do *IPOV*, concebendo como uma atitude *interna* à mente ou à psicologia dos participantes é difícil de conciliar com a oposição vigorosa de Hart ao reducionismo psicológico do realismo americano e escandinavo¹⁹⁸. Em adição, a linguagem de Hart, ao lidar com o *IPOV* privilegiou claramente atividades dotadas de uma dimensão social fundamental, ao invés de atitudes interiores ou estados mentais¹⁹⁹. A adoção da leitura “interior” enfraqueceria fatalmente essa dimensão social. Por fim, Postema argumenta que o ponto de vista interno envolve fundamentalmente o domínio do raciocínio prático, isto é, as práticas de dar, pedir e avaliar razões para a ação. Nesse sentido, a teoria de Hart está criticamente comprometida com a ideia de que são precisamente as regras que figuram no raciocínio prático como razões para a ação. Logo, do modo como Hart imagina, estados mentais de qualquer tipo seriam incapazes de ocupar esse lugar no raciocínio prático na orientação e justificação da ação²⁰⁰.

Há, ainda, uma posição que pode ser considerada intermediária entre as duas anteriores e, em grande medida, mais consistente e congruente ao texto de Hart. Trata-se da posição articulada por Beehler em sua crítica às incoerências ligadas à noção de ponto de vista

¹⁹⁶ POSTEMA, 2011, p. 295.

¹⁹⁷ POSTEMA, 2011, p. 295.

¹⁹⁸ POSTEMA, 2011, p. 296.

¹⁹⁹ POSTEMA, 2011, p. 296.

²⁰⁰ POSTEMA, 2011, p. 296-7.

interno na teoria do direito de Hart. Beehler sustenta que Hart teria confundido as noções de “aspecto interno das regras”, “ponto de vista interno” e ambas com a atitude de “aceitação das regras”.

A partir disso, Beehler propõe uma diferenciação entre essas noções, alegando que o aspecto interno das regras é compatível com o exercício de uma reflexividade crítica (*critical reflectiveness*) necessária para a observação deliberada e a compreensão das regras, mas isso não implica necessariamente na atitude de aceitação, isto é, de adesão diante das regras. Ele pensa que um participante pode, sem contradição, ser capaz de observar deliberada e conscientemente as regras, incluindo a mobilização do vocabulário deôntico para elaboração de avaliações da conduta de outros, justificção de exigências de conformidade, etc, e sem efetivamente aceitar e endossar as regras. Sua obediência e uso das regras para orientação da conduta pode se assentar puramente no desejo de evitar as sanções em caso de descumprimento²⁰¹.

Beehler sugere, assim, que uma interpretação consistente da letra hartiana resulta na visão de que o *ponto de vista interno* é constituído por dois componentes distintivos: a) uma atitude crítica, de natureza racional, que ele descreveu como a noção de *aspecto interno das regras*; e b) uma atitude motivacional de adesão, isto é, a noção de *aceitação*, que é um ponto de vista possível, dentre outros, diante das regras²⁰².

2.6 Os traços distintivos da obrigação jurídica

2.6.1 A ideia geral de obrigação

Hart acredita que, a fim de elucidar a ideia geral de obrigação, faz-se necessária uma situação social na qual existem regras sociais. Essa investigação da ideia geral de obrigação é concebida por Hart como uma preliminar necessária para a compreensão das formas jurídicas de obrigação. Com efeito, tal situação em que existem regras sociais – que tornam certos tipos de comportamento um padrão – constitui o pano de fundo ou o contexto próprio normal, embora não declarado, para o enunciado acerca da existência de uma obrigação. Ademais, a função distintiva do enunciado de que alguém tem uma obrigação é a aplicação de regras gerais a uma pessoa particular, isto é, o enquadramento de uma situação particular em uma

²⁰¹ BEEHLER, 1978, p. 139.

²⁰² BEEHLER, 1978, p. 140.

descrição normativa, valendo-se, precipuamente, do vocabulário normativo implicado no manejo de regras sociais²⁰³.

Portanto, a afirmação segundo a qual certa pessoa tem ou está sujeita a uma obrigação implica precisamente a existência de uma regra²⁰⁴. Nesse sentido, afirmou Nicos Stavropoulos:

Hart pensava que a tarefa principal da teoria jurídica era explicar a ideia de obrigação no direito, e que isso tornava a noção de regras indispensável. Ele disse que as obrigações eram fundamentalmente conectadas com as práticas sociais. (...) Hart considerou essa conexão como construída a partir da própria ideia de obrigação, e disse que era importante em si mesma, mas também como uma preliminar necessária para compreender o caso especial de obrigação no domínio jurídico.²⁰⁵

Por isso, Hart estabelece uma conexão conceitual entre *ter uma obrigação* e *estar sujeito a uma regra* que exige tal obrigação. Alguns autores, no entanto, contestam essa correlação estrita entre a noção geral de obrigação e a noção de regras. Segundo Postema, Hart não estava interessado em dar uma explicação da normatividade em geral, mas seu foco estava exclusivamente voltado para as dimensões normativas das regras praticadas em e por grupos sociais²⁰⁶. Entretanto, essa posição de Postema é incompatível com o propósito declarado de Hart em *Concept*. Ele explicitamente se esforça para delinear os traços distintivos da ideia geral de obrigação, inclusive afirmando explicitamente que as noções de obrigação e dever são dependentes da noção de regras²⁰⁷. A afirmação de Postema é compatível, no entanto, com a retratação que Hart realiza posteriormente à sua “teoria da obrigação”, quando afirma que foi enganosa a concepção defendida em *Concept* – que concebia as *obrigações de todos os tipos (obligations of all kinds)* como surgidas de regras sociais que são aceitas pela maioria dos membros de um grupo social como guias de sua conduta e padrões para crítica. Doravante, Hart acredita que, no melhor dos casos, essa concepção pode adequar-se às obrigações surgidas do tipo de regras derivadas do costume (*custom-type rules*), que são as chamadas regras primárias²⁰⁸.

Com efeito, Hart observa que há situações sociais nas quais incidem regras, mas cujo comportamento por elas exigido não pode ser corretamente descrito em termos de obrigação e

²⁰³ HART, 2012, p. 85.

²⁰⁴ HART, 2012, p. 85.

²⁰⁵ STAVROPOULOS, Nicos. *Words and Obligations*. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

²⁰⁶ POSTEMA, 2011, p. 291.

²⁰⁷ HART, 2012, p. 89.

²⁰⁸ HART, *Answers to Eight Questions* (1988), p. 502-503. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

dever – como as regras de etiqueta ou de correção da fala. Há, portanto, dois tipos de regras: as regras de obrigação e as regras que não impõem obrigações. Embora a linha divisória entre os dois tipos de regras seja, em certo sentido, imprecisa, Hart pensa que a razão principal da distinção é razoavelmente clara em função de alguns traços distintivos das regras de obrigação.

Em primeiro lugar, as regras são constitutivas de obrigações quando há uma *demandanda geral e insistente* por conformidade e a *pressão social forte* incide sobre aqueles que as infringem ou ameaçam fazê-lo. A *seriedade da pressão social*, mobilizada em apoio às regras, é levantada por Hart como o *principal componente* que caracteriza e constitui uma regra social como criadora de obrigações²⁰⁹. A despeito de haver ou não um sistema organizado para aplicação de sanções, a pressão social que caracteriza as regras de obrigação pode ser exercida apenas como uma reação crítica ou hostil, de forma geral e difusa. Embora não se detenha ainda em fornecer uma fronteira clara e precisa entre direito e moral neste ponto de seu argumento, Hart pensa que, quando a pressão social depender da internalização de sentimentos de vergonha, remorso e culpa, isso caracterizaria mais fortemente as regras do sistema *moral* de uma comunidade; por outro lado, a proeminência de sanções físicas constitui o surgimento, ainda que ‘primitivo’ ou ‘rudimentar’, de regras pertencentes ao domínio propriamente *jurídico*²¹⁰.

Além da pressão social séria, Hart identifica outras duas características das regras de obrigação que acompanham as características primárias: as regras sociais são apoiadas por pressão social séria porque os padrões de comportamento que exigem são vistos como *necessários à manutenção da vida social* ou capazes de *resguardar aspectos e características valiosas da comunidade* - tais como as regras que restringem o uso gratuito da violência, as que exigem honestidade, veracidade e o cumprimento de promessas, além das que especificam o que deve ser feito por aqueles que ocupam posições distintivas na comunidade, entre outras²¹¹; e, finalmente, a conduta exigida pelas regras de obrigação deve poder entrar em *conflito com os desejos* daquele que está vinculado a elas, de modo que o cumprimento de obrigações envolve necessariamente algum nível de *sacrifício* ou *renúncia de interesses pessoais*²¹².

²⁰⁹ HART, 2012, p. 86-87.

²¹⁰ HART, 2012, p. 86.

²¹¹ HART, 2012, p. 87.

²¹² HART, 2012, p. 87.

2.6.2 As incoerências nas noções de obrigação

Os esforços de Hart para explicar a noção de obrigação jurídica são duramente criticados por Rodger Beehler. Beehler demonstra que Hart mobiliza e alterna entre noções totalmente incompatíveis de obrigação social e jurídica, sem explicitamente reconhecer essas transições. Uma noção de obrigação está diretamente associada à atitude normativa de *aceitação*, ao passo que a outra noção assemelha-se claramente à noção imperativista da probabilidade de sofrimento de sanção em caso de desobediência. Como resultado, Beehler demonstra perspicazmente que o conceito de obrigação, em termos da seriedade da pressão social, reduz a teoria do direito de Hart a uma versão mais sofisticada da teoria de Austin.

Para Beehler, Hart inicialmente mobiliza a ideia de obrigação em torno da noção de *aceitação* (*acceptance*). A atitude normativa de aceitação como condição de possibilidade de compreensão da normatividade foi especialmente visível na explicação das regras sociais de obrigação, apresentada no experimento de pensamento das comunidades pré-jurídicas. Beehler pensa que Hart identifica o caráter normativo das regras primárias com o fato de serem regras *aceitas* pela maioria dos membros da sociedade como padrões de comportamento a serem observados²¹³. A capacidade dessas regras de fornecer padrões orientadores para a ação está diretamente ligada ao fato de serem amplamente *aceitas* e sustentadas pela maior parte da comunidade política. Nesse sentido, elas são claramente regras sociais²¹⁴.

Contudo, com a aceitação geral por parte de uma comunidade de uma regra secundária de reconhecimento, ainda que embrionária, conferindo autoridade legislativa para um indivíduo, Hart explica a dimensão normativa das regras primárias a partir da *origem* dessas regras. As regras primárias obrigam, doravante, em virtude da conformidade com as disposições estabelecidas pela regra secundária de reconhecimento aceita. Esse deslocamento, segundo Beehler, explica a origem das obrigações propriamente jurídicas no pensamento de Hart. Beehler afirma que:

Agora, quando Hart introduz as regras secundárias, ele se desloca da noção de regras primárias que são obrigatórias em função de serem aceitas para a noção de regras primárias que são obrigatórias porque elas foram introduzidas de acordo com uma regra secundária aceita²¹⁵.

²¹³ BEEHLER, 1978, p. 124.

²¹⁴ BEEHLER, 1978, p. 125.

²¹⁵ BEEHLER, 1978, p. 124.

Nesse sentido, a compreensão de Hart associa o caráter normativo (*obligatoriness*) das regras jurídicas primárias, em última instância, a fatos e fenômenos jurídicos, especificamente ao fato de que há uma regra secundária de reconhecimento aceita e, por isso, dotada de status *jurídico*. A origem, de acordo com essa regra jurídica de reconhecimento, confere às regras primárias o status propriamente jurídico. Portanto, Hart endossa que essas regras dão origem a obrigações propriamente *jurídicas*.

A despeito desse deslocamento explicativo não ser devidamente explicitado pelo próprio Hart, Beehler acredita que ainda subjaz um comprometimento fundamental com a centralidade explicativa da ideia de aceitação, uma vez que constitui uma exigência central desse deslocamento a ideia de que regras jurídicas primárias são obrigatórias em virtude de serem introduzidas de acordo com uma regra secundária de reconhecimento que é, em si mesma, uma regra social *aceita* e praticada pelo grupo em geral.

Hart, no estágio do regime jurídico simples de regras primárias e regras secundárias (...) exige uma certa atitude da parte das pessoas diante das regras que eles devem observar. Em primeiro lugar, a maioria deve aceitar as regras primárias a fim de que elas sejam os padrões a serem observados. Em seguida, ele exige ao menos a aceitação pela maioria [das pessoas] de regras secundárias para que as regras feitas de acordo com elas obriguem²¹⁶.

Segundo Beehler, ao exigir essa atitude normativa dos indivíduos, Hart considera absolutamente fundamental, para a análise da ideia de direito e de obrigação jurídica, a consideração do *aspecto interno* das regras, isto é, a atitude crítico-reflexiva dos membros diante dos padrões normativos, tomando-os como padrões comuns compartilhados²¹⁷. Foi precisamente essa dimensão distintivamente normativa que teria escapado das teorias do direito que identificam a noção de obrigação jurídica à submissão, à sanção e ao poder.

A visão de Beehler é congruente com os argumentos mobilizados por Hart em uma fase tardia, mais especificamente no artigo “*Commands and Authoritative Legal Reasons*”, publicado como parte dos *Essays on Bentham* (1982). Hart sustenta que a ampla difusão, em uma comunidade pré-jurídica, de uma atitude normativa de reconhecimento e aceitação das expressões de vontade do “comandante” como razões para a ação peremptórias e independentes de conteúdo, tem o condão de constituir a noção normativa de *autoridade prática* ou o que ele denomina de uma “situação normativa do comando” (*normative command situation*)²¹⁸. Hart acredita que esse modelo simples, pré-jurídico, de adoção ampla

²¹⁶ BEEHLER, 1978, p. 128.

²¹⁷ BEEHLER, 1978, p. 128.

²¹⁸ HART, 1982, p. 257.

da atitude normativa de reconhecimento das palavras de um indivíduo como razões para a ação, é perfeitamente capaz de explicar e distinguir uma situação social na qual um indivíduo tem, de fato, autoridade sobre outro(s) de outra situação, aquela na qual há o mero exercício de poder coercitivo sobre as pessoas. Ele insiste, ainda, que a existência dessa atitude normativa de reconhecimento de modo geral em uma determinada comunidade equivale à existência de uma regra social²¹⁹.

Entretanto, Beehler acredita que Hart formula um conceito alternativo de obrigação jurídica, incompatível com o anterior, e que o aproxima perigosamente da teoria imperativista de Austin. Em sua explicação inicial da atitude de aceitação em sociedades mais simples, pré-jurídicas, Hart assevera que ela envolve não apenas a obediência, mas a *compreensão* e a aceitação das regras, incluindo a norma que confere autoridade legislativa²²⁰. Em contrapartida, no contexto de um Estado moderno, Hart concebe como absurda a ideia de que a maior parte da população, a despeito de quão obediente às normas seja, tenha “qualquer percepção clara das regras”, especialmente aquelas regras referentes às qualificações para os indivíduos autorizados a legislar²²¹. Nesse contexto, Hart afirma que só seria exigível uma compreensão clara das regras (especialmente ligadas às questões constitucionais) dos oficiais e dos *experts* do sistema. Por isso, ele sustenta que a aceitação geral da regra de reconhecimento, em um Estado moderno, é um fenômeno complexo, posto que pode ser dividido entre oficiais e cidadãos ordinários, responsáveis por contribuir distintamente para a existência de um sistema jurídico. Dos oficiais é exigido o reconhecimento explícito das regras que conferem autoridade legislativa, ao passo que dos cidadãos ordinários é exigida tão somente a aquiescência com o direito identificado pelas instituições legislativas e aplicadoras do direito. Por isso, Beehler acusa Hart de efetuar um verdadeiro retrocesso na noção de aceitação, ao considerar que a única exigência para a manutenção de um sistema jurídico por parte dos cidadãos comuns – e, assim, de sua aceitação – é a *aquiescência* (*acquiescence*) com os resultados das operações oficiais, no sentido de que devem apenas *obedecer* (*obey*) às regras de obrigação, “por sua própria parte” e por quaisquer motivos²²².

Nesse sentido, Hart elimina por completo o caráter eminentemente racional e reflexivo que outrora havia atribuído à atitude crítico-reflexiva envolvida na atitude de aceitação e, por conseguinte, na noção de ponto de vista interno. Trata-se de uma aceitação “atenuada” que simplesmente equivale à obediência aos padrões jurídicos resultantes das operações

²¹⁹ HART, 1982, p. 258.

²²⁰ HART, 2012, p. 60.

²²¹ HART, 2012, p. 60.

²²² BEEHLER, 1978, p. 127; HART, 2012, p. 61, 117.

oficiais²²³. Doravante, em um Estado moderno, os cidadãos comuns sequer necessitam de aceitar as regras como padrões comuns compartilhados de comportamento ou ainda reconhecer a obrigação de obedecê-las. Beehler sumariza essa nova concepção de aceitação ao afirmar que “tudo o que é exigido dos cidadãos privados para que haja direito é que eles obedçam”²²⁴. Ao discutir a noção de obediência no contexto dos oficiais aplicadores do direito, Hart acredita que:

O que torna a “obediência” enganosa como uma descrição do que os legisladores fazem ao se conformarem às regras que conferem seus poderes, e o que os tribunais fazem ao aplicar uma regra última de reconhecimento aceite, é que obedecer a uma regra (ou a uma ordem) não implica necessariamente nenhum pensamento por parte da pessoa que obedece de que aquilo que faz é o correto a se fazer, tanto para si como para outros: não tem necessariamente de possuir qualquer visão do que faz como sendo o cumprimento de um padrão de comportamento para os outros do grupo social. Não precisa pensar o seu comportamento de conformação como “certo”, “correto”, ou “obrigatório”. Sua atitude, em outras palavras, *não tem necessariamente qualquer traço do caráter crítico* que está implicado onde quer que regras sociais sejam aceitas e tipos de conduta são tratados como padrões gerais. Não precisa compartilhar, embora possa fazê-lo, do ponto de vista interno, que aceita as regras como padrões para todos a quem se aplicam. Em vez disso, pode pensar a regra apenas como algo que lhe exige ação sob cominação de uma pena; pode obedecer-lhe em virtude do medo das consequências, ou por inércia, sem pensar que ele ou os outros têm uma obrigação de o fazer e sem estar disposto a criticar-se ou aos outros pelo desvio. Mas esse *interesse meramente pessoal em relação às regras*, que é tudo o que qualquer cidadão comum pode ter ao obedecer-lhes, não pode caracterizar a atitude dos tribunais perante as regras, com as quais operam como tribunais. Isso é mais patentemente o caso quanto à regra última de reconhecimento, nos termos da qual é apreciada a validade das outras regras. Para que possa sequer existir, tem que ser considerada do ponto de vista interno como um *padrão público comum de decisão judicial correta* e não como algo a que cada juiz meramente obedece apenas por sua própria conta²²⁵.

Portanto, somente dos oficiais do sistema jurídico é exigido o tipo de atitude racional, crítica e reflexiva que constitui a aceitação das regras do ponto de vista interno como padrões comuns compartilhados para orientação do comportamento, e fundamento para críticas, avaliações, punições e exigências de conformidade. Em um caso extremo, Hart admite que o ponto de vista interno pode estar confinado ao mundo oficial²²⁶.

Beehler contesta esse deslocamento explicativo na explicação de Hart sobre a noção de obrigação:

O que se inicia como regras sociais (*social rules*), obrigatórias em virtude (ao menos em parte) de sua aceitação pela comunidade, e em seguida se torna normas (*laws*), obrigatórias em virtude de sua identificação ou origem de acordo com um novo tipo

²²³ HART, 1982, p. 268.

²²⁴ BEEHLER, 1978, p. 127. HART, 2012, p. 116-7.

²²⁵ HART, 2012, p. 115-6, destaques meus.

²²⁶ HART, 2012, p. 117.

de regra aceita pela comunidade [a regra de reconhecimento], no fim, se torna regras ou ordens procedentes dos oficiais, em quem apenas o “ponto de vista interno” necessita estar presente²²⁷.

Essa situação de cisão absoluta entre os oficiais – cujas operações determinam os deveres e as obrigações da comunidade – e os cidadãos comuns, a quem é exigida apenas a obediência, por quaisquer motivos e sem a necessidade de aceitação das regras ou sequer o reconhecimento da existência de obrigação é precisamente a situação da população sob o regime do soberano, na teoria do direito de Austin²²⁸.

Outro ponto de aproximação entre a teoria de Hart e a visão imperativista austiniana é, segundo Beehler, a tendência constante de conceber as obrigações, jurídicas e morais, em termos que equivalem a “ser obrigado” (*being obliged*)²²⁹. O seguinte trecho de *Concept* permite visualizar a questão:

As regras são concebidas e ditas como impondo obrigações quando a demanda geral por conformidade é insistente e a pressão social exercida sobre aqueles que desviam ou ameaçam se desviar é grande. (...) quando as sanções físicas são proeminentes ou usuais entre as formas de pressão, mesmo se não forem definidas estritamente ou aplicadas por autoridades, mas forem deixadas à comunidade em geral, devemos nos inclinar para classificar as regras como uma forma primitiva ou rudimentar de direito. (...) O que é importante é que a insistência na importância ou *seriedade* (*seriousness*) da pressão social subjacente às regras é o fator primário determinante para decidir se as regras são pensadas como dando origem a obrigações²³⁰.

Beehler destaca dois traços de especial importância nessa passagem-chave de Hart sobre os traços distintivos das regras de obrigação. Em primeiro lugar, Hart define uma regra como dando origem a obrigações que são decorrentes da *insistência na demanda geral* por conformidade e na *pressão social séria* exercida sobre aqueles que se desviam ou ameaçam desviar-se das exigências da regra. Em segundo lugar, a proeminência ou a recorrência das sanções físicas, aplicadas por autoridades ou cidadãos privados, condiciona a classificação das regras como um tipo rudimentar de direito²³¹. A implicação da segunda observação é que a noção de ser juridicamente obrigado está estreitamente relacionada não ao tipo de regra que dá origem à obrigação, mas ao *tipo de sanção* mobilizada em apoio à regra. A implicação da primeira observação é que as obrigações de todos os tipos – morais e jurídicas – equivalem à condição de ser obrigado (*being obliged*)²³². É precisamente essa diferenciação que Hart tanto

²²⁷ BEEHLER, 1978, p. 129.

²²⁸ BEEHLER, 1978, p. 127-8.

²²⁹ BEEHLER, 1978, p. 128.

²³⁰ HART, 2012, p. 86-7, destaque no original.

²³¹ BEEHLER, 1978, p. 133.

²³² BEEHLER, 1978, p. 133.

se esforça para destacar quando se refere aos diferentes tipos de asserções sobre as obrigações:

Há uma diferença (...) entre a asserção de que alguém foi obrigado (*was obliged*) a fazer algo e a afirmação de que alguém tinha uma obrigação (*had an obligation*) de fazê-lo. A primeira é, com frequência, uma afirmação sobre as crenças e motivos pelos quais uma ação foi feita. (...) Mas a afirmação de que alguém tinha uma obrigação de fazer algo é de um tipo bastante diferente (...) é verdadeira, ainda que alguém acredite (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que não tinha nada a temer em caso de desobediência²³³

Além disso, o caráter obrigatório das regras é absolutamente independente do valor ou do mérito moral de suas exigências. O que Hart elege como traço distintivo da noção de obrigação é a seriedade da ameaça constituinte da pressão social. Logo, se não há apelo algum ao conteúdo do que é exigido, e os fatores constituintes são a demanda insistente geral e a pressão social, a noção de obrigação significa *ser obrigado a obedecer (being obliged to comply)*²³⁴. Desse modo, em função da referência repetida ao uso de sanções por autoridades para garantir a obediência da massa da sociedade, Hart sugere que ser juridicamente obrigado (*being legally obligated*) equivale a ser obrigado (*being obliged*), isto é, ser coagido (*being coerced*)²³⁵.

Portanto, a concepção de obrigação – em termos de ser obrigado a obedecer, ou, em outros termos, ser passível de sofrer em caso de desobediência – tem duas consequências fatais para a teoria do direito de Hart: primeiro, ela é absolutamente incompatível com a concepção de obrigação, em termos da atitude normativa de aceitação, que caracterizou sua explicação da normatividade das regras sociais (regras primárias de obrigação e da regra de reconhecimento); ademais, ao possibilitar o confinamento da atitude normativa de aceitação (e, com isso, a adoção do ponto de vista interno) ao domínio oficial e, conseqüentemente, extirpá-la do horizonte dos cidadãos comuns, a concepção de obrigação, em termos de “ser obrigado”, reduz a compreensão da normatividade jurídica de Hart a apenas uma versão mais sofisticada da teoria imperativista de Austin.

Mais uma vez, Beehler está correto em seu diagnóstico das incoerências da visão hartiana de normatividade. Hart admite que a introdução de instituições especializadas na aplicação e execução do direito (*specialized law-applying and law-enforcing agencies*) nas sociedades simples, pré-jurídicas, implica uma transformação na atitude normativa de aceitação que operava amplamente nessas sociedades. O surgimento de um sistema jurídico

²³³ HART, 2012, p. 82-3.

²³⁴ BEEHLER, 1978, p. 134.

²³⁵ BEEHLER, 1978, p. 130.

pleno opera a *institucionalização* do reconhecimento da autoridade do “comandante”, isto é, das promulgações legislativas, como definidora dos padrões públicos de adjudicação oficial. Nesse novo contexto social, Hart insiste que a aceitação, pela comunidade em geral na forma dos cidadãos comuns, pode ser apenas uma forma “*atenuada*” de aceitação, em que a obediência aos resultados das operações oficiais pode se dar por qualquer motivo, ao passo que a aceitação dos oficiais é *plena*, reconhecendo a legislação promulgada como razões para sua conformidade com o que é promulgado e para impor e aceitar exigências de conformidade aos outros²³⁶.

Somado a isso, Beehler identifica incoerências ulteriores na teoria de Hart que minam fatalmente a sua consistência como compreensão adequada do fenômeno da normatividade jurídica. A concepção de Hart sobre a obrigação jurídica, em termos de “ser passível de sofrer em caso de desobediência”, não pode ser reconciliada com as observações sobre as afirmações de obrigação e sobre o direito internacional.

A primeira inconsistência é patente na comparação entre a concepção hartiana de obrigação em termos de “ser obrigado a obedecer” e sua análise das afirmações normativas. Hart sustenta que as afirmações de obrigação tipicamente são manejadas não para predizer a aplicação de sanções em casos de desobediência de regras, mas para dizer que um determinado caso recai sob o âmbito de aplicação de uma regra. Nesse sentido, Hart assevera:

A diferença pode parecer ligeira entre a análise de uma afirmação de obrigação como uma predição ou avaliação de chances, de reações hostis aos desvios, e nossa própria posição de que, embora essa afirmação pressuponha um pano de fundo em que os desvios às regras são geralmente confrontados por reações hostis, contudo, *seu uso característico não consiste em predizer isto, mas dizer que o caso de uma pessoa cai sob tal regra*²³⁷.

Beehler reconhece que o pressuposto que orienta a análise hartiana das afirmações normativas é que as regras para as quais se chama a atenção de uma pessoa são geralmente aceitas pela comunidade entre cujos membros essas afirmações são feitas²³⁸. Essa pressuposição remete, sem dúvidas, à primeira concepção de obrigação que Beehler identifica nas considerações de Hart, notadamente a concepção em termos da atitude normativa de aceitação.

A segunda incoerência concerne aos argumentos que Hart mobiliza em defesa da atribuição de status jurídico do direito internacional. Hart rejeita frontalmente a teoria que

²³⁶ HART, 1982, p. 267-8.

²³⁷ HART, 2012, p. 88, destaques meus.

²³⁸ BEEHLER, 1978, p. 130-1.

esforça-se para destituir o caráter vinculante do direito internacional em função da ausência de sanções organizadas. Ele demonstra que essa teoria se assenta na convicção de que o direito é, essencialmente, uma questão de ordens apoiadas por ameaças²³⁹. Hart estava convencido que essa teoria deveria ser rejeitada, uma vez que ela ignora o papel distintivo das afirmações normativas em “avaliar a situação de uma pessoa particular do ponto de vista das regras aceitas como padrões orientadores do comportamento” e, nessa medida, distorcia o papel desempenhado pelas ideias de obrigação e dever no pensamento e no discurso jurídico²⁴⁰. Ademais, segundo Hart:

É verdade que nem todas as regras dão origem a obrigações ou deveres; e também é verdade que as regras que o fazem geralmente exigem algum sacrifício de interesses privados e são geralmente apoiadas por exigências sérias de conformidade e críticas insistentes aos desvios. No entanto, uma vez que nos libertamos da análise preditiva e da sua concepção patente de direito como essencialmente uma ordem apoiada por ameaças, *não parece haver nenhuma boa razão para limitar a ideia normativa de obrigação a regras apoiadas por sanções organizadas*²⁴¹.

A implicação dessas observações, segundo Beehler, é de que uma sociedade pode ter direito cujas normas não sejam impostas e executadas (*enforced*) pelas autoridades. Portanto, a noção de “obrigação jurídica não pode consistir em ser passível de uma sanção do soberano ou de sua burocracia administrativa”²⁴².

2.6.3 Uma reformulação tardia

As robustas objeções formuladas por Beehler ao conceito de obrigação jurídica foram respondidas pelo próprio Hart e deram ensejo a uma importante revisão. Em uma entrevista concedida em 1987 (publicada no ano seguinte e republicada em D’ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart’s The Concept of Law*, 2013), Hart admite que o tratamento da ideia geral de obrigação (seção 2 do capítulo V) constitui um de seus principais erros em *Concept*. Entre outros equívocos, ele afirma que foi enganosa a concepção ali defendida que concebia as obrigações de todos os tipos como surgidas de regras sociais, que são aceitas pela maioria dos membros de um grupo social e que guiam sua conduta, fornecem o padrão para a crítica e são sustentadas por pressão e demandas gerais de conformidade sobre aqueles que desviam ou

²³⁹ HART, 2012, p. 217.

²⁴⁰ HART, 2012, p. 217-8.

²⁴¹ HART, 2012, p. 218, destaques meus.

²⁴² BEEHLER, 1978, p. 132.

ameaçam se desviar²⁴³. No melhor dos casos, essa concepção poderia se adequar às obrigações surgidas do tipo de regras derivadas do costume (*custom-type rules*), as chamadas regras primárias.

Hart admite, assim, o caráter insatisfatório desses elementos para explicar o surgimento de obrigações em contextos caracterizados pela existência de regras eminentemente institucionais, que marcam a transição de sociedades pré-jurídicas para as sociedades dotadas de um sistema jurídico desenvolvido, isto é, as regras oriundas de atos legislativos (*statute-type rules*), promulgadas pelas legislaturas e aplicadas pelos tribunais, que devem o seu status jurídico à satisfação dos critérios de validade, que são fornecidos por regras secundárias de reconhecimento aceitas pelos tribunais e pelos funcionários do sistema. Segundo ele, é evidente que essas regras podem não ser apoiadas pelos cidadãos ordinários e não serem apoiadas por uma pressão geral por conformidade sobre os desviantes. No entanto, o reconhecimento dessas regras como pertencentes ao sistema jurídico e o dever respectivo dos juízes de aplicá-las decorre da satisfação dos critérios de validade fornecidos pela regra de reconhecimento da comunidade, aceita e aplicada pelos oficiais. Então, no que concerne às regras legisladas (*statute-type rules*), a explicação da noção geral de obrigação, em termos de regras sociais, é radicalmente insatisfatória²⁴⁴.

Todavia, Hart pensa que a ideia de obrigação, em termos de regras sociais, é defeituosa até mesmo para explicar um regime de regras primárias de tipo costumeiro (*custom-type rules*). Por isso, ele sugere uma explicação revisada da ideia geral de obrigação. Ainda que se trate de um regime de regras primárias, Hart assevera que:

O que é necessário para constituir as regras que impõem obrigações não é simplesmente que elas devem, de fato, serem apoiadas por uma demanda geral por conformidade e pressão social, mas que deva ser geralmente aceito que elas [a demanda geral por conformidade e a pressão social] são respostas *legítimas* (*legitimate*) aos desvios, no sentido de que elas são permitidas, se não exigidas, pelo sistema. Essas demandas e pressões não serão apenas consequências previsíveis dos desvios, mas consequências normativas, porque elas são legítimas nesse sentido. Eu agora penso que essa ideia de uma resposta legítima aos desvios na forma de demandas e pressões por conformidade é o componente central da obrigação²⁴⁵.

Entre outros erros, Hart reconhece que, nesses termos, a noção de obrigação é incapaz de explicar o caráter vinculante de regras jurídicas promulgadas (*enacted legal rules*) por

²⁴³ HART, *Answers to Eight Questions* (1988), p. 502-503. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

²⁴⁴ HART, 2013, p. 513.

²⁴⁵ HART, 2013, p. 503-504.

instituições políticas e jurídicas, como as legislaturas e os tribunais. Mais fundamentalmente, porém, essa concepção de obrigação é radicalmente defeituosa, uma vez que falha em explicar o caráter propriamente normativo das regras sociais, visto que, tal como Bentham e Austin, Hart fixa, em elementos puramente empíricos e factuais (a pressão social séria), a dimensão propriamente normativa do direito. Essa estratégia é manifestamente incapaz de superar a lacuna humeana.

A passagem acima reflete, assim, um deslocamento explicativo do traço distintivo da noção de obrigação para o componente da *legitimidade* das respostas aos desvios, sob a forma de exigências e pressões por conformidade. Segundo Hart, a ideia de obrigação em termos de respostas legítimas aos desvios preserva a distinção, discutida em *Concept*, entre as diferentes situações sociais relevantes, entre o sujeito simplesmente “ser obrigado” (*being obliged*) a agir de certo modo tendo em vista que as demandas e pressões sociais são consequências prováveis aos desvios, e “ter uma obrigação” (*having an obligation*) de agir posto que as demandas e pressões sociais são permitidas ou exigidas e, nesse sentido, são consequências legítimas. Além disso, a revisão da noção geral de obrigação reflete precisamente o ponto de vista interno dos sujeitos que aceitam as regras que permitem e exigem essas respostas legítimas²⁴⁶.

Com efeito, Hart destaca que sua concepção revisada pode ser estendida ao caso mais complexo das regras oriundas de um sistema jurídico desenvolvido, no qual as obrigações decorrem, paradigmaticamente, de regras estatutárias/legisladas. Ele argumentou que:

Essas regras promulgadas podem não ser geralmente aceitas pelos membros ordinários de uma sociedade, mas são reconhecidas como regras válidas do sistema jurídico pelos tribunais ao aplicar a regra secundária de reconhecimento do sistema que fornece os critérios de validade para identificar as regras que os tribunais devem aplicar aos casos que chegam até eles. Essas regras promulgadas impondo obrigações não precisam ser (e frequentemente não o são) apoiadas por uma pressão social geral, mas são apoiadas por regras auxiliares permitindo ou exigindo que os oficiais respondam aos desvios com demandas e meios coercitivos para assegurar a conformidade. Essas respostas não serão apenas consequências previsíveis dos desvios (na verdade, podem não ser sempre previsíveis), mas serão respostas *legítimas* aos desvios, uma vez que os oficiais são permitidos ou exigidos de produzi-las²⁴⁷.

Dessa maneira, tal como no caso do regime de regras primárias, Hart concebe que o traço distintivo das obrigações impostas por regras promulgadas é a ideia de *consequência*

²⁴⁶ HART, 2013, p. 503-504.

²⁴⁷ HART, 2013, p. 504.

normativa, sob a forma de *respostas legítimas* aos desvios²⁴⁸. Além disso, essa noção reflete o ponto de vista interno dos oficiais que, aceitando a regra de reconhecimento da comunidade, identificam as regras que os tribunais têm o dever de aplicar²⁴⁹.

2.7 Os comprometimentos metafísicos da normatividade: uma reconstrução brandomiana

2.7.1 Os modelos de normatividade

A partir da reconstrução abrangente dos comprometimentos teóricos de Hart em seu empreendimento filosófico de compreensão da normatividade jurídica, é possível realizar, ainda que em linhas gerais, uma avaliação crítica da capacidade dessa teoria de fundamentar a existência de status e posições normativas genuínas. Para promover essa avaliação, é necessário recorrer ao instrumental teórico de um dos mais sofisticados pragmatistas da contemporaneidade, Robert Brandom, especialmente às ferramentas conceituais que ele mobiliza em *A Spirit of Trust* (2019)²⁵⁰ na reconstrução da *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel a partir de um entendimento direcionado aos modelos de normatividade discursiva que podem ser encontrados na trajetória progressiva do Espírito.

Conforme a leitura de Brandom, Hegel compreende a trajetória progressiva dos modelos de normatividade em diversos estágios de desenvolvimento. O primeiro tipo consiste nos modelos tradicionais de normatividade baseados em relações assimétricas de subordinação, denominado por Brandom de modelo tradicional subordinação-obediência (*traditional subordination-obedience model*). O que caracteriza esse modelo precário de normatividade, na leitura hegeliana de Brandom, é que os status normativos que os sujeitos assumem em uma comunidade são pensados como “instituídos por relações sociais de poder enraizadas, em última instância, em ameaças à vida biológica”²⁵¹. Assim, ele afirma que:

(...) toda autoridade (“independência”) é tomada como estando ao lado do superior, e toda responsabilidade ou obrigação (“dependência”) é tomada como estando ao lado

²⁴⁸ Importante ressaltar que essa revisão/correção da concepção das obrigações jurídicas está vinculada à consideração das respostas como legítimas na perspectiva apenas das autoridades (*officials*). Esse aspecto será ressaltado adiante, ao destacar que Hart adota um modelo de normatividade distintivo para as autoridades jurídicas. Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Thiago Lopes Decat, por chamar à atenção para esse ponto.

²⁴⁹ HART, 2013, p. 504.

²⁵⁰ BRANDOM, Robert B. *A Spirit of Trust: A Reading of Hegel's 'Phenomenology'*. Cambridge MA: Harvard University Press, 2019.

²⁵¹ BRANDOM, 2019, p. 263.

do subordinado. As atitudes apropriadas a esses status são comandos que instituem responsabilidade da parte do superior e obediência que assume responsabilidade da parte do subordinado²⁵².

O que está em jogo, segundo Brandom, é a ideia moderna que remonta a de Pufendorf, e que floresce com as teorias contratualistas de Hobbes e Locke até culminar nas concepções de Rousseau e Kant, segundo a qual os status normativos de responsabilidade e autoridade não podem ser devidamente compreendidos sem a consideração das atitudes práticas de tratar ou tomar os sujeitos como responsáveis e autoritativos. Nesse modelo de subordinação-obediência, há a primazia das atitudes sobre os status, isto é, os status normativos são pensados como (inteiramente) dependentes das atitudes normativas (*attitude-dependence of normative status*)²⁵³. Disso resulta que a assimetria das relações decorre diretamente da assimetria entre atitudes e status.

Com efeito, o que está na base do erro do modelo subordinação-obediência, segundo Brandom, é uma confusão sistemática entre *poder* e *autoridade*. Trata-se, mais precisamente, de “uma confusão fundamental sobre a metafísica da normatividade”²⁵⁴. Brandom reconstrói a natureza defeituosa dos status normativos instituídos a partir da constelação de práticas desse modelo por meio da consideração da alegoria hegeliana da Maestria (*Mastery*). Em sua forma geral, é a concepção prática de sujeitos normativos dotados de pura independência, isto é, do status de autoridade sem a necessidade de assunção de responsabilidade correlata.

Essa concepção de pura independência traz consigo, segundo Brandom, o comprometimento mais específico com a constitutividade imediata (*immediate constitutiveness*) das atitudes do “Mestre” com respeito aos status normativos, independentemente da existência de quaisquer atitudes complementares de assunção da parte do “subordinado”²⁵⁵. A alegoria da *Maestria* capta essencialmente a estrutura básica correspondente ao modelo de normatividade em termos de obediência-subordinação:

Nesse modelo, o superior é o sujeito normativo do status de autoridade, e o subordinado é o sujeito normativo do status de responsabilidade. Ademais, a autoridade distintiva do superior é a autoridade para instituir responsabilidades do subordinado pela adoção de atitudes de atribuição. O superior tem a autoridade de tornar o subordinado responsável ao tomá-lo como sendo responsável - isto é, ao atribuir o status de responsabilidade²⁵⁶.

²⁵² BRANDOM, 2019, p. 263.

²⁵³ BRANDOM, 2019, p. 263.

²⁵⁴ BRANDOM, 2019, p. 327.

²⁵⁵ BRANDOM, 2019, p. 315.

²⁵⁶ BRANDOM, 2019, p. 317-8.

Brandom insiste que a noção de pura independência, isto é, de autoridade sem nenhuma responsabilidade correlata é uma ideia incoerente visto que é incompatível com a inteligibilidade de conteúdo das determinações dessa autoridade ter conteúdo determinado. Por conseguinte, as práticas que exibem a estrutura do *Mastery* são caracteristicamente defeituosas. O defeito nessas práticas, embora tenha consequências psicológicas e sociológicas, é fundamentalmente metafísico e ontológico: o defeito nas atitudes normativas constitui o defeito nos status normativos. No entanto, ele adverte, isso não significa que o comprometimento com essa possibilidade não possa ser constitutivo de práticas sociais e formas de vida reais²⁵⁷.

Brandom argumenta que, no modelo hegeliano da *Mastery*, as responsabilidades que a autoridade do Mestre rejeita são de vários tipos. Ele nega a *responsabilidade* perante outros sujeitos, mais precisamente perante as atitudes dos outros, ou seja, ele nega que a sua autoridade dependa das atitudes normativas dos subordinados. Ele também nega a *autoridade* dos outros e, com isso, nega a sua responsabilidade perante os status normativos dos outros. Brandom acrescenta que o “superior” também rejeita uma dimensão crucial dos status normativos, quer dizer, a determinidade de seu conteúdo. O conteúdo de um status especifica pelo que se é responsável ou autoritativo. Ao rejeitar a responsabilidade perante o conteúdo dos status e, com isso, das atitudes diante desses status, o mestre também nega a responsabilidade pelo processo de determinação desses conteúdos. Essa é a responsabilidade de se identificar com alguns comprometimentos ao invés de outros, quando se torna manifesto que são incompatíveis. Brandom também enfatiza que, para Hegel, todas essas responsabilidades que o Mestre rejeita vêm em um só pacote, dado que todas estão implícitas em qualquer exercício de autoridade²⁵⁸.

Brandom visualiza uma assimetria fundamental na estrutura do modelo tradicional de subordinação-obediência, que está no cerne da alegoria do *Mastery*, nos diferentes tipos de responsabilidades que o superior institui para o subordinado através de suas atitudes normativas: (1) a responsabilidade do subordinado de *respeitar* ou de reconhecer, no sentido de *atribuir*, a autoridade que é definidora do superior como tal e (2) a responsabilidade de *obedecer* (*obey*) aos comandos do superior. Embora intimamente relacionadas, Brandom argumenta que (2) concerne à responsabilidade diante das atitudes do superior, expressa em seus comandos, e (1) diz respeito aos status do superior como dotado de autoridade para imediatamente constituir responsabilidades para o subordinado em função das atribuições

²⁵⁷ BRANDOM, 2019, p. 314-5.

²⁵⁸ BRANDOM, 2019, p. 315-6.

feitas pelo superior²⁵⁹. Ademais, essas responsabilidades imediatamente instituídas pelas atitudes do superior se diferem no tipo de *atitude* e nos *status* que são objetos dessas atitudes. O dever de respeitar (1) é uma responsabilidade de *atribuir autoridade* ao superior, ao passo que o dever de obedecer (2) é uma responsabilidade prática de *assumir responsabilidade*. Na leitura de Brandom, a alegoria hegeliana demonstra que esses dois aspectos, o dever de respeitar e o dever de obediência, definem a responsabilidade característica do subordinado e (também) a autoridade característica do superior²⁶⁰.

A assimetria desse modelo concerne à distinção entre atitudes instituidoras e não instituidoras, e entre autoridade e responsabilidade. A responsabilidade do subordinado de respeitar (ou reconhecer) é a atribuição de um tipo distintivo de autoridade ao superior, mas essa atitude de atribuição *não é tomada como sendo constitutiva do status* que ela atribui. Ao passo que as atribuições de responsabilidade do superior são tomadas como sendo *imediatamente constitutivas* dos status que ele atribui, independentemente da existência de atitudes complementares da parte dos outros²⁶¹.

Brandom contrasta esse modelo precário de normatividade com outros dois modelos. O primeiro deles é o modelo de normatividade em termos de autonomia individual de Kant que, assim como o modelo de subordinação-obediência, se caracteriza por status normativos serem imediatamente instituídos por atitudes normativas. O que os diferencia, no entanto, é que o modelo kantiano é um modelo de normatividade eminentemente individual, no qual a autoridade para assumir responsabilidades (comprometimentos) não necessita de reconhecimento de outros sujeitos normativos. Por isso, a *dimensão social* das atitudes normativas de atribuição e reivindicação de autoridade e responsabilidade está fora do modelo de Kant²⁶².

O contraste mais eloquente ao modelo tradicional de subordinação-obediência para os presentes propósitos, no entanto, é com o modelo cognitivo social hegeliano. Brandom sustenta que o modelo de normatividade cognitiva social de Hegel tem o mérito de eliminar as assimetrias constitutivas na estrutura metafísica subjacente ao modelo tradicional por meio de uma concepção segundo a qual os status normativos são instituídos por reconhecimento *recíproco* (*reciprocal recognition*), em que todos os status normativos são instituídos por atitudes normativas e em que a instituição requer, ao mesmo tempo, a atitude de atribuição de um sujeito normativo e a atitude de reconhecimento do sujeito do status. Os status normativos

²⁵⁹ BRANDOM, 2019, p. 321-2.

²⁶⁰ BRANDOM, 2019, p. 324-5.

²⁶¹ BRANDOM, 2019, p. 321.

²⁶² BRANDOM, 2019, p. 276-7.

assim instituídos, por seu turno, transcendem essas atitudes e fornecem um padrão em relação ao qual elas se tornam responsáveis²⁶³. Assim, uma atitude normativa de assunção de responsabilidade só tem o condão de constituir status normativos genuínos se for mediada (complementada socialmente) pela atribuição de autoridade aos outros, que reconhecem a sua autoridade para assumir ou atribuir responsabilidades²⁶⁴. Além disso, a visão recognitiva hegeliana tem o mérito de acomodar e articular todas as responsabilidades implícitas no exercício de qualquer tipo de autoridade, ao contrário do modelo tradicional que rejeita todas elas.

Brandom denomina de reconhecimento geral robusto a constelação simétrica de atitudes de reconhecimento socialmente mediadas que instituem status de autoridade de reconhecimento (autoconsciência), em que o outro é reconhecido como um sujeito de atitudes e status normativos, dotado de autoridade para assumir ou atribuir responsabilidades²⁶⁵. Nesse sentido, ser um sujeito de status normativos e atitudes normativas depende do reconhecimento como tal por parte de outro sujeito normativo²⁶⁶. Trata-se, assim, do processo simétrico de atribuição de autoridade entre sujeitos para instituir status normativos através da atitude do outro socialmente mediada pelo reconhecimento recíproco²⁶⁷.

Há também o reconhecimento específico, em que a autoridade instituída pelo reconhecimento (robusto) recíproco é também a autoridade para atribuir responsabilidades que, se devidamente complementadas por assunções pelos sujeitos normativos, constituem as responsabilidades específicas como status normativos genuínos²⁶⁸. O mesmo vale para o status normativo de autoridade. Isso significa que um sujeito normativo só é dotado de autoridade (status normativo) se os outros sujeitos o consideram (atribuem a ele) tal autoridade. A reivindicação de autoridade do sujeito normativo é incompleta sem o reconhecimento dos outros²⁶⁹. Brandom sumariza o modelo recognitivo hegeliano, tanto em sua forma geral quanto específica:

A ideia central do modelo de reconhecimento diz respeito ao que é necessário para que os status de responsabilidade e autoridade, que são virtuais no sentido de serem objetos de atitudes de atribuição e reconhecimento, sejam atualizados. Trata-se da ideia de que é necessário e suficiente que as atitudes em questão façam parte de uma constelação apropriada de outras atitudes. Uma constelação de atitudes apropriada para a realização de seus objetos é aquela em que as atitudes de atribuir ou

²⁶³ BRANDOM, 2019, p. 264.

²⁶⁴ BRANDOM, 2019, p. 281-2.

²⁶⁵ BRANDOM, 2019, p. 281-2.

²⁶⁶ BRANDOM, 2019, p. 283.

²⁶⁷ BRANDOM, 2019, p. 283-284.

²⁶⁸ BRANDOM, 2019, p. 322.

²⁶⁹ BRANDOM, 2019, p. 286.

reconhecer responsabilidade e autoridade são adequadamente complementadas por outras atitudes. Quando os status atribuídos a outro sujeito também são reconhecidos por esse sujeito, e quando os status reconhecidos por um sujeito são atribuídos a esse sujeito, e quando os sujeitos normativos dessas atitudes simétricas geralmente se reconhecem mutuamente, então são instituídos status normativos genuínos²⁷⁰.

Por fim, Brandom compara o modelo hegeliano de instituição de status normativos por atitudes normativas com a concepção de um contrato no direito civil anglo-americano. Segundo ele, dois dos elementos clássicos, pensados como condições individualmente necessárias para a instituição do status jurídico de um contrato são: a reciprocidade de obrigações (*mutuality of obligation*) e a troca de valores (*exchange of values*). A primeira exige que ambas as partes se vinculem e se obriguem, isto é, que se tornem responsáveis uma perante a outra. A troca recíproca que constitui a segunda pode “consistir em uma promessa de realizar um ato que não se é juridicamente obrigado a fazer ou uma promessa de se abster de um ato que se é juridicamente autorizado a fazer. Isto é, “pode consistir no reconhecimento de responsabilidade ou na atribuição de autoridade”. Brandom argumenta que o modelo contratual de instituição de status jurídicos pela adoção de atitudes e atos mutuamente relevantes pelas partes contratantes é, portanto, muito próximo do modelo hegeliano em que atitudes cognitivas adequadamente complementadas podem instituir status normativos genuínos²⁷¹.

2.7.2 *As assimetrias constitutivas do modelo hartiano de normatividade*

Hart reconheceu que os modelos teóricos positivistas clássicos de Bentham e Austin, diretamente tributários do pensamento de Hobbes, padecem de uma falha fundamental, qual seja, a confusão entre a dimensão do poder e da autoridade²⁷². Assim, embora não tivesse à sua disposição o refinado aparato conceitual brandomiano, Hart foi capaz de identificar que os vícios que comprometem a visão imperativista do direito se originam de uma compreensão incorreta da metafísica da normatividade, aparentado ao modelo tradicional de subordinação-obediência. De fato, a teoria imperativista do direito, amplamente criticada por Hart, ecoa diretamente as assimetrias estruturais do modelo tradicional de normatividade em termos de subordinação-obediência.

Em primeiro lugar, a visão imperativista compartilha o pressuposto de que os status normativos dos sujeitos em uma comunidade política dependem direta e constitutivamente da

²⁷⁰ BRANDOM, 2019, p. 289.

²⁷¹ BRANDOM, 2019, p. 289.

²⁷² HART, 2012, p. 20, 63.

instituição por atitudes normativas ancoradas em relações assimétricas de poder. Para tomar de empréstimo o vocabulário regimentado de Brandom, o soberano austiniano é o sujeito que, por meio de ordens baseadas em ameaças de imposição de um mal, torna-se capaz de instituir imediatamente status normativos de responsabilidade através da assimetria de poder, isto é, a capacidade (e eventualmente a vontade) de impor consequências desagradáveis aos indivíduos desviantes. Há, portanto, a assimetria característica do modelo de subordinação-obediência, posto que os status normativos dos sujeitos (obrigações) são inteira e imediatamente constituídos pelas atitudes normativas (ordens e comandos) do soberano. Por isso, o soberano austiniano torna-se o *locus* de pura independência, isto é, de autoridade sem a assunção de responsabilidades correlatas e independente da existência de quaisquer atitudes complementares de assunção dos subordinados²⁷³.

Ademais, ainda que se trate de um exercício precário de autoridade, o modelo imperativista é marcado pela rejeição das responsabilidades típicas de qualquer exercício de autoridade. Ao se caracterizar *negativamente* como o indivíduo (ou grupo de indivíduos) que não presta obediência regular a ninguém²⁷⁴, o soberano austiniano rejeita, de uma só vez: em primeiro lugar, a responsabilidade perante a atitudes dos outros, isto é, que sua autoridade (a condição de soberano) dependa das atitudes dos sujeitos; ele também rejeita a sua responsabilidade perante os status normativos dos outros, isto é, o soberano não assume a responsabilidade de reconhecer a autoridade dos sujeitos. Com isso, o soberano austiniano também rejeita a responsabilidade do processo de determinação do conteúdo dos seus status normativos, incluindo a identificação dos comprometimentos com os quais se identifica e os comprometimentos que lhe são incompatíveis²⁷⁵.

Finalmente, o modelo imperativista compreende, tal como o modelo de subordinação-obediência, que as atitudes normativas do soberano são competentes e capazes de instituir, imediatamente, tanto a responsabilidade do subordinado de respeitar e reconhecer (não constitutivamente) a autoridade (status normativo) definidora do soberano, além da responsabilidade (constitutiva) dos sujeitos de assumir responsabilidades práticas diante de suas atitudes normativas, isto é, de obedecer aos seus comandos²⁷⁶. Essas responsabilidades se manifestam na caracterização dos subordinados como os indivíduos que prestam obediência habitual ao soberano (ou às pessoas soberanas na comunidade)²⁷⁷.

²⁷³ BRANDOM, 2019, p. 315.

²⁷⁴ HART, 2012, p. 50.

²⁷⁵ BRANDOM, 2019, p. 315-6.

²⁷⁶ BRANDOM, 2019, p. 324-5.

²⁷⁷ HART, 2012, p. 50.

Diante do reconhecimento do fracasso estrutural e metafísico da visão de normatividade jurídica do modelo austiniano, Hart levantou, talvez como a principal crítica, a incapacidade de explicar a existência de status normativos genuínos, como direitos e obrigações, além da desnecessidade de existência de uma figura dotada do status de soberania (pura independência e autoridade) latente em qualquer forma política. Por isso, o modelo imperativista seria incapaz de explicar uma gama de fenômenos tipicamente normativos que dependem da noção de autoridade, inclusive a própria ideia de “comando”, com a qual Austin identificou a forma elementar de ato normativo²⁷⁸.

Atento às necessidades de reformulação da estrutura conceitual e metafísica para dar conta do fenômeno da autoridade e da normatividade em geral, Hart buscou formular um modelo de normatividade distinto, supostamente capaz de suplementar as deficiências teóricas do modelo imperativista. Hart localizou no conceito normativo de “regra” o status normativo genuíno capaz de explicar a emergência da dimensão normativa e questionar o postulado imperativista da necessidade de existência latente de uma autoridade impassível de responsabilidade. O ponto fulcral, no entanto, é que Hart formulou ao menos dois modelos, quer dizer, dois conceitos de direito e de obrigação jurídica, irreconciliáveis entre si²⁷⁹.

O primeiro conceito de obrigação jurídica explica a emergência de regras sociais e fundamenta o caráter normativo e vinculante dessas regras diretamente no fato de serem amplamente *aceitas* e sustentadas pela maior parte da comunidade política²⁸⁰. É a partir da noção de aceitação (*acceptance*) ampla dos padrões que explica-se a emergência da dimensão normativa das regras primárias de obrigação nas comunidades pré-jurídicas e a emergência da regra de reconhecimento embrionária (e, por conseguinte, da autoridade prática), em que a maior parte da comunidade aceita as expressões de vontade de um “comandante” como razões peremptórias e independentes de conteúdo, o que Hart denomina a “situação normativa do comando” (*normative command situation*)²⁸¹.

Traduzido em um vocabulário brandomiano, esse conceito de obrigação vincula diretamente a tomada de atitudes normativas distintivas de *aceitação* pela maior parte da comunidade e a emergência de status normativos, sob a forma de regras de obrigação. Há, de fato, alguns componentes cognitivos nessa concepção, especificamente a noção de reconhecimento geral robusto geral, em que atitudes simétricas de reconhecimento constituem os status normativos de autoridade entre sujeitos normativos. Para compreender a dimensão

²⁷⁸ HART, 2012, p. 19-20.

²⁷⁹ BEEHLER, 1978, p. 120, 132.

²⁸⁰ BEEHLER, 1978, p. 124.

²⁸¹ HART, 1982, p. 257.

normativa das práticas é necessário fazer referência à *atitude crítico-reflexiva* exibida pelos participantes engajados e que aceitam as regras como guias para a conduta e padrões para avaliação dos outros²⁸². Foi precisamente essa dimensão distintivamente normativa que teria escapado às teorias do direito que identificam a noção de obrigação jurídica à submissão, à sanção e ao poder. Com efeito, só faz sentido compreender as atitudes normativas que estão implicadas na ideia de atitude crítico-reflexiva fazendo referência aos elementos cognitivos que Hart implicitamente endossa nesse conceito de obrigação, mais especificamente o que Brandom denomina de reconhecimento geral robusto. A formulação de críticas e demandas de conformidade feitas aos outros participantes, além do reconhecimento da legitimidade das críticas e demandas quando feitas pelos outros exige, como condição de inteligibilidade, o reconhecimento prévio do outro como um legítimo sujeito normativo, como uma autoconsciência capaz de ser sujeito de atitudes e status normativos²⁸³. É necessário, portanto, uma atitude normativa prévia de atribuição de autoridade de reconhecimento, em que o outro é reconhecido como um sujeito de atitudes e status normativos, dotado de autoridade para assumir ou atribuir responsabilidades²⁸⁴.

Há, além disso, elementos ligados à noção de reconhecimento específico, em que os status normativos genuínos são instituídos por atribuições socialmente complementadas por assunções desses status pelos sujeitos normativos. Esse comprometimento pode ser visto no processo de instituição de regras sociais de obrigação, que pode ser traduzido no vocabulário brandomiano como a assunção de responsabilidades pelos sujeitos normativos, que complementam a atribuição dessas responsabilidades pelos sujeitos reconhecidos como autoritativos pelo processo de reconhecimento robusto geral, o que, finalmente, constitui essas responsabilidades como status normativos genuínos²⁸⁵. Isso se torna patente na instituição da regra de reconhecimento, em que os indivíduos aceitam e endossam (assumem) as obrigações (responsabilidades) como razões para a ação peremptórias derivadas das expressões de vontade (instituídas) pelo “comandante” (autoridade), no contexto das sociedades pré-jurídicas²⁸⁶. Assim, ao reconhecer uma norma, o sujeito normativo ao mesmo tempo deve atribuir uma autorização (autoridade) para aqueles que vão administrar a avaliação e assumir um comprometimento (responsabilidade) pelo conteúdo da norma. Há, portanto, elementos

²⁸² BEEHLER, 1978, p. 128; HART, 2012, p. 115.

²⁸³ BRANDOM, 2019, p. 281-2; HART, 2012, p. 57.

²⁸⁴ BRANDOM, 2019, p. 281-2.

²⁸⁵ BRANDOM, 2019, p. 322.

²⁸⁶ HART, 1982, p. 257.

fortemente ligados a uma concepção recognitiva nessa visão de obrigação jurídica e social de Hart.

Porém, no contexto de existência de um sistema jurídico moderno, essa ideia de obrigação jurídica baseada na atitude normativa de aceitação dá lugar a um conceito alternativo de obrigação jurídica, irreconciliável com o primeiro e que o aproxima perigosamente da teoria imperativista de Austin²⁸⁷.

Entretanto, há elementos para justificar a tese de que, no contexto de um sistema jurídico de um Estado moderno, operam não um, mas dois conceitos de obrigação jurídica. Cada conceito está comprometido com um modelo de normatividade, dotado de comprometimentos metafísicos específicos. Beehler parece estar equivocado ao pensar que o conceito de obrigação em termos de aceitação é substituído completamente com a emergência de um sistema jurídico moderno. Um dos conceitos de obrigação opera no domínio das instituições aplicadoras do direito, mais especificamente nas relações funcionais entre os oficiais do sistema. O outro conceito de obrigação opera na relação dos cidadãos comuns com o sistema jurídico (e com oficiais do sistema). Essa divisão funcional é tornada explícita na afirmação de Hart de que a aceitação geral da regra de reconhecimento, em um Estado moderno, é um fenômeno complexo, posto que pode ser dividido entre oficiais e cidadãos ordinários, responsáveis por contribuir distintamente para a existência de um sistema jurídico²⁸⁸.

Na operação funcional dos oficiais das instituições aplicadoras e executoras do direito, há elementos que apontam para a manutenção do conceito de obrigação em termos da atitude normativa de aceitação, com seus pressupostos e implicações similares ao modelo pré-jurídico. Hart afirma que, a fim de manter o sistema jurídico em um Estado moderno, é exigido dos oficiais o reconhecimento efetivo da regra de reconhecimento que fornece os critérios de validade jurídica, e faculta as regras de alteração e julgamento, como padrões públicos comuns do comportamento oficial²⁸⁹. Nessa concepção, de fato ainda persistem os elementos normativos baseados no modelo de reconhecimento recíproco, posto que os oficiais devem, como condição de possibilidade da atuação oficial, reconhecer uns aos outros como sujeitos normativos, atribuindo autoridade de reconhecimento e sendo reconhecidos como tal pelos seus pares (reconhecimento geral robusto), e é necessário que haja a atitude normativa de assunção explícita das regras (status normativos genuínos) complementando

²⁸⁷ BEEHLER, 1978, p. 127.

²⁸⁸ HART, 2012, p. 60-1.

²⁸⁹ HART, 2012, p. 116.

adequadamente as atribuições de autoridade e responsabilidade dos demais oficiais, especialmente as autoridades legislativas²⁹⁰. É possível, por conseguinte, que haja uma sociedade em que a institucionalização da atitude normativa de aceitação efetiva e plena (*full-blooded acceptance*) esteja restrita ao domínio oficial como condição de possibilidade para a existência de um sistema jurídico moderno²⁹¹. Isso significa que a aceitação plena dos status normativos genuínos por reconhecimento recíproco entre sujeitos normativos simétricos pode perfeitamente estar restrito ao âmbito oficial²⁹². A dimensão fundamentalmente *intersubjetiva* das atitudes normativas de aceitação dos oficiais é contrastada por Hart com a atitude dos cidadãos comuns. Ele afirma que:

(...) esse *interesse meramente pessoal em relação às regras*, que é tudo o que qualquer cidadão comum pode ter ao obedecer-lhes, não pode caracterizar a atitude dos tribunais perante as regras, com as quais operam como tribunais. Isso é mais patentemente o caso quanto à regra última de reconhecimento, nos termos da qual é apreciada a validade das outras regras. Para que possa sequer existir, tem que ser considerada do ponto de vista interno como um *padrão público comum de decisão judicial correta* e não como algo a que cada juiz meramente obedece apenas por sua própria conta²⁹³.

Portanto, o modelo de normatividade em termos da atitude normativa de aceitação oficial das regras secundárias compromete Hart com uma visão que pressupõe um processo de reconhecimento *recíproco* entre sujeitos normativos simétricos e que a instituição de regras (e dos status normativos genuínos) é explicada pela constelação de atitudes de atribuição adequadamente complementada pela assunção desses status pelos sujeitos normativos no âmbito oficial.

Não obstante, no que se refere às relações dos cidadãos comuns com o direito, os oficiais e instituições, Hart procede exatamente o retrocesso na noção de aceitação que Beehler outrora identifica, ao arguir que a única exigência para a manutenção de um sistema jurídico por parte dos cidadãos comuns – e, assim, de sua aceitação – é a *acquiescência* (*acquiescence*) com os resultados das operações oficiais, no sentido de que devem apenas *obedecer* (*obey*) às regras de obrigação, “por sua própria parte” e por quaisquer motivos²⁹⁴. A aceitação “atenuada” dos cidadãos comuns equivale, pois, meramente ao dever de obedecer aos resultados das operações oficiais. Há, assim, um conceito distinto de obrigação jurídica operando. Mais especificamente, Hart endossa injustificadamente as assimetrias estruturais e

²⁹⁰ BRANDOM, 2019, p. 289; HART, 116-7.

²⁹¹ HART, 1982, p. 268.

²⁹² HART, 2012, p. 117.

²⁹³ HART, 2012, p. 115-6, destaques meus.

²⁹⁴ BEEHLER, 1978, p. 127; HART, 2012, p. 117.

as incoerências metafísicas do modelo tradicional de normatividade em termos de subordinação-obediência que ele sistematicamente criticou na teoria do direito de Austin. Vale lembrar o modo como Hart descreveu a noção de obediência:

(...) obedecer a uma regra (ou a uma ordem) não implica necessariamente nenhum pensamento por parte da pessoa que obedece de que aquilo que faz é o correto a se fazer, tanto para si como para outros: não tem necessariamente de possuir qualquer visão do que faz como sendo o cumprimento de um padrão de comportamento para os outros do grupo social. Não precisa pensar o seu comportamento de conformação como “certo”, “correto”, ou “obrigatório”. Sua atitude, em outras palavras, *não tem necessariamente qualquer traço do caráter crítico* que está implicado onde quer que regras sociais sejam aceitas e tipos de conduta são tratados como padrões gerais. Não precisa compartilhar, embora possa fazê-lo, do ponto de vista interno, que aceita as regras como padrões para todos a quem se aplicam. Em vez disso, pode pensar a regra apenas como algo que lhe exige ação sob cominação de uma pena; pode obedecer-lhe em virtude do medo das consequências, ou por inércia, sem pensar que ele ou os outros têm uma obrigação de o fazer e sem estar disposto a criticar-se ou aos outros pelo desvio²⁹⁵.

O endosso hartiano da possibilidade de ausência completa do caráter crítico que conceitualmente acompanha o ponto de vista interno por parte dos cidadãos equivale ao retrocesso injustificável ao modelo de normatividade tradicional de obediência-subordinação. Em primeiro lugar, a descrição hartiana da obediência dos cidadãos como uma questão de interesse meramente pessoal em relação às regras pode ser traduzida para o vocabulário regimentado de Brandom como o abandono da necessidade de reconhecimento geral robusto de outros sujeitos normativos. Ademais, Hart explicitamente concede que os cidadãos privados não necessitam *aceitar* as regras como padrões comuns compartilhados de comportamento ou sequer reconhecer a obrigação de obedecê-las²⁹⁶. Isso significa que Hart retira por completo a necessidade de complementação social das atitudes de atribuição de responsabilidade (dos oficiais) por atitudes de *assunção* desses status pelos sujeitos normativos (cidadãos comuns).

Assim, na explicação das obrigações jurídicas dos cidadãos comuns perante o sistema jurídico, ele retoma claramente a assimetria estrutural entre os sujeitos normativos que caracteriza o modelo tradicional de subordinação-obediência. Os oficiais (tomados como o pólo superior) se tornam o *locus* de pura independência, posto que sua autoridade independe das atitudes normativas dos cidadãos (enquanto subordinados), e estes, por sua vez, tornam-se *locus* de pura dependência, responsabilidade sem autoridade²⁹⁷. Por conseguinte, Hart se

²⁹⁵ HART, 2012, p. 115-6, destaques meus.

²⁹⁶ HART, 2012, p. 116.

²⁹⁷ BRANDOM, 2019, p. 327.

compromete diretamente com a ideia de constitutividade imediata (*immediate constitutiveness*), posto que status normativos dos cidadãos (especialmente as obrigações jurídicas) são concebidos como inteiramente dependentes das operações (atitudes normativas dos) oficiais e independem da existência de quaisquer atitudes complementares de assunção da parte dos “subordinados”²⁹⁸. Com isso, as atitudes instituidoras dos oficiais constituem as responsabilidades distintivas dos cidadãos, vale dizer, o dever de respeitar (atribuir a autoridade, embora não constitutivamente) e o dever de obedecer (assumir a responsabilidade diante dos) aos resultados das operações oficiais²⁹⁹. As regras de obrigação se tornam, no limite, ordens procedentes dos oficiais, em quem apenas o “ponto de vista interno” necessita estar presente³⁰⁰.

Além disso, fica ainda mais em evidência a assimetria estrutural entre os sujeitos normativos em um sistema jurídico moderno a descrição hartiana sobre o traço distintivo da noção de obrigação em termos da seriedade da pressão social séria³⁰¹. Beehler destaca que, uma vez que os fatores constituintes da obrigação jurídica dos cidadãos são a demanda insistente geral e a pressão social, além da proeminência de sanções físicas como componente distintivamente jurídico, a noção de obrigação jurídica significa *ser obrigado a obedecer (being obliged to comply)*³⁰². Somado a isso, o autor argumenta que Hart faz repetidas referências ao uso de sanções por autoridades para garantir a obediência da massa da sociedade³⁰³. Por conseguinte, Hart se compromete inevitavelmente com a ideia que ser juridicamente obrigado (*being legally obligated*) equivale a ser obrigado (*being obliged*), isto é, ser coagido (*being coerced*)³⁰⁴. Portanto, essa concepção de obrigação jurídica entra em contradição frontal com a concepção anterior de normatividade em termos de atitude normativa de aceitação e com outras visões sustentadas por Hart, a exemplo da afirmação explícita de que não há razão para limitar a ideia normativa de obrigação a regras apoiadas por sanções organizadas³⁰⁵.

Apesar de Hart ter se retratado dessa concepção de obrigação em termos de pressão social séria, explicitamente reconhecendo as críticas de Beehler como um fator determinante, e adotando a ideia de respostas *legítimas* aos desvios (em termos de consequências

²⁹⁸ BRANDOM, 2019, p. 315.

²⁹⁹ HART, 2012, p. 117; BRANDOM, 2019, p. 324-5.

³⁰⁰ BEEHLER, 1978, p. 129.

³⁰¹ HART, 2012, p. 86-7.

³⁰² BEEHLER, 1978, p. 134.

³⁰³ HART, 2012, p. 84, 86, 98, 198.

³⁰⁴ BEEHLER, 1978, p. 130.

³⁰⁵ HART, 2012, p. 218, destaques meus.

normativas) como o componente central da noção de obrigação³⁰⁶, há razões para sustentar que o modelo de normatividade subjacente não se alterou. Na visão de Hart, as regras de obrigação são conceitualmente apoiadas por regras que permitem ou exigem que os oficiais respondam aos desvios com demandas e meios coercitivos para garantir a conformidade entre os cidadãos privados, de modo que essas respostas oficiais são consideradas consequências normativas legítimas aos desvios³⁰⁷. O deslocamento explicativo da ideia de pressão social séria para a ideia de consequências normativas legítimas, no entanto, não significa uma mudança no paradigma de normatividade subjacente. Ainda subsiste um comprometimento profundo com a ideia de que os status normativos (sobretudo de responsabilidades) são instituídos não normativamente por relações de superioridade e subordinação, apoiadas, em última instância, em relações de poder.

Tardiamente em sua carreira, Hart pensou que as afirmações jurídicas comprometidas sobre os deveres de um indivíduo não se referem à existência objetiva de razões para a ação para esse indivíduo, mas significam o reconhecimento oficial de que as ações “devidas” ou obrigatórias podem ser exigidas ou demandadas do sujeito à obrigação ou dever pelas instituições aplicadoras e executoras do direito³⁰⁸. Com efeito, a existência de obrigações e responsabilidades (status normativos) dos sujeitos (cidadãos) depende direta e constitutivamente das operações oficiais que instituem essas obrigações. O que é “devido” pelo sujeito é precisamente o que pode ser juridicamente exigido ou demandado dele pelas autoridades jurídicas³⁰⁹.

Nesse sentido, Hart abdica por completo dos componentes recognitivos que implicitamente informam sua noção precedente de obrigação em termos da atitude normativa de aceitação, em favor de um modelo assimétrico, vertical e fundado em relações de poder no qual a autoridade dos oficiais para administrar e atribuir status normativos de responsabilidades, sob a forma precípua de obrigações, não demanda a devida complementação social por atitudes de assunção e reconhecimento do outro sujeitos, os cidadãos comuns³¹⁰. Isso significa que os oficiais são concebidos como dotados de autoridade para instituir imediatamente responsabilidades. Por conseguinte, a natureza defeituosa dos status normativos assim instituídos reflete o defeito metafísico subjacente ao modelo tradicional de normatividade, em que os defeitos (a assimetria e não complementaridade e

³⁰⁶ HART, 2013, p. 503-504.

³⁰⁷ HART, 2013, p. 504.

³⁰⁸ HART, 1982, p. 159-60.

³⁰⁹ HART, 1982, p. 266

³¹⁰ BRANDOM, 2019, p. 322.

reciprocidade) das atitudes normativas resulta em defeitos dos status normativos. Não à toa, Hart opera uma verdadeira quebra no vínculo entre a existência de obrigações (como status normativos defeituosos) e a existência de razões para a ação dos sujeitos à obrigação³¹¹. A evidência mais robusta do comprometimento de Hart com esse defeito metafísico é o reconhecimento tardio de que as afirmações judiciais acerca dos deveres jurídicos dos cidadãos “não precisam ter nada a ver diretamente com as razões para a ação do sujeito”³¹². Essa ideia demonstra o seu fracasso em fundamentar a existência de status normativos genuínos em sistemas jurídicos modernos. Hart não percebe que a prática jurídica, sob esse modelo, é incapaz de fornecer uma justificação legítima (incluindo moral) para os sujeitos que não adotam o aspecto interno manifesto pelos oficiais³¹³.

Portanto, a concepção de normatividade jurídica de Hart concernente às obrigações dos cidadãos privados endossa implicitamente o comprometimento com a assimetria estrutural, nomeadamente a verticalidade da relação superior (oficiais) e subordinados (cidadãos) que caracteriza o modelo de normatividade tradicional em termos de subordinação e obediência. Isso torna sua teoria incapaz de explicar adequadamente a instituição de status normativos genuínos por meio de atitudes normativas nas práticas jurídicas dos sistemas jurídicos modernos.

³¹¹ POSTEMA, Gerald. *The Normativity of Law*. In: GAVISON, Ruth (org.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Nova York: Oxford University Press, 1987. p. 91.

³¹² HART, 1982, p. 267.

³¹³ HART, 1982, p. 138-9.

CAPÍTULO 3 - A DIMENSÃO DA LINGUAGEM NORMATIVA

Introdução

Hart claramente entende o direito como uma prática social normativa articulada *linguisticamente*. Não sem razão, um dos modos pelos quais ele busca estruturar sua compreensão da dimensão normativa do direito é a partir da consideração filosófica da natureza e das funções da linguagem normativa. Por isso, o tema do uso dos conceitos e das proposições normativas ocupa um lugar de grande destaque na estrutura geral de seu pensamento sobre o fenômeno jurídico. Nesse sentido, Hart pensa que a teoria do direito deveria ser capaz de compreender e sistematizar os conceitos que são mobilizados na prática jurídica por operadores, juristas e cidadãos.

Assim, há um comprometimento fundamental com a elucidação da estrutura conceitual necessária para o funcionamento do direito como prática social capaz de orientar a conduta dos indivíduos, gerar razões para a ação e exercer o controle social. Assim, em grande medida, é possível ler sua obra como um grande exercício de elucidação dos conceitos e dos enunciados normativos que expressam a adesão de seus participantes, orientam suas condutas e, em suma, articulam a estrutura da prática jurídica. No limite, a análise da linguagem constitui a técnica primária de compreensão do direito para Hart³¹⁴.

3.1 A herança da filosofia da linguagem

Inegavelmente, a técnica analítica de Hart foi profundamente influenciada pela então emergente filosofia da linguagem de Oxford³¹⁵. Trata-se de uma escola filosófica surgida no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial cuja proposta era a de promover uma alteração no paradigma filosófico vigente, especialmente no que concerne à análise da linguagem. Os autores dessa corrente buscaram libertar a filosofia de uma série de mal-entendidos sobre a linguagem surgidos nas teorias precedentes. Entre as preocupações centrais dessa corrente estava a ideia de que os filósofos deveriam se atentar ao modo pelo qual a linguagem pode ser a fonte de problemas filosóficos sobre a natureza do mundo. Por

³¹⁴ POSTEMA, 2011, p. 267.

³¹⁵ Para uma visão abrangente sobre a influência da filosofia analítica na teoria do direito de Hart, ver MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Sanford: Stanford University Press, 2008, p. 23-30.

isso, eles defendem que é necessário compreender os modos e as condições pelas quais as palavras são usadas com significado no uso que os indivíduos fazem³¹⁶.

3.1.1 Os usos performativos e o caráter não essencialista da linguagem

Sem dúvida, Hart foi profundamente influenciado pelas concepções teóricas de John Langshaw Austin, especialmente pela noção dos *usos performativos da linguagem*. Em uma de suas obras mais relevantes, *Performative Utterances*³¹⁷, um ensaio publicado postumamente na coleção *Philosophical Papers* (1961/1970), Austin articula uma alternativa à “falácia descritiva”, isto é, a concepção filosófica tradicional segundo a qual só se pode usar a linguagem com sentido em afirmações que *relatam* fatos ou *descrevem* situações, isto é, em asserções passíveis de admissão de valores de verdade e falsidade.

Austin argumenta que há outros tipos de usos da linguagem e que é possível formular tipos distintivos de enunciados dotados de sentido, aos quais ele denomina enunciados performativos (*performative utterances*)³¹⁸. Essas afirmações são precisamente o tipo de enunciado que, se realizado, se diz que o sujeito está *fazendo* (*doing*) algo, ao invés de simplesmente dizendo (*saying*) algo³¹⁹. Portanto, são enunciados que *performam ações* ao se dizer certas coisas. A exemplo disso, ele menciona os atos de prometer algo, casar-se, desculpar-se, nomear algo, etc. Austin associa esse uso particular da linguagem aos chamados termos operativos (*operative words*) usados por juristas, capazes de realizar atos jurídicos efetivos (legar, transferir propriedade, etc) ao se proferir determinados termos jurídicos. Por isso, Austin conclui que essas asserções têm duas características distintivas: i) não se prestam a relatar fatos ou descrever situações; ii) e não são passíveis de valores de verdade, por isso, não são classificáveis como verdadeiras ou falsas.

Austin rejeita, contudo, a interpretação de que os enunciados performativos constituem, em alguma medida, relatos (verdadeiros ou falsos) da realização de atos internos e espirituais (mentais). Ele afirma que seria fácil pensar que uma promessa é um sinal visível e verbal de um ato íntimo espiritual de prometer. Entretanto, ele nega que para se realizar um

³¹⁶ MACCORMICK, 2008, p. 26.

³¹⁷ Segundo os editores de *Philosophical Papers* (1961/1970), o ensaio 'Performative Utterances' é fruto de uma transcrição, com pequenas correções verbais, de uma palestra improvisada proferida no *Third Programme* da B.B.C. em 1956. Ver: Austin, J. L. (1970). *Philosophical Papers*. Oxford: Clarendon Press. Edited by J. O. Urmson & G. J. Warnock.

³¹⁸ AUSTIN, 1961/1970, p. 235.

³¹⁹ AUSTIN, 1961/1970, p. 235.

enunciado performativo, além do ato de dizer certas palavras, seja necessário algum tipo de ato interno espiritual do qual as palavras constituem um relato³²⁰.

Ademais, Austin salienta que realizar determinadas ações, ao dizer certas palavras, demanda a ocorrência de circunstâncias apropriadas, uma vez que realizar uma ação é, ao menos em parte, uma questão de *convenção*. Segundo ele, dentre outras situações sociais, enunciados performativos podem falhar, isto é, ser atos nulos e destituídos dos efeitos pretendidos se quebrarem determinadas convenções que constituem o pano de fundo necessário à realização do ato em questão.

Austin formula duas regras básicas como condições sem as quais o ato que se pretende realizar não é alcançado, quais sejam: a) a convenção invocada pelo enunciado performativo deve existir e ser aceita pelos membros da comunidade; b) as circunstâncias nas quais se propõe invocar o procedimento devem ser apropriadas. A exemplo disso, o ato de realizar um enunciado performativo de aceitar se casar exige a existência e a aceitação da convenção social (casamento) e as circunstâncias apropriadas para realização do procedimento é que o tornam um ato válido (observar os procedimentos matrimoniais de forma correta e completa)³²¹.

Hart explicitamente reconhece a importância da filosofia da linguagem de Oxford na formulação de problemas e na compreensão de questões prementes da teoria do direito. Entre essas contribuições relevantes, Hart menciona claramente a noção de *uso performativo da linguagem* de Austin que fornece alguns dos *insights* para compreender a dimensão essencialmente *operativa e funcional* dos conceitos jurídicos³²². Essa teoria foi decisiva para a sua compreensão do direito, uma vez que o capacitou para reconhecer que os enunciados típicos nos atos jurídicos (*acts-in-law*) não eram afirmações descrevendo um estado de coisas determinado, mas atos de fala que produzem não apenas consequências causais, mas propriamente consequências *normativas* em função de um pano de fundo de regras e convenções³²³. Nas palavras de Hart:

Os juristas ingleses às vezes se referem à linguagem assim usada como termos “operativos” (*‘operative’ words*), mas essa função geral da linguagem, que se estende amplamente para além do direito, é conhecida pela maioria dos filósofos na Inglaterra como “performativa” (*‘performative’*). O uso performativo da linguagem, tanto dentro quanto fora do direito, tem muitas características especiais interessantes que o diferenciam do nosso uso da linguagem quando estamos preocupados em fazer afirmações verdadeiras ou falsas que descrevem o mundo. Não creio que o caráter

³²⁰ AUSTIN, 1961/1970, p. 236.

³²¹ AUSTIN, 1961/1970, p. 237-8.

³²² HART, 1983, p. 3-4.

³²³ POSTEMA, 2011, p. 275.

geral dos atos jurídicos (*acts in the law*) possa ser compreendido sem referência a essa ideia do uso performativo da linguagem. Alguns filósofos do direito, notadamente Hagerstrom, ficaram profundamente intrigados com o fato de ser possível criar obrigações, transferir direitos e, em geral, alterar situações jurídicas simplesmente usando a linguagem. Isso lhe pareceu uma espécie de magia ou alquimia jurídica, mas certamente tudo o que é necessário para entendê-lo é reconhecer uma *função especial da linguagem*: dado um pano de fundo de regras ou convenções que estabelecem que se uma determinada pessoa disser certas palavras, então certas outras regras serão colocadas em operação, isso determina a função ou, em um sentido amplo, o significado das palavras em questão³²⁴.

Outra influência filosófica decisiva na constituição das visões hartianas sobre a natureza dos conceitos jurídicos foi a teoria tardia do filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, especialmente o conceito de *semelhanças de família* (*family resemblance*). Em linhas gerais, esse conceito se refere à concepção wittgensteiniana de que os diversos casos particulares de aplicação de termos gerais não precisam estar ligados à existência de um elemento comum, isto é, de um traço distintivo unificador. Segundo Wittgenstein, os casos de aplicação de um mesmo conceito estão ligados, na verdade, à existência de toda uma rede de semelhanças sobrepostas e entrecruzadas. Isso significa que as diferentes manifestações de emprego de uma mesma palavra ou termo geral estão aparentados entre si de modos bastante diferentes, a partir de características semelhantes que surgem e desaparecem entre os vários casos particulares. Não é necessário, portanto, que exista uma característica ou propriedade comum que seja encontrada em todas as instâncias de aplicação do mesmo termo³²⁵. Por conseguinte, Wittgenstein pensa que inexistem limites rígidos necessários para a demarcação do conteúdo de um conceito geral³²⁶. Os eventuais limites existentes em alguns casos, especificados por meio de regras verbais convencionais, são arbitrários e artificiais, traçados tendo em vista finalidades linguísticas especiais³²⁷. Portanto, os conceitos são dotados de limites imprecisos³²⁸.

Hart decididamente compartilha essa visão não essencialista sobre a natureza dos conceitos e, na esteira de Wittgenstein, rejeita a concepção de que o uso correto de termos gerais implica a existência necessária de qualidades comuns compartilhadas entre todas as manifestações aplicação de um conceito³²⁹. Essa compreensão wittgensteiniana permite:

³²⁴ HART, 1983, p. 276, destaques meus.

³²⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 51-2, parágrafos §65 a §67.

³²⁶ WITTGENSTEIN, 2014, p. 53, §68.

³²⁷ WITTGENSTEIN, 2014, p. 53, §69.

³²⁸ WITTGENSTEIN, 2014, p. 54, §71.

³²⁹ HART, 2012, p. 279.

(...) o dismantelamento da antiga ideia de que, quando um termo ou conceito geral é aplicado a muitas instâncias diferentes, todas elas devem compartilhar um único conjunto de propriedades comuns. Isso é um dogma; existem muitas maneiras diferentes pelas quais as diversas instâncias de um termo geral estão interligadas, além dessa forma simples; e a compreensão dessas muitas maneiras diferentes é claramente de particular importância no caso de termos jurídicos³³⁰.

A noção de semelhanças de família adquiriu, ademais, particular relevância na análise dos termos políticos, morais e jurídicos, na medida em que as instâncias de aplicação desses conceitos não denotam uma “essência” compartilhada, mas uma série de similaridades e relações. Ao tratar da questão dos termos gerais, Hart afirma nas notas a *Concept*:

A compreensão dos diferentes modos nos quais os diversos exemplos de um termo geral podem estar relacionados é de *particular importância* no caso de termos jurídicos, morais e políticos. (...) O conselho de Wittgenstein [a noção de semelhanças de família] é *especialmente relevante* para a análise dos termos jurídicos e políticos³³¹.

Essa atenção especial aos traços distintivos dos conceitos jurídicos se manifestou na preocupação recorrente em libertá-los de simplificações e distorções oriundas de explicações equivocadas sobre sua natureza e seu significado. Em seu primeiro trabalho publicado, *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949), Hart afirma que os conceitos jurídicos não são afeitos ao tipo de definição em termos de regras verbais para a tradução em outros termos, ou mediante a especificação de um conjunto de condições necessárias e suficientes³³². Ele define os conceitos jurídicos como “operativos”, precisamente em alusão à natureza “performativa” herdada da concepção de linguagem de John L. Austin, ao sustentar que o escopo desses conceitos não é *descrever* a realidade, mas *realizar* reivindicações, performances, negócios e atos jurídicos³³³. Hart acrescenta que:

(...) é usualmente impossível definir um conceito jurídico como “contrato”, (...) por meio de especificação de condições necessárias e suficientes para sua aplicação. Pois qualquer conjunto de condições pode ser adequado em alguns casos e não em outros e tais conceitos podem ser explicados apenas com ajuda de uma lista de exceções ou exemplos negativos em que o conceito não se aplica ou se aplica de uma forma enfraquecida³³⁴.

Por isso, a fim de expressar a palavra “*unless*” (a menos que) – para expressar o aspecto condicional e negativo – que deve acompanhar a caracterização de um conceito

³³⁰ HART, 1983, p. 277.

³³¹ HART, 2012, p. 280, destaques meus.

³³² HART, 1949, p.173.

³³³ HART, 1949, p. 185.

³³⁴ HART, 1949, p. 174.

jurídico, ao lado das condições *tidas* como necessárias e suficientes, Hart propõe caracterizar tais conceitos como “*defeasibles*” (derrotáveis/superáveis)³³⁵. Nesse sentido, ele pensa que a compreensão do caráter *derrotável* dos conceitos jurídicos ajudaria a explicar como as *afirmações de fato* (*statements of fact*) apoiam ou refutam *conclusões jurídicas*; pois essas afirmações, de fato utilizadas para apoiar conclusões jurídicas, podem expressar condições necessárias e, algumas vezes, suficientes para a aplicação de um conceito jurídico (como “contrato”), mas não podem expressar condições que são sempre suficientes³³⁶. Por isso, Hart acredita que os teóricos jurídicos falharam ao não comunicarem o *caráter composto* desses conceitos (fatos e consequências normativas) e nem admitiram seu *caráter distintivo* devido ao fato de que os elementos de que são compostos são de tipo lógico distinto. Em função desses aspectos distintivos dos conceitos jurídicos, Hart acredita que um juiz, ao decidir se existe ou não um contrato:

(...) está literalmente decidindo que sobre os fatos perante ele um contrato existe ou não, e ao fazer isso, ele nem descreve os fatos nem a faz inferências dedutivas ou indutivas das afirmações dos fatos, o que ele faz pode ser tanto uma decisão *correta* ou *errada* ou um *bom* ou *mau* juízo (...). O que não pode ser dito é que ela (decisão) seja nem *verdadeira* ou *falsa*, logicamente necessária ou absurda³³⁷.

Assim, tal como Austin, Hart ainda entende que as asserções nas quais figuram os conceitos operativos são impassíveis de atribuição de valores de verdade.

3.1.2 O caráter anômalo dos conceitos jurídicos

Em outro trabalho em sua fase inicial de carreira, *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), Hart mantém-se atento aos problemas de cunho semântico ligados aos conceitos jurídicos, mais precisamente à questão da possibilidade e da natureza de definições das noções jurídicas fundamentais. No fim, ele sustenta uma visão similar acerca do caráter distintivo dos conceitos jurídicos.

Segundo Hart, inspiradas pela falsa crença de que há um princípio subjacente aos diversos usos de um mesmo termo jurídico, variadas teorias jurídicas (tais como o realismo americano, o realismo escandinavo e a doutrina do direito natural) deixaram de perceber o *caráter anômalo* desses conceitos, isto é, o fato de que eles não têm “conexão direta com suas

³³⁵ HART, 1949, p. 175.

³³⁶ HART, 1949, p. 181.

³³⁷ HART, 1949, p.182, ênfase no original.

contrapartes no mundo dos fatos, a qual a maioria das palavras comuns têm e para a qual apelamos em nossas definições”³³⁸. Neste sentido, afirma o autor:

Não há nada que simplesmente corresponda a esses termos jurídicos. Quando tentamos defini-los, percebemos que as expressões que oferecemos em nossas definições especificam tipos de pessoas, coisas, qualidades, eventos e processos materiais e psicológicos que nunca são precisamente equivalentes a esses termos jurídicos (*legal words*), embora frequentemente conectados com eles de algum modo³³⁹.

Com efeito, Hart compreende que aos termos jurídicos não concerne a mera descrição ou declaração de coisas no mundo dos fatos, como as definições de palavras comuns habitualmente fazem. O exemplo fornecido por Hart é a tentativa de definir direito subjetivo (*right*) como expectativa ou poder. Embora o detentor de um direito geralmente tenha uma expectativa ou um poder (ainda que baseadas ou garantidos pelo direito), *right* não equivale a essas coisas. Logo, o modo de definição tradicional deve ser rejeitado como forma de se obter a efetiva elucidação do significado dos conceitos jurídicos³⁴⁰. Tal como em seu trabalho anterior, Hart espousa aqui uma concepção que rejeita explicitamente uma natureza *descritivista* aos conceitos jurídicos.

Essa posição é reafirmada em um trabalho posterior, em resposta às críticas de Bodenheimer, no qual Hart declara que era tarefa da teoria do direito fornecer uma visão ou mapa mais claro daqueles aspectos dos conceitos jurídicos que os diferenciam dos conceitos ordinários, tipos relativamente bem conhecidos, e exibir claramente seu modo distintivo de funcionamento³⁴¹. Para Hart, portanto, a investigação analítica sobre o direito tem como objetivo a ampliação do entendimento dos conceitos jurídicos (*legal concepts*), não apenas ao exibir seu lugar no pensamento jurídico, mas também ao exibir claramente o modo preciso pelo qual eles diferem dos conceitos mais simples ou mais familiares do discurso “descritivo” ordinário ou que afirma a existência de fatos (*ordinary "descriptive" or fact-stating discourse*).

3.2 A elucidação contextual dos conceitos jurídicos

Nesse sentido, rejeitando frontalmente o que ele concebe como fracasso das teorias jurídicas tradicionais, comprometidas com “uma forma de resposta que pode apenas distorcer

³³⁸ HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, p. 23.

³³⁹ HART, 1983, p. 23.

³⁴⁰ HART, 1983, p. 23.

³⁴¹ HART, H. L. A. *Analytical Jurisprudence in the Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*. *University of Pennsylvania Law Review* 105: 953–75 (1957), p. 972.

as características distintivas da linguagem jurídica”³⁴², Hart sugere que somente é possível elucidar as noções jurídicas fundamentais por métodos adaptados ao seu caráter especial. E tal método foi inspirado diretamente na lição de Bentham que, a partir da recusa ao método tradicional de definição *per genus et differentiam*, propõe um método de elucidação dos conceitos jurídicos composto por dois passos: (i) *Phraseoplerosis*, em que não se toma isoladamente o termo a ser elucidado, mas são consideradas as sentenças inteiras nas quais o termo desempenha seu papel característico; e (ii) a *paraphrase*, em que o termo isolado não é traduzido por outro termo isolado, mas alguma sentença inteira, da qual ele seja parte, é traduzida por outra sentença³⁴³. O primeiro passo satisfaz uma exigência da consideração do contexto de enunciação de uma afirmação na determinação do conteúdo de um conceito, especialmente jurídico. Na mesma linha, o segundo passo do método de elucidação benthamiano é idêntico à técnica moderna de ‘definição em uso’, segundo o próprio Hart³⁴⁴. Essa técnica analítica de Bentham constitui um componente fundamental para a compreensão do tratamento hartiano dos conceitos jurídicos, em que a definição dos termos gerais, como “direito”, é substituída por uma explicação cuidadosa e sensível ao contexto³⁴⁵.

A partir da lição benthamiana, Hart formula uma descrição das quatro características do método de elucidação peculiar ao direito e à linguagem normativa envolvida na enunciação e aplicação de regras e que, em última análise, explica o fracasso dos métodos tradicionais de definição dos termos jurídicos.

Em primeiro lugar, as afirmações normativas no âmbito jurídico (relativas a direitos e deveres) pressupõem, em geral, a existência de um sistema jurídico, com todas as suas implicações, como a obediência geral, a operação do sistema de sanções e a probabilidade de continuidade. Todavia, Hart pensa que a função distintiva dessas afirmações não é declarar a existência do sistema jurídico. Por essa razão, as concepções que reduzem as afirmações normativas a predições de consequências da aplicação de direitos e deveres (e das respectivas sanções) são incapazes de dar conta do fato de que essas expressões normativas são usadas “para *apelar* para regras, fazer *reivindicações*, ou dar decisões com base nelas” e, por isso, elas não constituem nenhum tipo de afirmação *sobre* as regras, sua aplicação e obediência. Hart identifica, portanto, uma distinção fundamental entre afirmações *sobre* as regras e afirmações que *aplicam* as regras a um determinado caso (em apelos, reivindicações,

³⁴² HART, 1983, p. 26.

³⁴³ HART, 1983, p. 26. Hart formula o primeiro passo no texto e o segundo na nota de rodapé nº8.

³⁴⁴ HART, 1983, p. 34. Nota de rodapé nº12.

³⁴⁵ POSTEMA, 2011, p. 265.

decisões, etc). É justamente o fracasso em manejar a distinção entre essas “duas formas bem diferentes de afirmações” que constitui o erro das teorias preditivas do discurso normativo³⁴⁶.

Em segundo lugar, Hart compreende que uma afirmação normativa específica pressupõe não apenas o funcionamento regular do sistema jurídico, mas pressupõe também: (i) a regra jurídica relevante do caso (com que tem uma "conexão especial"), segundo a qual de certos fatos decorrem certas consequências jurídicas e (ii) a afirmação de que esses fatos são o caso. Contudo, uma afirmação sobre direitos e deveres não equivale à mera declaração da regra jurídica relevante ao caso. A função distintiva das afirmações normativas é extrair uma conclusão de direito (*conclusion of law*) das regras e fatos relevantes, embora não declarados. Essa conclusão constitui o que Hart denomina de “cauda de um cálculo jurídico”, cujo significado é constituir "parte de uma sentença que, como um todo, extrai uma conclusão de direito de um tipo específico de regra jurídica". Aqui, mais uma vez, é ressaltado o aspecto *não-descritivista* das afirmações normativas no pensamento hartiano, uma vez que essas afirmações não têm como função primordial afirmar, descrever ou relatar os fatos e as regras jurídicas relevantes, mas *performar* um ato, qual seja, o de *extrair* uma conclusão jurídica.

A terceira característica distintiva do método de elucidação hartiano consiste na afirmação de que as afirmações normativas têm status distintos se proferidas dentro ou fora das instituições aplicadoras do direito. Dentro dessas instituições, as asserções, sobretudo dos juízes, gozam de caráter oficial, autoritativo e, potencialmente, final; ao passo que as afirmações sobre direitos e deveres fora dessas instituições são destituídas desses atributos, embora possam ser utilizadas para fazer reivindicações, admissões, etc. Apesar das diferenças, ambas são compreendidas por Hart como "conclusões de direito". Além disso, o caráter potencialmente final da decisão judicial (*finality*) não se confunde com a infalibilidade (*infallibility*)³⁴⁷. É notável que Hart concebe explicitamente a possibilidade de erro na decisão judicial. Isso implica na existência de padrões de correção para a avaliação das afirmações jurídicas, ainda que proferidas pelas autoridades. Por conseguinte, é possível sustentar que o elemento de falibilidade das decisões judiciais robustece o argumento segundo o qual Hart se compromete com algum tipo de cognitivismo sobre as afirmações normativas, afastando-o da concepção radicalmente não-cognitivista, esboçada em *Ascription*.

Finalmente, o quarto aspecto concerne a uma importante característica da linguagem normativa (jurídica ou não), qual seja, a de que entre as diversas aplicações verbais de um mesmo termo normativo, inexistente um uso que constitua "mais essencialmente o que a palavra

³⁴⁶ HART, 1983, p. 27.

³⁴⁷ HART, 1983, p. 28-9.

significa" do que outros. Por isso, Hart afirma que é possível que qualquer sistema normativo ligue idênticas consequências a um conjunto diferente de fatos. Essa afirmação se fundamenta na rejeição do pressuposto segundo a qual deve haver um fator comum que unifique todos os usos de um termo nos diversos casos que são tratados de modo similar por uma regra, embora "possa haver alguma similaridade ou analogia" entre eles³⁴⁸. Essa caracterização remete, portanto, a uma recusa frontal a qualquer tipo de essencialismo da linguagem no âmbito normativo, o que reverbera a supracitada forte influência de Wittgenstein.

A consideração destas quatro características da linguagem jurídica explica, segundo Hart, o fracasso das tentativas de definição dos termos jurídicos em função de supostas contrapartes factuais, embora eles "estejam conectados com esses fatos de formas indiretas e complexas"³⁴⁹. A função primária dos termos normativos não é declarar ou descrever algo, mas *operar* com regras jurídicas ao extrair uma conclusão destas regras. Portanto, os termos e as afirmações normativas têm função primariamente operativa, isto é, constituem performances ao serem proferidas – mais uma vez, nota-se a influência de J. L. Austin. Por isso, o método tradicional de definição que fornece um conjunto de palavras (tradução em sinônimos), o qual pode sempre ser substituído pelo termo definido, não se presta aos termos jurídicos, mas constitui a forma adequada para termos que têm como função direta simplesmente declarar um estado de coisas³⁵⁰.

Portanto, as afirmações e expressões normativas não afirmam a existência de um sistema jurídico, nem das regras que obrigam certas pessoas, sob certas condições, a fazerem ou deixarem de fazer algo e nem a ocorrência das circunstâncias previstas pelas regras. Uma afirmação normativa sobre direitos e deveres é verdadeira em um caso particular, quando as condições de verdade existem, e tal afirmação é tipicamente usada para *extrair* uma conclusão de direito dessas regras em um caso particular.

A concepção hartiana das afirmações jurídicas (*legal statements*) como conclusões de direito distingue-se, portanto, de duas coisas: (i) da afirmação dos fatos exigidos como condições de verdade; e (ii) da afirmação das consequências jurídicas em caso de verdade das condições factuais. Logo, as afirmações jurídicas são pensadas como o *elemento intermediário* entre os fatos que constituem as condições de verdade e as consequências jurídicas decorrentes da verdade das condições. Por isso, Hart nega que essas conclusões tenham uma função precisamente descritiva, mas as concebe como expressão normativa a

³⁴⁸ HART, 1983, p. 29.

³⁴⁹ HART, 1983, p. 31.

³⁵⁰ HART, 1983, p. 31.

partir da qual “se extrai uma conclusão de uma regra específica sob a qual, em dadas circunstâncias, consequências de certo tipo surgem”.

Dado que o papel peculiar de termos jurídicos como “*right*” e “*duty*” não é desempenhado em afirmações de fato, mas em conclusões de direito, Hart nega a aplicação da segunda etapa do método benthamiano em seu projeto de elucidação das afirmações jurídicas, posto que a tentativa de fornecer uma *paráfrase* negligenciaria um elemento vital do significado dessas afirmações, qual seja, a de que elas não significam a enunciação dos fatos ou das consequências jurídicas isoladamente, nem sequer a combinação desses termos. Segundo Hart, as condições e consequências jurídicas são incapazes de “reproduzir o modo distintivo no qual as afirmações jurídicas são usadas para extrair uma conclusão de uma regra específica, mas não declarada sob a qual essas consequências decorrem nessas condições”³⁵¹. Fica em evidência que a interpretação hartiana do significado das expressões normativas é indissociável do *contexto pragmático* em que tais afirmações são enunciadas e, naturalmente, da função que essas afirmações caracteristicamente desempenham. Ignorar isso implica negligenciar que a apreensão correta do significado dessas afirmações depende da compreensão do papel que elas exercem, para indivíduos e autoridades, ao extrair conclusões de direito de regras. Há razões, portanto, para pensar que Hart compreenda que haja uma relação de cooriginalidade entre a força e o significado das afirmações normativas³⁵².

3.3 O pragmatismo metodológico do discurso normativo

3.3.1 O pragmatismo metodológico

A compreensão hartiana do discurso normativo como um tipo distintivo de uso da linguagem sugere fortemente uma adesão subjacente a comprometimentos tipicamente associados à doutrina filosófica do pragmatismo. Recentemente, Ziyu Liu advogou que a metodologia de elucidação dos conceitos jurídicos de Hart, em *Definition*, teria incorporado comprometimentos do chamado pragmatismo metodológico (*methodological pragmatism*)³⁵³. Um dos principais méritos alegados por essa interpretação, segundo o próprio autor, é fornecer uma reconstrução que capture a visão cognitivista, ainda que não-descritivista e anti-representacionista, defendida por Hart a partir desse trabalho, preservando as pretensões de objetividade das afirmações normativas.

³⁵¹ HART, 1983, p. 40-41.

³⁵² HART, 1983, p. 41.

³⁵³ LIU, Ziyu (2023). *Hart as an Inferentialist: The Methodological Pragmatist Insight in Hart's Inaugural Lecture*. *Law and Philosophy* 42 (4), p. 380.

A tese fundamental de Liu é que Hart adere a um tipo de pragmatismo, entendido como tese especificamente filosófica sobre o significado da linguagem, segundo a qual não se pode compreender a semântica (o significado) de um termo ou uma afirmação sem captar sua pragmática³⁵⁴. Valendo-se de uma classificação de Robert Brandom, Liu enquadra H. L. A. Hart como um expoente do pragmatismo metodológico, um tipo de teoria que sustenta a primazia da pragmática sobre a semântica³⁵⁵. Citando Brandom, Liu descreve os comprometimentos do pragmatismo metodológico como “a visão de que o propósito de introduzir a noção de conteúdo e significado semântico (...) é explicar, ou ao menos codificar, as correções (*proprieties*) centrais de seu *uso* pragmático”³⁵⁶. Liu acredita que essa caracterização do pragmatismo metodológico encapsula precisamente a metodologia de elucidação das expressões normativas adotada por Hart em *Definition*.

3.3.2. Os comprometimentos teóricos do pragmatismo filosófico

A fim de avaliar a correção da atribuição ao empreendimento teórico de Hart do comprometimento mais fundamental com uma forma de pragmatismo, é necessário o esclarecimento dos elementos centrais que caracterizam essa corrente filosófica em sentido amplo. Nesse desiderato, é útil recorrer ao trabalho de Robert Brandom, notadamente em *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent and Contemporary* (2011)³⁵⁷, em que o autor americano delinea os principais comprometimentos teóricos dessa ampla tradição filosófica.

De acordo com Brandom, o comprometimento metodológico pragmatista (em sentido amplo) remonta à filosofia de Kant³⁵⁸, para quem a semântica (enquanto teoria do significado ou conteúdo das expressões linguísticas) deve responder à pragmática (enquanto teoria do uso das expressões linguísticas). Nessa concepção, o conteúdo discursivo é compreendido em termos do que alguém faz (*do*) ao endossá-lo ou aplicá-lo. Mais precisamente em sua vertente kantiana, as noções de julgável e, por isso, de conteúdo conceitual em geral, são compreendidas em termos das restrições colocadas pelas exigências derivadas da explicação da *atividade* de julgar. Isso não implica simplesmente, adverte Brandom, uma primazia da

³⁵⁴ LIU, 2023, p. 384.

³⁵⁵ Este trabalho, a despeito de adotar a atribuição do pragmatismo metodológico à projeto hartiano de elucidação dos conceitos jurídicos, não endossa a visão de Liu segundo a qual Hart teria adotado uma análise especificamente inferencialista da semântica das afirmações jurídicas.

³⁵⁶ LIU, 2023, p. 385.

³⁵⁷ BRANDOM, Robert B. *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, 2011.

³⁵⁸ BRANDOM, 2011, p. 4. Brandom afirma que Kant deve ser lido como um pragmatista *avant la lettre* posto que sua teoria normativa da *atividade* conceitual molda sua explicação do *conteúdo* conceitual (teórico e prático).

ação sobre a cognição, mas que a explicação sobre o conteúdo (conceitual) envolve a força, isto é, a pragmática, atividade na qual os indivíduos se engajam ao julgar, crer e agir intencionalmente³⁵⁹. Hegel endossa o comprometimento kantiano de uma abordagem amplamente pragmatista de compreensão dos conteúdos dos comprometimentos práticos e cognitivos em termos do que se faz ao assumir esses comprometimentos. Isso levou a um importante passo, afirma Brandom, para a naturalização das normas conceituais, ao concebê-las como instituídas por práticas sociais públicas recognitivas.

O pragmatismo americano clássico, especialmente através de seus grandes expoentes, vale dizer, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, esforçou-se por completar esse processo de naturalização. Além disso, buscou-se desmistificar o conceito filosófico de experiência (*experience*) das obscuridades e ambiguidades da influência cartesiana, através do princípio metodológico que Brandom denomina pragmatismo fundamental (*fundamental pragmatism*), que consiste na prioridade explicativa do contexto implícito das práticas e habilidades práticas dos sujeitos na compreensão dos conteúdos conceituais explícitos em estados intencionais e performances. A tese pragmatista fundamental é que a atribuição de estados intencionais dotados de conteúdo passíveis de formulação explícita na forma de representações, regras e princípios, apenas é inteligível no contexto de atribuição de expertises (*skills*) e habilidades (*abilities*) práticas³⁶⁰. A posição, portanto, inverte radicalmente a abordagem filosófica dominante, de tipo platonista e intelectualista, que dá primazia aos conteúdos conceituais explícitos em detrimento das habilidades práticas³⁶¹.

Com efeito, esse comprometimento metodológico opera com um claro contraste entre dois lados. O primeiro é o lado prático, concernente ao que está implícito nas práticas, ao saber-como (*know-how*), às habilidades práticas dos sujeitos; ao passo que o segundo, o lado representacional, diz respeito ao que é explícito, conceitual e expresso por regras e princípios, o saber-que (*know-that*).

A partir desse contraste, Brandom propõe que é possível distinguir entre dois níveis de intencionalidade, a prática e a discursiva. A intencionalidade *prática* é o tipo de sintonização com seu ambiente, exibida já por animais não linguísticos, a exemplo de tratar as coisas como comida, parceiros sexuais, predadores, etc, e lidar com elas de modo conforme. A intencionalidade *discursiva* é o uso de conceitos no juízo e na ação intencional, ao ser capaz de explicitamente tomar ou tratar as coisas como sendo de determinados modos, o que

³⁵⁹ BRANDOM, 2011, p. 4.

³⁶⁰ BRANDOM, 2011, p. 69.

³⁶¹ BRANDOM, 2011, p. 9.

permite a formulação e avaliação de proposições, regras e princípios. Logo, o pragmatismo fundamental exhibe, em última instância, a intencionalidade discursiva como um tipo distintivo de intencionalidade prática³⁶².

Brandom acrescenta que o pragmatismo fundamental convida a compreender a representação “em termos do que os sujeitos discursivos devem *fazer (do)* a fim de contar como representando, como tomando ou tratando algum estado, episódio, performance como uma representação *de (of)* algo”. Assim, o que torna inteligível os conteúdos representacionais explícitos em estados intencionais discursivos (como crenças) é precisamente o que está implícito no que os sujeitos discursivos *fazem* em suas práticas e em virtude das quais é correto dizer que eles crêem (*believe*)³⁶³. O pragmatismo fundamental constitui, portanto, uma inversão radical na ordem de explicação de teorias tipicamente representacionistas, que apelam para a noção de conteúdo representacional para dar sentido ao que os sujeitos agentes e sábios *fazem*.

Segundo Brandom, há dois princípios que expressam aspectos complementares da noção pragmatista fundamental na filosofia da linguagem de que a semântica responde à pragmática³⁶⁴. O primeiro princípio, denominado por Brandom como pragmatismo metodológico (*methodological pragmatism*) – em sentido estrito –, expressa o comprometimento de que “o *propósito* de associar significados, extensões, conteúdos ou outros interpretantes semânticos com expressões linguísticas é codificar (expressar explicitamente) correções (*proprieties*) do *uso*”³⁶⁵. Brandom pensa que esse tipo de pragmatismo vê a pragmática como o alvo explicativo da teoria semântica, isto é, como fornecendo os critérios últimos de adequação de acordo com os quais o sucesso do empreendimento semântico pode ser avaliado³⁶⁶. Esse comprometimento com o pragmatismo metodológico pode ser visto em autores como o último Wittgenstein, para o qual é irrealista supor que haja um único significado uniforme e subjacente aos diversos usos possíveis das expressões linguísticas, de modo que o único propósito da teorização semântica é sistematizar os aspectos normativos dos *usos* das expressões linguísticas.

O segundo princípio que governa a noção pragmatista fundamental de que a semântica responde à pragmática é denominado pragmatismo semântico (*semantic pragmatism*) e consiste na ideia de que, em uma linguagem natural, “[...] tudo o que há para efetivar a

³⁶² BRANDOM, 2011, p. 10.

³⁶³ BRANDOM, 2011, p. 11.

³⁶⁴ BRANDOM, 2011, p. 23.

³⁶⁵ BRANDOM, 2011, p. 23-4, *itálicos no original*.

³⁶⁶ BRANDOM, 2011, p. 59.

associação de significados, conteúdos, extensões, regras ou outros intérpretes semânticos a expressões linguísticas é o modo no qual as expressões são *usadas* pelos próprios participantes [das práticas] linguísticas”³⁶⁷. Assim, a semântica da linguagem natural compreende que são as práticas nas quais os usuários se engajam e as habilidades que eles exercitam que conferem significados às expressões linguísticas.

Assim, conclui Brandom, que a combinação dos dois sentidos ou princípios que articulam a ideia de que a semântica responde à pragmática (o pragmatismo metodológico e o pragmatismo semântico), pode ser denominado “*pragmatismo linguístico*”, isto é, a aplicação dos comprometimentos semânticos e metodológicos do pragmatismo fundamental na teorização sistemática da linguagem. Essa visão sustenta que “se engajar em práticas especificamente *linguísticas* é uma condição necessária e essencial para ter pensamentos e crenças em um sentido forte”³⁶⁸.

Brandom compreende que um conceito de *prática* que seja um candidato apto a exercer os papéis distintivos dos tipos de pragmatismo supramencionados (fundamental, metodológico e semântico) deve necessariamente aplicar um vocabulário *normativo*³⁶⁹. Essa posição, presente sobretudo em autores como o último Wittgenstein, concebe as práticas linguísticas como orientadas por *normas implícitas*. Essa forma distintiva de um pragmatismo sobre essas normas é denominada pragmatismo normativo (*normative pragmatism*) ou pragmatismo sobre normas (*pragmatism about norms*). É justamente esse comprometimento que Wittgenstein tem em mente quando, no contexto do argumento do regresso ao infinito sobre as regras, conclui que “as normas explícitas na forma de regras apenas são inteligíveis contra um pano de fundo de normas que estão implícitas nas práticas”, no que os participantes das práticas linguísticas efetivamente fazem³⁷⁰.

Finalmente, Brandom reconstrói um comprometimento típico das doutrinas pragmatistas americanas clássicas ligado à compreensão do tipo de normatividade implícita na intencionalidade prática que forma o pano de fundo da intencionalidade discursiva, qual seja, o pragmatismo instrumental (*instrumental pragmatism*) sobre as normas semânticas. Nessa perspectiva, as normas semânticas são pensadas em termos instrumentais, isto é, de utilidade. Os estados avaliáveis em termos de verdade (*truth-evaluable states*) – como as crenças – são pensados como ferramentas, mais ou menos aptos ou úteis para a consecução dos fins, desejos

³⁶⁷ BRANDOM, 2011, p. 24, itálicos no original.

³⁶⁸ BRANDOM, 2011, p. 67, itálicos no original.

³⁶⁹ BRANDOM, 2011, p. 68.

³⁷⁰ BRANDOM, 2011, p. 69-70.

ou propósitos por um agente³⁷¹. Brandom sustenta que a forma americana clássica do pragmatismo semântico é marcada por dois pontos. O primeiro é que esse comprometimento é a base de uma teoria do significado (*meaning*), não uma teoria da verdade (*truth*), dado que concerne a uma explicação do significado e do conteúdo dos estados intencionais, como crenças, “em termos da contribuição que eles trazem para o que os sujeitos que crêem (*believers*) fazem”³⁷². Identificar o sucesso desses estados intencionais nas ações que os sujeitos fazem é um movimento adicional e, mais precisamente, opcional. Além disso, o fazer (*doing*) deve ser compreendido como intencional, como objetivando fins ou a satisfação de desejos ou necessidades. Por isso, o sucesso, ao buscar esses fins, desejos e necessidades, explica a noção de *significado*. O segundo ponto é que o pragmatismo instrumental é uma explicação *funcionalista* abrangente sobre o conteúdo dos estados intencionais – como crenças, desejos e intenções. Trata-se de uma explicação que leva em conta em qual medida os papéis que esses estados intencionais exercem em sistemas funcionais – nos quais operam relações entre organismos e seu ambiente – determinam o conteúdo de estados e performances³⁷³.

3.3.3 A interpretação pragmatista de Hart

A explicitação desses comprometimentos filosóficos pragmatistas possibilita, doravante, a avaliação da proposta de Liu. Há dois argumentos que tornam atraente a atribuição, pelo menos, do comprometimento com o pragmatismo metodológico (e, possivelmente, com o pragmatismo semântico) do projeto de elucidação dos conceitos jurídicos de Hart, especialmente em *Definition*.

Em primeiro lugar, a negação hartiana da tese comum das teorias jurídicas tradicionais de que há contrapartes factuais que “correspondam” aos termos jurídicos se alinha à rejeição wittgensteiniana de que as palavras têm o condão de capturar os objetos³⁷⁴. A ênfase na ideia de que a função distintiva dos conceitos jurídicos não é declarar ou afirmar algo constitui uma evidência robusta para se sustentar uma assunção implícita, por Hart, do pragmatismo *metodológico* de acordo com o qual o significado de termos, conceitos e expressões decorre menos da identificação de referentes semânticos, isto é, de objetos no mundo aos quais as

³⁷¹ BRANDOM, 2011, p. 16.

³⁷² BRANDOM, 2011, p. 16.

³⁷³ BRANDOM, 2011, p. 16-17.

³⁷⁴ LIU, 2023, p. 386-7.

palavras se referem, ou representam, e mais do uso pragmático, mais precisamente do *modo* como as palavras e expressões são *usadas*.

Em segundo lugar, há uma semelhança interessante entre a visão de Hart – de que se deve mudar a atenção dos conceitos jurídicos individuais para as sentenças onde esses conceitos aparecem – e as visões fundamentais do pragmatismo metodológico³⁷⁵. Ambos compartilham uma mudança de foco da unidade de significado das palavras para as expressões. Segundo Liu, Hart vai além, e não apenas situa os conceitos jurídicos nas afirmações jurídicas que os aplicam, mas situa essas afirmações jurídicas no contexto mais amplo onde elas desempenham seu papel funcional. O que está em jogo, portanto, é uma tentativa de explicitação e compreensão do contexto implícito no qual essas afirmações normativas desempenham seu papel funcional, e é a capacidade de cumprir esse papel funcional, segundo Liu, que dota essas afirmações jurídicas de significado³⁷⁶.

Ademais, é possível vislumbrar que Hart se manteve alinhado aos comprometimentos do pragmatismo metodológico e semântico em obras posteriores à *Definition*. Uma evidência robusta da manutenção dessa compreensão do significado das afirmações normativas pode ser encontrada em *Scandinavian Realism* (publicado originalmente em 1959) em que Hart sustenta que as funções tipicamente normativas do emprego dos conceitos jurídicos em críticas, reivindicações e justificações para a ação integra efetivamente o significado dessas asserções:

Quando um padrão de comportamento é, assim, tomado como um padrão, a crítica à conduta em termos dele e as pretensões e justificativas baseadas nele são expressas pelo *vocabulário normativo distintivo* de 'dever', 'precisar', 'deveria', 'poder', 'certo', 'errado', e variantes especiais como 'dever' e 'obrigação'. As formas 'Eu (você, ele, eles) deveria fazer isso' e 'Eu (você, etc.) não deveria ter feito isso' são as mais gerais usadas para desempenhar essas *funções normativas críticas* que, de fato, *constituem seu significado*³⁷⁷.

Destarte, é possível atribuir, de forma consistente e abalizada, a tese de que a análise dos conceitos e das afirmações normativas de Hart no período anterior à publicação de *Concept* adere à uma teoria semântica distintivamente pragmatista. A rejeição explícita da ideia de que os conceitos jurídicos tenham “contrapartes factuais” e, portanto, um endosso explícito de um *insight* profundamente anti-representacionista³⁷⁸ sobre a linguagem normativa, além da primazia da prática e do uso das expressões e conceitos normativos na

³⁷⁵ LIU, 2023, p. 387.

³⁷⁶ LIU, 2023, p. 388.

³⁷⁷ HART, 1983, p. 166-7, destaques meus.

³⁷⁸ LIU, 2023, p. 394.

constituição de seu significado dão subsídios para a atribuição a Hart de comprometimentos ligados ao pragmatismo semântico e metodológico.

É controversa, no entanto, a natureza da teoria semântica que Hart endossa na compreensão dos conceitos ordinários. Hart não elabora explicitamente uma análise semântica dos conceitos empíricos e ordinários. O que fica sugerido, dado o forte contraste entre os conceitos ordinários e os conceitos normativos, é que Hart endossa uma concepção condicional da verdade, de cunho representacionista, em que o significado das expressões subsentenciais decorre de relações de referência com objetos e propriedades no mundo³⁷⁹.

Há, ainda, uma evidência adicional de que a adesão de Hart a uma semântica pragmatista tenha sido preservada, inclusive, na análise das afirmações jurídicas em *Concept*, pelo menos no que se refere às *afirmações que enunciam e aplicam regras (statements that enunciate and apply rules)*³⁸⁰, que consistem na aplicação de uma regra jurídica cuja validade já é pressuposta, para declarar direitos e deveres em um caso particular³⁸¹. Liu insiste que Hart ainda se manteve comprometido com a visão pragmatista metodológica segundo a qual “nós só podemos compreender a semântica de uma afirmação ao compreender primeiramente sua pragmática, isto é, situar a afirmação no discurso onde ela desempenha seu papel funcional”³⁸². A descrição da falha na situação do assaltante em iluminar o significado da proposição segundo a qual um indivíduo tem uma obrigação demonstra precisamente esse comprometimento pois o significado distintivamente normativo dessa proposição só pode ser esclarecido se ela for colocada na situação social na qual (i) há uma *regra social* que “torna certos tipos de comportamento o padrão” e que demonstre que (ii) a *função distintiva* dessa afirmação é aplicar uma regra geral a uma pessoa particular ao chamar a atenção para o fato de que seu caso recai sobre ela³⁸³. Com efeito, o elemento pragmático “chamar a atenção para o fato” de que uma situação social recai sobre uma determinada regra constitui um dos aspectos indispensáveis para a constituição do significado das proposições normativas. Neste sentido, afirma Hart que:

Para compreender a ideia geral de obrigação como uma preliminar necessária para compreendê-la em sua forma jurídica, devemos recorrer a uma situação social diferente que, ao contrário da situação do assaltante armado, inclui a existência de regras sociais; pois essa situação *contribui para o significado* da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação de dois modos. Em primeiro lugar, a existência de tais regras, tornando certos tipos de comportamento um padrão, é o pano de fundo

³⁷⁹ LIU, 2023, p. 394.

³⁸⁰ TOH, 2005, p. 99.

³⁸¹ LIU, 2023, p. 380.

³⁸² LIU, 2023, p. 401.

³⁸³ LIU, 2023, p. 401.

normal, embora não declarado, ou contexto adequado para tal afirmação; e, em segundo lugar, a *função distintiva* dessas afirmações é aplicar tal regra geral a uma pessoa particular, ao chamar a atenção para o fato de que seu caso cai sob a regra. (...) A afirmação de que alguém tem ou está sob uma obrigação implica, de fato, a existência de uma regra³⁸⁴.

Portanto, o uso e a função crítica característicos das afirmações que aplicam regras e declaram obrigações dos sujeitos ainda desempenha um papel decisivo na constituição do significado dessas afirmações normativas na visão de Hart em *Concept*. Contudo, o interesse analítico de Hart sobre as afirmações normativas se desloca notoriamente para outro tipo de asserção, vale dizer, as *afirmações de validade jurídica* (*statements of legal validity*), asserções que determinam a validade de uma regra jurídica particular de acordo com os critérios facultados pela regra de reconhecimento.

3.4 As afirmações de validade jurídica e o expressivismo metaético

3.4.1 As afirmações de validade jurídica

A centralidade do tratamento das afirmações normativas de validade jurídica em *Concept* trouxe uma nova série de questões e problemas para consideração e tornou-se o ponto focal das interpretações contemporâneas acerca dos comprometimentos semânticos, pragmáticos e até metateóricos assumidos por Hart na análise das afirmações jurídicas internas.

Um dos aspectos mais notáveis deste trabalho é o desenvolvimento da distinção hartiana (já esboçada em *Definition*) entre os distintos pontos de vista (e as respectivas afirmações) que podem ser adotados por um indivíduo acerca das práticas normativas de um grupo social. Essa distinção é de fundamental importância na consideração teórica do discurso normativo no pensamento de Hart pois apresenta os “pressupostos” e comprometimentos vinculados a cada tipo de afirmação. A dificuldade, no entanto, é que as diversas passagens de *Concept* que discutem esses pressupostos parecem apoiar diferentes interpretações e análises sobre o significado das afirmações, especialmente das afirmações jurídicas internas ou comprometidas.

A análise do discurso normativo, em termos das afirmações de validade jurídica, parece indicar a assunção de novos comprometimentos por Hart, inclusive metajurídicos, isto é, sobre a natureza e estrutura da normatividade jurídica e sobre os pressupostos do discurso

³⁸⁴ HART, 2012, p. 85, destaques meus.

normativo. Por isso, os intérpretes da obra de Hart têm se debruçado para elucidar o que está em jogo nesse tipo de asserção.

Uma passagem de especial relevância no debate acerca da semântica das afirmações jurídicas é a seguinte:

As afirmações de validade jurídica feitas sobre regras particulares no dia-a-dia de um sistema jurídico, seja por juízes, juristas ou cidadãos ordinários, de fato, carregam consigo certas pressuposições. Elas são afirmações jurídicas internas (*internal legal statements*) *expressando* (*expressing*) o ponto de vista daqueles que aceitam a regra de reconhecimento do sistema e, como tal, deixam não declarado muito do que poderia ser declarado nas afirmações externas de fato sobre o sistema. O que é, então, deixado não declarado constitui o pano de fundo ou contexto normal das afirmações de validade jurídica e é, por isso, considerado “pressuposto” por elas. Mas é importante ver precisamente o que são essas questões pressupostas, e não obscurecer sua natureza. Elas consistem em duas coisas. Em primeiro lugar, uma pessoa que afirma seriamente a validade de uma determinada regra jurídica, uma lei particular, ela própria faz uso de uma regra de reconhecimento que ele aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, essa regra de reconhecimento, em termos da qual ele avalia a validade de uma lei particular, não é apenas aceita por ele, mas é a regra de reconhecimento efetivamente aceita e empregada na operação geral do sistema. Se a verdade dessa pressuposição fosse posta em dúvida, poderia ser estabelecida por referência à prática efetiva: pelo modo no qual os tribunais identificam o que conta como direito, e à aceitação geral ou aquiescência a essas identificações³⁸⁵.

A associação estreita entre o proferimento das afirmações jurídicas e o ponto de vista interno sugere fortemente que uma função distintiva dessas asserções normativas é expressar (*express*), no sentido de tornar explícitos, os elementos atitudinais que constituem a perspectiva do participante comprometido da prática normativa. Com efeito, diversos intérpretes mobilizam as ferramentas conceituais de teorias metaéticas contemporâneas para compreender os comprometimentos metateóricos de Hart e, dentre as interpretações mais sofisticadas, influentes e relevantes sobre a semântica das afirmações jurídicas hartianas, todas se destacam por mobilizar elementos de teorias metaéticas *expressivistas*. Portanto, torna-se necessário um exame breve sobre os comprometimentos filosóficos centrais das formas de expressivismo metaético.

3.4.2 Os comprometimentos filosóficos do expressivismo metaético

Quais são, de fato, os comprometimentos teóricos do expressivismo? O expressivismo é uma tradição metaética contemporânea que investiga a natureza das avaliações éticas e normativas, segundo a qual as afirmações éticas expressam estados mentais *conativos*, como desejos, reações emocionais, preferências e planos. A direção de ajuste dessas avaliações é

³⁸⁵ HART, 2012, p. 108, destaques meus.

desejo-mundo. Nesse sentido, os expressivistas tipicamente sustentam um tipo de *não-cognitivismo* sobre os pensamentos e as afirmações éticas e normativas. Além disso, o expressivismo é um tipo de concepção antirealista, de modo que seus defensores não se comprometem com a existência de fatos éticos e normativos objetivos. Por isso, eles negam que as afirmações normativas tenham o propósito de representar a realidade. Assim, há uma desanalogia entre avaliações normativas e representações da realidade. Portanto, o expressivismo sustenta que as afirmações normativas são *expressões* de *atitudes* avaliativas ao invés de crenças que representam como a realidade é³⁸⁶.

A concepção metanormativa do expressivismo se assenta em dois pilares. O primeiro consiste no argumento do *internalismo motivacional* sobre os pensamentos éticos e normativos, segundo o qual há uma conexão intimamente próxima entre os pensamentos e as avaliações éticas e normativas e a motivação dos agentes. Essa concepção teórica se alinha a uma visão humeana da motivação que defende que estados mentais cognitivos, como crenças, são incapazes de motivar a ação, por si sós, de modo que apenas estados mentais conativos – como desejos, emoções e inclinações – são capazes de, efetivamente, motivar as ações humanas. Assim, o expressivismo sustenta que os pensamentos éticos e normativos são estados mentais semelhantes a desejos (*desire-like state of mind*) que definem metas e objetivos e, portanto, não têm a pretensão de representar a realidade³⁸⁷.

Outro fundamento teórico do expressivismo concerne a uma explicação mais sofisticada do fenômeno da *superveniência ética*. As teorias não-naturalistas enfrentam as dificuldades teóricas de explicar a relação de dependência íntima entre status éticos e fatos não-éticos. O expressivismo, por seu turno, rejeita o quadro não-naturalista que postula dois reinos distintos de fatos (normativos e não-normativos), em favor de uma explicação naturalista de que a dimensão ético-normativa deriva de uma gama de aspectos descritivos das situações relevantes. Nesse sentido, os pensamentos éticos são compreendidos como *reações* similares a desejos (*desire-like reactions*) sobre como os fatos éticos devem ser tomados, e não crenças em algum reino separado de fatos não-naturais³⁸⁸.

Em sua tradição contemporânea, as teorias expressivistas assumiram diferentes versões. Uma versão inicial, formulada por Charles L. Stevenson, adota a visão de que os termos éticos eram dotados de significado *emotivo*. Disso resulta que esses termos seriam

³⁸⁶ CHRISMAN, 2017, p. 32.

³⁸⁷ CHRISMAN, 2017, p. 34.

³⁸⁸ CHRISMAN, 2017, p. 35-36.

usados primariamente para desabafar (*vent*) sentimentos, criar disposições e incitar as pessoas à ação ao invés de registrar, esclarecer e comunicar crenças³⁸⁹.

Uma das versões iniciais do expressivismo metaético mais influentes, no entanto, foi a teoria emotiva do valor de Alfred J. Ayer. A ideia básica do *emotivismo* de Ayer é de que as afirmações éticas não deveriam ser vistas como tentativas de declarar questões de fato, mas de expressar reações emocionais aos fatos ou ao que se considera como sendo fato³⁹⁰. Nessa visão, os termos éticos tinham pelo menos dois usos: i) os termos éticos seriam usados para descrever a moralidades de diferentes comunidades de pessoas (descrições sociológicas, e não expressões de juízos normativos); ii) eles seriam usados para expressar as opiniões de alguém sobre o que é correto, errado, etc (expressões diretas de emoções compreendendo essas sensibilidades morais)³⁹¹. Nesse segundo modo, Ayer pensou que as afirmações que usam os termos avaliativos expressam uma emoção (negativa ou positiva) diante de algo.

Matthew Chrisman salienta que Ayer foi um defensor do princípio filosófico verificacionista do significado, segundo o qual o significado factual de uma sentença são as condições sob as quais ela pode ser “verificada” ou confirmada como verdadeira³⁹². Dada a impossibilidade de verificação das condições de verdade de sentenças que se valem de termos normativos, as conclusões metaéticas de Ayer foram: 1) O desacordo moral é desprovido de sentido, dado que não há acordo acerca dos valores éticos; 2) Os filósofos morais não têm muito a fazer, a não ser notar que os termos éticos não são dotados de significado factual; 3) As afirmações éticas não são aptas à verdade; e 4) As sentenças éticas não expressam proposições, mas têm apenas significado emotivo. Por isso, a teoria emotivista de Ayer se comprometeu com a ideia de que as afirmações éticas expressavam atitudes não-cognitivistas acerca do mundo não-moral e, por isso, não se prestavam a descrever propriedades morais. Assim, o emotivismo capacitou-o a evitar o comprometimento ontológico com propriedades e fatos morais³⁹³.

Outra teoria proeminente na tradição expressivista, que buscou sobretudo dar uma explicação à possibilidade de existência de desacordos morais genuínos, foi o prescritivismo de R. M. Hare. A ideia básica de Hare é que as afirmações éticas são similares a comandos prescritivos, isto é, prescrições universalizáveis para todos em circunstâncias similares³⁹⁴. As diferenças nos usos dos termos éticos e normativos derivariam de desacordos entre atitudes e

³⁸⁹ CHRISMAN, 2017, p. 36.

³⁹⁰ CHRISMAN, 2017, p. 36

³⁹¹ CHRISMAN, 2017, p. 36-7.

³⁹² CHRISMAN, 2017, p. 37.

³⁹³ CHRISMAN, 2017, p. 38.

³⁹⁴ CHRISMAN, 2017, p. 40.

prescrições. Assim, as afirmações normativas não expressam crenças acerca da aplicação dos termos normativos, mas expressam precisamente atitudes similares a desejos – como preferências – diante de prescrições universalizáveis³⁹⁵. Em resumo, usar um termo normativo é expressar a preferência diante de uma prescrição universalizável.

Outras teorias expressivistas contemporâneas mais recentes surgiram com o intuito de contestar o postulado de Ayer de que a filosofia moral seria amplamente vazia, na medida em que a linguagem moral seria simplesmente um meio de expressão de sentimentos e não um modo de relatar fatos. Uma delas é a versão *projetivista* do expressivismo desenvolvida por Simon Blackburn, para a qual as avaliações éticas envolvem um tipo de projeção dos valores do indivíduo sobre o mundo. Trata-se de uma forma de “colorir a realidade” (ao modo humeano) com os propósitos de cada deliberação prática e a fim de influenciar os outros³⁹⁶.

Outra versão que contesta o postulado de Ayer é o expressivismo de normas (*norm-expressivism*) de Gibbard, cuja concepção é a de que as afirmações éticas são expressões não de meros sentimentos, mas do comprometimento do falante com um sistema de normas ou regras gerais, que fornecem orientação sobre como agir quando são combinadas com crenças específicas do sujeito acerca de como a realidade é.³⁹⁷ Segundo Gibbard, essa forma de vocalizar o comprometimento com normas, enquanto vantagem evolucionária, forneceria os meios a partir dos quais os indivíduos poderiam coordenar as regras básicas para o comportamento social. As visões de Blackburn e Gibbard demonstram, assim, que o debate ético é o campo de expressão de valores e comprometimentos que possibilitam coordenar e refinar os modos de viver em comunidade. Além disso, essas teorias forneceram os recursos teóricos a partir dos quais o expressivismo tornou-se capaz de lidar com a possibilidade da existência de desacordos morais genuínos³⁹⁸.

Outro postulado expressivista fortemente contestado por Blackburn e Gibbard é a concepção de Ayer segundo a qual as sentenças éticas não são aptas à verdade (*truth-apt*), uma vez que expressam apenas atitudes não-cognitivas – como reações emocionais – e não crenças. Nessa visão de Ayer, o uso de termos como “verdade”, “crenças” e “fato” em conjunção com sentenças éticas é desprovido de sentido³⁹⁹. Blackburn rejeita essa posição, alegando que a suposição expressivista clássica de que o uso desses termos é dotado de sentido apenas nas áreas *representacionais* do discurso e do pensamento, deriva da

³⁹⁵ CHRISMAN, 2017, p. 40-41.

³⁹⁶ CHRISMAN, 2017, p. 41-2.

³⁹⁷ CHRISMAN, 2017, p. 42.

³⁹⁸ CHRISMAN, 2017, p. 42.

³⁹⁹ CHRISMAN, 2017, p. 43.

pressuposição de uma *teoria da verdade como correspondência* (*correspondence theory of truth*), isto é, de uma teoria que concebe que uma proposição só pode ser verdadeira se e apenas se *corresponder* à realidade. Blackburn e Gibbard sustentam uma teoria distinta, a chamada *teoria minimalista da verdade* (*minimalist theory of truth*), em que a avaliação de sentenças em termos de “verdade ou falsidade” era um tipo de *dispositivo linguístico ou lógico* que possibilitaria discorrer sobre afirmações ou crenças possíveis para as quais os sujeitos *assentem* e *concordam*. Noções tipicamente pensadas em termos representacionistas, como a noção de crença, não precisam necessariamente se referir a estados mentais que representam a realidade como sendo de algum modo, sem se comprometer com fatos éticos como parte de uma caracterização metafísica completa e final do que é a realidade⁴⁰⁰. Assim, a noção de “crença” pode se referir a qualquer estado mental de um sujeito ao *assentir* a uma afirmação. Dado que se pode assentir a sentenças éticas tanto quanto se pode assentir a afirmações descritivas, se adota-se a teoria minimalista sobre a verdade, portanto, não haveria razão para o expressivista rejeitar a aptidão à verdade das afirmações éticas⁴⁰¹. Essa linha de pensamento deu origem ao que Blackburn denomina de *quasi-realismo*, em que os doravante expressivistas *quasi-realistas* sustentavam, desse modo, que as afirmações éticas poderiam ser aptas à verdade sem que isso minasse o comprometimento expressivista de que essas afirmações não representam a realidade.

Mais recentemente, novos desenvolvimentos teóricos levaram a uma posição mais sofisticada no âmbito da tradição metaética expressivista. Trata-se do chamado expressivismo ecumênico (*ecumenical expressivism*) para o qual o significado das sentenças éticas envolve a expressão de um híbrido de estados conativos (como desejos, intenções, motivações, etc) e estados cognitivos (como crenças)⁴⁰².

Nas versões mais simples do expressivismo ecumênico, o significado das sentenças éticas é determinado parcialmente em virtude de um elemento cognitivo, que representa a realidade como sendo de determinado modo (dotada de uma propriedade natural, por exemplo) e de um elemento tipicamente conativo, veiculado como o estado mental de aprovação ou desaprovação diante da ação ou do estado de coisas no mundo *representado* no componente cognitivo⁴⁰³.

No entanto, há um componente de vital importância na consideração do expressivismo ecumênico ou híbrido. Embora trate-se de uma posição *representacionalista* em seu elemento

⁴⁰⁰ CHRISMAN, 2017, p. 45.

⁴⁰¹ CHRISMAN, 2017, p. 43.

⁴⁰² CHRISMAN, 2017, p. 101-2.

⁴⁰³ CHRISMAN, 2017, p. 102.

cognitivo, que expressa a crença na realidade como sendo de algum modo, dado que as afirmações éticas e normativas também expressam atitudes não cognitivas de aprovação e desaprovação diante do elemento cognitivo, em última instância, essa posição não se compromete com a existência de propriedades genuinamente éticas⁴⁰⁴.

3.5 As interpretações expressivistas das afirmações jurídicas internas

3.5.1 O expressivismo não-cognitivista de Kevin Toh

Uma das propostas de reconstrução da semântica das afirmações jurídicas internas (*internal legal statements*) de Hart mais relevantes e influentes na contemporaneidade foi formulada por Kevin Toh (2005). Segundo ele, há evidências para atribuir a Hart uma análise expressivista de tipo não-cognitivista das afirmações normativas em *Concept*, especialmente em função da congruência de Hart com dois comprometimentos tipicamente expressivistas.

A primeira consideração concerne à existência de uma conexão não-contingente entre uma avaliação normativa e a posse, por uma pessoa, de uma razão ou motivo para agir de acordo com essa avaliação. Toh identifica essa conexão particular especialmente na crítica do modelo preditivo de obrigação. A principal objeção hartiana à explicação preditiva era a sua incapacidade de lidar com o uso que os participantes fazem das regras como guia de sua conduta e com o fato de que a violação a elas fornece uma razão e justificativa para a punição imposta aos ofensores. Segundo Toh, tal concepção sobre a mobilização dos padrões normativos em afirmações que os aplicam – como os proferimentos judiciais que punem os desvios às regras – explicitou que Hart acreditava na existência de uma conexão não-contingente entre um juízo oficial de que uma norma existe e a consideração de que a norma fornece uma razão ou justificativa para a punição ao ofensor⁴⁰⁵. Por extensão, o apelo às regras por indivíduos particulares como guias de conduta e fundamentos para críticas e censura da conduta alheia fornece razões para a conformidade ao padrão.

A segunda consideração tipicamente expressivista vislumbrada em *Concept* foi precisamente a motivação hartiana de fornecer uma explicação do discurso jurídico congruente com uma concepção naturalística de mundo. Tal como os expressivistas, Hart estaria motivado a apostar na congruência entre os comprometimentos de nossas práticas discursivas (incluindo jurídicas) e uma visão de mundo estruturada sob um panorama naturalístico, empírico e anti-metafísico. Nessa perspectiva, os termos normativos não se

⁴⁰⁴ CHRISMAN, 2017, p. 102.

⁴⁰⁵ TOH, 2005 p. 82.

refeririam a nada. As tentativas de explicar a noção de regra (e de obrigação jurídica) ao apelar para “algo obscuro” e “que resiste à análise em termos claros, firmes e factuais” são rejeitadas, especialmente na forma das teorias clássicas do direito natural⁴⁰⁶. Segundo Toh, essas considerações constituem as razões pelas quais Hart rejeitou as principais alternativas teóricas para compreensão do fenômeno jurídico em sua época (teorias do direito natural e teoria punitiva do direito) e que o motivam a propugnar sua própria concepção como uma “terceira alternativa”.

Toh acredita que, embora Hart não formule explicitamente uma análise das afirmações jurídicas em *Concept*, a alternativa teórica que ele tinha em mente é de tipo expressivista. Uma passagem-chave para essa atribuição da semântica expressivista consiste na formulação hartiana do uso da regra de reconhecimento para formular afirmações de validade jurídica:

O uso de regras de reconhecimento não-declaradas, por tribunais e outros, ao identificar as regras particulares do sistema, é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam desse modo por isso *manifestam sua própria aceitação delas como regras orientadoras*⁴⁰⁷.

Segundo Toh, Hart parece estar propondo uma forma de expressivismo de normas ao caracterizar o ato de fala de um indivíduo que faz uso da regra de reconhecimento, similar à análise expressivista de normas proposta por Gibbard (*norm-expressivist analysis*) acerca das afirmações de racionalidade⁴⁰⁸. Nesse modelo de Gibbard, a aceitação de uma norma envolvida em uma declaração de racionalidade é caracterizada como um conjunto de disposições para ser governado por uma norma e na possibilidade de declaração irrestrita dessa disposição, como resultado de demandas mútuas de consistência em uma discussão normativa. Segundo Toh, o mecanismo de aceitação proposto por Hart é bastante parecido: trata-se de um conjunto de disposições para ser governado por normas jurídicas e na formulação de exigências com base nas normas aceitas. A partir desse modelo, a análise de Toh é formulada nos seguintes termos:

(AH) - o falante que faz uma afirmação jurídica:
 (i) expressa sua aceitação da regra de reconhecimento (R) de sua comunidade; e
 (ii) pressupõe que a regra de reconhecimento (R) é geralmente aceita e respeitada pelos membros de sua comunidade⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ TOH, 2005, p. 83-84.

⁴⁰⁷ HART, 2012, p. 102, destaques de Toh.

⁴⁰⁸ TOH, 2005, p. 88.

⁴⁰⁹ TOH, 2005, p. 88.

Assim, para Toh, Hart pensou que a declaração de uma afirmação jurídica interna envolve o comprometimento do falante com a regra de reconhecimento de sua comunidade como um elemento efetivamente expresso, não pressuposto. O que é pressuposto, na verdade, é a eficácia geral e o funcionamento regular, na comunidade, da regra de reconhecimento cuja aceitação é expressa pelo falante na afirmação normativa.

Ao propor uma análise indireta (*oblique*) das afirmações jurídicas internas, Toh pensou que o falante, ao declarar uma afirmação jurídica interna, expressa sua aceitação de normas que compõem o sistema jurídico. Por conseguinte, Toh adotou um sentido mais restrito de expressivismo, entendido como teoria semântica do discurso normativo segundo a qual apenas atitudes *conativas* e outras atitudes *não-cognitivas* (motivações, desejos e emoções) podem ser expressas em afirmações feitas por participantes do discurso normativo, jurídico ou moral. Por isso, sua explicação expressivista das afirmações jurídicas internas não inclui atitudes cognitivas.

3.5.2 O *quasi-expressivismo* de Finlay e Plunkett

Mais recentemente, em “*Quasi-expressivism about Statements of Law: A Hartian Theory*” (2018), os teóricos Finlay e Plunkett fornecem uma interpretação renovada dos comprometimentos metajurídicos de Hart, especialmente em *Concept*, marcada sobretudo por uma crítica incisiva à leitura de Kevin Toh. Nesse artigo, os autores propuseram uma reconstrução da semântica das afirmações jurídicas de natureza *descritivista e relacionada a regras*, aliada a *quasi-expressivismo* sobre as afirmações jurídicas internas. Segundo eles, trata-se de uma reconstrução que oferece uma leitura melhor e mais caridosa de Hart. Por isso, eles não têm a pretensão de oferecer a visão precisa de Hart em *Concept* e outros textos. A despeito de textos e passagens subsequentes que parecem levar a interpretações divergentes, essa leitura *quasi-expressivista* o tornaria mais consistente e defensável⁴¹⁰.

O que distingue a leitura *quasi-expressivista* de Finlay e Plunkett, no entanto, é a compreensão precisa acerca da natureza e da função dos aspectos expressivos do discurso e das práticas jurídicas. Segundo eles, os elementos atitudinais *expressos* nas afirmações jurídicas pertencem à dimensão da pragmática do discurso jurídico e não à semântica, como sustentou Kevin Toh e outros teóricos a partir dele. A reconstrução proposta pelos autores busca acomodar os elementos expressivistas do discurso jurídico se mantendo, não obstante, *descritivista*. Segundo eles:

⁴¹⁰ TOH, 2005, p. 80.

(...) as afirmações de dever caracteristicamente expressam atitudes *não-cognitivas*, mas ao contrário do expressivismo [essa reconstrução] sustenta que essas [atitudes] são apenas um aspecto pragmático dessas afirmações, geradas de uma semântica puramente descritivista que é uniforme entre diferentes tipos de usos das afirmações de dever. Portanto, com um rótulo *quasi-expressivista*⁴¹¹.

Portanto, a explicação *quasi-expressivista* de Finlay e Plunkett insiste que, uma vez que um agente aceita uma regra de reconhecimento particular, por qualquer razão ou causa, deve haver obviamente uma conexão contingente, mas íntima, entre: (i) *acreditar* que alguma regra de primeira ordem preenche os critérios de validade jurídica fornecidos pela regra de reconhecimento; e (ii) *ser motivado* a agir de acordo com essa regra de primeira ordem. Isso explica, no quadro de uma explicação *quasi-expressivista*, o porquê de afirmações jurídicas internas caracteristicamente tanto *implicarem* quanto *expressarem* atitudes motivacionais⁴¹². A reconstrução *quasi-expressivista* proposta tenta dar conta precisamente destes dois aspectos das afirmações jurídicas internas: (i) o elemento *cognitivista*, objetivo e apto à verdade e (ii) o elemento *não-cognitivista*, atitudinal e motivacional e não apto à verdade.

No que concerne ao aspecto *cognitivista*, os autores explicam que uma teoria semântica “descritivista” “identifica o conteúdo literal e convencional das sentenças-alvo com uma proposição ordinária que representa o mundo como sendo de um modo particular e que é verdadeira se e apenas se o mundo assim for. Essas proposições são os conteúdos de crenças ordinárias, compreendidas como atitudes com uma direção de ajuste mente-mundo”⁴¹³. As afirmações sinceras são, portanto, um ato de fala expressando as crenças do falante em um estado de coisas particular. Então, uma teoria semântica descritivista do direito busca identificar quais propriedades, relações, estados de coisas, etc constituem o conteúdo semântico das proposições jurídicas.

Para Finlay e Plunkett, é incontroverso que Hart estabeleceu o direito em termos de fatos relacionais objetivos. A regra de reconhecimento, por exemplo, compreendida como a convergência de comportamento entre os oficiais do direito, é a regra secundária que fornece os critérios para a determinação da existência e do conteúdo do direito. Nesse sentido, a relação lógica entre regras de primeira e segunda ordem, isto é, a relação de determinação de se uma regra particular pertence ou não a um sistema jurídico (se preenche ou não as condições e critérios determinados pela regra-mestra) é uma questão puramente de fatos sociais naturalísticos, objetivos. Logo, a teoria semântica relacionada a regras (*rule-relational*

⁴¹¹ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 59.

⁴¹² FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 60.

⁴¹³ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 53.

semantic theory) proposta como reconstrução racional de Hart sustenta que uma afirmação na forma “É o direito que L (em X)” (uma afirmação interna sobre a validade jurídica de uma regra) semanticamente expressa a proposição que L é uma regra (exigindo, permitindo ou empoderando algum tipo de conduta), satisfazendo os critérios da regra de reconhecimento de um sistema jurídico particular.

Algumas passagens do texto hartiano dão subsídios a essa interpretação relacional e descritivista das afirmações jurídicas, como a afirmação segundo a qual pode-se “na verdade simplesmente dizer que a afirmação de que uma regra particular é válida significa que ela satisfaz todos os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento”⁴¹⁴.

Ademais, há evidências ulteriores para sustentar uma atribuição da semântica descritivista ao trabalho de Hart. Uma das evidências persuasivas é a retratação que Hart fez na introdução dos *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), no qual ele afirma ser um erro subtrair das afirmações sobre direitos jurídicos o caráter “descritivo”⁴¹⁵. No entanto, é controverso que essa semântica descritivista tenha sido defendida já em *Concept*.

Finlay e Plunkett adicionam mais uma evidência para a atribuição de uma semântica descritivista às afirmações normativas, qual seja, a completa ausência do tratamento do problema Frege-Geach por Hart. Esse problema diz respeito ao significado de termos e sentenças em usos incorporados (*embedded*) ou não-assertivos (*nonassertoric*) no quadro de uma teoria semântica expressivista. O próprio Kevin Toh o admite como problema sério para a teoria expressivista metajurídica que ele atribuiu a Hart, uma vez que essa teoria semântica é incapaz de dar conta desse problema⁴¹⁶.

Embora tenha sido levantado apenas em 1960 (um ano antes da publicação de *Concept*) com o artigo “*Ascriptivism*” de P. T. Geach, o fato de Geach e Hart terem sido colegas em Oxford torna bastante provável que Hart estivesse consciente de suas dificuldades. Por isso, os autores sustentam que há razões para supor que o argumento de Geach teria sido particularmente saliente quando da publicação de *Concept*⁴¹⁷. A ausência de tratamento do problema Frege-Geach, aliada ao abandono da (suposta) posição não-cognitivistica defendida em *Ascription* militam em favor do argumento de Finlay e Plunkett, segundo o qual Hart se converteu a uma semântica de tipo descritivista, visto que a acomodação de aspectos práticos das afirmações jurídicas em uma estrutura semântica descritivista implica o não surgimento do problema Frege-Geach.

⁴¹⁴ HART, 2012, p. 103.

⁴¹⁵ HART, 1983, p. 2.

⁴¹⁶ TOH, 2005, p. 102 e ss.

⁴¹⁷ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 77.

Por outro lado, no que tange ao aspecto *não-cognitivista* das afirmações jurídicas, os autores insistem que esses enunciados são dotados de uma função expressiva que pertence à dimensão pragmática do discurso jurídico, e não à dimensão semântica (como sustenta o expressivismo puro e híbrido). Nesse sentido, a leitura *quasi-expressivista* insiste que a pragmática das afirmações jurídicas aponta para a expressão de atitudes de aceitação do falante.

Alguns argumentos favorecem essa interpretação, nas perspectivas de Finlay e Plunkett. Em primeiro lugar, a rejeição do não-descritivismo em uma fase tardia de sua obra – indicando uma separação radical entre os domínios do significado e da força – sugeriu fortemente que essas atitudes de aceitação apontam menos para a semântica e mais para a pragmática do discurso normativo.

Além disso, em uma passagem dos *Essays on Bentham* – ao criticar a concepção de Bentham de que a expressão de uma atitude ou estado mental deve integrar, necessariamente, o significado de uma sentença – Hart deixa claro que atitudes, desejos ou estados mentais relacionados a uma sentença podem ser expressos por implicação, isto é, de uma forma totalmente dependente do contexto da asserção. Posto que “implicação” é um mecanismo pragmático, não semântico, Finlay e Plunkett concluem que Hart sustentou claramente que a expressão de uma atitude ou estado mental não precisa ser parte do significado literal de uma sentença⁴¹⁸.

Essa distinção entre o significado de uma frase e a força que pode ser uma característica de muitas ocasiões de seu uso é importante em muitas tentativas de analisar a ideia de obrigação ou dever; a teoria mista de Bentham pode ser criticada por ter apresentado como parte do significado de obrigação uma característica que, na verdade, não faz parte de seu significado, mas sim uma característica da força que as declarações de obrigação frequentemente têm⁴¹⁹.

Por isso, essa passagem se adequa melhor a uma explicação *quasi-expressivista*, na qual as atitudes do falante pertencem ao domínio da pragmática e não contribuem necessariamente para a constituição do significado “literal ou convencional” das afirmações.

Todavia, admitem os autores, ainda resta uma questão em aberto, vale dizer, se essas passagens representam a visão de Hart em *Concept* e se sua visão sobre os mecanismos pragmáticos envolvidos se adequa à leitura *quasi-expressivista*. Eles acreditam que é possível responder positivamente a essas questões apelando para a relação entre afirmações jurídicas internas e externas.

⁴¹⁸ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 78-9.

⁴¹⁹ HART, 1982, p. 136.

Finlay e Plunkett chamam a atenção para o fato de as afirmações jurídicas *internas* serem expressas, de forma padrão, em sentenças na forma “*É o direito que...*”, em contraste com a expressão típica das afirmações jurídicas *externas* em sentenças como “*No Reino Unido eles aceitam como direito que...*”. Essa diferença na forma padrão das afirmações jurídicas destaca um elemento-chave: as afirmações jurídicas internas geralmente não especificam a qual sistema jurídico ou a qual regra de reconhecimento elas são relativas⁴²⁰. Hart afirma que:

O uso de regras de reconhecimento não declaradas ... ao identificar regras particulares do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam deste modo, por isso, manifestam sua própria aceitação delas...⁴²¹

Isso significa que é precisamente pelo “*uso*” de uma regra de reconhecimento “*não declarada*”, isto é, a qual se omite a referência, que as atitudes de *aceitação* são expressas. A articulação da pretensão *quasi-expressivista* torna-se possível, portanto, através da pressuposição de uma regra de reconhecimento cuja aceitação os falantes expressam⁴²². Por fim, os autores admitem que a letra hartiana é, às vezes, confusa acerca do objeto da aceitação expressa, se a regra de reconhecimento, a regra de primeira ordem ou o comportamento que essa regra descreve. Esse problema, no entanto, não aflige a explicação *quasi-expressivista* já que uma das vantagens dessa leitura é ser compatível com a aceitação de múltiplos objetos pelos falantes.

3.5.3 O expressivismo na dimensão pragmática segundo Kramer

Outra interpretação recente que desafia o paradigma interpretativo de Toh e, ao mesmo tempo, propõe uma análise baseada na distinção clara entre as dimensões semântica e pragmática das afirmações jurídicas de Hart é Matthew Kramer. Em sua obra *H.L.A. Hart* (2018), Kramer esclarece que as questões semânticas concernem *ao que as afirmações significam*, ao passo que as questões pragmáticas tratam do *propósito ou da função à qual as afirmações servem*. Segundo Kramer, Hart esteve perspicazmente sintonizado com as questões pragmáticas ligadas ao discurso jurídico em sua teorização geral sobre o direito, embora, no que concerne ao raciocínio e a interpretação jurídica, tenha enfatizado em demasia as questões semânticas⁴²³.

⁴²⁰ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 79.

⁴²¹ HART, 2012, p. 102.

⁴²² FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 80.

⁴²³ KRAMER, Matthew, *H.L.A. Hart - The Nature of Law*, Polity: 2018, p. 181-2.

Por isso, Kramer compartilha a suposição de Finlay e Plunkett de que há uma separação conceitual, implícita nas obras de Hart, entre as dimensões semântica e pragmática. A posição de Kramer é a de que Hart pode ser classificado como um expressivista, desde que o termo “expressivismo” seja compreendido em seu sentido amplo. Nesse sentido, o termo denota “qualquer teoria que contempla os modos nos quais os vários atos de comunicação expressam os objetivos e atitudes das pessoas que realizam esses atos”⁴²⁴. Tomada em sua dimensão mais ampla, o expressivismo pode abarcar tanto as questões semânticas quanto pragmáticas, ou ambas.

O expressivismo, em sentido amplo, como abordagem do discurso normativo moral ou jurídico, é compatível com uma explicação de natureza *cognitivista*, visto que crenças e outras atitudes cognitivas podem ser veiculadas e expressas por meio de afirmações feitas tipicamente por participantes no tipo de discurso normativo. Essas crenças e outras atitudes cognitivas são proposições, portanto, podem ser avaliadas em termos de verdade e falsidade⁴²⁵.

A explicação da semântica hartiana fornecida por Kramer compreende os dois tipos de afirmações jurídicas internas, vale dizer, as de determinação de normas (*law-ascertaining*) e as de aplicação de normas (*law-applying*). Segundo Kramer, Hart sustentou firmemente que o conteúdo semântico de qualquer afirmação que determina normas (*law-ascertaining statement*) é irreduzivelmente normativo⁴²⁶. O autor destaca que essa ideia já estava presente em *Scandinavian Realism* (1959/1983) em que Hart distingue explicitamente o (i) conteúdo ou significado normativo das afirmações internas que usam uma regra de reconhecimento (RR) aceita, mas não declarada do (ii) contexto normal de eficácia do sistema jurídico no qual essas afirmações normativas são feitas⁴²⁷. Essa distinção radical, segundo Kramer, indica que Hart teria se esforçado para diferenciar cuidadosamente a pragmática das afirmações jurídicas internas e da sua semântica normativa⁴²⁸.

No que toca à questão semântica, especialmente a partir de *Concept* e sobretudo em seus escritos tardios, Kramer não tem dúvida de que Hart compreendeu que as proposições normativas são dotadas de conteúdo proposicional. Essa posição cognitivista foi a alternativa hartiana às obscuridades das asserções metafísicas sobre as entidades normativas e às leituras reducionistas das teorias imperativistas do direito. Nesse sentido, Kramer afirma que o

⁴²⁴ KRAMER, 2018, p. 182.

⁴²⁵ KRAMER, 2018, p. 182.

⁴²⁶ KRAMER, 2018, p. 201.

⁴²⁷ HART, 1983, p. 168; KRAMER, 2018, p. 201.

⁴²⁸ KRAMER, 2018, p. 201.

conteúdo proposicional veiculado pelas afirmações jurídicas comprometeu Hart a um tipo de abordagem minimalista *avant la lettre*. Isto é, embora tenha escrito suas obras antes das explicações minimalistas da verdade e da realidade se tornarem proeminentes e influentes, Hart já havia adotado um *insight* central dessa doutrina⁴²⁹. Nas palavras de Kramer:

(...) ele compreendeu que as duas questões a seguir são equivalentes: a questão se há efetivamente uma proibição jurídica sobre algum modo de conduta MC em uma jurisdição particular J, e a questão de se MC é juridicamente proibida em J. Hart e os proponentes do minimalismo poderiam concordar que, se nós objetivamos saber se essa proibição efetivamente existe em J, nós precisamos determinar se quaisquer condições suficientes para constituir essa proibição estão ou não presentes em J. Conforme a concepção positivista como a de Hart, é claro, essas condições consistem fundamentalmente em determinados padrões de comportamento e atitudes⁴³⁰.

Isso significa que o conteúdo semântico das proposições normativas se refere a entidades e propriedades normativas construídas minimalisticamente⁴³¹. Vale lembrar, a abordagem minimalista da verdade indica uma visão anti-representacionista segundo o uso de termos como “crença” e “verdade” que constituem *dispositivos linguísticos ou lógicos* para indicar crenças e proposições nas quais os sujeitos *assentem e concordam*. Por isso, tais crenças e proposições não precisam necessariamente se referir a estados mentais que *representam* a realidade como sendo de algum modo, mas pode se referir a qualquer estado mental de um sujeito ao *assentir* a uma afirmação⁴³². As afirmações normativas equivalem, portanto, a proposições acerca do preenchimento das condições necessárias e suficientes que tornam possível essas asserções. No caso de Hart, afirma Kramer, essas condições são proposições acerca da existência dos padrões de comportamento e atitudes que constituem as regras e demais práticas jurídicas.

3.6 O expressivismo híbrido em *Concept*

3.6.1 O fracasso da interpretação não cognitivista

A despeito da notoriedade e da relevância que angariou nas últimas décadas, a leitura expressivista pura de matriz não cognitiva sustentada por Kevin Toh é objeto de questionamentos robustos entre os intérpretes da semântica das afirmações jurídicas internas

⁴²⁹ KRAMER, 2018, p. 192.

⁴³⁰ KRAMER, 2018, p. 193.

⁴³¹ KRAMER, 2018, p. 203.

⁴³² CHRISMAN, 2017, p. 45.

de Hart. Alguns dos principais argumentos contra a leitura puramente expressivista de Toh foram levantados por Finlay e Plunkett e Matthew Kramer.

O principal argumento mobilizado por Finlay e Plunkett para demonstrar a inadequação da reconstrução expressivista de Toh aponta para a incapacidade da análise expressivista pura de acomodar o caráter objetivo da prescritividade das afirmações jurídicas, isto é, o fato dessas afirmações proporem-se a comunicar fatos autoritativos ao invés de meros desejos subjetivos⁴³³. Eles acreditam que, ao contrário do expressivismo, “o *quasi*-expressivismo acomoda a aparência de que as afirmações jurídicas pretendem descrever fatos sobre o direito de caráter objetivo e independentes de atitudes, que guiam nossas ações e influenciam nossas atitudes diante das regras de primeira ordem”. Assim, eles pensam que a aceitação de regras de primeira ordem não é a base explanatória, mas deriva da combinação de (i) *crenças* nas proposições relacionadas a regras (*rule-relational propositions*) e, mais fundamentalmente, (ii) *atitudes não-cognitivas* diante de uma regra de reconhecimento⁴³⁴.

Outros argumentos contrários à interpretação de Toh são aduzidos por Matthew Kramer. O argumento geral de Kramer é o de que, de fato, Hart pode ser caracterizado como expressivista, mas essa caracterização é apropriada apenas quando o expressivismo é compreendido como uma explicação da *pragmática* das afirmações jurídicas, ao invés de sua explicação da semântica, como queria Toh⁴³⁵. O expressivismo, entendido em sentido amplo, compreende que as afirmações normativas veiculam expressões de atitudes e objetivos como aspectos pragmáticos. Essa leitura é compatível com o texto de Hart, uma vez que ele sustenta que as afirmações jurídicas internas são expressivas de atitudes de *comprometimento*. Todavia, disso não se segue que essas afirmações não expressem qualquer conteúdo cognitivo⁴³⁶. É exatamente nesse aspecto que a leitura expressivista de Toh fracassa como interpretação competente da obra de Hart.

Kramer acrescenta que os expressivistas de tipo não-cognitivistas concebem as afirmações normativas como não-aptas à verdade, ou seja, eles negam “que qualquer afirmação jurídica possa ser dotada de conteúdo semântico que vá além da função de dar voz a alguma atitude não-cognitiva”⁴³⁷. Kramer concede que Hart adotou uma posição não-cognitivistica em seus primeiros escritos, mas ele explicita e, enfaticamente, a repudia em escritos posteriores⁴³⁸, em que nega a ideia de que a atribuição de direitos e deveres seja

⁴³³ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 68.

⁴³⁴ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 68.

⁴³⁵ KRAMER, 2018, p. 181.

⁴³⁶ KRAMER, 2018, p. 185.

⁴³⁷ KRAMER, 2018, p. 183.

⁴³⁸ HART, 1983, p. 4-5.

desprovida de conteúdo cognitivo⁴³⁹. Portanto, segundo Kramer, Toh repete o erro do Hart em sua fase inicial, qual seja, o de compreender que a pragmática conativa dos proferimentos normativos deve estar comprometida, ao mesmo tempo, com a visão de que esses proferimentos são desprovidos de conteúdo semântico cognitivo⁴⁴⁰.

A crítica mais severa formulada por Kramer, no entanto, se volta aos termos propriamente ditos da análise de Toh. Toh se vale precipuamente da seguinte passagem de *Concept*:

O uso de regras de reconhecimento não declaradas, por tribunais e outros, ao identificar as regras particulares do sistema, é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam desse modo por isso manifestam sua própria aceitação delas como regras orientadoras⁴⁴¹

Kramer acredita que a análise atribuída a Hart, nos moldes formulados por Toh, é exegética e filosoficamente problemática, além de ser defeituosa por si só. Para justificar essas conclusões, o autor elenca alguns pontos⁴⁴². Em primeiro lugar, a interpretação expressivista de tipo não-cognitivistista não corresponde ao que Hart escreveu na própria passagem que Toh citou como base para sua imputação. Segundo Kramer, o primeiro aspecto da leitura de Toh, vale dizer, a expressão de aceitação da regra de reconhecimento relevante, refere-se à aceitação manifesta por alguém da regra de reconhecimento ao usá-la para identificar outras normas de um sistema. O argumento de Kramer é que, ainda que Toh se valha de um sentido técnico de “aceitação” para denotar a adoção dos três elementos da atitude crítico-reflexiva diante da regra de reconhecimento, muitas declarações podem expressar a aceitação da regra de reconhecimento sem usá-la para identificar outras normas⁴⁴³. Ademais, a leitura de Toh sofre de uma falha profunda. Ela é incapaz de perceber que a mera expressão da aceitação de uma regra de reconhecimento de uma jurisdição relevante (por exemplo, através de uma afirmação de exaltação do conteúdo da regra de reconhecimento) não tem o condão de qualificar essa expressão como uma afirmação jurídica interna⁴⁴⁴.

Além disso, mesmo que a visão de Toh fosse correta, essa tese não daria suporte à afirmação de que Hart propôs uma análise não-cognitivistista da semântica do discurso jurídico. Os dois elementos da interpretação de Toh (a aceitação da regra de reconhecimento e a pressuposição da eficácia geral) são aspectos pragmáticos das afirmações jurídicas internas

⁴³⁹ KRAMER, 2018, p. 186

⁴⁴⁰ KRAMER, 2018, p. 187.

⁴⁴¹ HART, 2012, p. 102.

⁴⁴² KRAMER, 2018, p. 194.

⁴⁴³ KRAMER, 2018, p. 194.

⁴⁴⁴ KRAMER, 2018, p. 194-5.

que marcam o ponto de vista interno e o contrastam com o ponto de vista externo e o ponto de vista simulado. O refinamento dos aspectos pragmáticos das afirmações jurídicas internas é, segundo Kramer, inteiramente consistente com a tese de que todas ou a maior parte dessas declarações são dotadas de conteúdo proposicional⁴⁴⁵. Por conseguinte, Toh não tem recursos para fundamentar a afirmação geral de que Hart adotou uma concepção semântica de natureza não-cognitivista das afirmações jurídicas internas.

3.6.2 *O expressivismo híbrido como alternativa*

Os argumentos contra a leitura expressivista pura de Toh demonstram claramente a inadequação dessa interpretação em deslindar os comprometimentos metajurídicos das afirmações normativas de Hart em *Concept*. Inquestionavelmente, há um componente cognitivista nas declarações normativas que Hart se esforçou em demonstrar em algumas passagens. Uma dessas passagens é mobilizada por Finlay e Plunkett para defender a interpretação relacional e descritivista da semântica das afirmações jurídicas, na qual Hart afirma que:

Dizer que uma determinada regra é válida é reconhecê-la como passando em todos os testes fornecidos pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema. Podemos, na verdade, simplesmente dizer que a afirmação de que uma determinada regra é válida significa que ela satisfaz todos os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento⁴⁴⁶.

Porém, Finlay e Plunkett não complementam a exposição com a passagem imediatamente subsequente, na qual Hart pondera que essa afirmação é incorreta, na medida em que possa obscurecer o caráter interno das afirmações de validade jurídica:

Isso [dizer que a afirmação de que uma determinada regra é válida significa que ela satisfaz todos os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento] é incorreto apenas na medida em que possa obscurecer o caráter interno de tais afirmações; pois, como o "fora" no críquete, essas afirmações de validade normalmente aplicam a um caso particular uma regra de reconhecimento aceita pelo falante e outros, em vez de declarar expressamente que a regra é satisfeita⁴⁴⁷.

Não se pode olvidar que o caráter interno das afirmações de validade decorre diretamente do fato dessas asserções, por sua própria natureza, expressarem o ponto de vista interno dos participantes que *aceitam* a regra de reconhecimento. Portanto, o elemento

⁴⁴⁵ KRAMER, 2018, p. 197.

⁴⁴⁶ HART, 2012, p. 103.

⁴⁴⁷ HART, 2012, p. 103, destaques meus.

atitudinal de *aceitação* (*acceptance*) é constitutivo do significado das afirmações jurídicas internas, tal como o é para a própria noção de ponto de vista interno, que essas afirmações expressam. Nas palavras de Hart:

Elas são afirmações jurídicas internas (*internal legal statements*) *expressando* (*expressing*) o ponto de vista daqueles que aceitam a regra de reconhecimento do sistema e, como tal, deixam não declarado muito do que poderia ser declarado nas afirmações externas de fato sobre o sistema. (...) uma pessoa que afirma seriamente a validade de uma determinada regra jurídica, uma lei particular, ela própria faz uso de uma regra de reconhecimento que ele aceita como apropriada para identificar o direito.

O caráter constitutivo do elemento atitudinal e volitivo no significado das afirmações jurídicas internas torna-se ainda mais evidente na caracterização que Hart faz das afirmações internas ao endossar a “complementação valiosa” da noção raziana de afirmações destacadas (*detached statement*). Segundo Hart, é possível contrastar as afirmações normativas feitas por aqueles que *aceitam* os princípios relevantes como guias de conduta e padrões para a avaliação com as afirmações feitas do ponto de vista dos que aceitam os princípios, embora eles próprios não os endossem. As primeiras são as afirmações internas, as últimas são as afirmações destacadas, um terceiro tipo de afirmação (ao lado das afirmações internas e externas) que não é vislumbrado por Hart em *Concept*⁴⁴⁸.

Por fim, e talvez mais importante, é o fato de que a distinção entre os domínios da semântica e da pragmática não foi endossada por Hart, pelo menos até a publicação de *Legal Duty and Obligation* (1966), quando ele explicitamente assume o erro de não ter sustentado essa separação entre os domínios⁴⁴⁹.

Portanto, a semântica das afirmações jurídicas internas tem uma natureza híbrida. Isso quer dizer que o significado das afirmações de validade jurídica em *Concept* é composto, simultaneamente, por um elemento *cognitivo* – representado pela crença na satisfação dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento – e por um elemento *conativo e atitudinal* – que consiste na expressão da aceitação, pelo falante, da regra de reconhecimento e, por extensão, das regras identificadas por referência a ela.

Uma interpretação que se aproxima desse diagnóstico é a que Joseph Raz faz da obra de Hart na década de 80 em *The Purity of the Pure Theory* (1981/2009). Embora esquemática e sucinta, em sua leitura, Raz afirma que o significado das afirmações jurídicas no trabalho de Hart decorre da combinação de dois aspectos. Segundo ele:

⁴⁴⁸ HART, 1982, p. 154-5.

⁴⁴⁹ HART, 1982, p. 136.

Em parte, o significado das afirmações jurídicas pode ser dado por uma análise condicional da verdade. Afirmações jurídicas são verdadeiras se e apenas se certas relações se verificam entre elas e as complexas práticas jurídicas. Mas seria incorreto dizer que as afirmações jurídicas são apenas afirmações sobre a existência dessas práticas. A análise condicional da verdade não exaure o significado das afirmações jurídicas. Para compreendê-las, deve-se também compreender seus usos-padrão e o que elas expressam. Seu uso típico é fornecer orientação para críticas, recomendações, demandas, conselhos, aprovações, e elas expressam a aceitação, pelo falante, dos padrões de comportamento usados para orientar seu destinatário⁴⁵⁰.

Nesse sentido, as afirmações comprometidas não exaurem seu sentido na declaração de existência de práticas sociais, por mais complexas que sejam. Soma-se a isto, como fator decisivo para a compreensão do seu significado, os *usos-padrão* (fornecer orientação para críticas, recomendações, etc) por aqueles que mobilizam as proposições normativas e, especialmente, o que elas *expressam*, vale dizer, a aceitação, pelo falante, de padrões propriamente normativos.

Essa posição foi mantida no memorial dedicado a Hart, publicado em 1993, intitulado simplesmente *H. L. A. Hart*. Aqui, Raz explicita a sua posição na controvérsia entre a atribuição do cognitivismo ou não-cognitivismo ao insistir que:

Se Hart deve ser classificado como um ou outro, então é melhor classificá-lo com os não-cognitivistas. Mas ele traçou seu próprio caminho entre os dois, e desenvolveu uma visão distintiva que combina elementos cognitivistas e não-cognitivistas. Afirmações de regras, deveres e direitos são verdadeiras ou falsas, mas as condições que as tornam verdadeiras ou falsas não exaurem seu significado e não explicam seu caráter normativo. As condições de verdade dessas afirmações são a existência de determinadas práticas sociais ... Uma simples afirmação moral tal como “os pais têm o dever de cuidar de seus filhos” é verdadeira se há (na comunidade à qual o falante pertence) uma prática na qual os pais têm tal dever, isto é, grosso modo, se a maior parte dos pais fazem assim e estão conscientemente dispostos a fazê-lo. Mas a afirmação significa mais do que isso. Ela também expressa o endosso do falante dessa regra, sua disposição em ser orientado, e de exigir dos outros serem orientados por ela. Esse segundo componente não-cognitivista expressa o elemento normativo na afirmação⁴⁵¹.

Assim, é possível atribuir à semântica das afirmações jurídicas de Hart, pelo menos em *Concept*, comprometimentos metajurídicos típicos do expressivismo ecumênico ou híbrido, para o qual o significado das sentenças éticas e normativas envolve a expressão de um híbrido de estados conativos (como desejos, intenções, motivações, etc) e estados cognitivos (como crenças)⁴⁵².

⁴⁵⁰ RAZ, 2009, p. 300.

⁴⁵¹ RAZ, 1993, p. 148.

⁴⁵² CHRISMAN, 2017, p. 101-2.

Essa visão metanormativa se adequa de forma bastante plausível às explicações hartianas sobre o que está envolvido na declaração de afirmações de validade:

As afirmações de validade jurídica feitas sobre regras particulares no dia-a-dia de um sistema jurídico, seja por juízes, juristas ou cidadãos ordinários, de fato, carregam consigo certas pressuposições. Elas são afirmações jurídicas internas (*internal legal statements*) *expressando* (*expressing*) o ponto de vista daqueles que aceitam a regra de reconhecimento do sistema e, como tal, deixam não declarado muito do que poderia ser declarado nas afirmações externas de fato sobre o sistema. O que é, então, deixado não declarado constitui o pano de fundo ou contexto normal das afirmações de validade jurídica e é, por isso, considerado “pressuposto” por elas. Mas é importante ver precisamente o que são essas questões pressupostas, e não obscurecer sua natureza. Elas consistem em duas coisas. Em primeiro lugar, uma pessoa que afirma seriamente a validade de uma determinada regra jurídica, uma lei particular, ela própria faz uso de uma regra de reconhecimento que ele aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, essa regra de reconhecimento, em termos da qual ele avalia a validade de uma lei particular, não é apenas aceita por ele, mas é a regra de reconhecimento efetivamente aceita e empregada na operação geral do sistema. Se a verdade dessa pressuposição fosse posta em dúvida, poderia ser estabelecida por referência à prática efetiva: pelo modo no qual os tribunais identificam o que conta como direito, e à aceitação geral ou aquiescência a essas identificações⁴⁵³.

Embora se valha de um vocabulário tecnicamente impreciso, ao se referir às “pressuposições” das afirmações jurídicas internas, Hart tem em mente dois elementos radicalmente distintos. A primeira “pressuposição” constitui diretamente o significado dessas asserções normativas, isto é, um híbrido entre o elemento cognitivo – consistente na crença de que uma dada regra satisfaz os critérios facultados pela regra de reconhecimento – e o elemento conativo de apelo, aceitação e endosso da regra de reconhecimento como apropriada. O segundo “pressuposto”, qual seja, a eficácia geral da regra de reconhecimento e, por extensão, do sistema jurídico, embora seja um componente que normalmente acompanha as afirmações jurídicas internas, não determina o seu significado. Hart indicou claramente que a afirmação da eficácia geral do sistema não é um elemento que integra o significado das afirmações normativas de validade:⁴⁵⁴

Uma pessoa que faz uma afirmação interna a respeito da validade de uma regra particular de um sistema pode considerar-se que pressupõe a verdade da afirmação de fato externa de que o sistema é geralmente eficaz. Porque o uso normal de afirmações internas ocorre em um tal contexto de eficácia geral. Seria, porém, incorreto dizer que as afirmações de validade “significam” que o sistema é geralmente eficaz. Porque, embora seja normalmente sem sentido ou inútil falar da validade de uma regra de um sistema que nunca se estabeleceu ou que foi abandonado, apesar disso, *não é desprovido de significado*, nem sempre carece de sentido⁴⁵⁵.

⁴⁵³ HART, 2012, p. 108, destaques meus.

⁴⁵⁴ KRAMER, 2018, p. 66-7.

⁴⁵⁵ HART, 2012, p. 104.

Destarte, a pressuposição da eficácia geral do sistema, embora seja um elemento que normalmente acompanhe as declarações normativas, não influi e não determina diretamente o significado dessas afirmações. Portanto, a leitura raziana, combinando elementos cognitivistas e não-cognitivistas, pode ser classificada como a mais consistente e congruente com os comprometeros metateóricos sobre a linguagem normativa assumidos por Hart em sua principal obra.

3.7 A conversão hartiana à semântica descritivista

3.7.1 A cisão entre a semântica e a pragmática

Alguns anos após a publicação de *Concept*, mais especificamente em *Legal Duty and Obligation* (1966), Hart opera uma reformulação crucial em sua visão sobre o significado das afirmações jurídicas. O fator decisivo para essa mudança foi, sem dúvidas, a publicação póstuma de *How To Do Things with Words* (1962) de J. L. Austin, na qual seu autor insiste na distinção entre os domínios do *significado* (*meaning*) e o da *força* (*force*), para marcar a relativa independência dos atos “locucionários” (o ato de dizer algo dotado de sentido e referência) e “illocucionário” (a realização de um ato *ao* dizer algo)⁴⁵⁶. A partir dessa concepção, Hart propõe e justifica uma separação radical entre o significado convencional de uma sentença e a força do seu uso em uma ocasião particular. Ao discutir o componente probabilístico da noção de obrigação jurídica nas obras de Bentham, Hart sustenta:

Qualquer pessoa que faça tal afirmação pode pretender que a declaração “Você tem a obrigação de fazer isso e aquilo” seja interpretada como uma previsão ou aviso de provável sofrimento. Mas, é claro, devemos distinguir, como Bentham não faz, entre o significado do que um homem diz e a maneira como ele pretende que o que diz seja interpretado por aqueles com quem fala. Podemos distinguir o primeiro como o *significado convencional* (*conventional meaning*) de uma frase e o segundo como a “força” de seu uso em uma ocasião específica, e ilustrar essa distinção pelo seguinte paralelo simples. É claro que a frase “Há um touro no campo” pode ser dita ou escrita com bastante frequência como um aviso de um provável perigo para aqueles que tentam entrar no campo; Mas, embora o uso dessa frase muitas vezes tenha a força de um aviso, isso não faz parte do *significado convencional* da frase, pois a frase “Há um touro no campo” tem o mesmo significado se for dada em resposta à pergunta “Que animal há no campo?”. O significado da frase é um elemento constante controlado por *convenções linguísticas gerais* que se aplicam a todas as ocasiões de seu uso, enquanto a força do uso da frase em uma ocasião particular, que pode nos levar a classificá-la como aviso ou previsão, depende, entre outros fatores, da intenção do falante, que pode variar de ocasião para ocasião. Essa distinção entre o significado de uma frase e a força que pode ser uma característica de muitas ocasiões de seu uso é importante em muitas tentativas de analisar a ideia de

⁴⁵⁶ AUSTIN, 1962, p. 100.

obrigação ou dever; a teoria mista de Bentham pode ser criticada por ter apresentado como parte do significado de obrigação uma característica que, na verdade, não faz parte de seu significado, mas sim uma característica da força que as declarações de obrigação frequentemente têm⁴⁵⁷.

Nesse momento, restou patente que Hart pensava que o significado de uma sentença, incluindo as afirmações normativas internas ou afirmações de obrigação, é governado simplesmente pelas convenções linguísticas gerais praticadas em suas diversas ocasiões de uso.

Hart acrescenta na introdução dos *Essays in Jurisprudence and Philosophy* que em *Definition* ele falhou em perceber a “importante distinção” entre “o significado ou sentido relativamente constante de uma sentença fixado pelas convenções da linguagem” e a “força ou modo variante no qual a sentença é proposta em diferentes ocasiões”⁴⁵⁸. Hart afirma:

Tivesse eu dominado ao tempo da elaboração do Ensaio 1 [*Definition*] em 1953 a distinção seminal entre o ‘significado’ (*meaning*) e a ‘força’ (*force*) dos enunciados (*utterances*), e a teoria dos atos de fala cujos fundamentos foram lançados por J. L. Austin, eu não teria afirmado que afirmações de direitos e deveres jurídicos não eram ‘descritivos’, ou teria sugerido, como eu fiz, ao chamá-los de ‘conclusões de direito’ ou as ‘extremidades de cálculos jurídicos’, que essas afirmações eram sempre apresentadas como inferências por seus autores⁴⁵⁹.

Ele acrescenta que o fato de ter negligenciado essa distinção viciou parte da explicação fornecida em *Definition* acerca do significado das afirmações normativas, uma vez que o significado destas decorre, doravante, fundamentalmente das convenções linguísticas adotadas pela comunidade. Em suma, Hart completa:

Foi errado dizer que essas afirmações *são* as conclusões de inferências de regras jurídicas, pois essas sentenças têm o mesmo significado em diferentes ocasiões de uso esteja ou não o falante ou escritor as propondo como inferências que ele extrai. Se ele propõe essa afirmação como uma inferência, essa é a força do enunciado nessa ocasião, não parte do significado da sentença. O que compõe o meu erro é que, embora eu fale dessas sentenças como capazes de serem verdadeiras ou falsas, eu nego que elas sejam ‘descritivas’ como se isso fosse excluído pelo status que eu erroneamente as atribuo como conclusões de direito, e minha negação de que essas sentenças sejam ‘descritivas’ obscurece a verdade de que para a plena compreensão delas, nós devemos compreender o que é para uma regra de conduta exigir, proibir, ou permitir um ato⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ HART, 1982, p. 136, destaques meus.

⁴⁵⁸ HART, 1983, p. 4-5.

⁴⁵⁹ HART, 1983, p. 2.

⁴⁶⁰ HART, 1983, p. 5, destaques no original.

Essas passagens, a despeito das controvérsias que suscitam entre os intérpretes, indubitavelmente representam o reconhecimento de Hart de que há um componente *descritivista* nas afirmações jurídicas, a despeito de Hart já ter reconhecido o caráter cognitivista (a capacidade serem avaliadas em termos de verdade e falsidade) dessas asserções. Além de representarem claramente a cisão absoluta entre a semântica e a pragmática, muito possivelmente, ao se referir às afirmações normativas como “descritivas”, Hart está sustentando que essas asserções são capazes de representar a realidade como sendo de algum modo. As convenções linguísticas que regulam o significado dos termos e das sentenças são pensadas como representações de objetos e relações no mundo. Trata-se, portanto, da assunção de um comprometimento fortemente *representacionalista* das afirmações jurídicas. Isso opera uma verdadeira revolução dos comprometimentos metateóricos de Hart acerca da linguagem normativa que, até então, sustentava uma visão pragmatista da semântica das afirmações jurídicas.

3.7.2 *O impacto nas interpretações*

O reconhecimento hartiano pós-*Concept* da presença do componente “descritivista”, além da admissão de que as sentenças normativas eram dotadas de conteúdo proposicional, passíveis portanto de admissão de valores de verdade, tornou insustentável e filosoficamente injustificada a interpretação puramente expressivista e não-cognitivista de Toh. O próprio Toh admitiu que essa retratação foi “particularmente desconcertante”⁴⁶¹ e que ele era incapaz de explicar essa “aparente inconsistência” entre a rejeição hartiana do caráter ‘não-descritivo’ das conclusões do raciocínio jurídico e a sua proposta de que ele teria continuado a defender uma análise expressivista das afirmações jurídicas internas⁴⁶². Toh insistiu que Hart se manteve comprometido com a conclusão mais geral, extraída de *Definition*, de que as afirmações que anunciam e aplicam regras, tal como as afirmações jurídicas, constituíam uma forma especial de atos de fala não-descritivos⁴⁶³. Contudo, em seguida (nota de rodapé nº 40), admitiu a inconsistência dessa tese geral com as observações introdutórias de Hart em *Jurisprudence* rejeitando a posição não-descritivista outrora sustentada.

Entretanto, as novas visões de Hart sobre os enunciados jurídicos, vale dizer, a divisão radical entre a dimensão da semântica, puramente descritiva e cujo significado é uniforme nas diversas ocasiões de uso e a dimensão da pragmática, na qual são expressos elementos

⁴⁶¹ TOH, 2005, p. 99, nota de rodapé nº 40.

⁴⁶² TOH, 2005, p. 105.

⁴⁶³ TOH, 2005, p. 99.

distintivamente atitudinais, se tornam perfeitamente congruentes com os elementos da leitura *quasi-expressivista* de Finlay e Plunkett. Ao sintetizar a própria leitura, Finlay e Plunkett afirmam que:

As afirmações de dever caracteristicamente expressam atitudes *não-cognitivas*, mas ao contrário do expressivismo [essa reconstrução] sustenta que essas [atitudes] são apenas um aspecto pragmático dessas afirmações, geradas de uma semântica puramente descritivista que é uniforme entre diferentes tipos de usos das afirmações de dever. Portanto, com um rótulo *quasi-expressivista*⁴⁶⁴.

No que concerne ao aspecto cognitivista, os autores explicam que uma teoria semântica “descritivista”:

identifica o conteúdo literal e convencional das sentenças-alvo com uma proposição ordinária que representa o mundo como sendo de um modo particular e que é verdadeira se e apenas se o mundo assim for. Essas proposições são os conteúdos de crenças ordinárias, compreendidas como atitudes com uma direção de ajuste mente-mundo⁴⁶⁵.

É precisamente o que a reconstrução ora proposta identifica no componente “descritivista” da semântica hartiana no período tardio, um comprometimento explícito com uma visão representacionista da linguagem, em sentido amplo, não apenas dos termos ordinários e empíricos, mas incluindo os termos e sentenças normativos. Nesse sentido, uma teoria semântica de cunho descritivista busca identificar quais propriedades, relações, estados de coisas, etc, constituem o conteúdo semântico das proposições jurídicas.

3.8 A autoridade normativa do direito

Um ponto de interesse sobre as visões semânticas tardias de Hart, embora pouco discutido, é o impacto potencialmente destrutivo que elas podem ter na autoridade racional dos juízos jurídicos em sua teoria. O que está em jogo, em última instância, é a capacidade dos conceitos que articulam as normas e as afirmações jurídicas serem dotados de conteúdo conceitual determinado. Essa capacidade é um componente essencial para a compreensão e constituição da autoridade normativa do direito. Sem dúvidas, o autor que melhor visualizou a relação intrínseca entre a posse, pelos conceitos jurídicos, de conteúdo conceitual determinado e a sua autoridade racional e normativa foi Robert Brandom em “*A Hegelian Model of Legal Concept Determination*” (2014). Mais uma vez, o instrumental teórico refinado de Brandom

⁴⁶⁴ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 59.

⁴⁶⁵ FINLAY E PLUNKETT, 2018, p. 53.

pode fornecer *insights* reveladores para a crítica das visões de Hart sobre a linguagem normativa.

Em primeiro lugar, Brandom insiste que a questão da inteligibilidade dos conceitos jurídicos está diretamente relacionada ao estatuto ontológico dos status (normativos) jurídicos instituídos por normas que articulam esses conceitos, como direitos, deveres e obrigações. O significado semântico dos conceitos jurídicos repousa, para o autor, na diferença pragmática que eles fazem. Isso significa que a autoridade racional dos juízos e argumentos jurídicos deriva da capacidade das normas articuladas pelos conceitos jurídicos servirem de razões para a justificação destes juízos. Brandom afirma que “o conteúdo dos conceitos afeta aquilo com o que alguém está comprometido (*committed*) ou a que está autorizado (*entitled*) ao aplicar esses conceitos no juízo e na argumentação”⁴⁶⁶.

Nesse sentido, Brandom expressamente sustenta que a *vinculatividade normativa* (*normative bindingness*) das aplicações dos conceitos jurídicos a casos particulares depende essencialmente de dessas aplicações serem *racionalmente* autorizadas (*rationally licensed*) por normas articuladas por esses conceitos. A questão da indeterminabilidade semântica dos conceitos jurídicos, na medida em que impossibilita a justificação adequada das decisões jurídicas, pode resultar na existência de uma forma de realismo jurídico (*legal realism*), indistinguível do niilismo jurídico (*legal nihilism*) sobre essas decisões. No limite, a capacidade de justificar racionalmente os juízos jurídicos em virtude da posse de conteúdo determinado pelos conceitos jurídicos determina a diferença entre exercer autoridade normativa (*normative authority*) genuína e simplesmente exercer poder⁴⁶⁷.

No que concerne às posições que levantam alguma pretensão de *determinidade do conteúdo* (*determinateness of content*) – a capacidade de possuir conteúdo conceitual determinado – dos conceitos jurídicos de modo a tornar possível uma avaliação da justificabilidade racional das aplicações que mobilizam esses conceitos, Brandom avalia que uma resposta natural é apelar para uma consideração de natureza extensional. Mais precisamente, pode-se considerar a questão da nitidez dos limites (*sharpness of the boundaries*) dos conceitos – especificados em vocabulário jurídico ou não jurídico – que determina inequivocamente a aplicabilidade correta dos conceitos jurídicos. Nessa visão, para dar conta da possibilidade da *indeterminidade semântica* (*semantic indeterminateness*)

⁴⁶⁶ BRANDOM, 2014, p. 19.

⁴⁶⁷ BRANDOM, 2014, p. 20.

deve-ser olhar para a questão da *definibilidade* (*definiteness*) da extensão dos conceitos jurídicos⁴⁶⁸.

Há evidências robustas para atribuir esse tipo de concepção semântica de cunho extensional às visões semânticas tardias de Hart. Ao se referir ao significado convencional (*conventional meaning*) das sentenças (incluindo as asserções normativas) como um elemento constante controlado por convenções linguísticas gerais que se aplicam a todas as ocasiões de seu uso⁴⁶⁹, Hart parece ter em mente uma concepção convencionalista de cunho extensionista, na qual as convenções sociais operam a determinação de referências e extensões da linguagem. Soma-se a isso o fato de Hart adotar explicitamente a visão de que as afirmações normativas são dotadas de uma dimensão descritiva⁴⁷⁰. A rejeição anterior, em *Definition*, do aspecto descritivista das afirmações normativas significava a negação de que essas afirmações teriam como função primordial a afirmação, descrição e declaração de fatos ou objetos⁴⁷¹. Logo, ao rejeitar essa caracterização inicial das sentenças normativas, Hart endossa explicitamente a ideia de que a linguagem, incluindo a normativa, é capaz de descrever e afirmar fatos, objetos e relações no mundo. Isso só pode significar o endosso de uma teoria semântica convencionalista de cunho extensionista. Com isso, ele implicitamente endossa um modelo bifásico (*two-phase model*) em que as práticas de instituir normas conceituais (ou significados, de forma geral) e as práticas de aplicá-las no juízo e no raciocínio são pensadas como fases distintas e sequenciais. Assim, os conteúdos e significados são fixados (arbitrariamente através de convenções sociais) e, em seguida, são distinguidas as aplicações corretas das incorretas dados esses significados instituídos⁴⁷².

Contudo, Brandom contesta fortemente as posições de tipo extensional na compreensão da determinidade do conteúdo dos conceitos jurídicos, uma vez que, segundo ele, a maior parte do raciocínio jurídico raramente é lógica e formalmente válido. O discurso de natureza extensional é incapaz de captar essa dinâmica não-monotônica do raciocínio jurídico. Por isso, Brandom compreende que uma teoria de tipo extensional não é particularmente útil no reino não-monotônico do raciocínio não-formal, como é o caso do raciocínio e da argumentação jurídica⁴⁷³. Isso se justifica, pois a maior parte do raciocínio jurídico (tal como a maior parte do raciocínio médico ou financeiro), segundo Brandom, é *probatório* – não em termos de pesos de várias considerações evidenciais – mas no sentido de

⁴⁶⁸ BRANDOM, 2014, p. 20.

⁴⁶⁹ HART, 1982, p. 136.

⁴⁷⁰ HART, 1983, p. 2; 4-5.

⁴⁷¹ HART, 1983, p. 28.

⁴⁷² BRANDOM, 2014, p. 22.

⁴⁷³ BRANDOM, 2014, p. 21.

que quase todas as razões consideradas na argumentação jurídica são derrotáveis (*defeasible*)⁴⁷⁴:

A derrotabilidade (*defeasibility*) significa que as inferências materiais, incluindo as inferências que articulam conceitos jurídicos, ao contrário das [inferências] lógicas, são, em geral, não-monotônicas (*non-monotonic*): uma boa inferência pode ser tornada ruim ao se adicionar outras premissas⁴⁷⁵.

Nesse sentido, Brandom adverte que o tipo de indeterminidade semântica que pode ameaçar a autoridade racional do raciocínio e do juízo jurídico é, na verdade, a indeterminidade concernente a quais *inferências* acerca de conclusões jurídicas são materialmente boas ou más, e quais considerações adicionais derrotam ou reestabelecem essas conclusões⁴⁷⁶. Brandom concede que as considerações extensionais acerca da nitidez dos limites podem capturar algumas dessas preocupações, mas o lugar próprio do discurso extensional é no raciocínio formal de natureza monotônica e “inderrotável” (*indefeasible*). Portanto, o que importa, em primeira instância, é a *definibilidade da inferência* (*definiteness of inference*), isto é, a questão acerca de quais considerações são razões (*reasons*) a favor e contra os juízos que aplicam conceitos jurídicos⁴⁷⁷.

Surpreendentemente, em sua caracterização inicial acerca da natureza dos conceitos jurídicos, Hart sustenta uma visão semântica de natureza não-monotônica com semelhanças notáveis com a proposta de Brandom e radicalmente distinta de sua concepção extensionista tardia. Em “*The Ascription of Responsibility and Rights*” (1949), Hart afirma que os conceitos normativos não são afeitos a definições que fornecem regras verbais para a tradução em outros termos ou mediante a especificação de um conjunto de condições necessárias e suficientes⁴⁷⁸. Além disso, ele concebe que as afirmações que atribuem direitos e responsabilidades não dispõem de um conjunto de condições necessárias e suficientes que forneçam as condições de verdade dessas asserções⁴⁷⁹. Nesse sentido, Hart argumenta que uma das formas distintivas pelas quais as afirmações jurídicas nas quais os conceitos jurídicos figuram podem ser desafiadas é o apelo a que a afirmação – a despeito da presença das condições tidas como necessárias e suficientes – não deve ser bem-sucedida pois outras circunstâncias excepcionais estão presentes e, por isso, a afirmação original deve ser derrotada (*defeated*) ou reduzida (*reduced*), de modo que apenas uma forma enfraquecida da

⁴⁷⁴ BRANDOM, 2014, p. 20.

⁴⁷⁵ BRANDOM, 2014, p. 20.

⁴⁷⁶ BRANDOM, 2014, p. 21.

⁴⁷⁷ BRANDOM, 2014, p. 20.

⁴⁷⁸ HART, 1949, p. 173.

⁴⁷⁹ HART, 1949, p. 187.

afirmação original pode subsistir⁴⁸⁰. Por isso, a fim de evidenciar esse aspecto condicional e negativo dos conceitos jurídicos, Hart caracteriza-os como “*defeasibles*” (derrotáveis)⁴⁸¹. Hart acrescenta que as afirmações de fato (*statements of fact*) expressam condições necessárias e, algumas vezes, suficientes para aplicação de um conceito jurídico que tem a capacidade de apoiar ou refutar conclusões propriamente jurídicas (afirmações jurídicas). Porém, dado o caráter derrotável desses conceitos, ele acredita que as afirmações de fato não podem expressar condições que são sempre suficientes⁴⁸².

É relevante salientar, entretanto, que Hart rejeitou atribuir objetividade a essas afirmações normativas, possivelmente em função de conceber que a noção de verdade só seria aplicável aos usos descritivos da linguagem, típicos dos conceitos ordinários, cuja função primária, segundo ele, era descrever eventos, coisas ou pessoas, mas não aos conceitos jurídicos⁴⁸³. Hart explicitamente nega a possibilidade de atribuição de valores de verdade ao conteúdo semântico das decisões judiciais que envolvam os conceitos jurídicos que se apoiam em afirmações de fato (*statement of facts*). Os “critérios de correção” dessas afirmações são simplesmente as circunstâncias factuais servirem ou não como *boas razões* para decisões e atribuições de direitos, na ausência de outras afirmações⁴⁸⁴. Isso, no entanto, não compromete seu caráter propriamente derrotável em face de novas afirmações. Ele conclui que as atribuições de direitos e responsabilidades que se provam incorretas e defeituosas e, desse modo, merecedoras de qualificação, não constituem, por essa razão, falsas afirmações de fato ou falsas inferências sobre a ocorrência de uma condição necessária para a verdade da sentença. Assim, se a atribuição de responsabilidade original não mais se justifica à luz das novas circunstâncias que o sujeito toma conhecimento, Hart assevera que “devemos julgar novamente: *não descrever novamente*”⁴⁸⁵. Entretanto, essa visão semântica foi radicalmente abandonada nos trabalhos posteriores, em favor de concepções distintamente extensionistas.

Brandom, por seu turno, foi quem avançou em uma concepção inferencialista robusta contra a ameaça da indeterminidade semântica no direito. Ele sustenta que – dado que os conteúdos dos conceitos jurídicos não determinam o que conta como uma razão a favor ou contra os juízos articulados pelo uso desses conceitos e quais premissas adicionais apoiam ou enfraquecem essas inferências materiais – a indeterminidade decisiva para a questão da autoridade normativa dos juízos jurídicos deve derivar precisamente das *aplicações*

⁴⁸⁰ HART, 1949, p. 174.

⁴⁸¹ HART, 1949, p. 175.

⁴⁸² HART, 1949, p. 181.

⁴⁸³ HART, 1949, p. 182.

⁴⁸⁴ HART, 1949, p. 187.

⁴⁸⁵ HART, 1949, p. 193, ênfase no original.

(*applications*) dos conceitos jurídicos, ao serem sujeitos a avaliações apropriadas acerca da bondade (*goodness*) das razões a favor e contra essas aplicações, isto é, à complexa rede de relações inferenciais não-monotônicas e de incompatibilidade que articulam os conteúdos dos conceitos jurídicos⁴⁸⁶.

Com efeito, Brandom sustenta que é necessário recorrer às constelações de práticas que implicitamente tratam algumas aplicações de conceitos como corretas e outras como incorretas. Assim, as “normas explícitas na forma de regras e princípios necessariamente flutuam em um mar de normas implícitas na prática”⁴⁸⁷. Especificamente no caso do raciocínio jurídico, Brandom acredita que uma lei (*statute law*) só pode ser considerada semanticamente determinada com ajuda de um contexto do *case law*, mais precisamente, de normas implícitas nas práticas do *case law* nas quais essas normas efetivamente operam. Por isso, Brandom insiste que o lugar para investigar a natureza da determinidade semântica dos conceitos jurídicos é o *common law*, não o *statute law*.

Nesse sentido, Brandom propõe o abandono do modelo bifásico (*two-phase model*) de instituição de normas conceituais, em favor de um modelo unificado e holístico do uso da linguagem, no qual a instituição e aplicação de normas conceituais são pensados não como fases distintas, mas como aspectos de uma mesma prática discursiva. Evidentemente, o modelo holístico brandomiano de dois aspectos (*holistic two-aspect picture*) têm consequências cruciais para a questão da determinidade das normas conceituais: elas são pensadas como, de uma só vez, instituídas e aplicadas nas práticas discursivas⁴⁸⁸. Isso significa que:

Não se pode dar sentido à noção de instituição de normas conceituais de modo apartado da noção de aplicá-las, e vice-versa. A instituição e aplicação são concepções reciprocamente dependentes, e processos reciprocamente dependentes. (...) Substituir o modelo de duas fases (*two-phase model*) pela imagem holística de dois aspectos (*holistic two-aspect picture*) têm consequências para o modo como nós pensamos a determinidade das normas conceituais que são, de uma só vez, instituídas e aplicadas nas práticas discursivas⁴⁸⁹.

Por fim, Brandom oferece um longo argumento – aqui, apenas sintetizado – no sentido de que é precisamente o uso dos conceitos que determinam os seus conteúdos. A aplicação dos conceitos no raciocínio e nos juízos tem o condão de instituir normas para a avaliação dessas aplicações como corretas ou incorretas. Disso decorre que a noção de conteúdo

⁴⁸⁶ BRANDOM, 2014, p. 21.

⁴⁸⁷ BRANDOM, 2014, p. 21-2.

⁴⁸⁸ BRANDOM, 2014, p. 23.

⁴⁸⁹ BRANDOM, 2014, p. 23.

conceitual é dotada de um significado essencialmente *normativo* (*essentially normative significance*). Isso significa que “os conteúdos devem ser compreendidos como fornecendo normas para a avaliação racional de correção das aplicações dos conceitos” dos quais essas normas são conteúdos⁴⁹⁰. Brandom esclarece que:

Os conteúdos dos conceitos aplicados devem ser capazes de apoiar justificações de algumas aplicações e deve ser o tipo de coisa a que se apela como razões em avaliações racionais de correção dessas aplicações, de acordo com normas articuladas por esses conteúdos⁴⁹¹.

Assim, a “normatividade do conteúdo conceitual” permite, a um só tempo: i) aplicar um conceito particular, ao invés de outro, talvez proximamente relacionado e; ii) fazer isso incorretamente, no sentido de que na situação na qual o conceito é aplicado, o conteúdo do conceito não fornece uma razão adequada para aplicá-lo.

⁴⁹⁰ BRANDOM, 2014, p. 24.

⁴⁹¹ BRANDOM, 2014, p. 24.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, cujo caráter é menos o de elaborar soluções pretensamente definitivas para as questões debatidas e mais o de fornecer apontamentos que possibilitem debates ulteriores, a presente reconstrução racional dos comprometimentos metajurídicos evidenciou que a teoria do direito de Hart é dotada de evidentes méritos teóricos.

Ao propor uma verdadeira revolução metodológica, Hart demonstrou que é absolutamente necessário, para a devida compreensão da emergência e o funcionamento do fenômeno jurídico, fazer referência ao ponto de vista interno dos sujeitos que aceitam e cooperam voluntariamente com o funcionamento do sistema e usam as regras (e as posições e status normativos instituídos) como guias e padrões de avaliação da conduta interpessoal. A centralidade explicativa da noção de ponto de vista interno para a dimensão normativa é manifesta na influência que esse conceito exerceu em toda a tradição teórica de compreensão do direito posterior ao trabalho de Hart.

Contudo, a despeito de seus méritos, a teoria do direito de Hart endossa implicitamente comprometimentos que debilitam sobremaneira a sua capacidade de fundamentar a existência de status normativos genuínos e a autoridade normativa e racional do direito. As ferramentas conceituais de teóricos contemporâneos, obviamente indisponíveis para o próprio Hart à época da elaboração de suas teorias, forneceram *insights* reveladores acerca dos do empreendimento teórico hartiano.

Por um lado, a reconstrução racional das noções implicadas nas atitudes normativas dos participantes comprometimentos demonstrou que Hart endossou um modelo de normatividade viciado de assimetrias estruturais fatais para o sucesso do empreendimento de fundamentação da existência de status normativos genuínos. O modelo de normatividade organizado pela verticalidade entre os sujeitos normativos e ancorado, em última instância, em relações de poder, minou por completo a capacidade da teoria de Hart de explicar a emergência efetiva da dimensão normativa.

Por outro lado, no que concerne às concepções de Hart sobre a dimensão da linguagem normativa, a despeito dos méritos de suas concepções semânticas iniciais – notadamente no endosso de comprometimentos aparentados ao pragmatismo linguístico – as concepções hartianas tardias acerca da semântica das afirmações jurídicas, de cunho convencionalista e extensionista, são marcadas pela assunção de um modelo bifásico e monotônico de determinação das normas conceituais e, assim, torna-se incapaz de dar conta do tipo de raciocínio não formal e não-monotônico que caracteriza a argumentação e o juízo jurídico.

Com isso, as visões semânticas subjacentes à teoria do direito de Hart minam a possibilidade de fundamentação da autoridade racional e normativa dos juízos jurídicos que articulam normas conceituais.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Thomas. *Practice and Theory in The Concept of Law*. In GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian. *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, v. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3684512> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3684512>.

AUSTIN, J. L.. *How to Do Things with Words*. Oxford: University Press, 1962.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined – and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

BEEHLER, Rodger. (1978) "The Concept of Law and the Obligation to Obey," American Journal of Jurisprudence: Vol. 23: Iss. 1, Article 6. Available at: <https://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol23/iss1/6>

BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General* (edited by H. L. A. Hart). London: Athlone Press, 1970.

BIX, Brian. *Kelsen, Hart, and Legal Normativity*. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava*, 2018. 34:25-42.

BIX, Brian. *The Normativity of Law*. In Torben Spaak, *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. New York, NY: Cambridge University Press, 2021.

BRANDOM, Robert. *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (orgs.). *Pragmatism, Law, and Language*. NY, Routledge, 2014, p. 19-39.

BRANDOM, Robert B. *A Spirit of Trust*. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2019.

BRANDOM, Robert B. *Making it explicit: Reasoning, representing, and discursive commitment*. Harvard University Press, 1998.

BRANDOM, Robert B. *Perspectives on pragmatism: Classical, recent, and contemporary*. Harvard University Press, 2011.

BUSTAMANTE, T. *A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?*. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 1, p. 307–327, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n1.p307-327.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

DECAT, Thiago Lopes. *A chave para o conceito de direito: a noção de obrigação jurídica e a união entre regras primárias e secundárias*. In: BUSTAMANTE, T; COELHO, A; MATOS, S. *Interpretando o Conceito de Direito de H. L. Hart. Ensaios críticos e analíticos*. 1º ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023.

DECAT, Thiago Lopes. *Escritos de filosofia política e teoria do direito*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, valor e teorias do direito*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

DIAMOND, Alma. *Moves & Rules: Addressing the Puzzle of Social Rule-Following* (September 15, 2023). *Law and Philosophy*, 0 [10.1007/s10982-024-09507-2], Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4883550> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4883550>

DICKSON, Julie. *Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 27, n. 3, p. 373-402, fev. 2007.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. - trad. Jefferson Luiz Camargo - 3º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Belknap, 1986.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.

FAGGION, Andrea. *Kevin Toh's Expressivist Reading of H. L. A. Hart, or how not to respond to Ronald Dworkin*. Manuscrito – Rev. Int. Fil. Campinas, v. 43, n. 2, pp. 95-113, Abr.-Jun. 2020.

FINLAY, Stephen & PLUNKETT, David. *Quasi-Expressivism about Statements of Law: A Hartian Theory*. In John Gardner, Leslie Green & Brian Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law Volume 3*. Oxford University Press, 2018, pp. 49-86.

GEACH, P. T.. *Ascriptivism*. *The Philosophical Review*, vol. 69, No. 2, 1960, pp. 221-225.

GILBERT, Margaret. *Social Rules: Some Problems for Hart's Account, and an Alternative Proposal*. *Law and Philosophy* 18. 1999.

GREEN, Leslie. *Positivism and Conventionalism*. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12, 1999.

HART, H. L. A.. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A.. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford University Press, 1982.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed (Oxford: Oxford University Press, 2008).

HART, H. L. A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. Proceedings of the Aristotelian Society, 1949.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HILL, Roscoe E. 'Legal Validity and Legal Obligation', 80 *The Yale Law Journal*, 1970.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature* (analytical index by L. A. Selby-Bigge; 2nd ed., with text revised and notes by P. H. Nidditch). Oxford: Clarendon Press, 1978.

KELSEN, H. (1967). *Pure Theory of Law* (M. Knight, Trans.; 2nd ed.). University of California Press.

KRAMER, Matthew, *H.L.A. Hart - The Nature of Law*, Polity: 2018.

KRAMER, Matthew. *The Legal Positivism of H. L. A. Hart*. In: Spaak, Torben; Mindus, Patricia (org.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. New York, NY : Cambridge University Press, 2021.

LACEY, N. *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAMOND, Grant. *The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

LIU, Ziyu. *Hart as an Inferentialist: The Methodological Pragmatist Insight in Hart's Inaugural Lecture*. *Law and Philosophy* 42 (4):379-409, 2023.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Sanford: Stanford University Press, 2008.

MARMOR, Andrei. *Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)*. In: Wil Waluchow and Stefan Sciaraffa (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford University Press, 2013.

MARTIN, Margaret. *Postema on Hart : the illusion of value-neutrality*. In Thomas da Rosa de Bustamante & Thiago Lopes Decat (eds.), *Philosophy of law as an integral part of philosophy: Essays on the jurisprudence of Gerald J. Postema*. New York, NY: Hart Publishing, an imprint of Bloomsbury Publishing, 2020.

PETTIT, Philip. *Social Norms and the Internal Point of View: An Elaboration of Hart's Genealogy of Law*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 0, No. 0 (2019), pp. 1–30

PITCHER, George. *Hart on Action and Responsibility*. *The Philosophical Review*, vol. 69, No. 2, 1960, pp. 226-235.

POSTEMA, Gerald J. *Jurisprudence as Practical Philosophy*. *Legal Theory* 4 (3):, 1998, p. 329-357.

POSTEMA, Gerald J. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011, p. 261-340.

POSTEMA, Gerald. *The Normativity of Law*. In: GAVISON, Ruth (org.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Nova York: Oxford University Press, 1987. p. 81-104.

RAZ, J. *H. L. A. Hart (1907-1992)*. *Utilitas*. 1993;5(2):145-156.doi:10.1017/S0953820800005732

RAZ, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RAZ, J. *The Purity of the Pure Theory*. In: *The Authority of Law: essays on law and morality* - 2nd ed. (OUP 2009), pp. 293-312.

SCHAUER, F. *Hart's Anti-Essencialim*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott. *What Is the Internal Point of View?*, 75 *Fordham L. Rev.* 1157 (2006): pp. 1157-60. Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/2>

STAVROPOULOS, Nicos. *Words and Obligations*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

TOH, Kevin. *Erratum to: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy*. *Law and Philosophy*. Berlin, v. 34, 2015, p. 333-368, 2015.

TOH, Kevin. *Hart's expressivism and his Benthamite Project*. *Legal Theory*, v. 11, n. 02, p. 75-123, jun/2005.

WALUCHOW, W. J. *Lessons from Hart*. *Problema* 5, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014

ZIPURSKY, Benjamin C. *Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules*, 75 *Fordham L. Rev.* 1229 (2006). Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol75/iss3/5>