

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**FERNANDO ROSA CAMPOS**

**FILOSOFIA DA LINGUAGEM DO SÉCULO XX NO CONCEITO DE DIREITO DE  
HERBERT HART**

**PORTO ALEGRE**

**2018**

FERNANDO ROSA CAMPOS

**FILOSOFIA DA LINGUAGEM DO SÉCULO XX NO CONCEITO DE  
DIREITO DE HERBERT HART**

Dissertação apresentada ao Departamento de Filosofia da Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção de grau de mestre em Filosofia.

Orientador: Alfredo Carlos Storck.

Porto Alegre

2018

### CIP - Catalogação na Publicação

Campos, Fernando  
FILOSOFIA DA LINGUAGEM DO SÉCULO XX NO CONCEITO DE  
DIREITO DE HERBERT HART / Fernando Campos. -- 2018.  
129 f.  
Orientador: Alfredo Carlos Storck.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências  
Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Porto  
Alegre, BR-RS, 2018.

1. Filosofia do Direito. 2. Filosofia da  
Linguagem. 3. Teoria do Direito. 4. Herbert Hart. 5.  
Ronald Dworkin . I. Carlos Storck, Alfredo, orient.  
II. Título.


**ATA PARA ASSINATURA Nº 179**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Programa de Pós-Graduação em Filosofia  
FILOSOFIA - Mestrado Acadêmico  
Ata de defesa de Dissertação

Aluno: Fernando Rosa Campos, com ingresso em 04/03/2016  
Título: **Filosofia da Linguagem do Século XX no Conceito de Direito de Herbert Hart**  
Orientador: Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck

Data: 06/08/2018  
Horário: 14:00  
Local: CEMU: sala 203 do prédio 43322.

Banca Examinadora	Origem
Wladimir Barreto Lisboa	UFRGS
Nikolay Steffens Martins	UFRGS
Guilherme Boff	UFRGS

Porto Alegre, 06 de agosto de 2018.

Membros	Assinatura	Avaliação
Wladimir Barreto Lisboa		_____
Nikolay Steffens Martins		_____
Guilherme Boff		_____

Conceito Geral da Banca: ( Aprovado ) Correções solicitadas: ( ) Sim ( X ) Não

**Observação:** Esta Ata não pode ser considerada como instrumento final do processo de concessão de título ao aluno.

Aluno

Orientador

Programa de Pós-Graduação em Filosofia  
Av. Bento Gonçalves, 9500 Prédio 43311 - Bairro Agronomia - Telefone (51)33086616  
Porto Alegre - RS

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a CAPES/CNPQ pela concessão da bolsa de mestrado e apoio pelo apoio financeiro e institucional concedido no período. Agradeço também a todos os professores que me auxiliaram e me instruíram no decorrer do caminho da graduação e do mestrado, sobretudo meu orientador Alfredo Storck e os professores Wladimir Barreto Lisboa e Paulo Macdonald. As aulas, seminários e grupos de estudos oferecidos por estes serviram para despertar meu interesse na filosofia. Já as orientações, dicas e conselhos que os professores compartilharam nestes anos de convívio me ajudaram a decidir e moldar meu caminho na universidade. Minha opção pela carreira acadêmica ocorreu em grande parte por meio dos exemplos de entusiasmo, dedicação e empenho que recebi destes professores.

Agradeço também a todos os amigos que me ajudaram, me ouviram e me aguentaram nestes últimos anos. Em especial ao colega Gerson Tadeu que me auxiliou enormemente na revisão deste trabalho. Reconheço também o papel do grupo de conversa das Rãs nesta caminhada e acredito que não teria chegado até aqui não fosse o apoio destes queridos colegas.

*The fabric of the universe, its structure, to the mind observing it, is like a labyrinth, where on all sides the path is so often uncertain, the resemblance of a thing or a sign is deceptive, and the twists and turns of natures are so oblique and intricate. One must travel always through the forests of experience and particular things, in the uncertain light of the senses, which is sometimes shining and sometimes hidden. Moreover, those who offer to guide one on the way are also lost in the labyrinth and simply add to the number who have gone astray. In such difficult circumstances, one cannot count on the unaided power of men's judgement; one cannot count on succeeding by chance. Even supreme intelligence or unlimited throws of the dice could not overcome the difficulties. We need a thread to guide our steps; and the whole road, right from the first perceptions of sense, has to be made with a sure **method**.*

Francis Bacon, *The New Organon*  
(Bacon (1960). *The New Organon, and Related Writings*. New York: Liberal Arts Press.

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado tenta estabelecer como e em qual medida o *Conceito de Direito* de Herbert Hart é influenciado por teorias da linguagem do século XX. Com este objetivo, são primeiro analisadas as passagens do livro e as considerações do autor que indicam uma influência de teses próprias da filosofia da linguagem em sua obra. Após, são expostas algumas interpretações do tema, tanto no sentido de concordar que existe esta relação entre as teses de Hart e a filosofia da linguagem do século 20, quanto no sentido de negar este vínculo. Especial atenção é atribuída a interpretação de Ronald Dworkin do tema, tendo em vista a sua relevância histórica e o fato do autor reconhecer a vinculação referida e a utilizá-la como base para críticas das teses do *Conceito de direito*. Estabelecidas estas interpretações divergentes, são então expostas as principais ideias e propostas dos filósofos da linguagem do ambiente acadêmico de Oxford, tendo em vista a relação e proximidade de Hart a estes autores. Expostas estas teses, diferentes pontos da carreira bibliográfica de Hart são analisados, com o objetivo de traçar a relação dos escritos do autor com as teorias recém vistas e de tentar estabelecer a evolução da linha argumentativa que culminou no *Conceito de Direito*. Uma vez que os argumentos dessa obra forem analisados e um entendimento específico dessas teses for defendido, as críticas de Dworkin e de outros autores são revistas. Este exercício, por fim, mostra como o entendimento defendido neste trabalho serve também como defesa contra algumas caracterizações da obra de Hart que considero equivocadas.

**Palavras-chave:** H. L. A. Hart. Método em Filosofia. Ronald Dworkin. Debate Hart-Dworkin. Separação entre o Direito e a moral.

## ABSTRACT

The main goal of this paper is to establish to what extent the work “*The Concept of Law*” was influenced by philosophical theories of language from the 20<sup>th</sup> century. First are considered some passages of this work, together with some pronouncements of its author Herbert Hart that appear to confirm that his theses were so influenced. Then are shown some interpretations that recognize the influence between the author and theses from the philosophy of language, together with other interpretations that deny this relationship. Special attention is given to the perception of Ronald Dworkin of the subject given its historical relevance and the fact that it recognizes a relationship between these theses and uses it as basis for criticism of the arguments expressed in *The Concept of Law*. Once these distinctive interpretations are established, the main ideas and goals of the Oxford language philosophers, given their relationship and proximity to Hart, are exposed. Once these theses are dealt with, varied moments of the bibliography of Herbert Hart are considered in order to show the connection between his works and the language theses here exposed. After these points are considered and a distinct understanding of the subject is developed the criticism of Dworkin and other authors are retaken. This last point aims to show how the understanding developed in this paper also develops a defense of Hart’s theory from some mischaracterizations of his work.

**Key Words: H.L.A Hart. Philosophical method. Ronald Dworkin. Hart – Dworkin debate. Separability between law and morals.**



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>6</b>
<b>Capítulo 1. Herbert Hart</b>	<b>8</b>
1.1. Hart e a influência da filosofia da linguagem	11
1.2. Interpretação da crítica	17
1.3. Positivismo Jurídico	22
1.4. Positivismo jurídico descritivo e a tese da separabilidade	24
1.5. As críticas de Dworkin	28
1.6. O debate acerca do método	34
1.7. Próximos passos	36
<b>Capítulo 2. A Virada Linguística</b>	<b>37</b>
2.1 Oxford e a filosofia da linguagem	38
2.2. Gilbert Ryle	39
2.3. A síntese de Strawson	45
2. 4. J.L. Austin e Oxford	48
<b>Capítulo 3. De volta a Herbert Hart</b>	<b>60</b>
3.1. <i>The Ascription of Responsibility and Rights</i>	62
3.2. <i>Definition and Theory in Jurisprudence</i>	64
3.3. Reflexões sobre os textos	69
3.4. O texto de Harvard	72
3.5. Análise	75
<b>Capítulo 4. O Conceito de Direito</b>	<b>80</b>
4.1 Análise	87
4.2. Definição e elementos essenciais	93
4.3. O ponto de vista interno	103
4.4. Análise	108
4.5. Linguagem e conceitos criteriais: <b>revendo a crítica de Dworkin</b>	116
<b>5. Conclusão</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é tentar estabelecer como e em qual medida a obra de Herbert Hart, e em especial seu livro “*O Conceito de Direito*”, é influenciado por teorias da linguagem do século XX. Especificamente, a influência daquelas teorias que permeavam o debate acadêmico na universidade de Oxford na época em que o autor estudou e lecionou naquela instituição. Três pontos ficarão mais claros com o desenvolvimento deste trabalho: I) o porquê desta questão metodológica ser importante; II) as consequências que uma vinculação forte a argumentos de teoria da linguagem teria sobre as teses de Hart e III) como algumas críticas direcionadas a Hart podem ser respondidas a partir de um entendimento aprofundado dos objetivos intelectuais do autor em sua obra.

Para esclarecer estes três pontos a dissertação será dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo irá apresentar a questão interpretativa que é o centro deste trabalho. Para isso, serão expostas considerações e passagens da obra de Hart que apoiam a ideia de que o autor apresentaria uma vinculação metodológica com teses próprias da filosofia da linguagem. Será mostrado então como alguns intérpretes entendem estas considerações, tanto no sentido de concordar que Hart apresentaria na sua obra esta vinculação, quanto no sentido de discordar da presença desta relação.

Estabelecido este debate, será exposta, ainda no primeiro capítulo, uma interpretação e uma crítica da obra de Hart que é especialmente relevante para este trabalho. Trata-se da interpretação de Ronald Dworkin de que Hart apresentaria uma vinculação metodológica com teses de filosofia da linguagem e que esta relação acabaria levando ao fracasso as considerações do autor acerca do que é o direito. As considerações de Dworkin receberão especial atenção, primeiro, pela força de suas objeções, que até hoje são debatidas por autores simpáticos e críticos em relação à Hart, e, segundo, porque se trata de um entendimento que reconhece um vínculo similar àquele que será aqui defendido entre as teorias de Hart e a filosofia da linguagem, mas que acredito que acaba por mau caracterizar a tese.

Com o objetivo de expor uma caracterização adequada da tese de Hart e da sua relação com teorias da filosofia da linguagem no século XX, o segundo capítulo tratará das teorias de autores da chamada virada linguística na filosofia. A exposição do pensamento destes autores servirá para esclarecer os seus objetivos intelectuais e confrontar algumas críticas comumente

levantadas em relação a estas teorias. Uma vez esclarecidos estes pontos, ficarão mais claros os desenvolvimentos filosóficos disponíveis a Hart na formulação de suas teses.

No terceiro capítulo, será exposto o desenvolvimento da obra de Hart em relação a estas teses de filosofia da linguagem. Será estabelecido em que sentido e em que medida o autor incorporou considerações trazidas de autores da filosofia da linguagem de Oxford no decorrer da sua carreira filosófica. Será defendido que há uma mudança considerável na forma pelo qual o autor se utilizou de teses próprias deste tipo de filosofia nas suas considerações acerca do direito, mas que esta mudança foi no sentido de uma reconsideração de quais teses auxiliariam no entendimento do fenômeno jurídico e não no sentido de uma reavaliação da importância de considerações próprias da filosofia da linguagem.

No quarto capítulo, as teses do *Conceito de Direito* serão analisadas. Será argumentado, sobretudo, que Hart opta neste escrito por se afastar de teses substantivas de J. L. Austin quanto à função performativa de expressões e passa a favorecer a importância de aspectos metodológicos da teoria não só de Austin, mas também de Gilbert Ryle e Wittgenstein. Apontar esta mudança de posicionamento servirá para informar tanto em relação ao desenvolvimento intelectual de Hart quanto acerca dos caminhos específicos que o autor tomou no *Conceito de Direito*.

Uma vez estabelecidos os comprometimentos metodológicos expressos no *Conceito de Direito*, a caracterização e crítica de Dworkin será revista. Esta reconsideração permitirá mostrar em que pontos os argumentos do autor que reconhecem uma relação direta entre a teoria de Hart e considerações da filosofia da linguagem falham em caracterizar as teses expostas no *Conceito de Direito* de forma fidedigna. Este ponto final da dissertação também terá como objetivo responder a outras percepções que defendem uma interpretação contrária da relação que será afirmada neste trabalho.

## Capítulo 1. Herbert Hart

Herbert Hart foi aluno e professor da Universidade de Oxford, onde ensinou primeiro filosofia e depois teoria do direito, entre 1946 e 1969. Durante este período, as considerações do autor sobre filosofia do direito receberam atenção e proeminência mundial, que atingiu seu ápice com o livro *O Conceito de Direito*<sup>1</sup>, publicado em 1961. Este livro viria a se tornar notório como um dos maiores trabalhos de filosofia analítica do século 20 e continua sendo um dos centros do debate em teoria do direito até os dias de hoje.<sup>2</sup>

Um dos motivos da importância do livro é que Hart conseguiu apresentar novas perspectivas para antigas questões de teoria do direito e, a partir destas perspectivas, dar uma nova expressão ao chamado positivismo jurídico. Muito será falado sobre o que é o positivismo jurídico; basta agora dizer que o autor buscou expor uma análise descritiva original do que é o direito, não diretamente vinculada com qualquer justificação ou valoração da prática jurídica.

A análise proposta pelo autor era original pois tinha como um de seus objetivos corrigir equívocos de teorias positivistas anteriores como a de Jeremy Bentham e John Austin, mas ao mesmo tempo continuar vinculada ao positivismo ao defender, entre outras teses, a de que a identificação do direito é uma coisa e seus méritos ou deméritos são outra. Ou seja, era objetivo de Hart, como foi também de Bentham e John Austin, mostrar que um estudo sobre o que é o direito é diferente de um estudo do que o direito deveria ser.

Hart não traz no seu livro, entretanto, apenas uma nova visão sobre o que é o direito, mas também uma série de argumentos sobre o que é fazer filosofia e teoria do direito. Seus livros e artigos não trazem apenas reflexões sobre a prática jurídica, mas também extensas considerações sobre qual o exercício intelectual necessário para o entendimento e o estudo do que é o direito.

É a partir destas considerações metodológicas que começarei a análise do autor, primeiro comentando o prefácio do *Conceito de Direito* e, em seguida, apresentando como estas afirmações foram interpretadas por alguns comentadores. Esta análise terá como objetivo identificar o tema da dissertação e começar a delinear sua importância.

Hart inicia o prefácio do *Conceito de Direito* afirmando:

---

<sup>1</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

<sup>2</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, esp. capítulos 7 a 11.

Meu objetivo nesse livro foi o de avançar o entendimento do direito, da coerção, e da moralidade como fenômenos sociais diversos, mas relacionados. Apesar do livro ser primeiramente elaborado para o estudante de teoria do direito, eu espero que ele também possa ser útil para aqueles cujo principal interesse se encontra em filosofia política ou moral, ou em sociologia, ao invés de direito. O jurista irá considerar o livro como um trabalho em teoria analítica do direito, pois ele se preocupa com a clarificação do quadro geral do pensamento jurídico, ao invés de tratar-se de uma crítica do direito ou de política judiciária.

Além disso, em muitos pontos, eu levantei questões que podem ser formuladas sobre o significado de palavras. Assim eu considerei: como “estar obrigado” difere de “ter uma obrigação”; como a afirmação de que uma regra é uma regra jurídica válida difere da predição do comportamento de oficiais; o que significa a afirmação que um grupo social observa uma regra e em que medida isso difere, e em que medida isso se assemelha, à afirmação de que os membros do grupo habitualmente fazem certas coisas.<sup>3</sup>

De fato, um dos temas centrais do livro é que nem o direito nem qualquer outra forma de estrutura social pode ser entendida sem uma apreciação de uma distinção crucial entre dois tipos de afirmação, que eu chamei de “interna” e “externa” e que podem ambas ser utilizadas quando uma regra social é observada.<sup>4</sup>

Muitas considerações serão feitas sobre o que é dito nestas passagens. Neste momento, é de se observar brevemente o que Hart parece estar dizendo. Primeiramente, o autor vincula a obra ao que chama de “um trabalho em teoria do direito analítica”, caracteriza este trabalho como uma “clarificação do quadro geral do pensamento jurídico” e indica que isso estaria contraposto a uma “crítica do direito ou de política judiciária”.

É ainda cedo para tirar conclusões, mas pelo menos nestas passagens Hart parece estar dizendo que uma teoria analítica é aquela que esclarece uma prática ao invés de criticá-la ou criticar alguma de suas partes específicas. O autor se vincula desde o início com uma teoria descritiva do direito.

Outra consideração importante é a de que Hart tenha dito que em alguns momentos do livro foram levantadas questões sobre o significado de palavras e que, ao elencar esses momentos, o autor tenha citado teses que são fundamentais para a composição deste. É crucial no desenvolver da obra a identificação e explicação de conceitos como o de obrigação, regra

---

<sup>3</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. v-vi.

<sup>4</sup> Todas as traduções presentes neste trabalho são de minha autoria.

social, e da diferença entre as perspectivas interna e externa no direito. Dessa forma, que o autor tenha escolhido justamente estes temas para exemplificar momentos em que tratava do significado de palavras durante o livro é um indício da importância deste método de análise.

Esta passagem, que pertence ao prefácio, é curta e evidentemente não é necessário concluir que a elaboração dos pontos citados dependa exclusivamente deste tipo de análise linguística, isso é, da apreciação do significado de afirmações e da comparação de diferentes proposições. Parece claro, entretanto, que neste momento inicial do livro o autor indica que reflexões acerca de afirmações e enunciados são um exercício que conta no desenvolvimento destas teses.

Outros indícios similares surgem no prefácio, como quando Hart afirma:

A despeito da sua preocupação com análise, o livro pode também ser considerado como um trabalho em sociologia descritiva, pois é falsa a sugestão de que uma investigação sobre o significado de palavras apenas esclarece as palavras em si. Muitas distinções importantes que não estão imediatamente óbvias, entre tipos de relações ou situações sociais, podem ser melhor esclarecidas por um exame do uso padrão das expressões relevantes e do modo por que essas dependem de um contexto social muitas vezes não declarado. Nesse campo de estudo é particularmente verdade que nós podemos utilizar, como disse o professor J. L. Austin, uma *percepção aguçada das palavras para aguçar nossa percepção do fenômeno*.<sup>5</sup>

A primeira parte destas colocações foi objeto de diversas críticas.<sup>6</sup> Diversos intérpretes não consideraram clara a forma com que o livro se relacionaria com um exercício de sociologia descritiva. Neste momento, é suficiente notar que o autor expressa nessa passagem novas afirmações sobre linguagem e análise linguística, afirmando e repetindo as colocações de J.L. Austin de que podemos entender melhor um fenômeno a partir da análise de determinadas expressões e tipos de uso.

O autor se diz então interessado em considerações próprias da filosofia da linguagem logo na primeira parte do livro e afirma que o exercício dessas considerações não serve apenas para esclarecer o uso das expressões analisadas, mas também para avançar o entendimento do fenômeno. Para entender o significado destas afirmações será preciso examinar a teoria de J.L.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. v-vi. Grifos meus.

<sup>6</sup> Os escritos de COTTERRELL, Roger. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford University Press UK., 1999 e KING, B. "The Basic Concept of Professor Hart's Jurisprudence: The Norm out of the Bottle". *The Cambridge Law Journal*, 21(2), 270-303, 1963 são exemplos de críticas deste ponto do prefácio.

Austin e questionar qual o caráter e forma de análise que Hart está se vinculando. Uma vez estabelecidos estes pontos, ficará mais claro então qual é o método de análise de palavras e expressões que serviria para trazer esclarecimento sobre o fenômeno por trás de expressões.

### **1.1. Hart e a influência da filosofia da linguagem.**

O prefácio do *Conceito de Direito* não é o único momento em que Hart irá afirmar que reflexões acerca de afirmações e enunciados, e considerações sobre filosofia da linguagem de uma forma mais geral, são relevantes para o desenvolvimento de suas teses. Tanto antes quanto depois da publicação do *Conceito de Direito*, o autor reconhece a influência de autores da chamada virada linguística do século 20 na sua obra. E, dentre os autores deste “movimento”, Hart dá continuamente especial atenção à influência do filósofo J.L. Austin.

A título de exemplo, veja-se três momentos diferentes em que Hart declara a importância de considerações sobre linguagem para sua filosofia. Também serão mostrados momentos em que o autor reconhece em especial a influência de J.L. Austin no seu desenvolvimento intelectual.

O primeiro artigo a ser citado é uma resposta à crítica que o professor Edgar Bodenheimer realizou contra a concepção de Hart sobre filosofia do direito apresentada no artigo *Definition Theory in Jurisprudence*<sup>7</sup>. Resumindo a crítica, Bodenheimer acusa Hart de cometer uma série de equívocos ao caracterizar a sua filosofia como uma filosofia analítica do direito. De acordo com o autor, uma mera análise do conceito de direito não seria o suficiente para resolver as questões que permeiam o fenômeno jurídico.<sup>8</sup>

Estes equívocos se dariam na medida em que Hart estaria preocupado em fazer uma elucidação analítica do direito cega a outras importantes áreas de estudo não necessariamente filosóficas. Para Bodenheimer, existe uma área de penumbra permeando os conceitos jurídicos, e essas áreas de penumbra só poderiam ser resolvidas a partir de considerações relacionadas a políticas econômicas e sociais. Sendo assim, qualquer estudo sobre o direito precisaria dedicar atenção a fatores sociais que justificam a expansão e contração destes conceitos vagos.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> HART, H. L. A. “Definition and Theory in Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 21). Oxford: Oxford University Press, 1983.

<sup>8</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness*, 104 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1080. 1956

<sup>9</sup> *Ibid.*

Mais que isso, o autor afirma que um estudo do direito que fosse essencialmente preocupado com questões filosóficas acerca da definição e ignorasse as questões sociais referidas não passaria de um estudo sobre palavras. Nesse sentido a preocupação de Hart em lidar com questões de filosofia do direito a partir de uma análise de conceitos jurídicos fundamentais levaria a um caminho vazio.<sup>10</sup>

Hart responde às acusações em um artigo de 1957, em que esclarece seus objetivos enquanto filósofo do direito.<sup>11</sup> O autor defende que o seu modo de pesquisa analítica estaria profundamente vinculado a considerações linguísticas, mas que não trataria apenas do significado de palavras e expressões. Especificadamente, Hart afirma que:

Eu realmente considero a filosofia analítica do direito, caso buscada com os métodos apropriados, um assunto importante e capaz de trazer uma importante contribuição ao menos a um objetivo que eu considero que devo ter em comum com o professor Bodenheimer: o aumento do nosso entendimento do caráter do direito como um meio de controle social. (...). Assim, no que segue eu devo tentar mostrar como a filosofia analítica propriamente buscada pode avançar nosso entendimento do direito e do que considero que seja a sua função no ensino jurídico.<sup>12</sup>

Hart passa, no decorrer do artigo, a esclarecer qual o meio de reflexão que caracteriza esta filosofia analítica do direito propriamente buscada:

Em 1952, quando depois de nove anos na prática jurídica e sete anos ensinando filosofia, eu me tornei professor de filosofia do direito em Oxford, formei a visão de que questionamentos analíticos sobre a natureza do direito e de conceitos jurídicos havia chegado a uma prematura paralização. (...) Pareceu-me claro que permaneciam questões relacionadas àquelas partes do direito que são relativamente certas e estáveis, e que constituem a estrutura conceitual característico do pensamento jurídico: essas questões ou permaneciam não respondidas ou tinham recebido respostas extremamente confusas.

(...) Muitos aspectos relevantes do assunto tinham sido negligenciados e estes assuntos ainda teriam que ser revelados através de um exame mais paciente de conceitos jurídicos e da linguagem jurídica com novas ferramentas e com uma nova

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> HART, H. L. A. "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", 105 U. Pa. L. Rev. Pg. 953 – 975, 1957.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 953.



sensibilidade a distinções lógicas e linguísticas. Entre estes problemas negligenciados estava a identificação dos muitos diferentes usos realizados em um sistema jurídico de regras jurídicas, diferenças que estariam refletidas no uso da linguagem jurídica.<sup>13</sup>

Quanto à acusação de que essa forma de análise conceitual, preocupada com conceitos jurídicos e linguagem jurídica, não seria fundamentalmente diferente do que um mero estudo de palavras, Hart afirma:

Filosofia analítica do direito estaria preocupada meramente com palavras?

Talvez seja evidente do que eu já escrevi que a minha resposta a essa questão é “não”. Ao contrário, nós temos nas novas armas analíticas, e na nova consciência que a filosofia recente trouxe acerca dos tipos e funções radicalmente diferentes que a linguagem executa, um veículo para um melhor entendimento do mundo em que e em relação ao qual utilizamos linguagem de diferentes modos. A questão “estaria a análise preocupada com palavras ou com coisas?” Incorpora uma dicotomia extremamente enganosa.

(...) Parece-me que na busca da investigação analítica nós buscamos aguçar nossa compreensão do que falamos quando utilizamos nossa linguagem. Não existe uma clarificação de conceitos que falhe em aumentar nosso entendimento do mundo em relação ao qual nós os aplicamos. A análise bem-sucedida ou a definição de termos complexos ou de termos que apresentam perplexidade ou de formas de expressão, tem certamente algo dos elementos essenciais de uma descoberta de fato, pois na elucidação de qualquer conceito nós inevitavelmente trazemos atenção para diferenças e similaridades entre o tipo de fenômeno em relação ao qual nós aplicamos o conceito e outros fenômenos.

Ao fazer isso nós ganhamos um *conspectus* maior e mais detalhado tanto das palavras quanto das coisas, nós estamos na verdade criando um mapa de uma área maior do que estamos acostumados quando separados desses questionamentos analíticos.<sup>14</sup>

Estas passagens são exemplos de momentos em que Hart, anteriormente à publicação do *Conceito de Direito*, expressa sua vinculação a uma filosofia analítica do direito e descreve esta análise como realizada através de reflexões sobre o uso de conceitos. O autor defende também

---

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 957.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 967.

que apesar deste exercício analítico estar diretamente relacionado à linguagem isso não significa que ele limita seu objetivo ao esclarecimento de palavras.

Nestas passagens, são defendidas também ideias que irão acompanhar Hart em todos os seus trabalhos posteriores como “a análise pode avançar nosso entendimento sobre o direito”, a afirmação de que há ainda “aspectos relevantes a serem revelados” e de que é possível “aguçar a compreensão do fenômeno” e realizar uma “clarificação e elucidação de conceitos”. O que tudo isso significa será visto mais adiante.

Agora serão expostos dois momentos posteriores ao *Conceito de Direito* em que Hart se vincula à mesma forma de análise do uso de expressões e conceitos e identifica a influência de filósofos da linguagem na evolução dos seus argumentos. O primeiro vem do artigo *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*<sup>15</sup> de 1970 e o segundo vem da conhecida entrevista entre Hart e David Sugarman<sup>16</sup> ocorrida em 1988.

No primeiro artigo, Hart comenta alguns dos avanços que a teoria do filósofo alemão Rudolf Jhering trouxe à filosofia do direito, mostrando também os limites da teoria do autor em relação aos desenvolvimentos trazidos pela filosofia de John Austin<sup>17</sup> e Jeremy Bentham. Logo depois, tratando de autores que influenciaram a filosofia analítica do século XX, Hart afirma:

Wittgenstein e o Professor John L. Austin. Eles não estavam especificamente preocupados com direito, mas muito do que eles tinham a dizer sobre as formas da linguagem e o caráter da linguagem tem importante implicação para a filosofia do direito, e tem sido aproveitada por escritos desse ramo tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos.<sup>18</sup>

Hart passa a falar de dois argumentos que influenciaram a filosofia analítica do direito, a tese do caráter aberto (ou poroso) dos conceitos de Friedrich Waismann e a tese da função performativa da linguagem de J.L Austin. Hart conclui o artigo dizendo:

<sup>15</sup> HART, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 265). Oxford: Oxford University Press, 1983.

<sup>16</sup> SUGARMAN, D., “Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman”. *Journal of Law and Society*, 32: Pg. 282, 2005.

<sup>17</sup> Algo que serve para confundir qualquer estudante de Filosofia do Direito é a existência de dois autores chamados “John Austin” e o fato de que ambos contribuíram para o desenvolvimento da disciplina. Com o objetivo de evitar equivocidade chamarei o filósofo político do século 19 de John Austin e o filósofo da linguagem do século 20 de J.L. Austin ou apenas Austin. O contexto da referência deve servir para mostrar quem é quem.

<sup>18</sup> HART, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 265). Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 274.

Os dois exemplos que dei aqui de onde a filosofia analítica do direito moderna está em débito em relação à filosofia linguística moderna (porosidade dos conceitos e expressões performativas) são apenas dois dos muitos exemplos possíveis. Um relato mais completo iria discutir tais coisas como a mudança da velha ideia de que quando um termo ou conceito geral é aplicado para várias diferentes instâncias, todas as instâncias devem partilhar de um único conjunto de propriedade comuns. Isso é um dogma; há várias formas diferentes em que diferentes instâncias de um termo geral são conectadas fora desta forma simples; e um entendimento desses vários meios diferentes é claramente de particular importância no caso de termos jurídicos.<sup>19</sup>

Em geral, entretanto, eu deveria afirmar uma grande afinidade entre o sentido de Jhering da necessidade de chegar mais próximo ao ponto do uso e aplicação atual dos nossos conceitos e o espírito e as novas doutrinas de filosofia analítica contemporânea. Wittgenstein disse uma vez que se nós desejarmos entender nossos conceitos, nós devemos considerá-los quando estiverem “trabalhando”, não quando eles estiverem “parados” ou “de férias”.<sup>20</sup>

Já na entrevista com Sugarman em 1988:

Sugarman: Você mencionou J.L. Austin. Quão influente ele era para você?

Hart: Muito. (...) Nós demos um seminário juntos chamado “Excuses” em que nós discutíamos as condições mentais e outras condições de responsabilidade criminal. Nós líamos casos jurídicos um para o outro e então ficou claro para mim que ele tinha algumas ideias. Por exemplo, ele era bom em caracterizar os diversos usos da linguagem que existem, e como esses não são percebidos, e como confusões filosóficas resultam de equiparar um tipo do uso da linguagem com outro.

(...)Sugarman: Se alguém fosse construir a tabela das figuras filosóficas que mais influenciaram você, J.L. Austin seria o primeiro?

Hart: Sim, pelo seu efeito direto na minha teoria do direito.

Sugarman: E depois disso, a figura mais importante no seu desenvolvimento filosófico foi Wittgenstein?

Hart: Sim<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> *Ibid* p. 277.

<sup>20</sup> *Ibid*.

<sup>21</sup> Nesta conversa há uma nota que afirma: Em resposta a questões enviadas anteriormente à entrevista, Hart indicou que os pensadores não jurídicos que mais o influenciaram (em ordem de importância) foram J.L. Austin, Wittgenstein, Hume, Hobbes e Kant

Respondendo à pergunta sobre a escolha do assunto de sua palestra inicial em Oxford, Hart afirma que escolheu o tema especialmente por causa de J.L. Austin:

Nós passamos semestre após semestre estudando regras e o conceito de uma regra em reuniões sábado de manhã. Nós costumávamos olhar a todo tipo de regra – regras de jogos, regras morais, regras jurídicas. Eu achei que muitas confusões não eram percebidas, por exemplo, sobre a noção de uma corporação – se é uma entidade fictícia ou real; e que o que estava em jogo era o uso específico de linguagem na aplicação de regras de vários tipos. E isso era uma questão que valia a pena ser olhada.

Sugarman: Quais eram seus principais objetivos em escrever *O Conceito de Direito* fora o de atacar as visões descuidadas da relação entre lei e moralidade?

Hart: A verdade como eu a vi sobre a relação entre o que o direito é e como o conceito mestre de uma regra – que eu teria estudado de forma tão atenta sobre J.L. Austin – poderia ser utilizado para esclarecer isso.<sup>22</sup>

As citações deixam claro como Hart caracteriza em diferentes pontos de sua vida a sua forma de fazer filosofia como diretamente influenciada pela chamada filosofia analítica e que o autor atribui os avanços nessa forma de fazer filosofia aos desenvolvimentos contemporâneos de filosofia da linguagem. Há também nestes trechos a indicação dos autores que Hart atribuiu como fornecendo ferramentas de análise que foram úteis para sua teoria e, nesse caso, não apenas Austin, como também Waismann e Wittgenstein.

Essas afirmações de Hart, é claro, não são o suficiente para resolver outros possíveis questionamentos sobre o assunto, como, por exemplo, de que forma as teses destes autores se relacionam com a investigação do autor acerca do fenômeno jurídico.

Dessa forma, apesar de ser claro que Hart considerava que seu método de fazer filosofia do direito foi influenciado pelas teorias dos filósofos da linguagem do século 20, simplesmente afirmar isso não resolve a questão do que significa e o que se segue da constatação de um vínculo metodológico com estes autores. Reconhecer este vínculo também não é suficiente para esclarecer quais argumentos específicos do *Conceito de Direito* se relacionam com essas teorias da linguagem e como esta relação é defendida.

Outros autores foram citados como influências na elaboração do *Conceito de Direito* – como Bentham, John Austin, Kant e Thomas Hobbes –, e o foco exclusivo na influência

---

<sup>22</sup> SUGARMAN, D., “Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman”. *Journal of Law and Society*, 32: 267-293, 2005.

provinda de filósofos da linguagem pode servir para distorcer outros aspectos importantes do livro. Assim, é objetivo dessa dissertação conseguir identificar as influências destes autores vinculados à filosofia da linguagem sem cair no equívoco de considerar que estas eram as únicas influências relevantes.

## 1.2. Interpretação da crítica

O reconhecimento explícito por parte de Hart da influência de autores da filosofia da linguagem na sua teoria pode levar a um engano, isto é, de que há uma unanimidade no entendimento por parte dos intérpretes de que a influência descrita foi relevante para a elaboração do *Conceito de Direito*. Poderia ser esperado que o reconhecimento por parte do próprio autor dessa influência fosse suficiente para que os principais críticos da sua obra concordassem que seus argumentos apresentam conexões substanciais com os debates sobre filosofia da linguagem na época. Este, entretanto, não é o caso.

Há no mínimo dois exemplos de críticos renomados da obra de Hart que discordam de que as teses do *Conceito de Direito* dependam de considerações trazidas da filosofia da linguagem: Timothy Endicott e Leslie Green.

Endicott apresenta um artigo<sup>23</sup> que tem por objetivo mostrar que as considerações sobre linguagem e análise linguística no *Conceito de Direito* seriam poucas e feitas de forma modesta, não influenciando nenhuma tese de forma relevante. Já Leslie Green, na introdução da terceira edição do *Conceito de Direito*, tratado em um ponto nomeado *fato, valor e método*:

Se vamos nos fiar no “no *Conceito de Direito* dos juristas” e outros conceitos relacionados, como nós devemos alcançar o entendimento aprofundado do que Hart promete? Onde começamos? Hart muitas vezes tenta elucidar nosso conhecimento ordinário ao se perguntar como nós iríamos julgar ou classificar algumas coisas, e algumas vezes ele faz isso perguntando o que diríamos sobre essas coisas. Isso faz de sua filosofia do direito um ramo da semântica?

Hart foi influenciado, e se viu como um advogado, da virada linguística na filosofia. Seu caminho particular foi influenciado pela filosofia da linguagem ordinária desenvolvida em Oxford pelos seus colegas J.L. Austin e Gilbert Ryle.

---

<sup>23</sup> ENDICOTT, Timothy. “Herbert Hart and the Semantic Sting”. In: *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Com tudo isso, o que causa mais perplexidade é como há pouca análise linguística no *Conceito de Direito*. Nós somos lembrados de que a linguagem tem várias funções, de que sentenças têm contextos e de que algumas teorias podem ser entendidas como dando critério para o uso de conceitos. Alguns pontos são reforçados com distinções linguísticas. (Hart afirma que há uma diferença entre ser obrigado a fazer algo e ter uma obrigação de fazer algo, entre fazer algo “por regra” e “ter uma regra”.) E isso é tudo.

Não há nada da hostilidade dos filósofos da linguagem em relação à criação de teorias; nenhuma sugestão de que o sistema jurídico é um conceito de semelhança de família ou algo parecido. Hart até estabelece condições necessárias e suficientes para que algo seja considerado um sistema jurídico! Ele não aborda esse problema, ou qualquer outro problema central da filosofia do direito, apelando para o significado de palavras.<sup>24</sup>

Green continua:

Não pode ser negado que filosofia da linguagem colore a retórica do livro, incluindo, é claro, seu título. Mas um bom historiador das ideias precisa olhar além do estilo para a substância. Há uma diferença entre o que um filósofo acredita que está fazendo, o que ele diz que estava fazendo, e o que ele realmente faz.<sup>25</sup>

Os posicionamentos de Green e de Endicott são no sentido de afirmar que aquilo que Hart apresenta no *Conceito de Direito* difere daquilo que o autor afirma ter como objetivo tanto na introdução do livro quanto em outros vários momentos de sua vida. Estes autores representam uma corrente de pensamento relevante que acredita que a influência da filosofia da linguagem em Hart é apenas de estilo e não de substância.

O que torna o tema mais controverso é que há um outro grupo de autores que consideram que a filosofia da linguagem é substancialmente relevante na obra de Hart. Mais notórios nesse grupo são Neil Maccormick, Nicola Lacey, Joseph Raz e P.M.S Hacker.

A título de exemplo, Maccormick afirma:

---

<sup>24</sup> GREEN, Leslie. “Introduction”. In H. Hart, *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. And with an Introduction and Notes by Leslie Green (3 ed., pp. xv-lv). Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>25</sup> *Ibid.*

O objetivo da filosofia analítica do direito é obter um entendimento aperfeiçoado do direito e de ideias jurídicas, tanto pelo seu próprio valor quanto pelo valor prático de tal entendimento. É natural que durante a longa história dos estudos jurídicos, muita atenção tenha sempre sido dada para termos e conceitos.

O porquê não é difícil de encontrar. O Direito, objeto da filosofia do direito, concerne à ação humana não simplesmente como um processo natural, mas como ações sociais de animais falantes e pensantes. O direito é essencialmente e irredutivelmente, apesar de não unicamente, linguístico. Uma estrutura conceitual complexa e de fato um grande vocabulário especializado é essencial para a estruturação de uma grande gama de práticas e atividades que constituem uma ordem jurídica.

Dessa forma, o entendimento do direito requer uma elucidação e uma análise da estrutura conceitual envolvida. Não apenas a filosofia do direito é uma atividade conduzida linguisticamente através de pensamentos privados, como através da palavra falada e escrita; o que é estudado é uma atividade que é também conceitual e linguística na sua própria essência. Então a tentativa de Hart, como a de todos os outros, de clarificar a natureza da ordem jurídica é inevitavelmente, ao menos em parte, linguística no seu foco e preocupação.

É, mesmo assim, uma característica especial do trabalho de Hart que este é linguístico de uma forma forte, pois ele é um dos principais proponentes do que é algumas vezes chamado de “análise linguística” ou “filosofia da linguagem ordinária”.<sup>26</sup>

Já Nicola Lacey em sua biografia sobre o autor:

A abordagem de Herbert no *Conceito de Direito* era simples, mas ambiciosa. Em apenas 250 páginas ele afirmou ter elaborado uma teoria do direito geral e descritiva: uma teoria do direito como ele é, e não uma teoria ideal do que o direito deve ser. Isso seria uma contribuição à “filosofia analítica do direito” e à “sociologia descritiva”. Em outras palavras, Hart buscou elucidar um conceito de direito que seria relevante para todas as formas de direito onde quer que elas surgissem. Ao buscar esse projeto ele retornou aos *insights* de Austin e Bentham, Hobbes e Hume, mas – em uma inovação filosófica crucial – combinou seus métodos com aqueles da nova filosofia linguística representada pelo trabalho de J.L. Austin, Friedrich Waismann, e – em algum grau- Ludwig Wittgenstein.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 23.

<sup>27</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 225.

Estas passagens servem para mostrar que tanto Maccormick como Lacey possuem um entendimento diverso daquele que é exposto por autores Green e Endicott. Ambos afirmam que as teses sobre filosofia da linguagem da época, exposta em Oxford por J.L. Austin e Waismann, e em Cambridge por Wittgenstein, foram substancialmente importantes para o pensamento de Hart.

É preciso entender então o que poderia levar a uma discordância dessa magnitude entre críticos renomados. Importante também é procurar entender quais as preocupações que poderiam levar os críticos que negam a influência de teorias da linguagem a optar por exercer um esforço argumentativo necessário para mostrar que, apesar das evidências biográficas e das próprias afirmações do autor, a tese de Hart não apresenta esta conexão.

Uma possibilidade que pode ser adiantada é que estes autores queiram mostrar que a teoria de Hart escapa das diversas críticas direcionadas às teses da chamada filosofia linguagem ordinária. Nesse sentido a negação do vínculo seria uma defesa de Hart, na medida em que a sua obra não seria afetada pelos supostos defeitos da metodologia da linguagem de Oxford.

Não são poucas as críticas feitas à filosofia de Oxford e parece realmente tentador afastar a teoria do Hart das falhas percebidas desta metodologia. Essas críticas terão de ser enfrentadas, e será mostrado que esta não é uma boa justificativa para afastar a influência das teorias de Oxford sobre a obra de Hart.

Outra justificativa para os autores citados estarem tão preocupados em afastar a metodologia de Oxford da obra de Hart seria também a de combater críticas à obra do autor que têm por foco essa suposta vinculação. Neste sentido a crítica de Ronald Dworkin e Nicolos Stavropoulos são paradigmáticas. A importância que a crítica principalmente de Dworkin recebeu na história da filosofia do direito torna necessário uma exposição mais detalhada desta.

Tanto Dworkin<sup>28</sup> quanto Stavropoulos<sup>29</sup> defendem que Hart é substancialmente influenciado por teses de filosofia da linguagem. Mais que isso, ambos defendem que esta influência vincula o autor a uma teoria criterial da linguagem, que entende a investigação do conceito de direito como uma explanação dos critérios que servem para utilização do termo. Para esses filósofos, entretanto, haveria um erro decisivo nesta caracterização do que é fazer filosofia do direito, no sentido em que não existiriam estas supostas convenções ou critérios

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986.

<sup>29</sup> STAVROPOULOS, Nicos. "Hart's Semantics". In: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'the Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001.



identificáveis que serviriam para identificar a prática jurídica, e, assim, o projeto positivista, na sua formulação hartiana, estaria fadado ao fracasso.

As considerações de Dworkin, que não se limitam a esta crítica metodológica, são extremamente relevantes no desenvolvimento da filosofia do direito contemporânea. Nesse sentido, um dos benefícios de afastar o entendimento de que a teoria de Hart estaria vinculada a escola de Oxford seria também o de rebater esta crítica metodológica de Dworkin. Acredito que essa seja uma das motivações de Endicott.

Outras defesas possíveis contra este argumento específico de Dworkin seriam as de tentar mostrar que ou a teoria de Hart apresenta um comprometimento com a metodologia de Oxford, mas que isso não vincula o livro com uma tese que busca mostrar o direito como um conceito criterial ou, mesmo que apresentando essa tese criterial, os argumentos do livro não estariam vulneráveis às críticas do autor. A primeira solução será defendida neste trabalho. Para isso, entretanto, será necessário analisar as críticas de Dworkin em mais detalhe.

Estas questões de debate e crítica parecem ser suficientes para justificar a relevância da questão do método na obra de Herbert Hart. Elas não são, entretanto, os únicos motivos pelos quais considero que o tema merece ser trabalhado, pois ele parece ter relevância interpretativa por si só, além da simples discussão das críticas já apontadas.

Isso porque, dada a importância histórica e doutrinária da obra de Hart, é sempre proveitoso a busca por um maior entendimento dos vínculos teóricos do autor. Assim, a exegese realizada neste trabalho não servirá apenas como uma pesquisa histórica e bibliográfica que busca localizar o autor no quadro teórico em que ele se encontrava, mas um esclarecimento de questões controversas que têm como objetivo final auxiliar no entendimento da filosofia do direito formulada por Hart.

### **1.3. Positivismo Jurídico**

A teoria de Direito de Hart é uma expressão do positivismo jurídico. E, para este momento inicial, é suficiente classificar o positivismo jurídico – a partir de Neil MacCormick - como a ideia de que o direito deve sua origem e existência à prática humana e que não tem nenhuma correlação necessária com os preceitos de uma moralidade ideal.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008 p. 31.

No mesmo sentido vem a caracterização de Jules Coleman de que o que conecta as teorias dos mais diversos autores positivistas são duas teses. A primeira é a de que não é necessário, para que uma norma seja uma norma jurídica pertencente a um sistema jurídico, que esta norma possua valor moral e, segundo, que o que faz com que normas existam como normas jurídicas em qualquer sociedade particular é fundamentalmente uma questão de prática social.<sup>31</sup>

Dentro deste quadro teórico positivista, é possível dizer que cinco teses formam a base teórica do *Conceito de Direito*. Acredito que uma exposição concisa destas teses auxiliará no entendimento dos objetivos desta dissertação.

A primeira tese elementar do *Conceito de Direito*, e talvez a mais importante para esta dissertação, é a da possibilidade de elaboração de uma descrição sobre o conceito de direito. Esta não é exatamente a mesma tese positivista de que o direito não possui uma conexão necessária com a moral ou de que o teste para a validade de uma regra jurídica em um sistema jurídico não precisa necessariamente incluir critérios de valoração moral.<sup>32</sup>

A segunda tese geral de Hart é a de que o sistema jurídico é um sistema de regras sociais, tanto no sentido de governar a conduta dos seres humanos em sociedade quanto no sentido de que sua origem e existência dependem exclusivamente de prática sociais humanas.<sup>33</sup> Como indica Maccormick, o que para Hart marca e diferencia as regras sociais jurídicas de outras regras sociais como de moralidade e etiqueta é a sua sistematicidade e sua expressão através de regras primárias e secundárias.<sup>34</sup>

Dentre as regras secundárias, a que tem maior relevância teórica é a chamada regra reconhecimento e o que marca esta regra é que a partir dela são estabelecidos os critérios que determinam a validade de todas as outras regras em um sistema jurídico particular. Esta regra é diferente das outras regras do sistema na medida em que a sua existência e seu conteúdo não são definidos a partir de outras regras, mas se expressam na prática, ao menos por parte dos oficiais do sistema jurídico, de reconhecer outras regras como juridicamente válidas.<sup>35</sup>

Tendo em vista que a regra de reconhecimento é uma regra social compartilhada entre - pelo menos - os oficiais do sistema jurídico, ela possui um conteúdo determinado que pode falhar em prever de forma definitiva a validade ou não de determinada regra primária. Assim,

---

<sup>31</sup> COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. "Legal positivism". In PATTERSON, Dennis M. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell. 1996.

<sup>32</sup> Mais sobre esta diferença adiante.

<sup>33</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 31;

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*, Pg. 32.

é característica da regra de reconhecimento apresentar certo grau de indeterminação. Mais que isso, é uma quarta e fundamental tese de Hart a de que regras, sendo pautadas em práticas sociais que fornecem conteúdos determinados, apresentam também uma zona de penumbra em que, para resolver o caso controverso em questão, apenas uma decisão discricionária – no sentido de não guiada de forma conclusiva por regras – pode ser tomada.<sup>36</sup>

Por fim, como a validade ou não de regras é algo a ser definido a partir do teste compartilhado que os oficiais do sistema aplicam ao reconhecer uma suposta regra como regra jurídica do sistema, é possível que este teste não inclua qualquer consideração moral no seu conteúdo. Dessa forma, é ao menos conceitualmente possível que o teste de validade das regras jurídicas de um sistema jurídico hipotético não envolva considerações morais. Há então uma separabilidade conceitual entre direito e moralidade.<sup>37</sup>

Este resumo é uma forma concisa de caracterizar os principais argumentos do *Conceito de Direito*. Com o mesmo objetivo Neil Maccormick caracteriza as teses de Hart em 3 pontos:

É possível fazer neste ponto um esboço completamente preliminar da filosofia do direito de Hart. Esse esboço destaca três pontos principais: i) as fontes sociais do direito e a teoria de regras jurídicas como uma forma especial de regras sociais; ii) a ausência de uma ligação conceitual necessária entre moralidade e direito positivo, apesar de uma sobreposição manifesta de conteúdo e função entre estes, e iii) a necessária incompletude e caráter aberto do direito positivo que implica na existência de discricionabilidade judicial.<sup>38</sup>

Esse esboço da teoria jurídica de Hart mostra a sua tese na condição de uma teoria da ordem jurídica como uma ordem de regras. Essas regras são uma variedade particular de regras sociais. Como tais, elas têm sua origem a partir de fontes sociais e existem em virtude de práticas sociais. Elas não existem em uma ordem ideal ou universo-extraterrestre e independentemente do que homens e mulheres vivendo junto socialmente fazem, falam e pensam. Eles são, ao contrário, um elemento nas atitudes, falas e pensamentos de homens e mulheres que vivem juntos em grupos sociais humanos. Como será visto, Hart as representa (as regras) como dependendo, ou como expressão, das atitudes de seres humanos para com a sua própria conduta ou com a

---

<sup>36</sup> *Ibid*, Pg. 33.

<sup>37</sup> *Ibid*, Pg. 38.

<sup>38</sup> *Ibid*, Pg. 40.

conduta de outros humanos e das suas formas de agir e interagir uns com outros como agentes conscientes.<sup>39</sup>

#### 1.4. Positivismo jurídico descritivo e a tese da separabilidade

Como dito, a primeira tese de Hart – a possibilidade de elaboração de uma tese descritiva e moralmente neutra sobre o que é o direito – não se confunde com a tese da separabilidade entre o direito e a moral. Hart defende estas duas teses, mas a caracterização de sua teoria como descritiva é anterior à afirmação substantiva da relação entre o direito e a moralidade. Como bem caracteriza Maccormick:

Hart acreditava que era possível fornecer uma análise filosófica do direito que seria de uma instituição social relevante a ser encontrada de formas variadas em diferentes Estados e sociedades. Esse relato reconhece que participantes da instituição possuem necessariamente um comprometimento valorativo em relação a esta e que estes valores relevantes podem assim ser relevantes para uma descrição da instituição. Eles não são, entretanto, nem precisam ser os valores compartilhados do teórico descritivo. Eles seriam simplesmente os valores observados e descritos pelos participantes ativos do sistema.<sup>40</sup>

Esta forma de entender o papel do filósofo do Direito e a possibilidade de apresentação de uma teoria que é descritiva do fenômeno jurídico não é exclusiva de Hart, mas é algo que toma contornos próprios na sua teoria e que serve para diferenciar as teses deste autor de teses positivistas anteriores. Como visto, uma marca do positivismo jurídico é defender que o teste de legalidade que identifica uma norma como uma norma jurídica não é necessariamente um teste que envolve considerações morais. O que marca a teoria de Hart é a defesa de que é possível estabelecer este fato – e outros tantos fatos que o autor busca estabelecer- sobre o direito sem a necessidade de argumentos valorativos.

É importante diferenciar as duas teses, pois muitas vezes elas são confundidas na literatura. Podemos dizer que é comum àqueles autores conhecidos como positivistas a tese de que há uma separabilidade entre o direito e a moral, e a diferença são os caminhos que lhes

---

<sup>39</sup> *Ibid*, Pg. 42.

<sup>40</sup> *Ibid*.

permitem chegar a essa conclusão. Nesse sentido são reconhecidas ao menos duas formas diferentes de argumentação.

Caso o autor chegue à tese da separabilidade através de valorações morais, sobre o que o direito deve ser e sobre o que torna um sistema jurídico legítimo, esta teoria será uma teoria normativa do direito. Este é o caso do chamado de convencionalismo jurídico apresentado por Ronald Dworkin como uma reformulação, ainda que insuficiente, da teoria positivista.

Esta forma de tese positivista consiste em uma teoria normativa que identifica a legitimidade do direito a partir de considerações valorativas sobre expectativas legítimas que o direito deve reconhecer. De acordo com essa visão, o teste de legalidade de normas jurídicas não deve incluir valorações morais – há uma separabilidade entre o direito e a moral – dado considerações normativas sobre expectativas e legitimidade de decisões judiciais, por exemplo.<sup>41</sup>

Um outro exemplo de uma teoria normativa do positivismo jurídico é aquela apresentada por Jeremy Waldron no artigo *Normative (or Ethical) Positivism*, em que o autor argumenta que a separabilidade entre o direito e a moral é algo a ser defendido do ponto de vista moral e político.<sup>42</sup> Alguns aspectos da teoria de Jeremy Bentham também podem ser vistos neste sentido.<sup>43</sup>

Já para Herbert Hart e o *Conceito de Direito*, a separabilidade entre o direito e a moral, e as suas outras teses sobre o fenômeno jurídico, são algo que pode ser estabelecido sem depender de reflexões valorativas ou normativas sobre o sistema jurídico ou sobre moralidade. Ambos modos de positivismo jurídico apresentam conclusões similares, no sentido de indicar que o teste para a validade de uma norma não precisa depender de parâmetros morais, mas são distintos na medida em que a tese de Hart tem o objetivo de ser moralmente neutra enquanto a do positivista convencionalista tem o objetivo de ser moralmente carregada.

Esta distinção é fundamental pois os argumentos de uma tese convencionalista e de um positivismo normativo parecem relativamente claros. Teses normativas são defendidas e criticadas a partir dos valores que elas pretendem assegurar. No caso do convencionalismo, o valor que a teoria busca defender como fundamental, e que deve ser protegido pelo sistema

---

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986, p. 95.

<sup>42</sup> WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) Positivism". In: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'the Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001. Pg. 410 – 435.

<sup>43</sup> Herbert Hart defende uma interpretação normativa da tese de Bentham em: HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 1 – 21.

jurídico, é aquele das expectativas legítimas. Uma forma possível de criticar esta teoria é apontando algum outro valor, como, por exemplo, a justiça e a equidade, como mais merecedor de proteção.

Debates morais envolvem argumentos normativos sobre o que deve ser, o que o sistema jurídico deve proteger, e quais teses são melhores expressão daquilo que consideramos bom, correto ou justo. Debates acerca de argumentos metodológicos e que não envolvem considerações morais, por outro lado, são de mais difícil caracterização. O porquê disso e a forma como este debate desenvolve-se serão objeto dos próximos parágrafos.

Herbert Hart defende estar mostrando em sua teoria o que é o direito, e afirma que esta constatação do que o direito é não depende do que o direito deveria ser ou de quais valores o direito deveria proteger. Sua teoria tem o objetivo de ser descritiva do início ao fim.

Para que Hart cumpra estes objetivos elencados no início do livro, é preciso que suas teses cumpram dois requisitos. O primeiro é o de realizar uma descrição fidedigna do que é o direito, isso é, que corresponda ao que o fenômeno jurídico realmente é, e, segundo, que o autor não se utilize de argumentos morais ou valorativos para chegar a essas conclusões.

Claro, é possível que durante o decorrer do livro Hart venha a utilizar, mesmo sem perceber, argumentos que só podem ser defendidos a partir de concepções normativas e, mesmo assim, chegar uma teoria fidedigna sobre o que o direito é. Nesse caso, pressupondo que a sua teoria sobre o direito está correta, o que ficaria refutado é sua teoria sobre a filosofia do direito. No caso, a tese de que é possível estabelecer o que o direito é sem a utilização de argumentos normativos.

Há ao menos um autor, Stephen Perry<sup>44</sup>, que defende essa visão da teoria de Hart. Perry defende que Hart tinha como objetivo a elaboração de uma teoria que fosse descritiva do início ao fim, mas que, para a correta caracterização do que é Direito, o autor precisou usar argumentos normativos. Como Perry concorda com a caracterização exposta por Hart, ele não discorda das teses substantivas do autor sobre o que é o direito, mas sim da sua tese de que é possível estabelecer o que o Direito é sem a necessidade de argumentos que envolvem valores.

Então uma forma de discordar das colocações de Hart é mostrar que a sua própria tese depende de valorações normativas não reconhecidas. Outra possibilidade é procurar mostrar que a única forma de fazer uma teoria do direito que seja fidedigna à prática jurídica é a partir

---

<sup>44</sup> PERRY, Stephen R.. In: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Hart's Methodological Positivism*. Oxford University Press, 2001. Pg. 311– 354.

de argumentos normativos. É isso que Dworkin procura fazer, tentando mostrar que 1) a caracterização do que o direito é envolve necessariamente argumentos valorativos e que 2) a forma descritiva proposta por Hart não é própria para a caracterização do fenômeno jurídico.

Ambos os argumentos se relacionam; afinal, se é necessária a utilização de argumentos normativos para a caracterização do que o Direito é, e a teoria de Hart apresenta apenas argumentos descritivos, a sua teoria necessariamente é falha. Por outro lado, se a teoria de Hart conseguir descrever o que o direito é sem a utilização destes tipos de argumentos, sua posição metodológica estará segura e a crítica de Dworkin estará equivocada.

É preciso perguntar, entretanto, como é possível defender a ideia de que alguma instituição, fenômeno ou conceito pode ser caracterizado através de argumentos descritivos, isso é, quais são os argumentos que mostram ser possível esta descrição. Para isso, será preciso expor as teses de Hart e as teorias dos autores que acredito que lhe influenciaram.

O objetivo dessa dissertação, então, é estabelecer: 1. O que justifica a tese metodológica de Hart de que é possível observar e expor o que o direito é sem a utilização de argumentos valorativos ou morais. 2. Quais foram os autores e teses que influenciaram esta percepção por parte do autor. 3. Em que medida o autor cumpre o objetivo de oferecer uma tese descritiva do que é o Direito. 4. No que consiste a crítica que afirma não ser possível cumprir os objetivos metodológicos buscados por Hart.

Esses questionamentos, entretanto, não serão respondidos em ordem. Isso porque será mais fácil entender no que consiste o debate metodológico a partir da exposição da crítica de Ronald Dworkin à teoria de Hart.

### **1.5. As críticas de Dworkin**

Dworkin foi um filósofo norte-americano que estudou em Harvard e Oxford e que, em 1969, sucedeu Herbert Hart como professor de filosofia de direito naquela universidade.<sup>45</sup> Dworkin recebeu notoriedade como filósofo do Direito a partir de críticas ao positivismo jurídico que tiveram início da publicação do artigo *The Model of Rules* em 1962.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Duckworth. 1977.

As críticas de Dworkin ao positivismo jurídico são numerosas e perpassam toda a sua obra. A crítica importante para esta dissertação é, entretanto, o argumento metodológico do livro *Law's Empire* conhecido como “agulhão semântico”.

De acordo com Dworkin, os filósofos positivistas considerariam o conceito de direito como um conceito criterial. Nesse sentido seria parte do próprio significado da palavra “direito” que a sua aplicação depende de certos critérios e que estes critérios são capazes de identificação e explanação por meio da filosofia:

Nós seguimos regras compartilhadas, eles dizem, ao usar qualquer palavra: essas regras delimitam critérios que fornecem o significado da palavra. Nossas regras para o uso de “direito” vinculam o direito a um mero fato histórico. Disso não se segue que todos os juristas estejam cientes dessas regras no sentido de serem capazes de afirmá-las de uma forma nítida e compreensível, pois nós todos seguimos regras dadas pela nossa linguagem comum em relação às quais nós não temos plena compreensão. (...). Resta para filosofia explicar essas (regras) para nós.

(...) Nós todos usamos os mesmos critérios factuais em aceitar e rejeitar afirmações sobre o que o direito é, mas nós somos ignorantes acerca de quais estes critérios são. Filósofos do direito devem elucidá-los (os critérios) para nós através de um estudo de como nós falamos. Eles podem discorda uns com os outros, mas isso por si só não traz nenhuma dúvida quanto a sua suposição comum, que é a de que nós partilhamos um conjunto de medidas sobre como “direito” deve ser utilizado.<sup>47</sup>

Dworkin então classifica teorias do direito como a de Hart como teorias semânticas do direito. Estas teorias teriam como pressupostos a existência compartilhada de critérios linguísticos que servem e são utilizados para decidir o que é direito. O autor afirma:

As teorias semânticas que têm sido mais influentes defendem que os critérios compartilhados que tornam proposições de direito verdadeiras dependem de certos eventos históricos específicos. Essas teorias positivistas, como elas são chamadas, sustentam a visão meramente factual do direito, a visão de que o desacordo genuíno sobre o que o Direito é, deve ser um desacordo empírico sobre a história de instituições jurídicas.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986, p. 32. Grifos do autor.

<sup>48</sup> *Ibid*, p. 33.



Esta última parte é fundamental para a crítica de Dworkin. Para o autor, os filósofos positivistas, ao apresentarem uma visão criterial do que o direito é, não conseguem dar conta de desacordos sobre estes critérios. Isso porque, se o conceito de direito é estabelecido a partir da prática compartilhada em utilizar os mesmos critérios de fato para a identificação do que é direito, o único desacordo possível seria sobre a satisfação ou não dos critérios em situações particulares. No caso, por exemplo, se o critério compartilhado fosse a aprovação da norma X por parte de 2/3 do legislativo federal, o desacordo possível seria a questão empírica e factual da obtenção ou não do número de votos necessários.

Para Dworkin, desacordo em relação ao próprio critério de validade da aprovação pelo legislativo federal não seria possível para as teorias semânticas. Isso porque faz parte dos pressupostos de uma teoria criterial que haja um acordo compartilhado na utilização do critério. Nesse sentido, se há alguém cujo uso não se adequa a esse critério compartilhado é porque essa pessoa não compartilha do critério geral e simplesmente não entende o que o termo “direito” significa naquela comunidade. A sua utilização do termo não é divergente e passível de ser questionada, mas uma falta de domínio linguístico que impede a comunicação com sentido.

O argumento do livro procura mostrar a partir disso como desacordos em relação aos próprios parâmetros ou critérios de validade de proposições jurídicas são sim possíveis e dotados de sentido. Dworkin busca argumentar que as teorias semânticas não podem estar corretas pois seus pressupostos teóricos tornam impossível algo que é comum e evidente na prática jurídica.

Importante notar que esta é uma crítica metodológica que o autor considera importante e fatal para teses como a de Herbert Hart. Dworkin continuaria defendendo alguma forma desta tese em todas suas críticas posteriores ao positivismo e continuaria insistindo em sua força mesmo depois de diversas respostas que procuraram refutá-la.

A última expressão dessa teoria é aquela apresentada no artigo *The Concepts of Law*<sup>49</sup> de 2006. Neste artigo o autor apresenta uma visão que diz ser mais ampla do argumento, mas que repete as suas principais objeções:

Eu caracterizaria o aguilhão de forma mais ampla: ele está presente na pressuposição de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística convergente do tipo que eu descrevi na introdução: uma prática que marca a extensão

---

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Thirty Years on*. Em: *Justice in Robes*. Oxford: Belknap Press, 2006, p. 223.

do conceito ou através de critérios compartilhados de aplicação ou ao vincular o conceito a um tipo natural distinto. A infecção do agulhão semântico, eu devo agora dizer, é a suposição de que todos os conceitos de direito, incluindo o doutrinário, dependem de uma prática convergente de um desses dois tipos. A patologia do agulhão semântico continua a mesma. Juristas que são picados irão supor que uma análise do conceito de direito deve se adequar – e apenas se adequar – ao que os juristas na sua maioria concordam ser direito.<sup>50</sup>

A partir destas considerações de Dworkin é possível caracterizar a sua objeção e avançar o objetivo de entender no que consiste o debate metodológico. Para o autor, teorias sobre o direito que se dizem descritivas, como a de Herbert Hart, se comprometem a desvendar os critérios compartilhados que guiam de forma implícita o uso da expressão “direito”. Estes critérios guiarão também o reconhecimento do que é direito em casos concretos. Estas teorias criteriosas estariam comprometidas assim com a ideia de que o conceito de direito é um conceito convencional e que é a concordância na utilização deste conceito por parte da comunidade de falantes competentes que confere sentido ao termo.

Para Dworkin, as teorias positivistas semânticas afirmam-se descritivas à medida que tem como objetivo expor os critérios compartilhados para utilização do conceito de direito a partir de um ponto de vista teórico que reconhece a prática, mas não se vincula diretamente a ela. Nesse sentido, seria possível reconhecer a prática convencional que compõe o critério sem a necessidade de aceitação daquela prática estudada.

Entretanto, para o autor, esta concepção do *Conceito de Direito* como um conceito convencional criterial estaria fatalmente equivocada. Isso porque é um pressuposto de conceitos criteriosas que haja um acordo na utilização do conceito, no sentido em que usuários aptos sejam capazes de reconhecer instâncias do conceito sem a necessidade de debate teórico<sup>51</sup>. Caso haja dúvida quanto à aplicação do conceito, não há critério compartilhado a ser observado e, caso haja critério compartilhado a ser observado, não pode haver dúvidas quanto a sua aplicação.<sup>52</sup>

Para Dworkin alguns conceitos simples como o de “livro” ou de “banco” podem ser explicados a partir de convenções criteriosas, mas este não o caso de “direito”. Isso porque, no

---

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 225

<sup>51</sup> Esta é a forma que Dworkin entende e apresenta conceitos criteriosas. Como será visto, há outras formas de entender estes tipos de conceitos.

<sup>52</sup> Dworkin reconhece que mesmo em relação a conceitos criteriosas é possível existir dúvida quanto a aplicação nas “margens” do conceito. A dúvida que o autor nega ser possível à conceitos criteriosas é a que envolve casos de “centrais” de aplicação. *Ibid*, p. 225.

caso jurídico, o debate e a dúvida quanto à aplicação e ao reconhecimento do que é direito é algo pervasivo. E como teorias descritivas semânticas, dado os seus próprios pressupostos filosóficos, não conseguem dar conta de debates teóricos quanto à aplicação central de termos criteriosais, sua metodologia é inadequada para lidar com o conceito de direito.

Estas considerações fazem com que o autor conclua que a única teoria jurídica possível seja a partir de considerações normativas e valorativas. Nesse sentido, teorias do direito não estariam descrevendo uma prática comum, mas fariam parte do debate do que é direito. É a partir dessas considerações que Dworkin monta uma versão normativa do positivismo, chamada de convencionalismo jurídico, que defende a separabilidade da moral a partir de considerações sobre o valor da proteção a expectativas legítimas.

A partir da introdução da releitura do positivismo jurídico como uma teoria normativa convencionalista, as críticas do autor ao positivismo mudam o seu parâmetro. Anteriormente, a partir do agulhão semântico, Dworkin estava utilizando argumentos metodológicos e não normativos para mostrar os defeitos do positivismo jurídico enquanto teoria semântica. Uma vez que estes argumentos tenham sido reivindicados, o autor passa então a utilizar de argumentos valorativos para mostrar porque a sua teoria do direito é uma caracterização mais adequada do que é o direito.

É importante separar estes momentos, pois as primeiras críticas do autor não dependem de argumentos valorativos ou normativos, mas sim de uma interpretação do que o positivismo jurídico enquanto teoria do direito procura ser e de considerações sobre características da prática jurídica. São então dois momentos de argumentação metodológica, um de caracterização dos pressupostos teóricos que justificariam as teses positivistas e outro do porquê destes pressupostos não serem capazes de alcance no caso do *Conceito de Direito*.

A título de exemplo, uma passagem em que estes dois passos estão bem delimitados é a seguinte:

Seria a tese das fontes (do direito) uma afirmação semântica: procura ela elucidar os critérios linguístico que juristas em todo os lugares, ou ao menos a maior parte destes, de fato seguem quando eles fazem e julgam reivindicações de Direito? Hart não procurou, é claro, oferecer uma simples definição de dicionário ou um conjunto de sinônimos para qualquer palavra ou frase particular. Mas parece plausível para mim que ele tenha tentado fazer uma reivindicação filosófica mais ambiciosa, elucidando os critérios de aplicação que juristas e outros poderiam reconhecer, depois

que ele (Hart) os tivesse apontado, como as regras que eles de fato seguem ao falar sobre o que o direito requer ou permite.

Eu propus esse entendimento da teoria no Império do Direito; eu disse que, se meu entendimento estivesse correto, seu projeto estaria condenado, porque não existem critérios compartilhados, mesmo que escondidos, para rejeitar ou apoiar reivindicações de direito, mesmo entre advogados de uma jurisdição particular e muito menos em todos os lugares.<sup>53</sup>

O primeiro ponto, como foi mostrado, depende de uma interpretação e se trata de uma afirmação de Dworkin em relação à teoria de Hart. Para Dworkin, teorias como a de Hart dependeriam de uma concepção convencionalista e criterial do Direito e se afirmariam descritivas na medida em que seu objetivo seria o de elucidar esta prática criterial. Para o autor, o que marca estas teorias é a impossibilidade de desacordo em relação ao reconhecimento dos casos centrais do que é direito.

A argumentação do segundo ponto, por outro lado, é mais complexa e, enquanto o primeiro passo contém uma interpretação das obras positivistas, o segundo passo contém uma interpretação do próprio direito. Para chegar a essa conclusão, de que há uma dúvida pervasiva quanto aos próprios critérios de identificação do que é direito, Dworkin utiliza casos jurídicos para mostrar exemplos em que há uma dúvida genuína quanto aos próprios parâmetros do que é direito.

Esta forma de argumentação, a partir de casos jurídicos, aparece primeiro em *Law's Empire*, por meio de exemplos históricos de casos norte-americanos, e, após, no artigo *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*<sup>54</sup>, a partir de um exemplo imaginário. O que Dworkin busca mostrar através desses exemplos é a possibilidade de desacordo quanto aos próprios parâmetros do que é direito, e o seu intercâmbio entre exemplos histórico e imaginários deixa claro que essa é uma característica que o autor considera identificável da prática jurídica independentemente do sistema jurídico analisado.

Dworkin não elabora durante o livro ou o artigo acerca do caráter do argumento que identifica a existência de debates sobre os parâmetros de direito. Após a explicação dos casos utilizados como exemplo, e a identificação deste tipo de debate, o autor indica o desacordo teórico como algo cotidiano da prática jurídica e passa a explicar em que medida as teorias

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*. Em: *Justice in Robes*. Oxford: Belknap Press. 2006, p. 166.

<sup>54</sup> *Ibid*, Pg. 140.

semânticas não podem dar conta deste tipo de desacordo. Ou seja, há uma pressuposição por parte do autor de que o desacordo identificado é algo de fácil reconhecimento por parte de qualquer leitor que venha a refletir sobre casos jurídicos como aqueles expostos por Dworkin.

Como visto, o argumento metodológico é anterior aos argumentos normativos que o autor passa a desenvolver ao longo de seu livro e, por isso, não pode ser justificado por meio destes. Ele também não pode ser caracterizado como um argumento empírico que procura estabelecer o desacordo em um sistema jurídico particular, tendo em vista que o autor procura expor o mesmo ponto a partir de problemas jurídicos imaginários e parece caracterizar o desacordo como algo comum a qualquer tipo de sistema jurídico.

Qual é então o caráter do argumento do desacordo?

Isso não é de todo claro, e considero algo que neste momento deve ser deixado em aberto. Parece que o autor considera o desacordo teórico como algo relativamente óbvio e evidente da prática jurídica. Sendo assim, bastaria a reflexão sobre problemas jurídicos para que qualquer interessado conseguisse identificá-lo.

De todo modo, Dworkin não precisa argumentar necessariamente quanto à existência do desacordo teórico na prática jurídica atual, mas poderia ficar satisfeito com um argumento que mostra a possibilidade conceitual do desacordo teórico. Nessa reformulação do argumento, o desacordo não precisaria estar efetivamente presente no sistema jurídico britânico ou americano, mas bastaria ser possível conceber um desacordo quanto aos critérios de reconhecimento de normas jurídicas. Esta forma enfraquecida do argumento já seria suficiente para desqualificar o positivismo de jurídico de Hart, caso o pressuposto de que este tipo de teoria é semântica e incapaz de lidar com este acordo seja aceito.

Acredito que o suficiente já tenha sido dito para esclarecer as críticas metodológicas de Ronald Dworkin ao positivismo de Herbert Hart e para que o caráter do debate metodológico possa ser melhor esclarecido. Sendo assim, farei agora uma caracterização geral de como entendo a estrutura desse debate a partir das afirmações de Hart e das críticas de Dworkin.

## **1.6. O debate acerca do método**

Herbert Hart ofereceu, a partir do seu livro o *Conceito de Direito*, uma série de teses sobre o que o direito é, e da relação entre o direito e a moralidade. Dentre estas teses está a identificação do direito como uma prática social complexa formada de regras primárias e

secundárias, dentre elas a regra de reconhecimento, que não precisa necessariamente incluir testes de moralidade entre os seus parâmetros. Mais que isso, o autor defendeu que sua teoria é uma teoria descritiva do conceito de direito que não depende de argumentos normativos ou valorativos para a identificar e explicar a prática analisada.

Ronald Dworkin rebateu as teorias do autor afirmando que a tentativa de explicação descritiva do *Conceito de Direito* por parte de Hart teria como pressuposto a concepção do conceito de direito como um conceito criterial. Nesse sentido, seria do papel do teórico a elucidação destes critérios compartilhados.

Entretanto, Dworkin defende, para que um conceito seja criterial – e seja passível de elucidação por meio da identificação destes critérios de uso –, é necessário um acordo quanto à sua aplicação ao menos em relação a casos claros. Como, para o autor, claramente não é o caso que juristas concordem na identificação de regras jurídicas, e como o debate quanto os parâmetros de identificação é algo fundamental da prática jurídica, os objetivos da teoria de Hart são inalcançáveis.

Esta caracterização do debate torna viável apresentar algumas defesas possíveis da tese de Hart contra os argumentos de Dworkin. A primeira defesa possível é que Dworkin tenha mal caracterizado as teorias de seu rival. Essa defesa pode se constituir de ao menos dois modos.

A primeira é apontando que a teoria do direito de Hart não é semântica nos termos expostos por Dworkin, isso é, que a teoria não se compromete a fornecer os critérios compartilhados do uso da expressão “direito” ou da identificação de regras como regras jurídicas. Nesse caso seria necessário mostrar que Hart não concebia o conceito de direito como um conceito criterial e que a sua teoria não estaria comprometida com a revelação de critérios compartilhados de aplicação.

Outra defesa possível é que se aceite a caracterização da teoria de Hart como criterial, mas que se negue as consequências que Dworkin elenca como decorrentes da adoção deste tipo de teoria. Nesse caso seria necessário mostrar que a investigação de um conceito criterial não depende de um acordo de aplicação do conceito nos moldes expostos pelo o autor. Poderia ser defendido ou que o acordo não é algo necessário para a teoria ou que a forma de acordo pressuposto por esta é diferente da forma apresentada pelo autor.

Por fim, uma defesa possível é a de que Dworkin tenha bem caracterizado a teoria e seu comprometimento com um acordo de aplicação, mas mal caracterizado a prática jurídica. Nesse caso seria necessário mostrar que o desacordo quanto à identificação de regras jurídicas não é

pervasivo e que, caso venha a ocorrer, é algo que acontece apenas na margem da aplicação dos critérios de reconhecimento e não no seu centro.

Acredito que o suficiente já tenha sido dito sobre as críticas de Dworkin para caracterizar este debate denominado de metodológico. Por um lado, há a afirmação por parte de Hart de que a sua teoria é descritiva, e, por outro, há os argumentos de Dworkin do porquê de isso não ser uma forma viável de tratar da questão jurídica.

Como meu objetivo nesta dissertação é oferecer uma interpretação da metodologia de Hart que é diversa daquela apresentada por Dworkin, estas críticas e defesas possíveis terão de ser confrontadas. Neste momento, é suficiente saber que este debate existe e é relevante tanto para positivistas quanto para os seus críticos.

### **1.7. Próximos passos**

Questões metodológicas são algo que preocupa a filosofia como um todo, pois é sempre possível e importante questionar quais as origens e caminhos que levaram às respostas que estão sendo defendidas por um determinado autor. Muitas vezes, a força destas respostas depende de como o teórico chegou nelas. Os argumentos do *Conceito de Direito* têm o objetivo de apresentar-se como analíticos, descritivos e moralmente neutros, e é uma questão de método questionar em que medida Hart consegue atingir estes objetivos.

Antes de avançar na análise dessas questões, é interessante adiantar algumas conclusões, pois, dessa forma, o papel de cada ponto e a evolução do argumento como um todo será mais fácil de acompanhar. Acredito que Hart foi diretamente e substancialmente influenciado pelas teorias da linguagem do século 20. Mais interessante que isso é procurar entender de que modo essa influência ocorreu e em relação a qual das várias teorias que existiam à época o autor estaria mais próximo. Esta questão é especialmente pertinente pois considero que há uma mudança substancial de perspectiva entre os artigos iniciais do autor, *O Conceito de Direito*, e suas considerações finais.

Como irei defender, Hart estaria nos seus escritos iniciais mais diretamente ligado às ideias de J. L. Austin, utilizando-se da identificação do caráter performativo da linguagem para resolver questões de teoria do direito. No decorrer de sua obra, e no *Conceito de Direito* em especial, esta ênfase nos diferentes modos de uso de expressões diminui, e algumas questões

passam a ser tratadas a partir de uma visão de metodologia que tem conexões mais diretas com a filosofia de Gilbert Ryle, Ludwig Wittgenstein e Peter Strawson.

Não há, entretanto, nestes escritos posteriores, um abandono completo da metodologia de J.L. Austin, e Hart continuaria defendendo até o fim da sua vida alguns argumentos com base na metodologia própria do autor. Acredito que isso revela uma tentativa de compatibilizar diferentes perspectiva filosóficas que muito tinham em comum, mas que pouco se comunicaram, dadas as contingências históricas e bibliográficas dos seus interlocutores.<sup>55</sup>

É importante deixar claro que reconhecer um relativo afastamento da metodologia de J. L. Austin na obra de Hart no decorrer do tempo, ou a sua complementação por considerações de outros filósofos da linguagem, não é concordar com aqueles que afirmam que a importância de considerações de filosofia da linguagem como um todo foram perdendo a importância na obra do autor. Pelo contrário, procurarei mostrar como o autor continuou acompanhando os debates da época de forma atenta e como isso influenciou a sua obra.

Para defender este entendimento, será preciso primeiro entender o que foi a virada linguística e, após, como as teorias apresentadas ali se relacionam com os escritos de Hart. Uma vez estabelecidas estas questões, será mais fácil responder as acusações realizadas por parte de Dworkin.

## **Capítulo 2. A Virada Linguística**

Como visto, o teórico que Hart reconhece como mais diretamente influente nos seus argumentos é o filósofo da linguagem J. L. Austin. É preciso, então, discutir um pouco sobre as teorias deste autor.

A forma específica de fazer filosofia defendida por J. L. Austin e seus discípulos ficou conhecida como filosofia da linguagem ordinária. Este modo de fazer filosofia e analisar conceitos era própria do desenvolvimento metodológico da filosofia de Oxford quando Hart frequentou a instituição.

A filosofia da linguagem ordinária é uma das vertentes do movimento conhecido como “virada linguística”, que é a forma com que ficou rotulado o desenvolvimento conceitual que surgiu a partir de uma série de filósofos que, de formas distintas, passaram a questionar em que

---

<sup>55</sup> O que aproximava e afastava estes autores biograficamente pode ser visto em obras como: LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004 e HACKER, Peter. M.s. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. John Wiley & Sons. Pg. 194. 1996.



sentido a análise da linguagem e de diferentes formas de linguagem poderia auxiliar no esclarecimento e até na solução de problemas filosóficos.<sup>56</sup>

Neste contexto, uma série de estudiosos de Oxford adotou um método particular de analisar a linguagem com o objetivo de esclarecimento teórico. Estes filósofos defendiam que a análise da linguagem comum seria um método capaz de trazer a elucidação de algumas questões filosóficas<sup>57</sup>. Esta forma de fazer filosofia se contrapunha àquela de autores cujo objetivo era a criação de uma linguagem lógica perfeita, e que marcaram os estudos sobre filosofia da linguagem no período anterior à Segunda Guerra Mundial.<sup>58</sup>

O pensamento destes teóricos de Oxford recebeu o nome de escola da linguagem ordinária. Este rótulo só lhe é próprio na medida em que serve para diferenciar este método daquele que tem por foco a elaboração de uma linguagem lógica ideal e, nesse sentido, extraordinária. Como será visto, não é possível, e seria historicamente equivocado, afirmar que, ao se referir a “linguagem ordinária”, os filósofos vinculados a este método estariam também vinculados ao estudo da linguagem leiga do dia-a-dia e desconsiderariam por completo a linguagem específica de, por exemplo, especialistas ou técnicos.

Dizer que os filósofos de Oxford vinculados às ideias da virada linguística tinham por método a análise da linguagem comum para a identificação e solução de problemas filosóficos não é suficiente, entretanto, para caracterizar a metodologia destes autores. Até porque a utilização de distinções e de análises linguísticas para o esclarecimento filosófico é algo realizado desde o uso de distinções e categorias por parte de Aristóteles. Nesse sentido é preciso mostrar como a análise realizada pelos teóricos de Oxford difere de um uso mais comum de percepções sobre a linguagem na filosofia em geral.

Há algo próprio e inovador por parte da metodologia que surgiu a partir da virada linguística e também por parte dos filósofos da universidade no pós-guerra. Estes filósofos de Oxford acreditavam em algo a mais do que no uso geral da linguagem na filosofia, eles

---

<sup>56</sup> A obra que é notória por marcar a virada linguística como um movimento consciente de si é a coletânea de artigos editada por Richard Rorty: RORTY, Richard. *The Linguistic Turn: recent essays in philosophical method*. Chicago: University of Chicago Press, 1967. É possível argumentar, entretanto que foram as considerações de Bertrand Russel no início do século 20 que iniciaram as reflexões que caracterizam o movimento.

<sup>57</sup> HACKER, Peter Ms. Analytic philosophy: beyond the linguistic turn and back again. In Micahel Beaney (ed.), *The Analytic Turn*. Routledge. Hacker, Peter Ms. 2013; HACKER, Peter Ms. The Linguistic Turn in Analytic Philosophy, in *Oxford Handbook for the History of Analytic Philosophy* (Oxford University Press, 2013), pp. 926-47.

<sup>58</sup> Exemplos de pensadoras que propunham a construção de uma linguagem lógica ideal são os filósofos Rudolf Carnap e Gustav Bergmann.

compartilhavam uma convicção de que a forma de análise que estava sendo proposta era inovadora e poderia trazer respostas ou esclarecimentos verdadeiramente originais.

Passarei agora a expor algo das teorias dos filósofos de Oxford J. L. Austin, Gilbert Ryle, e Peter Strawson. A opção pelo foco nestes autores se dá pela relação de suas teorias com o desenvolvimento teórico de Hart e pela importância destes autores no desenvolvimento da filosofia em Oxford como um todo.

## 2.1 Oxford e a filosofia da linguagem

Como relatado por Peter Hacker, a chamada virada linguística nasceu como um desenvolvimento da filosofia analítica principalmente no período do pós-guerra. Este termo foi utilizado para descrever o desenvolvimento do pensamento de autores que apresentavam teorias substancialmente diversas, como Gilbert Ryle, Friedrich Waismann, Wittgenstein, John Austin e Peter Strawson.<sup>59</sup>

Tendo em vista a diversidade do pensamento destes autores, é inadequado caracterizar a virada linguística como um movimento único que apresentasse as mesmas respostas ou um método idêntico de fazer filosofia. Pelo contrário, há discordâncias teóricas substanciais entre os filósofos citados.

Existe, entretanto, algo que liga os pensadores que caracterizaram a época, no caso, uma atenção à linguagem como forma de esclarecimento filosófico e um certo ceticismo quanto a projetos metafísicos e empíricos na filosofia. Este compartilhamento de entendimento, contudo, não pode ser considerado um consentimento em relação a método, pois existem discordâncias quanto à forma de análise da linguagem que seria própria para o avanço de questões filosóficas.<sup>60</sup>

Esta discordância quanto à forma da análise linguística pode ser vista em relação ao antigo e ao novo Wittgenstein; em relação as teorias de Wittgenstein e o movimento como ele se deu em Oxford; e entre os próprios filósofos da universidade. Sendo assim, existindo tamanha diversidade de pensamento, o que faz com que seja possível falar de uma virada linguística? E de um movimento que é próprio de Oxford?

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 111 – 151.

Em Oxford, a aplicação do método de análise linguística para resolver antigos problemas filosóficos começou com Ryle e seu livro *The Concept of Mind*<sup>61</sup>. Como este livro serviu de inspiração para o título do *Conceito de Direito* e como as teorias de Ryle influenciaram diretamente o desenvolvimento filosófico de J. L. Austin e, diretamente e indiretamente, o de Hart, cabe expor algumas das ideias do autor.

## 2.2 Gilbert Ryle

Gilbert Ryle foi um filósofo da linguagem de Oxford que assumiu o editorial da famosa revista *mind* em 1947 e exerceu uma posição de prestígio na universidade até 1971. Ryle desenvolveu durante a sua obra reflexões notáveis sobre filosofia da mente, questionando o modelo cartesiano de entender o tema e deixando uma extensa bibliografia como herança.<sup>62</sup>

Uma das contribuições do autor que se relaciona com o desenvolvimento da teoria de Hart é a ideia de que muitas vezes o conhecimento e o domínio de termos e expressões para o uso no dia-a-dia pode ser acompanhado de uma falta de compreensão detalhada do conceito utilizado. Foi Ryle que introduziu a metáfora da geografia para exemplificar esta situação dizendo que:

(...) as pessoas geralmente sabem seu caminho em uma localidade ao mesmo tempo que são incapazes de descrever as instâncias ou direções entre as suas diferentes partes ou entre essas partes e outras localidades familiares...nosso conhecimento de dia-a-dia da geografia das nossas ideias é um caso similar.<sup>63</sup>

Esta analogia foi posteriormente utilizada por Hart no *Conceito de Direito* e em outros escritos, e, apesar de poder parecer banal, veremos que está diretamente relacionada à ideia do que é fazer uma análise de um conceito.

Dada essa situação em que usuários competentes de um conceito apresentam facilidade na sua utilização, mas encontram problemas na explicação destes conceitos e na identificação da relação destes com outros conceitos relacionados, era objetivo de Ryle fornecer uma forma de explicar as relações e a posição destes conceitos no que ele chamou de geografia lógica.

---

<sup>61</sup> RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Hutchinson & Co., 1949.

<sup>62</sup> BAMBROUGH, Renford. Gilbert Ryle: Collected Papers. *Philosophy* 69, 1994.

<sup>63</sup> RYLE, Gilbert. *Philosophical Arguments, in Collected Essays 1929-1968*. Routledge, 2009, p. 21.

Deste modo, tratando do conceito de mente, Ryle afirmou na introdução de seu livro *The Concept of Mind*:

Esse livro oferece o que pode, com alguma reserva, ser descrito como uma teoria da mente. Mas ele não fornece novas informações sobre mentes. Nós já possuímos uma abundância de informação sobre mentes, informação que não é derivada de, nem atrapalhada pelos argumentos de filósofos. Os argumentos filosóficos que constituem esse livro não têm o objetivo de aumentar o que nós sabemos sobre mentes, mas de retificar a geografia lógica do conhecimento que nós já possuímos.<sup>64</sup>

Para Ryle, uma coisa é descrever com eficiência conceitos sobre operações e capacidades mentais ou classificar estas operações como estúpidas, razoáveis ou engenhosas, mas:

Uma coisa é saber aplicar tais conceitos, outra coisa é saber como relacionar eles uns com os outros e com conceitos de outros tipos. Muitas pessoas sabem falar algo significativo através de conceitos, mas não conseguem falar algo significativo sobre conceitos; eles sabem através da prática como operar com conceito, pelo menos em situações familiares, mas eles não conseguem declarar a regulamentação lógica que governa o seu uso. Eles são como pessoas que sabem encontrar o seu caminho na sua própria paróquia, mas não conseguem construir ou ler um mapa sobre este caminho, muito menos um mapa da região ou continente que a sua paróquia faz parte.<sup>65</sup>

Há nestas passagens muito uso de metáforas e de exemplos cotidianos para a explicação de objetivos teóricos. Este uso de metáforas é algo comum nas teorias de Ryle e algumas dessas metáforas seriam posteriormente reproduzidas na obra de Hart.

O que o Ryle está propondo nestas passagens, e no livro de uma forma mais geral, é a elaboração de um mapa conceitual que tem o objetivo de esclarecer o uso e a relação de conceitos que o autor caracteriza como de descomplicada utilização, mas de difícil explicação, como o da mente. Como dito pelo autor, não é suficiente apenas explicar a função destes conceitos na sua esfera de uso, mas também é seu objetivo estabelecer a relação destes conceitos com conceitos mais gerais e as similaridades ou dissimilaridades entre estes e outros conceitos.

---

<sup>64</sup> RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Hutchinson & Co., 1949.

<sup>65</sup> *Ibid.*

É importante para o autor mostrar que essa explicação das relações e das regulamentações que governam o uso não traria um conhecimento que é propriamente novo em relação aquele de quem já conhece e utiliza o conceito mesmo que de forma limitada. Era objetivo de Ryle, ao invés, explicitar o que já está pressuposto na utilização comum do conceito. Nesse sentido, sua tese é uma análise do conceito de mente que os usuários já possuem, e não um projeto que tem por objetivo revisar o conceito atual e substituí-lo por um mais apropriado.

De acordo com P. M. S. Hacker, a visão de filosofia que era própria do movimento da virada linguística era a de que:

Filosofia, alguém poderia dizer, é a cura para doenças do entendimento. Seu resultado não é novo conhecimento sobre o mundo, mas o desfazimento dos nós que criamos no nosso entendimento. Seu segundo objetivo é alcançar uma visão geral dos conceitos e produzir uma representação do apanhado de conceitos relevantes que irá facilitar a resolução dos problemas filosóficos que estão sendo analisados. Isso é comparável com a elaboração de um mapa—um mapa que irá nos ajudar a encontrar nosso caminho em relação ao campo dos nossos conceitos e das nossas estruturas conceituais.<sup>66</sup>

Ryle não se distinguiu, entretanto, apenas na identificação do problema, mas também na sua forma de análise, que é muitas vezes chamada de “definição em uso”. Esta forma de análise, e uma exemplificação do que o autor quer dizer nas reflexões da introdução recém vista, pode ser melhor expressa através da exposição de um artigo chamado *It Was to Be*.<sup>67</sup>

Neste artigo, Ryle trata da questão da inevitabilidade ou não de acontecimentos que, para os agentes, parecem ser contingentes, ou seja, do problema do determinismo. Assim como na introdução recém citada, o autor se pergunta no artigo como é que conseguimos utilizar os conceitos de “verdade”, “necessidade” e “prevenção” no nosso dia-a-dia, mas não somos capazes de explicá-los de um ponto de vista geral ou de indicar as suas diferentes relações entre si<sup>68</sup>. Para ao autor, é importante deixar claro que a questão não é que algum desses conceitos apresente especial problemática, mas que o problema está na interação entre todos eles. Utilizando mais uma metáfora, Ryle afirma que não há um nó ou dificuldade conceitual única

---

<sup>66</sup> HACKER, Peter Ms. Analytic philosophy: beyond the linguistic turn and back again. In Micahel Beaney (ed.), *The Analytic Turn*. Routledge. Hacker, Peter Ms. 2013.

<sup>67</sup> RYLE, Gilbert. *It Was to Be*. Em: *Dilemmas*. Cambridge University Press, 1954, p. 15

<sup>68</sup> *Ibid.* Pg. 31

no meio de um dos conceitos envolvidos, mas que eles estão todos enlaçados e compõe um verdadeiro emaranhado.<sup>69</sup>

Para o autor, o reconhecimento dessa relação problemática entre os conceitos é importante para esclarecer que a análise de problemas não funciona pela inspeção de um veículo conceitual por vez, mas, ao contrário, pelo exame de um engarrafamento com pelos menos dois fluxos de veículos.<sup>70</sup> Isso é relevante pois existe a ideia equivocada de que ideias e conceitos expressos por meio de palavras e expressões são algo separável, móvel e examinável como peças de xadrez ou moedas. Para mostrar o porquê, Ryle utiliza-se de uma metáfora:

Considere um arremessador em um jogo de baseball. Ele é um indivíduo que que pode ser separado do time e ser entrevistado, fotografado e massageado individualmente. Mas o seu papel no jogo, notadamente o arremessar que ele faz, está relacionado com o que os outros jogadores fazem, de forma que se estes parassem de jogar, ele não poderia continuar arremessando. Somente ele performa o seu papel particular, mas ele não pode performá-lo sozinho. Para que ele continue arremessando, deve haver uma base, uma bola, um taco e um rebatedor. Mesmo isso não é suficiente. Deve haver um jogo acontecendo e não, por exemplo, um funeral, uma briga ou uma dança; e o jogo deve ser um jogo de baseball e não, por exemplo, um jogo de “pega-pega”.<sup>71</sup>

(...) Da mesma forma, conceitos não são coisas, como palavras são, mas são ao invés o funcionamento de palavras, como arremessar é o funcionamento do arremessador. Assim como o funcionamento do arremessador se relaciona com o funcionamento do rebatedor e do resto do time, o funcionamento de uma palavra se relaciona com o funcionamento dos outros membros do time pelo qual aquela palavra está jogando. Uma palavra pode ter duas ou mais funções; mas uma de suas funções não pode mudar de lugar com outra.<sup>72</sup>

Não é óbvio se o uso excessivo de metáforas por parte de Ryle auxilia ou prejudica no entendimento de seus argumentos. A interpretação usual do que o autor quer dizer através dessa passagem é a de que não é possível explicar conceitos a partir da análise e definição das palavras que o identificam. Como o autor argumenta, diferentes expressões – e diferentes pessoas ou

---

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.* Pg.32.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

jogadores de baseball – exercem diferentes funções em diferentes contextos e, dessa forma, é preciso analisar sua função no contexto que marca o conceito para que seja possível a obtenção de esclarecimento teórico.

Ou seja, para entender as funções de um arremessador enquanto arremessador é preciso observar a sua conduta durante o jogo e a sua relação com os outros jogadores. Da mesma forma para entendermos o conceito de mente precisamos analisar nosso uso do conceito e relacioná-lo com outras expressões e conceitos que acompanham este uso. Tentar identificar o conceito com a palavra, dessa forma, seria algo inútil, pois não é a palavra que marca o conceito, mas a interação desta com outros conceitos no seu contexto de uso.

Ryle não foi o primeiro ou o único a defender que a análise de conceitos precisa dar atenção às suas funções no contexto de seu uso, essa é uma das proposições mais célebres de Wittgenstein, no sentido de se nós quisermos entender nossos conceitos nós devemos considerá-los quando eles estão trabalhando, e não quando eles estiverem “de férias”<sup>73</sup>. Um dos papéis de Ryle foi o de utilizar e desenvolver estas ideias e propagá-las através da sua aplicação a temas habituais da filosofia.

Este foco na análise dos conceitos através do seu uso, junto da afirmação de Ryle de que não estaria trazendo novos conhecimentos, mas identificando e localizando os conceitos que já estão em utilização, pode levar ao entendimento equivocado que o autor estaria procurando apenas apontar o uso dos conceitos de forma passiva e descritiva em um sentido forte. Isso é, de que, ao focar sua filosofia no uso e nas funções que um conceito exerce em seu contexto, Ryle não estaria disposto a identificar erros de uso e corrigi-los.

Ao contrário dessa imagem suposta, era fundamental para a filosofia de Ryle a ideia de que o uso de conceitos filosoficamente problemáticos estivesse cercado de equívocos, ambiguidades e paradoxos. Era objetivo do autor mostrar a equivocada atribuição à ideias e conceitos de propriedades lógicas que pertencem verdadeiramente a diferentes tipos e categorias<sup>74</sup>.

O autor buscou, principalmente através do método da redução ao absurdo, mostrar que a atribuição de certas propriedades lógicas a determinados conceitos não passaria de *nonsense*:

---

<sup>73</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations: The German Text, with a Revised English Translation*. Malden, Ma, Blackwell, 2003.

<sup>74</sup> HACKER, Peter. M.s. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. John Wiley & Sons. 149, 1996.

A descoberta do tipo lógico em relação ao qual pertence uma ideia é a descoberta das regras que governam os argumentos válidos em que proposições que incorporam aquela ideia (ou qualquer outra ideia do mesmo tipo) podem entrar como uma premissa ou conclusão. É também a descoberta das razões por que falácias específicas resultam da atribuição equivocada do tipo lógico para tipos específicos.<sup>75</sup>

Ryle não estaria sozinho dentro do movimento de Oxford em procurar identificar incongruências, paradoxos e confusões linguísticas dentro do uso de conceitos e expressões. Essa é uma das formas por que aqueles filósofos pretendiam esclarecer os conceitos através de suas análises. O que é particular do autor, entretanto, é sua identificação de equívocos e absurdos linguísticos a partir de considerações acerca das propriedades lógicas e dos argumentos relacionados à redução ao absurdo. Como será visto, nem J.L. Austin e nem Herbert Hart seguiram Ryle nesta forma de argumentação.

Contudo, há aspectos de Ryle que marcaram a forma de fazer filosofia de Oxford, e que fazem com que muitos atribuam a ele o início da virada linguística na universidade. Isso é, primeiro, a ideia de que é compatível com o domínio dos conceitos para o seu uso comum uma perplexidade quanto a sua explicação no nível teórico e da sua relação com outros conceitos complexos.

Também é relevante a ideia de que é possível, através de uma análise que tem por foco o contexto e o uso desses conceitos em atividade, esclarecer o próprio conceito e aumentar a compreensão sobre ele. Esta percepção de que o estudo de conceitos deve ser feito a partir de uma atenção ao contexto de uso destes não é algo exclusivo de Ryle; é possível identificar este entendimento nos principais filósofos da linguagem do século XX, como Wittgenstein e Peter Strawson. O papel de Ryle não foi então o de dar origem a este entendimento, mas de aplicá-lo na sua filosofia e de mostrar a sua efetividade.

Por último, como mostrado, a análise realizada pelo autor poderia ser considerada descritiva no sentido de se conectar ao uso atual dos conceitos e depender da análise destes em seu contexto de execução, mas não no sentido de apenas relatar o uso ao invés de corrigi-lo em situações de confusão ou ambiguidade. Esta possibilidade de correção do uso analisado seria defendida por outros filósofos do movimento de Oxford.

---

<sup>75</sup> RYLE, Gilbert. *Collected Essays 1929 - 1968: Collected Papers Volume 2*. Routledge, 2016.



### 2.3. A síntese de Strawson

Antes de tratar sobre a teoria J. L. de Austin, penso ser interessante expor a síntese que Peter Strawson fez sobre a filosofia analítica em Oxford e em Cambridge em seu livro *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*<sup>76</sup>. Strawson foi um renomado filósofo da linguagem que lecionou em Oxford desde 1945 e acredito que suas considerações sobre o tipo específico de análise que estava sendo advogada na época servem para esclarecer os objetivos intelectuais dos autores deste movimento.

Strawson começa o primeiro capítulo do seu livro caracterizando a filosofia analítica da época e dizendo que a preocupação desta forma de filosofia é com ideias e conceitos, e que a sua atividade principal é a análise conceitual.<sup>77</sup> Para explicar o que é esta análise de conceitos, o autor cita a metáfora de Ryle da elaboração de mapas conceituais como particularmente útil, na medida em que mapas nos dão uma representação de uma área com certa medida de abstração e de uma forma que não nos é oferecida nos encontros perceptuais comuns.<sup>78</sup>

Strawson considera a ideia da elaboração de mapas excessivamente metafórica e procura esclarecer o ponto de Ryle. Para isso o autor repete a ideia de que questionamentos sobre ideias e conceitos não costumam aparecer durante a sua utilização, mas muito mais quando os conceitos estão “parados”. É quando procuramos explicar os conceitos ao invés de utilizá-los que as dúvidas surgem, afirma o autor.

Assim, um dos papéis da filosofia analítica é confrontar essas dificuldades de explicação a partir da consulta e da lembrança da realidade, isso é, do emprego efetivo das palavras e dos conceitos considerados. Nesse sentido estariam os slogans de Wittgenstein: “não olhe para o significado, olhe para uso” e “o que nós fazemos é trazer as palavras de volta da sua metafísica para o seu uso do dia-a-dia”.<sup>79</sup>

Para explicar o que significa trazer essa atenção para a realidade do uso, e como isso auxilia na solução de explicações teóricas, Strawson utiliza outra metáfora, a do gramático. Para o autor, o exemplo da introdução das primeiras gramáticas da língua castelhana é paradigmático à medida que representa uma situação em que os usuários competentes já conhecem o objeto de estudo, no sentido de que o seu uso é o que define a prática da língua, e ao mesmo não

---

<sup>76</sup> STRAWSON, P. F. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*. Oxford University Press, 1992.

<sup>77</sup> *Ibid.* Pg. 2.

<sup>78</sup> *Ibid.* Pg. 3.

<sup>79</sup> *Ibid.* Pg.4.

conhecem esse objeto, no sentido de não serem capazes de expor seu sistema de regras e princípios.<sup>80</sup>

Nesse sentido, a prática dos Castellanos em falar catalão mostra que a prática deles está sendo guiada de certo modo por uma série ou um sistema de regras e princípios, mas do fato deles seguirem estes princípios sem esforço não significa que eles conseguem, com ou sem esforço, expressar essas regras ou dizer quais elas são. Para o autor há uma diferença entre o domínio explícito de um conceito gramatical e o seu domínio implícito, e essa diferença não pertence somente ao conceito de língua moderna, mas também aos vários outros conceitos que utilizamos.<sup>81</sup>

Para Strawson:

Assim como nós podemos ter um domínio funcional da gramática da nossa língua materna, nós temos também um domínio funcional desse equipamento conceitual. Nós sabemos como manuseá-lo, como usá-lo no pensamento e na fala. Mas da mesma forma que a competência prática da gramática não resulta de nenhuma forma na habilidade de expor sistematicamente quais são as regras que nós observamos sem dificuldades, também o domínio prático do nosso equipamento conceitual de forma nenhuma implica na posse de um entendimento claro e explícito dos princípios que governam o seu manuseio, da teoria da nossa prática. Assim – para concluir nossa analogia- da mesma forma que o gramático, e de forma especial o gramático moderno, trabalha para produzir um relato sistemático da estrutura das regras que nós observamos sem dificuldades ao falar gramaticalmente, também o filósofo trabalha para produzir um relato sistemático da estrutura conceitual geral que a nossa prática diária mostra possuímos um domínio tácito e inconsciente.<sup>82</sup>

Para o filósofo, essa identificação e relato da estrutura e dos princípios que governam implicitamente nosso conceito não é meramente indicativa, no sentido de apenas apontar para o uso e retirar dali conclusões. Pelo contrário:

Na analogia gramatical há a sugestão de um sistema; de uma estrutura geral subjacente que será revelada; até de uma explanação. Há a sugestão de que nós iremos

---

<sup>80</sup> *Ibid.* Pg.5.

<sup>81</sup> *Ibid.* 6.

<sup>82</sup> STRAWSON, P. F. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*. Oxford University Press, 1993, p. 10.

adicionar para nossa competência prática algo como um entendimento teórico do que nós estamos fazendo quando nós exercitamos aquela competência.<sup>83</sup>

Problemas filosóficos surgem justamente porque nós não estamos satisfeitos em seguir, ou simplesmente anotar, esses empregos (práticos); porque nós buscamos unificar, teorizar, e estabelecer conexões com o objetivo de alcançar uma concepção compreensiva e unificada do mundo e da nossa relação com este.<sup>84</sup>

O que o autor parece estar querendo dizer é que há na explicitação dos princípios que governam o uso a partir da análise do uso competente dos conceitos um exercício que tem o papel de informar e acrescentar conhecimento sobre os conceitos utilizados. E apesar da segunda passagem estar imersa em uma crítica daqueles que filósofos que buscam unificar a análise de conceitos a partir de uma única compreensão, há a defesa também de que é preciso teorizar e estabelecer conexões para que seja alcançada de uma concepção compreensiva de um conceito. Para o autor, não é suficiente apenas apontar o emprego prático dos conceitos.

Para Strawson, a identificação destes princípios e sistemas que estruturam o uso é algo que permite um maior entendimento dos conceitos estudados e que pode servir também para assessorar na utilização destes, mesmo que para alcançar esta compreensão seja preciso utilizar da estrutura conceitual implícita que permeia o uso. Esta ideia está intimamente ligada com o argumento de J. L. Austin de que uma percepção aguçada das palavras pode também trazer uma percepção aguçada dos fenômenos, e, por isso, é momento de estudá-lo.

#### **2.4. J.L. Austin e Oxford**

Apesar de Ryle ter iniciado a aplicação da análise linguística em Oxford, e através de sua extensa publicação ter dado notoriedade a esta forma de fazer filosofia, foi Austin que trabalhou para passar estes novos métodos e análises para a geração do pós-guerra da universidade. Uma forma escolhida para desenvolver o interesse dos universitários nesta forma de análise era o renomado grupo de estudo em que, de acordo com Hacker, os tópicos trabalhados eram diversos, incluindo um semestre dedicado a discussão de jogos (com foco em questões sobre significado e regras para o uso de palavras) e de questões estéticas, para o qual um livro

---

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.* Pg. 14.

ilustrado de design industrial foi distribuído com o objetivo de descobrir o que as pessoas realmente dizem em avaliações estéticas quando o tópico não é tão celebre a ponto de inibir o bom senso.<sup>85</sup>

Algun tempo era utilizado investigando conceitos disposicionais (em resposta ao uso extensivo do termo “disposição” por Ryle no *The Concept of Mind*) de forma que “disposição”, “traço”, “propensão”, “característica”, “hábito”, “inclinação”, “susceptibilidade” e “tendência” eram cuidadosamente anatomizados, comparados e contrastados.<sup>86</sup>

De acordo com Ryle, os encontros de Austin não geraram uma unanimidade, mas uma forma de zelo que quase justificava, se algo poderia justificar, a invenção por parte de não participantes do rótulo “filosofia de Oxford” ou “escola de filosofia de Oxford”.<sup>87</sup>

Mesmo assim, há algo que ficou conhecido como filosofia da linguagem Ordinária e que teve a sua caracterização mais forte na teoria de Austin. Isso, entretanto, não significa dizer que era doutrina em Oxford que a análise do uso linguístico ordinário é o único método da filosofia ou que o assunto principal da filosofia é a linguagem. Não quer dizer também que esta análise teria por foco a linguagem ordinária no sentido de oposição à linguagem técnica.

Como exposto por Hacker, ninguém em Oxford teria afirmado que uma investigação filosófica dos conceitos como “conhecimento”, “mente” ou corpo” deveria começar com um exame do uso de expressão ordinárias junto com uma consideração linguística. Havia, entretanto, concordância de que uma investigação filosófica deve ser precedida por um exame do uso ordinário das expressões relevantes, independente da sua origem provir da linguagem ordinária do dia-a-dia ou da linguagem técnica de especialistas.<sup>88</sup>

Ou seja, apesar do que a nomenclatura pode parecer indicar, havia espaço para análise de linguagem técnica dentro do que chamamos de movimento da análise da linguagem ordinária. E podemos ver isso pelos argumentos próprios da área jurídica que Austin utiliza em alguns momentos no seu mais conhecido texto *A Plea For Excuses*<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> HACKER, Peter. M.s. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. John Wiley & Sons, 1996, p. 151.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.* 160.

<sup>89</sup> AUSTIN, J. L. “A Plea for excuses in Philosophical Papers”. In: *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 1961.

Apesar dessa pluralidade de pensamento e de certo reconhecimento dos limites do método linguístico, esta filosofia de Oxford foi alvo de diversas críticas que eu acredito que precisam ser analisadas tendo em vista que elas ainda são repetidas por teóricos que caracterizam o movimento e porque, ao confrontá-las, uma visão mais exata desta metodologia será formada. Assim, apresentarei agora um exemplo de uma crítica geral às ideias que permeavam a universidade e, após, irei expor o pensamento de J.L. Austin de forma mais detalhada como uma resposta a esta crítica.

Destas críticas são paradigmáticos os ataques realizados por Bertrand Russell, e acredito que as reflexões do autor sirvam como resumo do ceticismo daqueles que não partilhavam das ideias de Oxford:

A escola de filosofia que é mais influente na Inglaterra nos dias de hoje mantém uma certa doutrina linguística em relação à qual eu sou incapaz de subscrever. A doutrina consiste em manter que a linguagem do dia-a-dia, com as palavras usadas no seu significado ordinário, é suficiente para filosofia, que não tem necessidade de termos técnicos ou na mudança na significação de termos comuns. Eu me encontro totalmente incapaz de aceitar essa visão. Eu me oponho a ela:

- 1) porque é insincera;
- 2) porque é capaz de desculpar ignorância em matemática, física, e neurologia naquele que tiveram apenas uma educação clássica;
- 3) porque é defendida por alguns com um tom de presunçosa retidão, como se oposição a ela fosse um pecado contra a democracia;
- 4) porque torna a filosofia algo trivial;<sup>90</sup>

Russell continua no artigo identificando o porquê de cada acusação, dizendo que a metodologia de Oxford é insincera porque não utiliza o uso verdadeiramente comum que seria determinado por observação em massa, estatísticas e este tipo de pesquisa, mas sim o uso de pessoas que têm exatamente o mesmo grau de educação dos próprios filósofos. O método seria também trivial porque discutir incessantemente o jeito de que as pessoas se expressam pode vir a ser interessante, mas, de acordo com o filósofo, de modo nenhum isso pode ser algo importante.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> RUSSELL, Bertrand. "The cult of 'common usage'". *British Journal for the Philosophy of Science* 3 (12):303-307. 1952.

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 304.

Russell defende também que o apego ao uso comum impediria o filósofo de ir além deste uso e oferecer formas de expressão mais adequadas para área estudada. Para o autor, não é como se o filósofo que não está vinculado à linguagem ordinária tivesse por objetivo mudar o uso comum da linguagem no seu dia-a-dia, mas cientistas, por exemplo astrônomos, acreditam que uma linguagem específica e diversa da usual é melhor para caracterização dos fenômenos. O autor defende que a introdução de uma linguagem diferente e específica da área de estudo seria algo próprio também para a filosofia, mas algo impossibilitado pelo método oxfordiano.<sup>92</sup>

Estas críticas de Russell se conectam a objeções de outros autores de que o estudo e análise do uso de expressões no seu dia-a-dia não passaria de uma lexicografia e que por isso trivializaria a filosofia. Também há na crítica do autor a acusação de que o ambiente acadêmico de Oxford estaria engessado e não apresentava um espaço para críticas da metodologia ou para novas ideias que não tivessem conexão direta com esta.

Em resposta à acusação de engessamento é possível apontar, como já foi mostrado, a verdadeira pluralidade intelectual que existia dentro do movimento, no sentido de que apesar de haver entendimentos compartilhados que permitem a classificação do grupo enquanto grupo, existia também intenso debate e espaço para controvérsia dentro da universidade. Fora isso, como aponta Lacey, apesar dos filósofos da linguagem terem alcançado proeminência e notoriedade dado a novidade e força de suas convicções, pelo menos metade dos filósofos da universidade não tinham conexão direta com o movimento.<sup>93</sup>

Na crítica de Russell podemos ver também a acusação de que os filósofos de Oxford, ao utilizar das suas próprias concepções do que poderia ser dito quando, não estariam utilizando a linguagem comum do dia-a-dia, mas no máximo a linguagem especializada pertencente à elite de Oxford. Nesse sentido, para ter acesso real ao uso comum de expressões seria necessário pesquisas empíricas e a formulação de estatísticas de uso, e os filósofos de Oxford estariam afastados da realidade ao deixar de apresentar esse tipo de pesquisa.

Por fim, é preciso atentar para a acusação de que ao se vincular a linguagem ordinária, os filósofos de Oxford não teriam meios de corrigi-la ou de introduzir novos termos especializados com o objetivo de explicar a prática. Nesse sentido a filosofia da linguagem ordinária estaria

---

<sup>92</sup> *Ibid.* pg. 306.

<sup>93</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 138.

condenada a reproduzir o vocabulário do uso comum mesmo quando este apresentasse incoerências ou confusões conceituais.

Estas considerações são importantes, como foi dito, pois são objeções que até hoje são utilizadas contra a filosofia da linguagem ordinária e confrontá-las é também apresentar do que exatamente se tratava esta metodologia. Sendo assim, é momento de analisar a teoria de J.L. Austin.

A forma particular de análise da linguagem que tem por foco o uso de expressões e sentenças marcou principalmente a obra de Austin. Entretanto, mesmo o autor não considerava a análise linguística como o único método de fazer filosofia. No texto *A Plea for Excuses*, o autor explica que o seu método de análise por meio da linguagem ordinária consiste no exame do que seria falado em determinado momento putativo, o porquê de isso ser dito naquele momento e o que o agente iria querer significar por meio desta fala. Austin justifica este método em dois pontos:

Primeiro, palavras são nossas ferramentas, e no mínimo, nós deveríamos utilizar ferramentas limpas; nós devemos saber o que significa ou não o que dizemos, e nós devemos nos preparar contra as armadilhas que a linguagem nós coloca. Segundo, palavras não são fatos ou coisas: nós devemos apreciá-las fora do mundo, segurá-las fora deste e contra este, de modo que possamos entender suas inadequações e arbitrariedade e possamos assim olhar mais uma vez para o mundo sem obstáculos.<sup>94</sup>

Austin continua:

(...) Em vista da prevalência do slogan “linguagem ordinária” e de nomes como filosofia “linguística” ou “analítica” ou “a análise da linguagem”, uma coisa deve ser especialmente enfatizada para conter equívocos. Quando nós examinamos o que devemos dizer em determinada situação, que palavras nós devemos utilizar em quais situações, nós não estamos olhando apenas para palavras (ou “significados”, o que quer que isso queira dizer) mas também para as realidades em relação às quais utilizamos a palavra para falar sobre: nós estamos utilizando um entendimento mais aguçado das palavras para aguçar nossa percepção, apesar de não como o árbitro final do fenômeno.

Usar, então, tal método, é claramente preferível na investigação em que a linguagem ordinária é rica e sutil, como é o caso da questão eminente prática das desculpas [*excuses*], mas certamente não o é na questão, por exemplo, do tempo.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> AUSTIN, J. L. *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 1961, 129-130.

<sup>95</sup> *Ibid.* Pg. 130 – 131

Não é simples tentar entender o que Austin quer dizer com estas afirmações, principalmente quando ele afirma que pretende separar as palavras do mundo. Por conta da forma complexa do autor de expressar suas ideias, as vezes é entendido que a metodologia de Austin teria como pretensão resolver todo o tipo de questões filosóficas a partir da análise do que poderia ser dito em determinados caso.

Não considero, entretanto, que isso possa ser extraído das passagens que foram expostas. Como fala Peter Hacker:

(...) imputar a Austin a visão de que a linguagem ordinária contém todas as distinções que alguém iria precisar é injusto. Isso nem mesmo no campo das desculpas e justificações, que é o tema que estava em discussão, Austin não afirmou que a linguagem ordinária contém todas as distinções que nós precisamos ter. O que ele afirmou é que “se as distinções funcionam bem para propósitos práticos na vida prática...então há algo que deve estar ali, a palavra não vai estar marcando nada”.

Similarmente, é injusto imputar a Austin a visão que nós deveríamos “apreciar palavras fora do mundo”, e olhar para o mundo independentemente de qualquer conceito a partir do qual nós possamos articular o que nós percebemos. O que ele (Austin) disse pode ter sido exposto de forma infeliz, mas não é evidente que ele quis dizer nada mais do que a afirmação inócua de que nós devemos examinar as palavras que usamos, nos tornar consciente das suas vaguezas, ambiguidades, dependência de conceitos, especificidade de propósito (se eles tiverem essas propriedades), e então “olhar para o mundo” sem ser atrapalhados por uma falha de perceber essas limitações.

Foi sem dúvida enganoso dizer que nós estamos olhando “não meramente as palavras..., mas também a realidades que utilizados para falar sobre”, pois, fora de contexto, isso sugere uma visão da filosofia como uma investigação empírica. Mas no seu contexto é razoável que tudo que o que ele (Austin) quis dizer é que no exame das desculpas, aguçar nossa compreensão da diferença entre “acidente” e “erro”, “negligência” e “imprudência”, “justificação” e “mitigação” irá nos permitir examinar casos reais e desenvolver distinções mais aguçadas.<sup>96</sup>

O que foi trazido aqui sobre o método de Austin e as reflexões de Ryle, apesar de breve, permite chegar a algumas conclusões relevantes. A primeira delas é que não havia unanimidade dentro do que pode ser chamada da “escola linguística de Oxford”, pois mesmo que houvesse

---

<sup>96</sup> HACKER, Peter. M.s. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. John Wiley & Sons, 1996.



certa concordância de que a análise linguística é útil para o desenvolvimento filosófico, não havia unanimidade quanto à forma em que esta análise deveria ser realizada.

Mesmo em relação ao filósofo a quem o rótulo da análise da linguagem ordinária parece mais adequado, J.L. Austin, podemos ver que a defesa deste método se dava de forma diversa daquilo que é às vezes afirmado. Isso porque não há uma identificação de ideias filosóficas como relacionadas apenas com questões linguísticas e não há também por parte de Austin a defesa de que é apenas o vocabulário usual, ao invés do técnico, que deve ser analisado.

Como visto, Austin não defende que o método de análise de frases com o objetivo de perceber e constatar distinções que estão presentes na linguagem, mas não são imediatamente óbvias aos falantes, seria o único método filosófico apropriado. O autor não defenderia também que este método seria apropriado para tratar de todas as áreas da filosofia, existindo conceitos – como o de tempo – em relação aos quais esta análise não seria útil.

O que Austin pareceu defender é que, em áreas da filosofia em que há um número considerável de distinções não reconhecidas, mas que estas distinções estão presentes no uso das expressões e frases que compõe a prática daquela área do conhecimento, a identificação, explicitação e análise destas distinções possibilita um maior entendimento da própria prática.

Como diz Nicola Lacey:

Para nenhuma das duas universidades (Oxford e Cambridge) era a relação entre linguagem e significado uma questão de metafísica, ou a visão de que as palavras de alguma forma refletem verdades conceituais fixas. Ao invés, a fluidez do uso era tomada como marca de importantes distinções práticas, e a reivindicação era de que ao clarificar essas distinções, nós chegamos a um melhor entendimento do fenômeno estudado.<sup>97</sup>

Essas reflexões sobre o método do autor não podem servir, entretanto, para relativizar a importância que ele concedia a essa forma de fazer filosofia, mas tem por objetivo evitar algumas caracterizações exageradas e equivocadas que são comumente atribuídas ao método da linguagem ordinária.

Apesar de todos estes esclarecimentos, é importante enfatizar que Austin considerava que o entendimento alcançado pela sua forma de fazer filosofia seria significativo (haveria ouro nas

---

<sup>97</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 215.

montanhas, como ele expressou no artigo), e por muitas vezes, chamou o movimento linguístico de “revolução na filosofia”. Os objetivos metodológicos eram, assim, ambiciosos, mesmo que não tivessem como objetivo conceder a última palavra em filosofia.

E esta forma de fazer filosofia tinha seu centro, como visto, na análise de sentenças e expressões putativas, para a identificação de distinções que auxiliam no entendimento do fenômeno estudado, como por exemplo:

Cuidado deve ser tomado também para observar a posição precisa de uma expressão adverbial em uma sentença. Isso deveria, é claro, indicar qual verbo é utilizado para modificar: mas mais que isso, a posição pode afetar o sentido da expressão, por exemplo, a forma que modifica aquele verbo. Compare, por exemplo:

- A1. Ele desajeitadamente pisou no caracol.
- A2. Desajeitadamente ele, pisou no caracol.
- B1. Ele pisou desajeitadamente no caracol.
- B2. Ele pisou no caracol desajeitadamente.<sup>98</sup>

Outros vários exemplos poderiam ser dados de momentos em que Austin usa a análise de frases e do uso putativo de expressões para traçar distinções e, a partir destas, alcançar um maior entendimento do que está sendo estudado.

Uma outra forma de análise advogada por Austin para a identificações de distinções relevantes era a coleta e exame de afirmações realizadas em campos especializados. Um exemplo desse método era a coleta de decisões judiciais e o exame destes com o objetivo de determinar como um termo específico é utilizado em uma determinada área de discurso. O seminário que Austin e Hart organizaram em Oxford é um exemplo deste tipo de análise.

Tendo exposto algumas concepções de Austin sobre a metodologia da filosofia da linguagem ordinária, resta confrontar as críticas apresentadas por Bertrand Russell e por outros. A primeira acusação a ser confrontada é de que o filósofo – ao basear-se nas suas concepções próprias do que seria dito quando em situações putativas – não estaria baseando-se realmente na linguagem ordinária da população geral, mas no máximo naquela da elite de Oxford. Nesse

---

<sup>98</sup> AUSTIN, J. L. “A Plea for excuses in *Philosophical Papers*”. In: *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 196, p. 147.

sentido, para a crítica, qualquer análise da linguagem deveria apresentar primeiro uma pesquisa empírica e estatística da linguagem utilizada pela população.

Esta crítica se baseia em uma má compreensão do que é a análise linguística feita pelos filósofos de Oxford e uma má caracterização do que acontece à medida que um filósofo usa a sua competência gramatical para analisar o uso putativo de expressões. Esta crítica trata a análise de sentenças como se ela tivesse por base intuições pessoais por parte de quem está fazendo a análise, de modo que diferentes pessoas apresentariam diferentes intuições e seria preciso consultar cada uma delas para se chegar a uma conclusão que fosse realmente ligada ao uso. Entretanto, como expõe P.M.S Hacker:

A ideia de que, para que alguém seja capaz de apontar o uso correto de uma palavra ou frase, essa pessoa tenha que consultar sua intuição é semelhante a supor que para que um enxadrista possa jogar xadrez ele tenha que consultar sua intuição sobre as regras do xadrez, ou que um matemático tenha que consultar sua intuição para fazer matemática. Uma intuição é um palpite ou uma conjectura – e tanto não é um palpite que um falante competente diga “ele estava no campo [*he was in the field*]” e não “ele estavas no campo [*he were in the field*]”, do que é um palpite por parte de um enxadrista que se move o rei um quadrado por vez.

É justamente por isso que a ideia de que para especificar o correto uso de uma palavra alguém precisaria fazer uma pesquisa empírica é enganosa. Um falante competente de uma língua natural por definição sabe como usar as palavras comuns (e, se ele é um especialista, as técnicas) que ele utiliza, da mesma forma que um jogador de xadrez sabe as regras constitutivas da sua área.<sup>99</sup>

Como exposto pelo autor, era uma das pressuposições dos filósofos de Oxford, e dos filósofos do movimento linguístico de forma mais geral, de que haveria uma competência partilhada por falantes aptos da língua e que, a partir do uso desta competência, os filósofos poderiam analisar expressões e sentenças de modo a esclarecer conceitos. Nesse sentido, a pesquisa empírica não seria necessária para estabelecer o uso ordinário, pois já haveria na competência linguística compartilhada o acordo necessário para que os argumentos por parte dos teóricos fossem suficientemente gerais.

---

<sup>99</sup> HACKER, Peter Ms. The Linguistic Turn in Analytic Philosophy, in *Oxford Handbook for the History of Analytic Philosophy*. Oxford University Press, 2013, p. 25.

Resta então confrontar a crítica de que a análise da linguagem ordinária prenderia o filósofo à linguagem utilizada comumente, no sentido de que não seria possível corrigir o uso ou apresentar terminologias originais e não usuais. Esta problemática foi identificada por Austin como o *problema da última palavra*, o questionamento do porquê e em que medida o que nós dizemos ordinariamente seria a última ou melhor forma de expressar a situação em análise.

A acusação de que não é possível corrigir usos incoerentes não parece ter muita força, já que um dos objetos da análise do uso da linguagem é justamente mostrar as incoerências no uso de determinadas expressões. Essas incoerências seriam identificadas pela comparação de expressões problemáticas com outras formas de uso menos equívocas, para mostrar que nem todas as formas de caracterizar nossos conceitos são as mais adequadas, havendo todo o tipo de confusões e ambiguidades a se confrontar. Caso isso não acontecesse, e a nossa linguagem ordinária fosse perfeita, seria apenas necessária uma descrição desta e não uma análise, que tem como objetivo apontar incongruências e corrigi-las a partir de considerações sobre a própria linguagem.

Como dito, essas correções dependem de considerações sobre a própria linguagem, no sentido em que incongruências e ambiguidades são identificadas e resolvidas ao comparar expressões e sentenças problemáticas com o uso não problemático de conceitos conexos ou de situações similares em que o conceito em questão é utilizado. Nesse sentido, a ideia de introduzir uma nova terminologia pode parecer realmente problemática, pois não é óbvia a forma através da qual a análise de um uso pode dar origem a expressões originais que não provêm diretamente deste uso.

Sobre isso Austin afirma:

Sobre a última palavra. Certamente a linguagem ordinária não tem uma reivindicação da última palavra, se há algo que possa ser assim chamado. Ela incorpora algo melhor que a metafísica da idade da pedra, no caso, como já foi dito, a experiência e a astúcia de várias gerações. Entretanto, essa astúcia tem se concentrado primariamente em questões práticas da vida. Se uma distinção funciona bem para os propósitos práticos da vida ordinária (o que não é pouca coisa, porque até a vida ordinária é repleta de casos difíceis), então certamente há algo ali: a distinção não estará marcando nada; entretanto, esse não será provavelmente o melhor modo de organizar as coisas se o nosso interesse é mais extensivo ou intelectual que o ordinário.

E deve ser acrescentado também que superstição, erro e fantasia de todos os tipos se incorpora na linguagem ordinária e algumas vezes é algo que se perpetua.

Certamente, então, a linguagem ordinária não é a última palavra: em princípio ela pode ser em todo o lugar suplementada, aperfeiçoada e suplantada. Apenas lembre-se que ela (a linguagem ordinária) é a primeira palavra.<sup>100</sup>

Assim, a linguagem ordinária pode, e em certo sentido deve ser suplementada, aperfeiçoada ou até mesmo suplantada. Austin minimiza esta necessidade neste excerto e durante o resto do artigo, afirmando que a linguagem ordinária costuma conter as distinções necessária para a análise dos conceitos e que ela apresenta menos oscilação do que se poderia esperar. Mesmo assim, Austin muitas vezes complementa o vocabulário das justificativas durante o seu estudo e defende essa complementação pelo grau de clareza que ela traz ao conceito e a sua adequação em relação ao uso.

Estaria então o filósofo da linguagem ordinária abandonando o projeto da análise uma vez que começa a complementar o uso ordinário a partir da introdução de vocabulário original?

Esta questão é difícil de responder, mas parece haver um consenso por parte de filósofos do movimento de que há compatibilidade entre a análise do uso e a complementação do uso. Nesse sentido Ryle, Austin, Strawson e outros utilizaram termos não comuns ao uso para melhor explicar aquilo que é encontrado na observação do uso.

É claro, também, que essa suplementação por parte dos filósofos da linguagem ordinária só poderia ser realizada a partir de uma única justificativa, a de melhor explicar e caracterizar o conceito. Isso porque, conectado à ideia de que o que está se fazendo é uma análise a partir do uso para o esclarecimento de conceitos que são atuais e partilhados, está o pressuposto de que não é objetivo do teórico corrigir valorativamente o conceito atual ou apresentar uma versão melhorada deste.

O objetivo deste tipo de filosofia é, afinal, esclarecer o conceito que já existe na prática e não o suplementá-lo, e é esse propósito que justifica a atenção dedicada ao uso e ao contexto de fala. Nesse sentido, todas as complementações de vocabulário por parte dos filósofos da linguagem ordinária são no sentido de melhor explicar os conceitos que já estão presentes na prática e se justificam ou não à medida que cumprem estes objetivos.

Neste sentido, Strawson trata do tema quando se confronta com o uso por parte de teóricos, analíticos ou não, do conceito especializado de “corpo” por parte do vocabulário

---

<sup>100</sup> AUSTIN, J. L. “A Plea for excuses in Philosophical Papers”. In: *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 1961, p. 147.

filosófico. Para o autor, isso poderia apresentar um problema, pois até o momento ele vinha defendendo a observação do uso ordinário de expressões, e nesse sentido seria possível apontar que não pertence ao vocabulário comum a utilização do termo “corpo” para designação de objetos como cadeiras ou materiais em geral. Trata-se da introdução de um vocabulário suplementar.<sup>101</sup>

Para o filósofo, entretanto, essa dificuldade é fácil de se resolver, pois:

Se um filósofo afirmar que o conceito de “corpo” é básico na nossa estrutura conceitual, sua afirmação pode ser entendida como um uma forma abreviada do argumento que é um aspecto [*feature*] básico da nossa estrutura conceitual conter uma gama de conceitos de um certo grau de generalidade, isso é, conceitos de diferentes tipos de corpos; e ele (o filósofo) pode consistentemente manter isso junto da admissão de que nós normalmente não temos ocasião para fazer uso de uma classificação tão compreensiva.<sup>102</sup>

Para Strawson, essa reflexão é de especial importância, pois é frequente que o filósofo analítico utilize palavras que não pertencem ao vocabulário comum analisado ou atribua sentidos diferentes e mais amplos às palavras. Isso é feito, defende o autor, com os mesmos objetivos ilustrados na passagem, isso é, o de fazer classificações mais gerais do que nós ordinariamente temos ocasião de fazer, e isso não significa que o filósofo deixa de estar preocupado com o equipamento conceitual ordinário. O equipamento ordinário continuaria seu objeto, só que ele estaria falando de um nível de generalidade maior do que os usuários comuns usualmente encontram.<sup>103</sup>

Estas reflexões por parte de Austin e Strawson mostram como estes autores lidaram com a dificuldade da introdução de vocabulário original ou de vocabulários usuais em sentidos inéditos durante a análise do uso ordinário de frases e expressões. Não acredito, entretanto, que estas reflexões resolvem de uma vez por toda a questão da valoração.

Isso porque esta complementação de vocabulário inclui necessariamente um juízo de que o novo vocabulário tem uma capacidade explicativa maior que a do vocabulário usual. A questão que persiste é se este juízo inclui também uma valoração, no sentido de que para

---

<sup>101</sup> STRAWSON, P. F. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*. Oxford University Press, 1993, p.23.

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 23.

<sup>103</sup> *Ibid.* p. 24.

estabelecer o que é uma explicação mais adequada é preciso fazer avaliações de importância e relevância das várias características do conceito que está sendo estudado. Não é sempre claro se estes parâmetros são eles mesmos analíticos ou valorativos.

Estas questões serão reconsideradas à medida em que a forma proposta de Hart de fazer uma teoria descritiva e não valorativa for analisada adiante. Basta, por ora, manter em mente que, para os filósofos da linguagem ordinária, estes juízos de complementação do vocabulário ordinário – desde que justificados pelo uso e com a finalidade de explicação do conceito – não entrariam em confronto com a ideia de análise e exposição de conceitos. Cabe dizer também que uma teoria que utiliza juízos de importância e de capacidade de esclarecimento para o desenvolvimento de vocabulário parece fundamentalmente diferente daquela que tem por objetivo a formulação de um conceito superior ao usual através de considerações morais.

Acredito que o que foi dito aqui foi o suficiente para esclarecer os seguintes pontos:

1) Apesar do termo “virada linguística” ser apropriado para caracterização de alguns autores do século 20 a sua utilização não pode ser confundida com uma concordância entre estes autores em relação ao modo mais apropriado de fazer filosofia.

2) Esta suposta concordância não existia sequer entre os professores de Oxford, apesar de a universidade ter sido caracterizada como o berço de uma “escola” da análise da linguagem ordinária. Por exemplo, era essencial para Ryle a identificação de equívocos a partir da ferramenta da redução ao absurdo, solução que não era compartilhada por outros filósofos.

3) Dentre os filósofos que aderiram à análise do uso ordinário de conceitos, havia uma ideia compartilhada de que através da análise deste uso seria possível desvendar e identificar estruturas conceituais compartilhadas que guiam o uso implicitamente, mas não são explicitamente conhecidas. Este exercício é conhecido como análise conceitual.

4) O método da análise conceitual a partir de reflexões sobre o uso ordinário da linguagem é presente na obra de J. L. Austin, um dos seus principais defensores, mas nem mesmo ele considerava que essa forma de análise era o único método próprio de se fazer filosofia ou que esta serviria para todas as questões filosóficas possíveis.

5) Austin acreditava, por outro lado, que algumas questões da filosofia poderiam ser melhor compreendidas a partir da análise de expressões e termos. Seus objetivos e expectativas em relação a este método eram significativas.

6) Apesar da conexão com o uso de expressões, era considerada compatível por parte dos autores a proposta de análise dos conceitos com a suplementação do vocabulário original analisado, quando tal suplementação resultasse em maior clareza explicativa.

### **Capítulo 3. De volta à Herbert Hart**

Tendo apresentado de forma geral o desenvolvimento da virada linguística no ambiente acadêmico de Oxford no período em que Hart lá estudou e ensinou, acredito que seja hora de falar especificamente sobre o seu trabalho. Como dito, Hart foi um filósofo que alcançou relevância mundial através da apresentação de uma tese positivista do Direito. A principal expressão dessa tese se revelou no livro *O Conceito de Direito*. Além desta obra o autor defendeu diversas ideias acerca da prática jurídica em artigos que percorrem toda a extensão de sua vida acadêmica.

Nesta série de artigos, que se estendem de 1949 a 1982, o autor inevitavelmente modificou e aperfeiçoou vários dos seus argumentos a respeito do fenômeno jurídico. Uma pesquisa sobre o pensamento do autor deve, então, atentar a essa possibilidade de mudança, e, caso seja seu objetivo apresentar uma visão abrangente sobre a obra de Hart, apontá-las.

Meu objetivo nesta dissertação é apresentar uma reflexão sobre o pensamento de Hart que tem por foco os seus argumentos expressos no *Conceito de Direito*, mas acredito que é preciso analisar também o que o autor escreveu antes e depois deste livro, pois assim é possível identificar quais eram os caminhos abertos ao autor que ele considerou seguir mas escolheu abandonar, e também aqueles que ele preferiu desenvolver após a publicação deste livro. Sendo assim, tentarei agora, a partir de alguns artigos, traçar a linha argumentativa anterior ao *Conceito de Direito*.

A partir dessa reflexão, pretendo mostrar como em seus escritos iniciais o autor teria procurado investigar o direito a partir considerações sobre linguagem próprias da teoria de J. L. Austin, mas que essa influência foi diminuindo até a publicação do *Conceito de Direito*. Quero mostrar também que essa diminuição da influência de Austin não foi um abandono da ideia de que a análise linguística seria proveitosa para a questão jurídica, mas um reconhecimento da relevância de ideias trazidas por outros autores como Ryle e Wittgenstein.

Os primeiros escritos de Hart marcavam um comprometimento claro com a metodologia e as ideias de J.L. Austin e, dentre estes escritos, acredito que três sejam de especial relevância.



São estes: *The Ascription of responsibility and rights (1949)*<sup>104</sup>, por ser o primeiro artigo de Hart a receber reconhecimento crítico; *Definition and Theory in Jurisprudence (1953)*<sup>105</sup>, por ser o artigo que marcou a ascensão de Hart para cadeira de jurisprudência em Oxford; e o livro com Tony Honoré, *Causation in the Law (1959)*<sup>106</sup>, que representa o último texto dessa corrente inicial do autor.

Defenderei que nestes três escritos há uma vinculação à metodologia e às ideias de Austin que não está presente no *Conceito de Direito*. Isso se deve a que, nestes escritos iniciais, Hart identifica como central para a filosofia do direito problemas relacionados ao uso de palavras, de sentenças, e de atos de fala, buscando identificar as particularidades dos atos de fala especificamente jurídicos.

### 3.1. The Ascription of Responsibility and Rights

Em *The Ascription of Responsibility and Rights*, Hart procura defender basicamente dois argumentos: 1) o de que afirmações sobre posse e de responsabilidade como “isso é meu”, “isto agora é seu”, “eu fiz isso”, “você que fez isso”, não são propriamente descritivas, mas tem a função de atribuir responsabilidade ou posse a pessoas; 2) o de que conceitos jurídicos são fundamentalmente derrotáveis [*defeasible*], e não são passíveis de definição através de condições necessárias e suficientes.

Apesar de ambas as afirmações serem relevantes, é o primeiro ponto que possui conexão mais direta com as teorias de J.L.Austin, uma vez que se relaciona com a sua teoria de atos de fala. Resumindo rapidamente esta tese, para Austin haveria situações em que o uso da linguagem não seria o de caracterizar algo ou descrever o mundo, mas de – a partir de um plano de fundo de regras ou convenções – agir por meio das palavras e trazer mudanças a partir delas.<sup>107</sup> Um exemplo disso seriam cerimônias de batismo em que, a partir de uma série de

<sup>104</sup> HART, H. L. A. “The ascription of responsibility and rights”. In: Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society*. Blackwell, p. 171 – 194, 1951.

<sup>105</sup> HART, H. L. A. “Definition and Theory in Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 21). Oxford: Oxford University Press, 1983.

<sup>106</sup> HART, H. L. A.; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. Oxford, Oxford University Press, 1959.

<sup>107</sup> AUSTIN, J. L. *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 1961, p. 220.

palavras (“Eu assim chamo essa criança de X”), o efeito desta declaração é que passa a ser correto chamar a criança pelo nome estabelecido.<sup>108</sup>

Durante o artigo, Hart argumenta que é característico de situações em que a posse é estabelecida, assim como situações em que se afere responsabilidade por algo, que a fala por trás dessa atribuição tem uma função própria que não pode ser confundida com uma descrição:

Existem na nossa linguagem ordinária sentenças cuja função principal não é o de descrever coisas, eventos, pessoas, ou nada parecido, nem o de expressar sentimentos ou emoções, mas o de fazer tais coisas como reivindicar direitos (“Isso é meu”), reconhecer direitos quando reivindicados por outros (“Muito bem, isso é seu”), aferir direitos (“isso é dele”), transferir direitos (“Isso agora é seu”), e também o de admitir ou aferir ou fazer acusações de responsabilidade (“Eu fiz isso”, “ele fez isso”, “você fez isso”). Meu principal propósito nesse artigo é defender que a análise filosófica da ação humana tem sido inadequada e confusa ao menos em parte, porque sentenças da forma “ele fez isso” têm sido tradicionalmente tomadas como descritivas quando sua principal função é o que eu me aventurarei de chamar de *aferitiva*, sendo literalmente a de aferir responsabilidade por ações assim como a principal função das sentenças da forma “isso é dele” é o de aferir direitos de propriedade.<sup>109</sup>

Não parece ser fundamental que cada argumento do texto seja analisado, tendo em vista a relevância maior de argumentos que aparecerão no artigo seguinte para o desenvolvimento do autor. Basta aqui reconhecer que, no início de sua carreira, Hart acreditava que a linguagem jurídica apresenta características próprias e que estas características podem ser compreendidas a partir das ideias de Austin sobre a linguagem performativa. O autor defende:

Considere agora sentenças em que as palavras derivam seu significado de instituições jurídicas ou sociais, por exemplo, da instituição da propriedade, mas são palavras simples e não técnicas. Assim são as afirmações simples e indicativas em que termos possessivos como “meu”, “seu”, “dele” aparecem em predicados gramaticais. “isso é meu”, “isso é seu”, “isso é dele” são antes de tudo sentenças para as quais advogados criaram a expressão “palavras operativas” e J. L. Austin a expressão “performativas”. Pela expressão de tais palavras, especialmente no tempo presente,

<sup>108</sup> HART, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 265). Oxford: Oxford University Press, 1983.

<sup>109</sup> HART, H. L. A. “The ascription of responsibility and rights”. In: Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society*. Blackwell, p. 171 – 194, 1951, p. 171.

nós não descrevemos, mas de fato performamos ou realizamos uma transação; com elas, nós reivindicamos direitos de propriedade, conferimos ou transferimos tais direitos quando eles são reivindicados, reconhecemos tais direitos ou aferimos eles, e quando essas palavras são utilizadas, elas têm relações com os fatos que dão base para elas da mesma forma que decisões judiciais.<sup>110</sup>

O que Hart argumenta nessa passagem é que a utilização do vocabulário normativo, isso é, aquele que depende de instituições jurídicas ou sociais, como o vocabulário do direito de propriedade, configura um uso especial da linguagem que afere propriedade e responsabilidade ao invés de apenas descrever fatos do mundo. O artigo apresenta então a ideia de que, a partir de uma atenção ao que é próprio do vocabulário jurídico – a função especial que a linguagem normativa possui –, é possível resolver questões problemáticas de filosofia do direito e identificar uma característica própria destes conceitos: sua derrotabilidade [*defeasibility*].

### 3.2. Definition and Theory in Jurisprudence

Em *Definition and Theory in Jurisprudence*, Hart inicia afirmando que questões como “o que é direito”, “o que é um Estado” e “o que é um direito” causam perplexidade, e que parece, para o autor, que esta perplexidade é causada porque o método utilizado para definir estes termos é inadequado. Hart sugere que essas noções jurídicas podem ser elucidadas por métodos propriamente adaptados ao caráter especial destas noções.<sup>111</sup>

O autor afirma que os termos jurídicos são anômalos, no sentido em que não parecem ter uma conexão direta com contrapartes no mundo dos fatos, além de as palavras usuais das nossas definições de pessoas, coisas e qualidades não equivalerem a termos jurídicos. Nesse sentido, o termo “obrigação” se relaciona com os termos “expectativas” e “poder”, mas não pode ser reduzido a nenhuma dessas duas expressões.<sup>112</sup>

Para Hart, diversas teorias tentaram lidar com a dificuldade de definição de termos e expressões jurídicas, mas estas teses não deram conta de explicar a anomalia da linguagem jurídica:

---

<sup>110</sup> *Ibid.* 185.

<sup>111</sup> HART, H. L. A. “Definition and Theory in Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 21). Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 21.

<sup>112</sup> *Ibid.* Pg. 23.

Assim, apesar de teoria ser algo bem-vindo, o desenvolvimento da teoria na base de definições não. Teorias assim criadas representam um valoroso esforço para lidar com muitas características intrigantes do direito; e entre elas está a grande anomalia da linguagem jurídica – nossa inabilidade em definir as suas palavras e termos cruciais em termos de contrapartes factuais ordinárias. Mas aqui eu penso que elas (as teorias) falham na sua maior parte porque seu método de ataque vincula elas todas, apesar de sua hostilidade mútua, a uma forma de resposta que só pode distorcer as características distintas da linguagem jurídica.<sup>113</sup>

Até aqui o autor identificou um problema que considera próprio de termos e palavras jurídicas, que é a sua dificuldade ou impossibilidade de redução a termos ou fatos não jurídicos, e argumentou que outras teorias falharam em resolver estas questões ao não utilizar da metodologia certa para resolvê-las. É momento agora então de expor esta metodologia.

Hart considera que uma linguagem que envolve a enunciação e a aplicação de uma regra constitui um segmento especial do discurso humano, que contém características distintivas que causam confusão se não forem observadas. Essas características especiais se relacionam com o fato de que a utilização de termos jurídicos – e de termos que se relacionam com regras de um modo geral – ocorre em situações em que os agentes não estão descrevendo fatos, mas realizando conclusões. Nesse sentido, o autor afirma:

É importante notar que alguém que diz “A tem um direito” não declara a regra de direito em questão; e que apesar de que, dados certos fatos, é correto dizer “A tem um direito”, alguém que afirma isso não está declarando ou descrevendo estes fatos. Ele fez algo que é diferente destas duas coisas: ele retirou uma conclusão da regra relevante, mas não declarada, e dos fatos relevantes, mas não declarados do caso. “A tem um direito”, como “ele está fora” (de um jogo) é assim o resultado de um simples cálculo jurídico: ele (o cálculo) declara um resultado e pode bem ser chamado de uma conclusão de Direito.<sup>114</sup>

Estas características especiais do uso de regras as tornam particularmente inadequadas para a definição da forma simples de identificação de termos factuais correspondentes. Hart acredita que, ao invés, é preciso atentar para a função de expressões como “direito”, “dever”,

---

<sup>113</sup> IbidPg. 25.

<sup>114</sup> Ibid. Pg. 28.

“estado” e “corporação” nas sentenças em que elas são utilizadas<sup>115</sup>, o que pode fornecer um esclarecimento que transcende das formas usuais de definição, pois é possível extrair do uso característico das expressões as condições em que a sentença é verdadeira e compreender como a sentença é utilizada para chegar a uma conclusão a partir das regras em um caso particular.<sup>116</sup>

Desse modo é possível, por exemplo, definir o que é um *trick* em um jogo de cartas:

Tome a noção de um *trick* em um jogo de carta. Alguém diz “o que é um *trick*?”, e você responde “Eu vou explicar: quando você tem um jogo e entre as suas regras há uma regra que define que quando cada um dos nossos jogadores tiver jogado uma carta então o jogador que tiver colocado a carta maior marcou um ponto, nessas circunstâncias o jogador é descrito como “*have taken a trick*”.”<sup>117</sup>

Essa forma de explicação de conceitos seria própria para a situação jurídica, de acordo com Hart, pois nos mostra tudo o que queríamos saber ao explicar as condições em que a sentença “*He has taken a trick*” é verdadeira e como ela é usada para chegar a uma conclusão a partir de regras em um determinado caso. Da mesma forma o autor afirma que acerca da elucidação da expressão “ele tem um direito”:

1) Uma afirmação da forma “X tem um direito” é verdade se as condições a seguir forem satisfeitas:

A). Existe um sistema jurídico.

B). Sob uma regra ou regras do sistema alguma outra pessoa Y é, nos eventos em que ocorreram, obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma ação.

C). Essa obrigação é juridicamente feita a depender da escolha ou de X ou de outro grupo autorizado de agir em seu nome de forma que ou Y é obrigado a fazer ou deixar de fazer uma ação apenas se X (ou alguma pessoa autorizada) assim decidir ou alternativamente apenas até X (ou aquelas pessoas) escolherem o contrário.

2) Uma afirmação da forma “X tem um direito” é utilizado para chegar a uma conclusão de direito em um caso particular que recai sob tais regras.<sup>118</sup>

O autor passa a utilizar esta mesma forma de esclarecimento para outros termos jurídicos como “corporação” e declara que teorias passadas que se ocuparam com estes termos falharam

---

<sup>115</sup> Ibid. Pg. 31.

<sup>116</sup> Ibid, p. 33.

<sup>117</sup> Ibid Pg. 33.

<sup>118</sup> Ibid. Pg. 35.

em conceder uma teoria plausível do fenômeno. Isso porque elas não perceberam que nestes casos não é possível traduzir os termos a partir de uma definição usual, mas tudo o que pode ser fornecido é uma descrição detalhada das condições em que as afirmações que utilizam da expressão são verdade, junto de uma descrição da forma distintiva em que elas são utilizadas para tirar conclusões de regras específicas em casos particulares.<sup>119</sup>

Acredito que o suficiente já tenha sido exposto para mostrar a vinculação direta da teoria de Hart neste escrito com a metodologia de J.L. Austin e também com algumas teses substantivas deste autor. Isso porque a função particular que Hart identifica neste artigo como sendo o centro do porquê de existir dificuldade em definir o Direito é diretamente ligado com as ideias de Austin sobre o caráter performativo de alguns atos de fala.

Da mesma forma em que Austin buscou o que é particular em atos de fala ou afirmações como aquela que batiza uma criança, acima referida, é objetivo de Hart mostrar no artigo o que é particular de atos de fala que incluem termos jurídicos e termos relacionados a regras. Isso é, o fato deles se tratarem não de uma descrição do mundo, mas de uma conclusão a partir de um determinado contexto de fala. Mais que isso, Hart identifica essa relação como o centro da perplexidade quanto a definição de termos jurídicos, e aponta que teorias passadas falharam justamente em não perceber estas características próprias da fala que inclui termos normativos.

As relações deste artigo com a teoria de J.L. Austin se dão de muitas formas, em especial: 1) pela análise do uso de termos normativos e sua caracterização como atos de fala dotados de características próprias que devem ser percebidas; 2) pela explanação destes através da análise sentenças putativas como “X tem um direito” e “ele está fora”. É a partir da análise de como é possível explicar o sentido de “ele está fora de um jogo” e “*have taken a trick*” que Hart chega ao que é problemático na explicação destes termos e na conclusão de que isso é algo que pertence a conclusões normativas de uma forma geral.

Como visto, Hart tem uma solução para lidar com a impossibilidade de definição comum e com as características próprias de termos jurídicos, qual seja, a análise das sentenças que incluem esses termos de modo a ser possível identificar as condições em que as afirmações que usam estas expressões são verdadeiras. Além de identificar o problema, a análise dos atos de fala fornece também uma solução que o autor indica como adequada para os mais diferentes termos jurídicos.

---

<sup>119</sup> Ibid. Pg. 42.

Esta vinculação forte às teses e ao método de Austin não iria se manter no decorrer da obra de Hart, e como já foi anteriormente indicado, há uma diminuição por parte do autor tanto da expressão destas ideias quanto da ênfase concedida a elas. Como afirma P.M.S. Hacker:

É interessante notar que elementos da análise de conceitos jurídicos que Hart havia incluído nas condições de verdade de sentenças e afirmações que incluíam estes conceitos são, no *Conceito de Direito*, relegados a pressuposições de afirmações (por exemplo, a existência de um sistema jurídico era tomado, na palestra inaugural de Hart, como fazer parte das condições de verdade de “A tem um direito a...”). Uma mudança significativa similar foi o abandono por parte de Hart da análise de atos de fala como uma panaceia para todos os problemas da filosofia do direito. (...) um componente crucial da palestra inaugural é o argumento de que afirmações de direito são utilizados para tirar conclusões de direito, e estes são interpretados em termos de atos de fala. Essa ênfase em relação à análise de atos de fala desapareceu quase completamente no *Conceito de Direito*, sendo substituído pela moção de “afirmações feitas sob um ponto de vista interno”<sup>120</sup>

Esta perda de ênfase também é identificada por Joseph Raz:

No começo da sua carreira, Hart procurou encontrar ajuda particularmente na recém-criada teoria de atos de fala desenvolvida por J. L. Austin. Hart acreditava que vários problemas relacionados à explicação da responsabilidade seriam dissolvidos uma vez que percebêssemos o uso não-assertórico da linguagem. Ele também acreditava que problemas sobre o caráter ontológico de “coisas” jurídica como direito, direitos e corporações, que inquietou Bentham e muitos outros, poderia ser resolvido com a aplicação da teoria de atos de fala. Na época em que Hart publicou o *Conceito de Direito* muitas dessas expectativas haviam diminuído.<sup>121</sup>

Identificada esta mudança, é preciso então dizer seu porquê e de que forma ela ocorreu, isso é, por o que exatamente Hart substituiu a análise de atos de fala que marca estes dois artigos. Antes disso, acredito ser necessário a exposição de outro momento da bibliografia do autor que estaria conectado diretamente à metodologia de J. L. Austin.

<sup>120</sup> Hacker, P. M. S. & Raz, Joseph (eds.) (1977). *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford University Press. Pg. 7.

<sup>121</sup> RAZ, Joseph. “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”. In: *Legal Theory*. 1998, p. 5.

No livro *Causation in The Law*, escrito por Hart em colaboração com o filósofo Tony Honoré, é possível identificar outro aspecto do método de J. L. Austin. Neste livro, um apanhado de decisões judiciais e de considerações sobre doutrina jurídica são analisados com o objetivo de elucidar a concepção do fenômeno “causa” na área do Direito. Como Nicola Lacey coloca:

A nível de método, *Causation in The Law* representa uma aplicação intensa da análise linguística na área do Direito. Isso porque a abordagem de Hart e Honoré é a de procurar desenterrar os princípios subjacentes ao uso por parte de juízes da linguagem causal – uso muitas vezes metafórico, como na ideia familiar de uma “cadeia causal” sendo “quebrada” – e explorar a relação entre o uso judicial e um uso mais geral e comum do entendimento de “causa” incorporado na prática linguística em contextos particulares. Assim os autores analisam centenas de casos, identificando caminhos comuns para elucidar princípios gerais, e identificam um significado central de “causa” que alcança diferentes contextos.<sup>122</sup>

Este livro é especialmente importante para o tema da dissertação pois os autores nele se confrontam com o problema que J.L. Austin identificou como o da “palavra final”, isso é, da possibilidade do filósofo que analisa a linguagem ordinária suplementar o uso comum a partir de reflexões sobre o vocabulário analisado e da forma que este pode ser melhor explicado. Neste sentido os autores seguiram a percepção de que esta suplementação é possível.

Como indicou Nicola Lacey:

Como então pode a filosofia linguística criticar a incoerência da prática linguística que toma como seu próprio material? Herbert e Tony Honoré lidaram com este problema em vários pontos em *Causation*. Um espetacular exemplo foi o seu desvio, do princípio geral de olhar para o uso para discernir significado, na sua crítica do apelo por parte de advogados do conceito de [*active force*], que os autores castigaram como obscurecendo mais do que ajudando na distinção de causas ao menos que [*but for*].<sup>123</sup>

O que esta passagem indica então é que, mesmo na obra em que a análise de afirmações e sentenças jurídicas é central para o desenvolvimento de seus argumentos, Hart está preparado a corrigir o vocabulário analisado desde que este apresente inconsistências ou obscuridade e

---

<sup>122</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 215.

<sup>123</sup> Ibid. Pg. 216.



desde que a sua substituição leve a uma maior compreensão do que está sendo estudado. Como visto, esta possibilidade de suplementação também é defendida por outros filósofos da linguagem e não foge do que estes estavam fazendo ao elaborar suas teorias.

### 3.3. Reflexões sobre os textos

Tentei, a partir destes três textos, mostrar duas aplicações distintas de reflexões trazidas de J.L. Austin à filosofia do direito. A primeira é mais específica e diretamente ligada a teses do autor e relaciona-se com a sua teoria de atos de fala. O que marca esta aplicação é a utilização da teoria substantiva de Austin acerca do caráter de certos usos da linguagem para a explicação e resolução de problemas próprios da filosofia do direito.

A segunda forma de aplicação da metodologia de J.L. Austin, por outro lado, depende menos de teses substantivas do autor. Esta aplicação busca identificar conceitos comuns a partir do exame do uso de sentenças e expressões de falantes aptos. No caso de *Causation in the Law*, são analisadas as decisões judiciais de diferentes sistemas jurídicos.

Até onde consigo identificar a partir de uma leitura geral, os argumentos deste livro não dependem e não procuram afirmar que o uso do conceito de causalidade em decisões judiciais é performativo. O livro busca, ao invés, identificar o conceito de causa que permeia diferentes culturas jurídicas a partir da análise do uso deste conceito em diferentes decisões judiciais.

É importante diferenciar estas duas formas de uso de teses próprias da filosofia da linguagem, pois é possível vincular-se a uma sem adotar a outra. No caso, é possível concordar com J.L. Austin que a análise do uso de conceitos em situações cotidianas ou especializadas de fala tem a capacidade de trazer elucidação quanto ao conceito analisado sem se vincular as teses do autor sobre atos de fala. É possível também apreciar a tese dos atos de fala, e a elucidação que esta traz para atos como o do batismo, e ao mesmo tempo reconhecer que apenas alguns usos da linguagem cumprem este papel identificado por Austin e que a tese não tem o objetivo de explicar todos os usos da linguagem.

Outra característica importante da aplicação metodológica das teses de Austin é que elas não são teses exclusivas do autor. Como visto, a ideia de que alguma forma de atenção ao uso de expressões e sentenças poderia trazer esclarecimento filosófico sobre conceitos era algo compartilhado por Ryle, Strawson e também por Wittgenstein. As teses substantivas de J.L. Austin

sobre justificativas e atos de fala são parte do resultado que esta convicção compartilhada trouxe para a filosofia, mas não são as únicas conclusões possíveis a partir deste método.

Hart adotou e defendeu nos seus artigos iniciais a ideia de que questões de filosofia do direito e de definição de termos jurídicos poderiam ser melhor compreendidas a partir de considerações acerca do seu caráter performativo. Em especial, o autor defendeu em ambos os artigos que, enquanto conclusões a partir de normas, o reconhecimento e reivindicação de direitos possuiria um caráter performativo e não descritivo.

Hart viria a reconhecer a equivocidade destas teses na introdução da sua coletânea de artigos de 1983:

No artigo 1 (Definition in law and jurisprudence) eu falhei em perceber [*allow for*] a distinção importante entre o significado ou sentido relativamente constante de uma sentença que é fixado pelas convenções de linguagem e a “força” variável ou a forma em que a sentença é colocada pelo escritor ou falante em ocasiões diferentes. “Há um touro no campo” tem o mesmo significado ou conteúdo caso tenha a intenção pelo autor como uma resposta para uma pergunta ou como um aviso ou como uma hipótese. A negligência quanto a essa distinção vicia parte da minha explicação no artigo 1 do significado de afirmações de direito ou afirmações sobre corporações.

Foi simplesmente equivocado dizer que estas afirmações são conclusões de inferências a partir de regras jurídicas, pois tais afirmações têm o mesmo significado em diferentes ocasiões de uso independentemente do falante ou escritor colocar elas como inferências ou não. Se ele colocar tais afirmações como inferência, esse é a força da afirmação naquela ocasião, e não parte do significado da afirmação.

O que compõe meu erro é que apesar de eu falar que tais afirmações são capazes de serem verdadeiras ou falsas, eu nego que eles sejam “descritivas” como se isso estivesse excluído pelo status que eu erroneamente atribui a elas como conclusões de Direito, e a minha negação que tais sentenças são “descritivas” obscureceu a verdade que para um total entendimentos destas nós devemos entender o que é uma regra de conduta requerer, proibir ou permitir um ato.<sup>124</sup>

A partir destes comentários, podemos ver como Hart passou a entender as teses centrais dos seus dois artigos iniciais como equivocadas. Estas reflexões, sobre a diferença entre o significado e a força de expressões, servem como crítica à tese do autor de que reivindicações

---

<sup>124</sup> HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 265). Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 4-5.

de direito teriam o papel performativo de conclusão. Elas não têm, entretanto, o objetivo de refutar a tese dos atos de fala como um todo. O que Hart reconhece então é a inadequação da sua aplicação desta teoria nos moldes dos dois artigos apresentados.

Isso significa dizer que alguns dos argumentos apresentados nestes artigos poderiam ser corrigidos, caso Hart continuasse convencido de que há algo de performativo na linguagem da reivindicação de direitos e que a atenção para esta característica é algo central para a filosofia do direito. Nesse caso, uma reformulação destas ideias, junto de uma atenção à diferença entre a força e o significado de expressões, poderia talvez levar estes argumentos adiante.

Este não foi, entretanto, o caminho que o autor escolheu seguir, e apesar de ele continuar reconhecendo que algumas expressões de reconhecimento de direito – e de criação de legislação<sup>125</sup> – possuem um caráter performativo que é esclarecido a partir das reflexões de Austin, em nenhum escrito posterior reflexões sobre este aspecto da linguagem jurídica ocuparam o mesmo papel fundamental destes dois artigos iniciais. Não houve então uma rejeição completa da tese, mas sim da sua importância para questões de filosofia do direito.

Poderia ser argumentado que aqui, no abandono da centralidade de questões sobre o caráter performativo de expressões, também estaria o fim da influência de Austin e de teorias da linguagem na obra de Hart. Não acredito, entretanto que esse seja o caso. Ao invés, o autor passa de um esforço para enquadrar questões de filosofia do direito a partir da análise de atos de fala para uma metodologia de análise do *Conceito de Direito* propriamente dito. Essa análise, como iremos ver, se conecta diretamente com a metodologia dos autores da virada linguística.

Para ver como esta mudança se desenvolve, é preciso analisar um último artigo de Hart anterior ao *Conceito de Direito*.

### 3.4. O texto de Harvard

Há um último artigo de Hart que merece atenção, dada a sua peculiaridade metodológica, apresentado em um seminário em 1956 na Universidade de Harvard, e tornado público apenas recentemente em 2013 através da pesquisa de Geoffrey Shaw<sup>126</sup>. Nesse artigo,

---

<sup>125</sup> Hart defende que o ato de legislar pode ser melhor entendido como um uso performativo da linguagem, por exemplo, no último artigo do livro: HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 260.

<sup>126</sup> SHAW, Geoffrey. “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”. *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 2, p. 666, December, 2013.

Hart trata da questão de discricionariedade judicial de uma forma diversa daquela que seria tratada no *Conceito de Direito*.

Este artigo é interessante pois mostra uma exposição do pensamento de Hart anterior à sua mais famosa publicação e anterior também à sua célebre palestra em Harvard sobre a separação entre o direito e a moral que só ocorreria alguns meses depois. A importância interpretativa deste artigo, no sentido da sua capacidade de trazer novas reflexões sobre a obra de Hart, ainda é incerta. É sempre possível concordar com o autor de que esta expressão do seu trabalho não é significativa a ponto de merecer publicação e, nesse caso, seria preciso reconhecer que o texto tem maior importância biográfica do que filosófica. Esta, entretanto, não é minha visão.

Acredito que a análise deste texto é importante para o entendimento da obra posterior de Hart e creio também que serve para mostrar uma série de caminhos filosóficos possíveis que estariam conscientemente abertos para o autor e que este resolveu não seguir. Para isso, é preciso primeiro analisar o texto.

O tema do seminário da faculdade de Harvard era o da discricionariedade jurídica, isso é, momentos em que a decisão de uma questão jurídica não apresenta uma resposta inequívoca e a figura pública precisa ir além do direito posto para encontrar a solução da questão. A escolha deste assunto foi deliberada, pois entre estes juristas que faziam parte dos encontros estavam os mais renomados autores e estudiosos da prática processual da época, como Henry Hart e Albert Sacks, e o jus-filósofo Lohn Fuller.<sup>127</sup> Para estes autores, o conceito da discricionariedade era essencial para o entendimento do Direito, e as teses discutidas em Harvard seriam depois a base de diversos escritos sobre o tema<sup>128</sup>.

Cabe dizer que havia um forte ceticismo quanto à capacidade do autor de alcançar conclusões relevantes sobre o Direito a partir dos métodos analíticos desenvolvidos em Oxford. Como relata Nicola Lacey em sua biografia sobre o autor, Hart considerava que a apresentação de seminários em Harvard seria como conduzir uma batalha, dada a antipatia dos ouvintes em relação a sua forma de fazer filosofia.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> HART, Henry; SACKS, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Foundation Press, 1995.

<sup>129</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 180.

Essa foi então uma das primeiras oportunidades de Hart de mostrar que os métodos oxfordianos de análise linguística para obtenção de clareza filosófica serviriam também para o entendimento da prática jurídica. Assim, apesar de identificar cinco possibilidades de análise do conceito da discricionariedade, que iriam desde a definição até o bom uso deste, Hart teve por foco sobretudo a questão da definição do conceito.

Isso significa dizer que os objetivos do trabalho eram o de caracterizar o que é a discricionariedade jurídica, a sua relação com outras formas de escolhas e a forma de que o conceito se expressa em outras áreas do cotidiano. Nesse sentido Hart chegou à conclusão de que a discricionariedade seria, em todos os casos, um conceito que ocuparia um lugar intermediário entre escolhas ditadas por caprichos pessoais ou momentâneos e aquelas que são tomadas para dar efeitos a regras cuja aplicação para o caso particular é óbvio.<sup>130</sup>

Neste artigo, a questão da discricionariedade judicial é desenvolvida a partir de uma concepção do que é a escolha discricionária. Essa análise da escolha discricionária começa pela expressão não jurídica do conceito e, nesse sentido, o autor analisa o que são decisões discricionárias em situações do dia-a-dia para então se ocupar com o que é exclusivo da situação jurídica. Há no decorrer do texto a suposição de que há uma forte relação entre essas duas esferas:

Quase todos os fatores que caracterizam a situação do jantar podem ser encontrados na literatura jurídica relacionada a discricionariedade no direito. Autores e cortes ao considerar, por exemplo, a fixação de taxas por parte do ICC frequentemente usam expressões como “não há a possibilidade de resolver esse problema como se fosse uma questão matemática para qual haveria apenas uma resposta correta”. Outras frases comuns são “o caráter indefinido e muitas vezes especulativo dos fatores envolvidos torna a fixação de taxa um exercício de discricionariedade”. Há, é claro, referências recorrentes à necessidade de uma assembleia experiente e especializada e muitas vezes é dito que o que pode ser esperado é “uma decisão que homens razoáveis poderiam ter tomado dado as evidências”.<sup>131</sup>

Para o autor, entretanto, o que parece diferenciar a discricionariedade no direito de outras situações cotidianas em que decisões são guiadas por princípios não conclusivos é 1) o motivo por que é inevitável a existência de discricionariedade no sistema jurídico e 2) a

---

<sup>130</sup> HART, H. L. A. *Discretion*. Harvard Law Review. Vol. 127, No. 2, dez. 2013, p. 661.

<sup>131</sup> *Ibid.* Pg.. 652-665

diminuição da área da discricionariedade a partir do desenvolvimento institucional. O primeiro ponto é o que o autor caracteriza como a incapacidade humana de prever todas as situações em que as regras poderão ser aplicadas junto da incerteza legislativa quanto ao peso do valor a ser defendido em relação a outros valores que com este podem conflitar em casos não previstos.<sup>132</sup>

Já a segunda característica que marca o caso jurídico da discricionariedade é a possibilidade de evolução das regras a partir da experiência institucional, à medida em que instituições específicas venham a se deparar com situações discricionárias. Isso aconteceria pois, com o tempo; seriam identificados fatores comuns presentes em diversas decisões discricionárias de forma a dar base satisfatória a decisões específicas. Quando, por outro lado, esse amparo para decisões em casos de discricionariedade não puder ser desenvolvido, dada a complexidade da matéria, Hart sugere que a identificação de fatores que irão sempre requerer atenção pela instituição que exerce a discricionariedade no campo em questão também conta como um desenvolvimento próprio da prática jurídica.<sup>133</sup>

Hart enfatiza essa possibilidade de evolução na conclusão do artigo ao explicar que não há dúvida quanto à possibilidade de identificar fatores em relação ao qual atenção deverá ser dada para que decisões futuras sejam consideradas justificadas e que isso ocorre apesar do fato da discricionariedade ser algo inescapável em qualquer sistema jurídico. Por fim, há a repetição do argumento de que essa identificação se dará através de sucessivos exercícios da discricionariedade em um mesmo campo de decisão.

Ou seja, Hart afirma que, a partir do uso reiterado das regras, e do exercício reiterado da discricionariedade, é possível que se descubra fatores que deverão sempre estar presentes – e que antes eram desconhecidos – para que a decisão nos casos não evidentes seja justificada. Há também uma indicação no artigo de que diferentes instituições exerceriam a discricionariedade de formas diferentes.

### **3.5. Análise.**

Havia certo ceticismo por parte dos professores de Harvard da capacidade da filosofia feita em Oxford para resolução de questões jurídicas, que mesmo durante a própria apresentação do trabalho se mostrou evidente.

---

<sup>132</sup> Ibid. Pg. 662.

<sup>133</sup> Ibid. Pg. 664.

Talvez seja este ceticismo que fez com que Hart tratasse de questões de metodologia de forma mais direta e é uma das curiosidades deste artigo que o autor tenha tratado nele questões de significado e método de uma forma explícita que não iria se repetir em outros textos. Estas reflexões compõe a primeira parte do artigo e é nelas que irei me concentrar.

Hart inicia o artigo afirmando que uma dificuldade do grupo de estudos ao falar de discricionariedade jurídica era uma falta de clareza quanto às próprias perguntas que poderiam ser feitas em relação ao instituto e que uma vez que as perguntas estivessem claras elas talvez não fossem tão difíceis de resolver. Ele então elenca uma série de perguntas possíveis e afirma que irá se focar na questão do que é o exercício da discricionariedade e o que conta como discricionariedade em diferentes áreas.<sup>134</sup>

Hart chama esta questão, o que é discricionariedade e o que é o exercício de discricionariedade, de uma questão de definição, e afirma que seria possível que o termo “discricionariedade” fosse completamente vago e que nesse caso a única observação possível sobre o significado desse termo seria este. Entretanto, defende o autor:

Mas me parece muito difícil que esse seja o caso: se esse fosse o caso, nós deveríamos concordar em discutir discricionariedade sem qualquer expectativa de que nós estaríamos falando de um objeto comum. O que provavelmente é o caso, como na maior parte das noções de direito, é que podemos encontrar uma série de características que são encontradas juntas no caso *standard* de discricionariedade: isso é, em casos em que todos iriam concordar que temos o fenômeno da discricionariedade.<sup>135</sup>

O que chama atenção nesta passagem é que Hart passa do termo “discricionariedade” para o fenômeno da discricionariedade como se estas duas coisas fossem intercambiáveis. É possível perceber isso à medida que o autor indica que a utilização do termo se reflete na capacidade compartilhada de instanciação de casos como casos claros de discricionariedade e indica também que se não houvesse essa capacidade compartilhada não haveria capacidade de comunicação a partir do termo:

---

<sup>134</sup> HART, H. L. A. *Discretion*. Harvard Law Review. Vol. 127, No. 2, dez. 2013, p. 652.

<sup>135</sup> *Ibid* Pg. 653.

Depois que as características dos casos centrais ou claros do exercício da discricionariedade tiverem sido distinguidas, nós poderemos ver que há vários outros casos em que apenas alguma das características cardinais dos casos claros estão presentes e em que nós iríamos discordar quanto à classificação deles como casos de discricionariedade; também estarão presentes em casos que nós não normalmente classificaríamos como o exercício de discricionariedade algumas características daquelas presentes nos casos centrais. Essa posição, em que nós somos capazes de distinguir as características principais de um caso claro e então casos de fronteira em que algumas, mas não todas aquelas características estão presentes, parece característico para mim, de definição nesta área.

Eu prefiro esse modo de descrever a situação semântica do que apenas dizer que temos um contínuo que abrange uma área ampla e que nós estamos distinguindo algo que desaparece gradualmente em alguma outra noção, pois essa metáfora do contínuo não explicita o fato de que nós, tanto quanto reconhecemos a vagueza na fronteira de tais noções como discricionariedade, também reconhecemos casos claros ou simples, e se nós não conseguíssemos fazer isso nós não seríamos capazes de usar o termo em comunicação uns com os outros.<sup>136</sup>

Estas reflexões são importantes pois, como visto, posteriormente ao *Conceito de Direito*, Hart será acusado por Ronald Dworkin de possuir uma visão criterial sobre semântica e filosofia do Direito. De acordo com a crítica, Hart estaria vinculado à ideia de que usuários competentes compartilham critérios para identificação de instâncias dos conceitos e também à ideia de que, caso não haja este mínimo de acordo compartilhado, também não haveria comunicação entre os usuários destes conceitos.

Seria este trecho do artigo, desconhecido da parte de Dworkin na época da acusação, uma vindicação desta crítica ao menos para o âmbito deste escrito?

É difícil dizer. Hart realmente parece afirmar aqui que é a capacidade de instanciação de casos claros que torna a comunicação possível. Entretanto, o autor não se compromete a dizer de onde vem a capacidade do falante apto a identificar instanciações claras, e por mais que a tese criterial seja uma opção possível, existem outras opções de explicação.

Uma explicação não criterial, e que também depende da capacidade de instanciação por parte de falantes aptos, se relaciona a chamada de nova teoria da referência de Hilary Putnam. Não é momento de falar sobre esta teoria, mas é importante notar que pelo menos dois autores,

---

<sup>136</sup> Ibid. Pg. 654.



Jules Coleman<sup>137</sup> e Veronica Blanco<sup>138</sup>, argumentam que a tese de Hart no *Conceito de Direito* é compatível, e na verdade teria sua melhor justificação, a partir das considerações de Putnam.

Esta talvez fosse uma oportunidade de Hart deixar explícitas suas considerações sobre o significado de expressões e a relação entre a identificação de um fenômeno enquanto um fenômeno e a habilidade de comunicação. Caso o autor tivesse continuado a tratar destes assuntos de forma explícita como faz aqui neste início de artigo, talvez diversos debates pudessem ter sido evitados.

Infelizmente estas são as únicas considerações de Hart sobre a relação entre capacidade de instanciação e possibilidade de comunicação. Seus artigos e livros posteriores, até onde consigo identificar, não confrontam a situação diretamente e o que é trazido aqui não parece suficiente para chegar a qualquer tipo de conclusão.

Irei defender que o abandono destas reflexões pode ser explicado pela perda de ênfase em escritos posteriores da importância da identificação de “termos” e a partir da incorporação de ideias sobre a dificuldade de sua definição. É possível que a absorção de teses de Wittgenstein que, como irei argumentar, ocorreram depois da elaboração deste artigo, tenham deixado o autor mais receoso quanto a tratar diretamente de questões de comunicação e domínio de conceitos. Ao menos que novos escritos surjam sobre este tema, entretanto, é difícil dizer isso de forma definitiva.

A continuação do artigo, por outro lado, é também importante por apresentar uma concepção que vai acompanhar o autor até o fim de sua obra: a ideia de que é possível elucidar conceitos mesmo quando a sua identificação e o seu uso não apresentem problemas no dia-a-dia:

Mas há razões mais importantes para focar atenção nas características presentes naqueles casos em que nós iríamos todos concordar que devem ser classificados como casos de discricionariedade: a primeira razão é que muitas dificuldades ou preocupações sobre discricionariedades como expressas pelos membros do grupo certamente surgem nos casos claros, e o fato de que há casos de fronteiras que são questionáveis ou que poderiam ou não ser classificados como discricionariedade é irrelevante para muitos desses problemas. Segundo, nós temos nesse caso, como em casos similares em que uma definição pode ser útil, a situação que realmente estimulou o questionamento filosófico desde que a filosofia começou:

---

<sup>137</sup> COLEMAN, Jules L.; SIMCHEN, Ori. 'Law'. *Legal Theory* 9 (1):1-41, 2003.

<sup>138</sup> RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. “A defence of Hart's semantics as nonambitious conceptual analysis”. In: *Legal Theory* 9 (2):99-124. 2003.

isso é, que, ao mesmo tempo em que somos capazes de concordar sobre uma área central do fenômeno como constituindo casos claros de discricionariedade, coexiste com essa concordância do uso do termo, ou se você preferir, com o domínio do termo para os propósitos do dia-a-dia, uma falta de clareza fundamental sobre os princípios que governam nosso uso compartilhado [*agreed use*]. Parece vital, para mim, tornar explícitos os traços característicos presentes nos casos compartilhados de discricionariedade, e isso só pode ser feito por algum tipo de análise reflexiva do nosso efetivo uso do termo.<sup>139</sup>

Nos dois artigos vistos anteriormente, era objetivo de Hart resolver problemas de filosofia do direito a partir de considerações sobre atos de fala jurídico. Agora, neste artigo, seu foco é outro, e relaciona-se com a explicitação dos princípios que governam o uso de expressões e termos que apresentam dificuldades teóricas, apesar de apresentarem um exercício não controverso na prática. Como visto, a elaboração de um mapa conceitual a partir da interação de conceitos é algo próprio da filosofia de Ryle, e que se relaciona com o trabalho também de Strawson e Austin.

A relação que Hart estabelece entre o uso de conceitos e a explicitação destes por meio de análise é suficiente, já nesse artigo, para identificar o seu exercício de filosofia como um exercício de análise conceitual. Esta análise conceitual é aquela típica da filosofia oxfordiana, que se caracteriza pelo exercício de desvendar e identificar estruturas conceituais compartilhadas que guiam implicitamente o uso de conceitos e que não são explicitamente reconhecidas.

Em resumo, foi objetivo do autor neste artigo, a partir de reflexões sobre o uso da discricionariedade em seus casos mais banais – como o da faca e o da dona de casa – e de reflexões sobre casos de discricionariedade no próprio direito, chegar a uma conclusão sobre o que caracteriza um caso discricionário. Nesse sentido, o autor afirma:

Essas observações e também as características do caso simples discutido trazem à tona que a característica distinguível do caso da discricionariedade é aquele que permanece uma escolha a ser feita pela pessoa a quem a discricionariedade é autorizada e que esta escolha não é determinada por princípios que podem ser

---

<sup>139</sup> HART, H. L. A. *Discretion*. Harvard Law Review. Vol. 127, No. 2, dez. 2013, p. 654.

formulados de antemão, embora os fatores que devemos levar em conta e conscientemente pesar possam eles mesmos ser identificados.<sup>140</sup>

O que o autor fez neste artigo é o que pode ser identificado como uma análise conceitual própria da “escola de Oxford”. Isso porque foi identificado um conceito problemático, o de discricionariedade, e a partir de reflexões sobre o seu uso não controverso no dia-a-dia foi identificado o princípio que guia e caracteriza estes casos como casos discricionários.

É importante perceber que a função desta reflexão não é auxiliar na identificação de casos de discricionariedade, pois é uma pressuposição da investigação que os leitores para quem o artigo é direcionado já consigam identificar exemplos claros de casos discricionários. O que a investigação busca mostrar são as propriedades características que permeiam estes exemplos, pois outra pressuposição do artigo é a de que a identificação não controversa de instâncias é compatível e normalmente vem acompanhada de uma falta de clareza a respeito dos princípios que marcam o fenômeno.

A identificação destes princípios tem, por outro lado, a função de informar sobre o fenômeno, e tem prioridade investigativa a perguntas diretamente normativas, tais como os valores que a discricionariedade ameaça ou o que pode ser feito para minimizar os seus males. É algo pressuposto pelo exercício realizado por Hart que estas perguntas que envolvem raciocínios diretamente valorativos possam ser melhor respondidas uma vez que a identificação dos princípios que tornam um caso discricionário seja realizada.

Assim, expostos então os objetivos de Hart neste artigo (a análise conceitual da discricionariedade com o objetivo de explicitar os princípios implícitos no uso deste termo), é possível questionar se é exatamente este tipo de exercício que Hart faria no *Conceito de Direito*. E a resposta ao questionamento será ambígua.

Isso porque neste artigo de Harvard ainda faltam alguns traços característicos do *Conceito de Direito*, que dão forma ao tipo de análise realizado naquela obra, uma forma mais sofisticada de análise conceitual, sem relação tão direta com a ideia de “termos”. Têm importância explícita no artigo a análise do termo “discricionariedade” e a utilidade que definições de termos podem trazer.

Em diversos momentos, o autor fala do fenômeno da discricionariedade como se este estivesse diretamente relacionada à expressão “discricionariedade”. Entretanto, como vários

---

<sup>140</sup> *Ibid*, p. 661.

autores apontam, é possível que um conceito tenha aplicação mais ampla que os termos que lhe caracterizam e nem sempre uma explicitação do significado do termo é a mesma coisa que a explicitação do conceito que o termo marca.

Estas são diferenciações importantes que podem ser identificadas nos textos dos filósofos da linguagem de Oxford, mas que acredito ainda não estarem claras para Hart no momento da elaboração deste artigo. Já quando da escrita do *Conceito de Direito*, como veremos, a situação seria bastante distinta. Defenderei ser possível traçar esta linha na medida em que, no livro, o autor não iria buscar os princípios que regem o uso do termo “direito”, mas sim os princípios que regem o uso do conceito de direito.

#### **Capítulo 4. O Conceito de Direito.**

É chegada, por fim, a hora de nos aprofundarmos no livro *O Conceito de Direito*. Neste capítulo, pretendo mostrar como esta obra foi influenciada pelas teorias da linguagem do século XX e como estas teorias forneceram a base para que o autor realizasse o que pode ser chamado de uma análise conceitual e descritiva do fenômeno jurídico. Esta análise é fundamentalmente diferente daquela que tem por objetivo apontar o caráter performativo da linguagem jurídica, que marca os primeiros textos do autor. É, também, substancialmente diferente da elucidação terminológica que marca o artigo de Harvard.

Para entender esta forma particular de análise é preciso primeiro perceber quais eram as ambições do autor com o livro. Felizmente, estas ambições podem ser identificadas a partir das colocações do autor em um caderno elaborado durante a composição do livro e posteriormente exposto pela biógrafa Nicola Lacey. Neste caderno, Hart afirma:

Minha ambição na sua forma mais grandiosa é dissipar para sempre a vontade definicional dos wisps<sup>141</sup> - a busca de uma “definição” do direito – mostrando que tudo que pode ser feito e que é importante fazer é caracterizar o conceito de direito através da identificação dos elementos principais e a organização dos elementos que constituem o sistema jurídico padrão. Quando este caso padrão for estabelecido e compreendido sem um preconceito em favor da sua descrição em termos de um único

---

<sup>141</sup> A frase original é “to dispel forever the defitional will o’ the wisps” e ela se refere à expressão inglesa relacionado ao personagem folclórico que queima no escuro e ofusca a visão do viajante. A expressão é utilizada para marcar algo que é alusivo ou sedutor.

elemento *parti pris* (como “coerção” (força) ou “justiça”) então, primeiro, as dúvidas e as indeterminações do caso não padrão podem ser enfrentadas e, segundo, as relações do direito com a “moralidade” como meios de controle social podem ser analisadas.<sup>142</sup>

Esta passagem dos cadernos enuncia dois temas que são fundamentais para entender o argumento do *Conceito de Direito*. O primeiro é o abandono da busca por uma definição do que é direito que possa servir para a identificação de qualquer instância possível do fenômeno como um caso de direito. O segundo é a identificação do caso padrão de sistema jurídico como a expressão do caso central que pode e que vale a pena ser estudado.

Estes dois temas se relacionam, na medida em que é fundamental para o autor mostrar que é dogmática a busca por elementos constitutivos que estariam sempre presentes em qualquer situação de direito. Também é importante para Hart reconhecer que existem dúvidas e incertezas em relação ao caso central de sistema jurídico que faz com que um estudo deste necessite atenção.

É porque não é possível fornecer uma definição de direito que seja capaz de identificar todas as instâncias possíveis do termo que a busca por esta definição é dogmática. Mas é por causa de características do caso central do conceito que o estudo deste é teoricamente valioso. Para entender o que tudo isso significa é preciso analisar os argumentos do livro.

Já no primeiro capítulo do livro, Hart indica que, ao mesmo tempo em que existe um intenso debate sobre o que é o direito, coexiste com estas disputas teóricas uma capacidade por parte da maioria das pessoas de citar exemplos jurídicos. Mais que isso, o autor afirma que é possível esperar de qualquer pessoa suficientemente educada que ela consiga identificar algumas características salientes entre diferentes sistemas jurídicos:

Essas [características] compreendem I) regras proibindo ou incentivando certos tipos de comportamento sob punição; II) regras exigindo que pessoas compensem aqueles que eles prejudicaram em certas formas; III) regras especificando o que deve ser feito para criar testamentos, contratos e outras disposições que confere direitos e criam obrigações; IV) cortes que determinam quais são as regras e quando

---

<sup>142</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, Pg. 222. Grifos do autor.

elas foram quebradas, e para fixar a punição ou compensação a ser paga; V) um legislativo para fazer novas regras e abolir regras antigas.<sup>143</sup>

Identificado este conhecimento comum sobre o que é direito, o autor se pergunta então o porquê da questão “o que é direito” ter persistido apesar desta habilidade geral de identificação do que é direito.

Hart afirma que a persistência da questão não ocorre pela existência de casos de dúvida em que alguns elementos característicos de sistemas jurídicos estão presentes, mas outras características que podem parecer essenciais estão faltando.<sup>144</sup> O autor defende que casos incertos de aplicação é algo que existe em relação a quase todos termos gerais que usamos para classificar características da vida humana e do mundo em que vivemos. Algo que é comum na utilização de termos não pode por si só explicar o longo debate sobre o que é o direito.

O autor então sugere que a resposta à pergunta sobre o que é o direito seja dada citando as características salientes recém vistas e acrescentando que em alguns casos de dúvida como no direito internacional há razões não conclusivas para sua classificação como direito. Hart afirma, entretanto:

Esta solução para a questão seria agradavelmente curta, mas não teria mais nada que a recomendasse. Porque, em primeiro lugar, é claro que aqueles que estão mais perplexos pela questão “o que é direito” não esqueceram e não precisam ser lembrados dos fatos familiares que esta resposta fornece a eles. As perplexidades profundas que têm mantido a questão viva não são ignorância, esquecimento ou inabilidade de reconhecer o fenômeno a que a palavra “direito” comumente se refere.<sup>145</sup>

O autor sugere, então, que a pergunta sobre o que é o Direito seja substituída pela questão do que é em relação ao direito que tem intrigado aqueles que buscam responder a esta pergunta apesar da sua familiaridade com o direito e sua habilidade de reconhecer exemplos. Para Hart, esta questão pode ser respondida, pois, apesar das especulações sobre a natureza do direito possuírem uma história complexa, é possível reconhecer que têm se centrado de forma quase constante em algumas questões principais:

---

<sup>143</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 3.

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> Ibid. Pg. 5

Nós devemos distinguir aqui três questões principais recorrentes, e mostrar depois o porquê de elas aparecerem na forma da busca por uma *definição* do direito ou por uma resposta à questão “o que é direito”, ou na forma de uma questão mais enigmaticamente formulada como “qual é a natureza (ou essência) do direito?”<sup>146</sup>

(...) Aqui estão, pois, as três questões recorrentes: como o direito difere e como ele se relaciona a ordens baseadas em ameaças? Como a obrigação jurídica se difere, e como ela se relaciona, com a obrigação moral? O que são regras e em que medida o direito é uma questão de regras? Desfazer dúvida e perplexidade quanto a estas três questões foi um dos objetivos centrais da maior parte das especulações sobre a “natureza” do Direito.<sup>147</sup>

Identificadas estas questões, Hart passa, no ponto seguinte, chamado de “definição”, a explicar o porquê do tipo de definição que ele chama de usual não ter conseguido resolver as dúvidas que acompanham o fenômeno jurídico. Como o abandono por parte do autor da busca por uma definição única de direito é fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, os argumentos dessa passagem serão analisados minuciosamente.

Hart inicia a seção afirmando que definições consistem em delimitar linhas ou distinguir um tipo de coisa de coisa de outra. Este tipo exercício de delimitação é geralmente necessário para aqueles que estão familiarizados com o uso da palavra em questão no seu dia-a-dia, mas não são capazes de enunciar ou explicar as distinções que dividem uma coisa de outra. Para o autor, mesmo juristas experientes sentem que, apesar deles conhecerem a lei, há muito sobre o direito e a sua relação com outras coisas que eles não podem explicar e que eles não compreendem completamente<sup>148</sup>:

Como alguém que consegue ir de um ponto a outro em uma cidade familiar, mas não consegue explicar para outros como fazer isso, aqueles que pedem por uma definição precisam de um mapa exibindo claramente as relações que são vagamente sentidas existir entre o direito que eles conhecem e outras coisas.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Ibid. Pg. 6 (Grifos do autor.)

<sup>147</sup> Ibid. Pg. 13.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid. Pg. 14. O trecho entre aspas é citado por Hart de AUSTIN, J. L. “A Plea for Excuses”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57, 1956-7, p. 8.

Para o autor, existem casos em que a definição de uma palavra pode fornecer este mapa. Neste caso, a definição pode tornar explícito o princípio latente que guia o nosso uso da palavra, e pode exibir as relações entre o tipo de fenômeno para o qual nós aplicamos a palavra e outros fenômenos:

Às vezes é dito que definições são “meramente verbais” ou “apenas sobre palavras”; mas isso pode ser particularmente enganoso quando a expressão definida é uma em uso corrente. Até a definição de um triângulo como “uma figura retilínea de três lados”, ou a definição de um elefante como “um quadrupede distinguível de outros pela sua posse de pele grossa, presas e tromba”, nos instrui de uma forma modesta tanto quanto ao uso padrão destas palavras quanto sobre as coisas em relação as quais as palavras são aplicadas.

Uma definição deste tipo familiar faz duas coisas ao mesmo tempo. Ela simultaneamente fornece um código ou fórmula traduzindo a palavra para outros termos bem compreendidos e localiza para nós o tipo de coisa que a palavra é usada para se referir, ao indicar as características que ela compartilha em comum com uma família maior de coisas e aquelas características que a distinguem de outras da mesma família. Ao procurar e encontrar tais definições “nós não estamos olhando apenas para palavras..., mas também para as realidades que usamos as palavras para falar sobre. Nós estamos utilizando um conhecimento aguçado das palavras para aguçar nossa percepção do fenômeno”.<sup>150</sup>

Apesar da utilidade deste tipo de definição, é importante para Hart mostrar que ela não está sempre disponível e que, no caso do direito, uma definição desta forma não é útil ou possível de ser alcançada. O autor explica primeiro por que este tipo de definição não é útil para o caso jurídico e, depois, o por que ela não parece ser sequer possível.

Quanto à utilidade, ele defende que este tipo de definição depende da existência de uma família ou *genus* mais geral, em relação ao qual nós possuímos clareza, e em relação ao qual a definição localiza aquilo que é definido. Assim, esta forma de definição não é útil caso se identifique algo como pertencendo a uma família em relação à qual nós possuímos uma ideia vaga ou confusa. Para Hart, isto torna esta forma de definição inútil, pois não há uma categoria geral bem compreendida e familiar em relação à qual o direito é membro. Mesmo a opção de caracterizar o direito a partir da categoria geral de regras de comportamento não avança nosso

---

<sup>150</sup> Ibid.



entendimento do fenômeno, pois o conceito de regra causa tanta perplexidade quanto ao de direito.<sup>151</sup>

Já quanto à impossibilidade de definir o Direito desta forma, o autor argumenta:

A suposição de que uma expressão geral pode ser definida dessa forma depende de uma pressuposição tácita de que todas as instâncias do que é para ser definido como triângulos e elefantes têm características comuns que são significadas pela expressão definida. Claramente, mesmo em um estágio relativamente elementar, a existência de casos limites/de fronteira vem à nossa atenção, e isso mostra que a pressuposição de que as diversas instâncias de um termo geral devem ter as mesmas características pode ser dogmática. Muitas vezes, o uso ordinário, ou mesmo técnico, do termo é bastante “aberto” no sentido em que não proíbe a extensão de termos para casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estão presentes.<sup>152</sup>

O que Hart identifica como mais importante do que a existência de casos fronteira é o reconhecimento de que as diversas instâncias de um termo geral são comumente ligadas umas às outras de uma forma diferente do que a postulada pela forma comum de definição. Elas podem, por exemplo, ser ligadas por analogia ou pelas diferentes relações para com um elemento central. Uma outra forma de ligação possível, e que Hart indica como sendo em princípio similar com o que unifica as diferentes formas de regras que compõe um sistema jurídico, é o caso em que diferentes instâncias podem ser diferentes componentes de uma atividade complexa.<sup>153</sup>

Hart elabora em uma de suas notas sobre estas questões de definição e qualidades comuns:

A crença não crítica de que se um termo geral (p. ex. “direito”, “estado”, “nação”, “crime”, “bom”, “justo”) é corretamente utilizado, então a gama de instâncias para o qual ele é aplicado devem todas compartilhar “qualidades comuns” foi fonte de muita confusão. Muito tempo e engenho foi desperdiçado na filosofia do direito na vã tentativa de descobrir, para os propósitos de definição, as qualidades comuns que são, nessa visão, tomadas como as únicas razões respeitáveis para usar a mesma palavra para diferentes coisas.

---

<sup>151</sup> Ibid. Pg. 15.

<sup>152</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 15.

<sup>153</sup> Ibid. 16.

Um entendimento das diferentes formas em que diferentes instâncias de um termo geral podem estar relacionadas é de particular importância no caso de termos jurídicos, morais e políticos. [...] O conselho de Wittgenstein é particularmente relevante para termos jurídicos e políticos. Considerando a definição de “jogo”, ele disse, “Não diga que deve haver algo comum ou eles não seriam chamados de “jogos”, mas olhe e veja se há algo em comum. Pois se você olhar para eles você verá que não há nada em comum para todos, mas similaridades, relacionamentos, e uma toda uma série destes”.<sup>154</sup>

Hart termina o capítulo reafirmando que nada conciso o suficiente para ser reconhecido como uma definição do que é direito pode ser fornecido, pois as questões que permeiam o tema são fundamentais demais e muito diferentes umas das outras para serem capazes desta forma de resolução. Entretanto, o autor defende que as tentativas de resolver estas questões a partir de uma definição não foram totalmente inúteis, pois é possível isolar e caracterizar um conjunto de elementos centrais que formam uma parte comum da resposta para estas três perguntas.

O autor conclui:

Em vários pontos do livro o leitor irá encontrar discussões sobre os casos de fronteira em que teóricos jurídicos tiveram dúvidas quanto à aplicação da expressão “direito” ou “sistema jurídico”, mas as sugestões de resolução dessas dúvidas, que ele também encontrará aqui, é apenas uma preocupação secundária do livro. Pois o seu propósito não é fornecer uma definição de direito, no sentido de uma regra a partir da qual a exatidão do uso da palavra possa ser testada; o seu propósito é avançar a teoria jurídica ao fornecer uma análise aperfeiçoada da estrutura distintiva de um sistema jurídico centralizado<sup>155</sup> e um melhor entendimento das semelhanças e diferenças entre direito, coerção, e moralidade, como tipos de fenômeno social.<sup>156</sup>

#### 4.1. Análise

Destas passagens e reflexões acredito que seja possível estabelecer grande parte dos comprometimentos metodológicos de Hart no livro e mostrar o vínculo desta metodologia com

---

<sup>154</sup> Ibid, p. 279. Nota para página 15.

<sup>155</sup> Escolhi usar a tradução “sistema jurídico centralizado” para a expressão “*municipal legal system*”. Esta opção se dá porque utilizar “sistema jurídico municipal” pode trazer confusões relacionadas à ideia de município. Acredito que utilizar “centralizado” auxilie em trazer a ideia de que se trata de um sistema jurídico que centraliza o monopólio da violência e é assim diferente de um sistema jurídico de direito costumeiro ou internacional.

<sup>156</sup> Ibid.

as teses dos autores de filosofia da linguagem trabalhados no capítulo dois desta dissertação. Isso porque neste capítulo Hart estabelece tanto o seu ponto de partida quanto os objetivos que sua teoria pretende e pode alcançar.

O ponto de partida da teoria pode parecer singelo, mas é metodologicamente fundamental. Este ponto de partida é a capacidade de qualquer indivíduo suficientemente educado de identificar aquelas cinco características salientes que Hart indica como um esqueleto do caso central do sistema jurídico. A importância desta capacidade de identificação torna necessária a sua repetição:

Essas [características] compreendem I) regras proibindo ou incentivando certos tipos de comportamento sob punição; II) regras exigindo que pessoas compensem aqueles que eles prejudicaram em certas formas; III) regras especificando o que deve ser feito para criar testamentos, contratos e outras disposições que confere direitos e criam obrigações; IV) cortes que determinam quais são as regras e quando elas foram quebradas, e para fixar a punição ou compensação a ser paga; V) um legislativo para fazer novas regras e abolir regras antigas.<sup>157</sup>

O que Hart apresenta a partir da exposição destas características salientes é a primeira expressão do que será objeto do resto do livro, o caso central de um sistema jurídico. Este caso central é fundamental, pois a partir dele serão identificados elementos que servirão como teste da adequação de qualquer teoria que pretenda caracterizar o conceito de direito.

Hart irá, por diversas vezes no decorrer da obra, criticar e apontar incoerências de caracterizações anteriores do direito frente à realidade da forma como regras jurídicas são vistas, utilizadas e pensadas na vida social. São os atributos que compõem o caso central como exposto nesta passagem que fornecem este “teste de realidade”.

A título de exemplo, apresentarei dois momentos em que Hart utiliza esta forma de análise e tentarei explicar o que este tipo de reflexão significa e porque ela é importante:

Por que deveriam regras que são usadas desta forma especial, e que conferem esta imensa e distintiva amenidade, não ser reconhecidas como distintas de regras que impõem deveres, a incidência da qual de fato depende em parte do exercício de tais poderes? Estas regras que conferem poderes são pensadas, faladas e utilizadas na vida

---

<sup>157</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 3.

social de modo diferente de regras que impõe deveres, e elas são valorizadas por diferentes razões. Qual outro teste de diferença de caráter poderia existir?<sup>158</sup>

Deve ser lembrado que, ao criticar a concepção do direito como as ordens do soberano, nós consideramos também um número de meios auxiliares que foram trazidos ao custo de corromper a simplicidade inicial da teoria para a resgatar ela de suas dificuldades. Mas estas também falharam. Um meio, a noção de uma ordem tácita, pareceu não ter nenhuma aplicação para as atualidades complexas de um sistema jurídico moderno, mas apenas para a situação bem mais simples de um general que deliberadamente evita interferir com ordens dadas por seus subordinados.

Outros artifícios, como aquele de tratar regras que conferem poderes como meros fragmentos de regras impondo deveres, ou tratar todas as regras como direcionadas apenas para oficiais, distorce os modos em relação aos quais elas (as regras) são faladas, pensadas e efetivamente utilizadas na vida social.<sup>159</sup>

É necessário certo grau de atenção para entender o que significam estas afirmações sobre a forma com que as regras jurídicas são pensadas e faladas na vida social, pois esta forma específica de argumentação é essencial para o argumento central do livro, mas também é de fácil mal caracterização. Hart não está utilizando nestes casos argumentos empíricos ou estatísticos para mostrar como as pessoas falam ou pensam; seus argumentos dependem de uma capacidade partilhada de identificação que podemos chamar de conceitual.

É um dos pressupostos da filosofia da linguagem do século XX que os usuários aptos de um conceito sejam capazes de utilizá-los sem apresentar uma compreensão teórica detalhada dos conceitos utilizados. Também é importante para estes autores que a análise destes conceitos em uso possa aumentar sua compreensão. Ou seja, que possam ser identificados os contextos de uso e que, a partir disso, possa ser percebido o que é pressuposto na utilização destes conceitos complexos.

Hart identifica uma competência geral de cidadãos suficientemente instruídos de identificar elementos que compõem diferentes sistemas jurídicos. Esta identificação reconhece aquelas cinco características comumente presentes em casos em que há um acordo geral de que se está tratando de um sistema jurídico.

---

<sup>158</sup> Ibid. Pg. 41

<sup>159</sup> Ibid. Pg. 80.

Caso Hart estivesse procurando um conceito suplementar ou valorativo do direito, é possível que estas primeiras impressões sobre o que é direito – primeiras no sentido de ser algo que pode ser identificado sem a necessidade de argumentação teórica – viessem a ser corrigidas e melhoradas. Como, entretanto, é objetivo de Hart oferecer uma teoria que é descritiva do conceito de direito que os usuários já possuem, estas características que compõem a identificação leiga do que é direito são fatos da prática das quais qualquer teoria que pretenda ser fiel ao conceito precisa conseguir dar conta.

É necessário notar que esta competência precisa ser suficientemente geral para abarcar o uso não necessariamente reflexivo daqueles que vivem o sistema jurídico, conhecem e utilizam de suas regras quando necessário, mas não participam obrigatoriamente de debates teóricos sobre o tema. Nesse sentido, o conhecimento sobre sistemas jurídicos que Hart pressupõe ser compartilhado não depende obrigatoriamente de uma capacidade de enunciação de características exatamente nos mesmos moldes daqueles 5 pontos enunciados. Basta que possa ser esperado que usuários suficientemente educados de regras jurídicas sejam capazes de reconhecer aquelas características, mesmo que de uma forma menos articulada, como fazendo parte da sua realidade ao tratar do direito.

Como dito, esta capacidade comum de identificação vai conferir as características essenciais do caso central do direito que qualquer teoria que pretenda caracterizar o conceito atual, ao invés do ideal, precisa conseguir enfrentar. Nesse caso, como a teoria de Austin, de Bentham, e dos realistas jurídicos, falham em dar conta da forma com que as regras são utilizadas e pensadas a partir desta perspectiva comum de identificação, elas não servem como caracterização do conceito de direito que compõe os mais diversos sistemas jurídicos.

No caso de Austin, a sua explicação do que é o direito apresenta como característica essencial do fenômeno a ideia de ordens gerais baseadas em ameaças. Esta caracterização, entretanto, falha em dar conta de elementos da prática jurídica que parecem ser parte essencial do uso e da caracterização do que reconhecemos ser direito.

Por exemplo, a teoria de Austin falha em dar conta de um dos tipos de regra que parece ser de forma inequívoca parte da identificação comum do que é o direito. Estas regras são aquelas que concedem poderes ao invés de impor deveres:

O poder assim conferido a indivíduos de moldar as suas relações jurídicas com outros a partir de contratos, testamentos, casamentos, e etc., é uma das

contribuições do direito na vida social; e é uma característica do direito que é obscurecida ao representar todo o direito como uma questão de ordem baseada em ameaças. A diferença radical de função entre leis que conferem tais poderes e de estatutos criminais é algo que se reflete em muitas das nossas formas de falar sobre este tipo de classe de leis.<sup>160</sup>

O que Hart está fazendo nesta passagem não é uma afirmação de fato acerca de um regime jurídico particular que possui regras que não se adaptam ao modelo de direito de Austin. Ao invés, ele está mostrando que a forma como determinadas regras são utilizadas no caso central do que é direito não é passível de explicação a partir das teses do autor. E o modo que Hart usa para estabelecer as características deste caso central é a partir de reflexões sobre o que qualquer falante apto ou usuário do conceito de direito é capaz de reconhecer como fazendo parte da sua prática jurídica

Nesse sentido, Hart defende:

Talvez o suficiente já tenha sido feito para mostrar que algumas das características distintivas de um sistema jurídico estão nas disposições que ele [o sistema jurídico] faz, por regras deste tipo, para o exercício de poderes privados e públicos. Caso estas regras deste tipo distintivo não existissem, iriam nos faltar alguns dos conceitos mais familiares da vida social, já que estes logicamente pressupõem a existência de tais regras.<sup>161</sup>

Estas passagens mostram de que forma Hart contrasta as opções de resposta do que é o direito fornecidas por teorias do direito com fatos da realidade social jurídica que cada teoria tem a função de explicar. Estes fatos da realidade social foram estabelecidos a partir da reflexão do que é possível identificar como o caso central de um sistema jurídico e têm como pressuposto a competência compartilhada de utilizar regras jurídicas e de reconhecê-las como tais.

Nesse sentido, Hart, no decorrer do livro, chama atenção para as características deste caso central e pergunta o que faz sentido falar acerca de tais regras, como elas são utilizadas no dia-a-dia da prática jurídica e em que medida elas de fato fazem parte do que geralmente é reconhecido como direito. Assim, a tentativa de salvar a teoria de Austin por meio da descaracterização destas regras, e que tem como objetivo mostrar que na verdade elas não

---

<sup>160</sup> Ibid. p.28.

<sup>161</sup> Ibid. p. 32

passam de parte menor de uma regra mais geral que impõe deveres para oficiais do sistema, sofre do defeito fatal de não estar de acordo com a função e a expressão que geralmente é atribuída a estas regras que conferem poderes quando elas estão em uso.

Não é o caso que as teorias que se baseiam na ideia de ordem baseadas em ameaças sejam cegas a essas dificuldades apontadas. Pelo contrário, Hart faz questão de mostrar as diversas formas a partir das quais teóricos procuraram resolver as incongruências entre a suposta uniformidade desta teoria e a aparente variedade quanto às formas de regras, quanto às origens das regras, e quanto ao alcance de regras jurídicas. Este esforço pela uniformidade, entretanto, descaracteriza o conteúdo e as funções evidentes do seu objeto de estudo e, por isso, falha em fornecer meios de explicação do fenômeno.

Pode ser objetado, entretanto, que Hart estaria pressupondo uma convergência enganosa de objetivos metodológicos ao utilizar deste método e comparar as teorias destes autores que têm um trabalho anterior aos desenvolvimentos metodológico do século XX aos fatos de uso que compõe o caso central de sistema jurídico. Isto é, caso seja correto caracterizar a teoria do direito de Hart como uma análise conceitual descritiva que busca aumentar a compreensão do conceito de direito a partir da análise dos elementos que podem ser identificados como compondo o caso central da prática jurídica, talvez não fosse possível ao autor apontar as falhas de teorias passadas a partir de considerações que lhes eram alheias.

Hart reconhece esta possível dificuldade no livro *Essay on Bentham*<sup>162</sup>. Neste livro, no capítulo *Legal Duty and Obligation* o autor aponta as mesmas incongruências entre as teses de Bentham e os fatos de uso levantadas no *Conceito do Direito*. Ou seja, o autor aponta o contraste entre a caracterização do direito como necessariamente composto de ordens coercitivas e os fatos de uso que parecem mostrar que ordens e coerção não são suficientes para dar conta de todo o tipo de regra ou da forma com que a obrigação jurídica é formada.

Já, quanto à possível objeção metodológica, Hart argumenta:

Para todas essas críticas, baseadas como elas são no uso estabelecido, Bentham iria responder, eu penso, de uma maneira “racional-reconstrutivista” ou revisionária, já que, para todo seu interesse em linguagem, ele não era nenhum filósofo da linguagem ordinária e seu ponto de vista era crítico e reformativo. “Nossa linguagem é rica em termos de ódio e reprovação, mas pobre e grosseira para o

---

<sup>162</sup> HART, H. L. A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

propósito da ciência e da razão”. Ele iria ou de qualquer forma poderia conceder perfeitamente bem que a crítica baseada no uso reflete de forma precisa este uso e assim exhibe características [*features*] do nosso conceito atual de obrigação jurídica. Mas ele poderia insistir que ele tinha um conceito melhor para oferecer em seu lugar, e ele poderia invocar em suporte de sua adoção dupla de objetivos e propósitos como um utilitarista censor e crítico do direito e a de um expositor preocupado com a análise de sua estrutura.<sup>163</sup>

O que Hart reconhece nesta passagem, e no texto que segue, é que a teoria positivista do direito ao menos de Bentham poderia vir a escapar das críticas conceituais realizadas pelo autor no *Conceito de Direito*, caso fosse reconhecido que a sua função principal não era a de caracterização do conceito que está em uso, mas de fornecer um conceito suplementar mais adequado para a crítica e para o controle do sofrimento imposto pelas sanções jurídicas. Nesse sentido, argumenta Hart, faria sentido a exposição da teoria do autor como uma interpretação revisionista e utilitária do conceito de obrigação, útil para a crítica e a reforma do direito.<sup>164</sup>

Independentemente do valor interpretativo desta forma de entender a teoria de Bentham, isso é, a despeito da exatidão da caracterização que Hart admite ser apenas possível, fica claro nesta passagem o que a teoria do direito como ordem coercitiva baseada em ameaças não pode ser, isso é, uma descrição do conceito atualmente vigente de direito. E a teoria de Bentham não serve como descrição deste conceito pois ela falha em dar conta de explicar elementos da prática jurídica que podem ser identificados a partir de uma reflexão sobre o seu uso.

A teoria de Hart tem objetivo de ser uma teoria descritiva que fornece elucidação e identificação do conceito atual de direito, ao menos em casos claros de sistemas jurídicos centralizados. Esta teoria se desenvolve a partir de reflexões acerca destes elementos centrais e da análise e da exposição dos contextos de uso destes elementos. Eles fornecem um teste de êxito, no sentido em que a teoria conta como uma melhor representação do conceito na medida em que conseguir explicar estes aspectos essenciais da prática, mas eles também são a base da própria teoria, pois ela se constrói a partir de reflexões acerca destes elementos.

Acredito que a primeira relação, isto é, a função destes elementos centrais como “teste de realidade” já tenha sido mostrado. É preciso agora mostrar a sua segunda função, isto é, de que forma a teoria utiliza de reflexões acerca destes elementos na sua esfera de uso e dos

---

<sup>163</sup> Ibid p. 135.

<sup>164</sup> Ibid. p. 138.



contextos em que eles são utilizados para desenvolver uma tese e caracterização acerca do conceito.

Antes disso, entretanto, penso que seja importante retomar em que medida estes elementos do caso central são elementos essenciais do conceito do direito. Isso porque um princípio da filosofia da linguagem que Hart traz para o *Conceito de Direito*, e que não estava presente em seus escritos anteriores é a percepção de que um elemento essencial de um caso central não precisa ser um elemento necessário do uso do termo estudado. Isso é, que as características que o autor identifica como centrais do sistema jurídico não precisam fazer parte de todas as instâncias da identificação do que é direito.

#### 4.2. Definição e elementos essenciais

Como visto, é objetivo de Hart abandonar a ideia dogmática de que é possível ou proveitoso procurar uma definição do direito no sentido de uma busca de elementos comuns que estariam presentes em todos os casos do que é direito. Isto, para o autor, não é algo inalcançável apenas porque há casos de fronteira, mas também porque as diferentes instâncias de um termo geral apresentam conexões entre si que não podem ser identificadas como características necessárias comuns.<sup>165</sup>

Isso quer dizer que não é possível identificar as características mínimas necessárias que qualquer prática social precisa apresentar para receber o rótulo de “direito”. Significa também que é possível conceber práticas que só apresentam alguns, mas não todos os elementos identificados como pertencentes ao caso central de um sistema jurídico centralizado.

A exatidão em chamar esta prática de jurídica ou não, é algo que pode ser estabelecido a partir de reflexões sobre similaridades e diferenças desta prática suposta e do nosso caso central de direito. Pode ser que, após uma análise minuciosa, a única conclusão razoável seja a de que uma determinada prática estudada seja diferente demais para poder ser entendida como uma instância de “direito”. O importante é perceber que a falta de uma característica que consideramos essencial na nossa instância atual de direito não é por si só algo que impossibilita que outra prática qualquer seja corretamente considerada também jurídica.

---

<sup>165</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 16.

É claro, a utilização do termo pressupõe que haja algo que conecte as diferentes instâncias do termo. O que é importante para Hart é mostrar que essa conexão não precisa se dar a partir de características necessárias comuns. É possível que haja elementos do nosso caso central que estejam presentes apenas no caso central e que este se conecte com outras instâncias de direito a partir de analogia ou da chamada relação de família. Nesse caso a fixação na busca pelo o que estas instâncias têm em comum pode vir a nos informar muito pouco sobre o nosso conceito, pois os elementos não compartilhados talvez sejam tão importantes para a elucidação desta expressão do conceito quanto a busca do que é similar entre diferentes instâncias.

Mais importante ainda, pode ser que o que existe em comum em relação ao nosso caso central e a instância de direito X seja um conjunto de elementos limitados e que estes, por sua vez, não façam parte dos elementos em comum entre o caso central e outra instância de direito Y. Neste exemplo, caso haja, digamos 6 elementos que compõe o caso central e possamos chamar eles de “a,b,c,d,e,f,g”, é possível que haja a semelhança necessária para que uma instância X que apresente apenas “a,b e c” possa ser considerada como um caso de direito. É possível também que uma outra instância, Y, que apresente apenas os elementos “e,f e g” possua semelhança suficiente para ser considerada como tal.

Neste caso extremamente hipotético o único fator que conecta a instância X e Y uma com a outra é a sua relação com o caso central. E, se conseguirmos absorver a lição de Wittgenstein, seria dogmático procurar estabelecer algum elemento que necessariamente precise estar presente nos três para que todos possam ser reconhecidos como “direito”. O que está presente ali “não é algo comum em todos, mas uma série de similaridades e relacionamentos”.<sup>166</sup>

Outra função de caracterizar a análise dos conceitos dessa forma é perceber que é possível que haja um elemento essencial para o nosso caso central, no caso a característica “d”, que lhe é própria e que ele não partilha com nenhuma das outras duas instâncias do termo. Esta característica é essencial, portanto, não no sentido de que alguma prática que não apresentasse esse elemento não possa ser considerada direito, mas no sentido de que o elemento é parte constituinte do caso central e que esta prática mudaria consideravelmente caso este elemento fosse subtraído da sua concepção.

---

<sup>166</sup> *Ibid*, p. 280. Nota para página 15.

Como não é objetivo de Hart analisar ou elaborar sistemas que não são o do caso central estudado do livro, pouco é falado na obra acerca práticas jurídicas possíveis que não apresentam todos os elementos centrais de um sistema jurídico centralizado. A questão do direito internacional é confrontada ao final do livro, mas trata-se de um caso fronteiro em que há uma dúvida razoável quanto à possibilidade ou não de chamar a prática de jurídica. Assim, este exemplo não é o mais apropriado para mostrar como instâncias reconhecidas como direito podem alcançar este reconhecimento sem necessariamente apresentar os elementos característicos do sistema jurídico analisado no livro.

Neil Maccormick, no seu livro que analisa a obra de Hart, por outro lado, sugere no capítulo X um sistema jurídico que representa um exemplo mais adequado deste ponto. Este seria um sistema jurídico feudal cuja única base para o reconhecimento de direitos fosse o costume. De acordo com o autor, este sistema jurídico poderia funcionar e desenvolver-se sem a necessidade da introdução das chamadas regras de mudança, isso é, regras que permitem criar direitos que suplementem e mesmo substituam os direitos costumeiros. Eventualmente estes tipos de regras de mudança poderiam vir a surgir na prática desta comunidade, mas este sistema jurídico seria capaz de se estabelecer e cumprir o papel de adjudicação antes disso acontecer.<sup>167</sup>

Independentemente do valor histórico desta interpretação de um modelo jurídico feudal, este exemplo traz luz a alguns pontos. O principal é o de que é possível existir algo que pode ser, e que em certa medida é, reconhecido de forma incontroversa como uma instância de direito mesmo sem apresentar um elemento central da nossa instância de sistema jurídico, isso é, regras de mudança legislativa.

Caso Hart estivesse em busca de uma definição a partir de elementos comuns que precisam estar ali para que algo seja reconhecido como direito, a identificação da possibilidade de uma prática jurídica que não apresente regras de mudança seria o suficiente para que este elemento não fosse foco de reflexão por parte da teoria. No máximo, este elemento seria apresentado como um fator contingente que pode vir a estar presente, mas não apresenta as características de suficiência e necessidade que são essenciais para este tipo de tese.

Entretanto, como Hart não está buscando uma definição neste sentido, foi possível ao autor identificar as regras de mudança como um elemento essencial da instância de direito sob análise. Estas regras são parte essencial do conceito à medida que a sua presença influencia

---

<sup>167</sup> MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 130 – 152.

significativamente a forma pela qual as regras jurídicas são utilizadas, faladas e pensadas na nossa prática jurídica. Nesse sentido, elas merecem o papel central que lhes é concedido durante o livro e fazem parte do teste de realidade que qualquer teoria que pretenda caracterizar o conceito atual de direito precisa enfrentar:

O principal tema deste livro é que muitas das operações distintivas do direito, e muitas das ideias que constituem a estrutura [*framework*] do pensamento jurídico, requerem referência para a sua elucidação para um ou ambos destes dois tipos de regras (primárias e secundárias), que a sua união pode ser corretamente considerada a “essência” do direito, apesar delas não poderem ser sempre encontradas juntas toda vez que a palavra “direito” é corretamente utilizada. Nossa justificação para atribuir à união de regras primárias e secundárias este papel central não é que elas irão ali fazer o trabalho de um dicionário, mas que elas têm um grande poder explanatório.<sup>168</sup>

Claro, para que tenhamos certeza que um elemento é essencial para determinada prática social, é preciso analisar esta prática. É preciso, por exemplo, procurar identificar e perceber o contexto em que aqueles elementos identificados como essenciais são utilizados. Este exercício nos permite formular um entendimento mais geral da prática estudada e identificar relações e estruturas conceituais que estão pressupostas na prática, mas que podem ainda não ter sido percebidas.

Como dito, a função do filósofo analítico não é apenas apontar para o uso e identificar elementos essenciais que formam o caso central, mas também o de explicar estes elementos e tentar traçar a relação do conceito estudado com outros conceitos conexos. Para isso, a prática é explicada e concebida a partir de um grau de generalidade que não é o comum ou objeto de reflexão no dia-a-dia dos usuários do conceito. É essa reflexão acerca da prática com o objetivo de desenvolver uma concepção mais teórica do objeto estudado que permite ao filósofo analítico introduzir um vocabulário suplementar, com o objetivo de iluminar ou desmitificar o conceito.

Este vocabulário suplementar se justifica, portanto, pela sua capacidade explanatória em relação ao conceito estudado, e não tem função de acrescentar ao objeto de análise, mas sim de obter maior entendimento em relação a este. É nesse sentido que deve ser entendida a introdução

---

<sup>168</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 155.

por parte de Hart de um vocabulário relativamente original, como é o caso das expressões “ponto de vista interno”, “regras primárias e secundárias” e “regra de reconhecimento”. E o que torna esta forma de explicar o conceito superior a formas anteriores de caracterização é a sua habilidade em explicar e dar conta de elementos que são essenciais da prática e que já foram identificados no início do livro.

Hart defende:

No próximo capítulo nós devemos mostrar como a ideia da validade e fontes do direito, e as verdades latente entre os erros das doutrinas de soberania podem ser reformuladas e esclarecidas em termos de regras de reconhecimento. Mas nós devemos concluir este capítulo com um aviso: apesar da combinação de regras primárias e secundárias merecer, porque ela explica muitos aspectos do direito, o papel central atribuído a ela, isso não pode por si só iluminar todos os problemas.<sup>169</sup>

Apesar de que a ideia de que a união entre regras primárias e secundárias apresente essas virtudes, e apesar de que iria estar de acordo com o uso tratar a existência dessa característica união de regras como condição suficiente para a aplicação do termo “sistema jurídico” nós não afirmamos que a palavra “direito” deva [*must*] ser definida em seus termos. É porque nós não temos a pretensão de identificar ou regular dessa forma o uso de palavras como “direito” ou “jurídico” [*legal*], que esse livro é oferecido como uma elucidação do conceito de direito, ao invés de uma definição de “direito”, da qual poderia naturalmente ser esperado fornecer a regra ou regras para o uso dessas expressões.<sup>170</sup>

Estas passagens exemplificam em que sentido Hart introduz um vocabulário suplementar e em que medida esta introdução é um exercício justificado. A ideia de regras primárias e secundárias é introduzida por conta de sua capacidade de elucidar a prática de um sistema jurídico centralizado. A sua centralidade na tese se dá à medida que a percepção desta relação permite explicar aspectos do direito que estão presentes na forma com que a prática é pensada e falada na vida prática.

Esses elementos da vida prática não eram explicados ou não eram bem representados por teorias que falharam em dar atenção ao aspecto interno das regras. A percepção deste aspecto interno, por sua vez, faz com que a interação entre regras primárias e secundárias

---

<sup>169</sup> *Ibid.* p. 99.

<sup>170</sup> *Ibid.* Pg. 213.

possam ser identificadas. Nesse sentido, a teoria de Hart é uma melhor representação do conceito porque ele consegue explicar o que teorias passadas ignoravam.

Uma vez que estes elementos tenham sido explicados a partir das reflexões trazidas pela teoria do autor, é possível identificar o que é peculiar de um sistema jurídico e o que caracteriza aqueles elementos identificados na prática que a constituem essencialmente. Como visto, estes elementos são essenciais no sentido em que, uma vez que eles estão presentes, é possível reconhecer a prática como uma instância da nossa prática, do nosso conceito que está em uso e é identificado a partir de um caso central.

Estabelecida a forma como *O Conceito de Direito* aborda reflexões sobre definição, caso central e características essenciais, mas não necessárias, de um conceito, cabe estabelecer a base teórica destas ideias. Como visto, o autor que Hart cita como fonte destas percepções sobre definição e uso de conceitos é Wittgenstein, em especial a exposição da teoria do autor em *Philosophical Investigations*<sup>171</sup>. Nesse sentido as percepções do autor sobre como juízos de familiaridade compõe a relação entre diferentes instâncias, ao invés de características comuns, foram diretamente utilizadas por Hart na sua percepção sobre o Direito.

Estas reflexões sobre definição e a relação dos conceitos com as instâncias que lhe são expressão não são exclusivas, entretanto, de Wittgenstein, apesar de a sua identificação dos chamados conceitos de família lhe ser peculiar. Isso porque este tipo de reflexão é algo que está presente em maior ou menor grau em todas as teorias dos filósofos da linguagem no século XX que foram trabalhados nesta dissertação.

Hart reconhece esta relação no artigo discutido no início do trabalho, *Jhering's heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*. Neste escrito, o autor atribui não apenas a Wittgenstein, mas também a J.L. Austin a ideia de que diferentes instâncias de termos ou conceitos não precisam partilhar de um único conjunto de propriedades comuns.

De fato, Austin apresentou, em um artigo chamado de *The Meaning of a Word*, reflexões sobre a relação das diferentes instâncias de um termo que Hart reproduziria mais tarde no *Conceito de Direito*. Na terceira seção deste artigo, o autor se pergunta o que justifica chamar diferentes coisas pelo mesmo nome. Para ele, não parece correto dizer que há necessariamente uma relação de identidade e não é suficiente dizer que há uma relação de similaridade<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations: The German Text, with a Revised English Translation*. Malden, Ma, Blackwell, 2003.

<sup>172</sup> AUSTIN, J. L.. The meaning of a word. In J. O. Urmson & G. J. Warnock (eds.), *Journal of Symbolic Logic*. Clarendon Press. pp. 23—43, 1961.

Indicar que é necessária uma relação de similaridade não é suficiente para Austin porque a expressão “similar” é geral demais para se contrapor à ideia de que há algum tipo de identidade necessária entre as diferentes instâncias. É preciso, ao invés, desenvolver uma doutrina do que identifica os vários bons motivos pelas quais diferentes coisas são chamadas pelo mesmo nome.

Para ilustrar estes casos, o autor dá uma série de exemplos, como a menção de Aristóteles de que o adjetivo “saudável” é utilizado tanto para se referir à aparência saudável de alguém quanto à classificação de um exercício como saudável. O autor também cita a possibilidade de relações de analogia entre os elementos constitutivos de duas instâncias servir como base para a nomenclatura comum.

Austin defende:

Outro caso é quando eu chamo “B” pelo mesmo nome de “A”, porque ele se assemelha a “A”, e “C” pelo mesmo nome porque ele se assemelha a “B”, “D”...e assim por diante. Mas no final das contas “A” e digamos “D”, não se assemelham um com o outro de nenhuma forma reconhecida. Isso é um caso muito comum: e os perigos são óbvios, quando nós procuramos por algo idêntico em todos eles.<sup>173</sup>

O que o autor quer mostrar é que a relação entre diferentes instâncias é algo complexo que não pode ser explicado a partir da ideia de algum tipo de identidade necessária. Nesse sentido, as teorias que buscam conceder definições a partir deste modelo encontram dificuldades, afinal, há muitas outras formas de estabelecer esta relação, e isso é algo ignorado por esta forma de entender os conceitos:

Finalmente, eu quero demonstrar um interesse especial em um tipo de caso, que é talvez mais comum e presente em mais confusões do que nós nos damos conta. Tome o sentido em que eu falo de um taco de críquete, uma bola de críquete e um juiz de críquete. A razão pela qual todos são chamados pelo mesmo nome é talvez porque cada um tem a sua parte – sua própria parte especial – na atividade chamada de críquete: não é suficiente dizer que críquete simplesmente significa “utilizado em críquete” pois nós não temos como explicar o que significa “críquete” a não ser explicando as papeis especiais performados pelo batedor, bola e taco em críquete.

A sugestão de Aristóteles era de que a palavra “bom” poderia ser usada deste jeito: nesse caso é óbvio como estaríamos equivocados ao procurar por uma definição da palavra “bom” de qualquer sentido ordinário.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> *Ibid.* Pg. 33.

<sup>174</sup> *Ibid.*

Esta mesma ideia também pode ser encontrada de uma forma germinal na defesa de Ryle de que a análise de termos e conceitos a partir de um foco exagerado nas palavras que os marcam é algo inadequado para análise conceitual. O autor advogava, ao invés, uma atenção aos contextos de uso do conceito na instância estudada e acreditava que perceber a forma como diferentes elementos se relacionam em um caso específico era fundamental para elaboração de uma elucidação do conceito estudado.

Como visto, Hart iria reproduzir estas reflexões no *Conceito de Direito* e acredito que o suficientemente já foi exposto para mostrar que a base destes argumentos veio de uma percepção conjunta por parte de autores tão diversos quanto Wittgenstein, Ryle e Austin das limitações de ideias antiquadas sobre definições de termos. Nesse sentido, os autores se assemelhavam na sua rejeição desta forma de entender os conceitos e esta percepção foi diretamente importada por Hart na elaboração das suas teses sobre o direito.

Espero que o foi mostrado até agora seja o suficiente para estabelecer alguns pontos sobre como a incorporação destas ideias foi algo fundamental para dar matéria e forma para as reflexões sobre o direito que Hart iria apresenta no *Conceito de Direito*. Para começar, a ideia de que poderiam haver elementos essenciais para o caso central do conceito analisado, mas que não necessariamente fariam parte de todas as instâncias do termo, forneceu um ponto de partida ao autor.

Estas reflexões permitiram ao autor dar importância para fatores do direito anteriormente ignorados por teorias passadas e permitiu um foco no caso central jurídico sem a necessidade de procurar algo de essencial que deve estar ali para que algo seja considerado “direito”. Isso liberou o autor da obrigação de fazer um exercício de definição a partir de características essenciais e permitiu a ele identificar o centro de sua teoria a partir de outros tipos de reflexões. Estas percepções forneceram tanto uma nova forma de entender o fenômeno quanto o teste de realidade que o autor iria utilizar tantas vezes para atacar outras teorias do direito.

Este caminho não era óbvio sequer para Hart, e antes do autor estabelecer estes parâmetros como o centro e objetivo do seu trabalho, outras considerações, sobre o caráter performativo da linguagem, por exemplo, ocupavam o centro de suas teses. Antes disso também, como no artigo sobre discricionariedade, o autor parecia dar demasiada atenção ao termo que marca o conceito e não parecia apresentar uma incorporação real dos posicionamentos expostos aqui.



Tentar traçar o momento em que Hart percebeu que estas ideias poderiam o auxiliar no seu desenvolvimento como filósofo do direito é algo complexo. Como visto, o autor sempre esteve diretamente ligado a teóricos da filosofia da linguagem de Oxford, seja intelectualmente, trazendo ideias destes autores para a teoria do direito, quanto biograficamente, mantendo uma relação pessoal de coleguismo ou amizade com autores deste “movimento”. Entretanto, estas reflexões sobre “caso central”, “esclarecimento conceitual” e “buscar esclarecer o conceito ao invés de procurar uma definição do termo” são algo que só surgem como centrais a partir do *Conceito de Direito*.

Diferentes justificativas podem ser dadas para explicar por que esta forma de fazer filosofia passou a ocupar os esforços do autor nestes moldes. Uma explicação possível foi o desenvolvimento de uma atenção pelas considerações do Wittgenstein tardio. Há evidências de que Hart entrou em contato com esta expressão do pensamento do autor pelo *Blue Book*<sup>175</sup> e depois pelas *Philosophical Investigations*, e é justamente quando o autor passa a citar estes escritos que as reflexões sobre definição passam a fazer parte do seu trabalho<sup>176</sup>. Nesse sentido, é possível defender que as considerações de Wittgenstein mostraram a Hart um caminho que já tinha sido sugerido por Ryle e Austin, mas cuja importância só ficou clara à medida que outras expressões dessas teses comuns vieram a ocupar o autor.

Outra possibilidade é a de que estas considerações, que como mostrado já faziam parte das reflexões de Austin, sempre tenham ocupado a atenção do autor, mas só a partir da maturidade alcançada na publicação do livro é que a relação do que estava sendo defendido ali e a filosofia do direito tenha sido alcançada.

Independentemente da explicação biográfica mais acertada, estas são reflexões que não apareceram desta forma até o *Conceito de Direito*. Também é importante manter em mente que esta foi o primeiro escrito que o autor relacionou a sua tese com às ideias de Wittgenstein.

Poderia ser dito, entretanto, que até aqui as relações das teses de filosofia da linguagem com a teoria do autor só cumpriram um papel negativo, de mostrar o que a teoria não poderia ser, e os defeitos de teoria passadas. Acho que ainda resta mostrar como estas teorias forneceram parâmetros positivos de identificação do conceito e possibilidade de explicação deste.

---

<sup>175</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *The Blue and Brown Books*. Harper & Row, 1958.

<sup>176</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 214-220.

O começo deste exercício argumentativo já foi feito quando identifiquei que era um dos objetivos da filosofia da linguagem ordinária identificar o uso dos conceitos e os contextos por de trás destes usos com o objetivo de atingir maior compreensão em relação a estes. Este exercício procurava não apenas informar sobre o conceito estudado, mas também as relações destes com outros conceitos.

Hart se utiliza desta forma de análise em relação aos argumentos do *Conceito de Direito* para estabelecer como usuários de regras utilizam de regras jurídicas e quais os contextos por detrás deste uso. Este exercício permite ao autor desenvolver novas percepções sobre o direito e traçar as relações do conceito com, por exemplo, a moralidade. Como não parece ser necessário ver como isto ocorre em relação a todos os argumentos do livro, acredito que expondo como Hart desenvolve a ideia do ponto de vista interno fique mais claro de que forma estes argumentos se desenvolvem.

### **4.3. O ponto de vista interno**

O ponto de vista interno é a formulação a partir da qual Hart identifica a normatividade das regras jurídicas. A partir desta perspectiva é possível constatar o que é de fato um padrão de comportamento tomado como devido por uma comunidade e diferenciar este de uma mera convergência de comportamento não normativa.

Pretendo agora mostrar em que medida Hart estabelece esta ideia a partir de considerações sobre o uso de regras, o contexto pressuposto desta utilização, e a forma pela qual elas são pensadas e faladas na vida social. Este tipo de identificação e reflexão é própria da metodologia da filosofia da linguagem ordinária e, ao apresentá-las, o autor está se vinculando a uma análise conceitual descritiva do conceito de regras e normatividade que tem objetivo de esclarecer a prática através de reflexões sobre a própria prática analisada.

Hart inicia as considerações sobre o aspecto interno das regras no capítulo IV do livro. Neste capítulo o autor ainda está considerando os aspectos da teoria Austiniana de que quando existe “direito” existe também um hábito geral por parte da população de obedecer ao comando de um soberano que não obedece a ninguém. Para Hart, esta forma de conceber o direito não

dá conta de explicar a transferência de poderes entre governantes e a aparente continuidade de sistemas jurídicos no tempo.<sup>177</sup>

Isso porque, para explicar o aparente modo que futuros líderes ou governantes já parecem estar legitimados a exercer seu papel institucional antes do estabelecimento de uma relação pessoal de ordem e hábito entre estes e a população, é necessário utilizar-se de expressões como “regra de sucessão”, “título” e “direito de sucessão”. Entretanto, para que este vocabulário possa ser utilizado é preciso que existam práticas sociais mais complexas do que aquela descrita em termos de hábitos de obediência. É preciso haver a aceitação da regra estabelecendo as características gerais necessárias para que o novo legislador seja intitulado a suceder.<sup>178</sup>

Para explicar o que é aceitar uma regra, Hart afirma que é necessário separar regras de hábitos. Esta separação começa pela questão das diferenças entre dizer de um grupo que eles têm uma regra e em dizer que eles apresentam um hábito.

Para Hart, as diferenças são, primeiro, que quando há uma regra, desvios dessa são geralmente considerados como lapsos ou quebras passíveis de crítica, e que, segundo, a ameaça de quebra é respondida com pressão para conformidade. Este tipo de desvio é aceito como uma boa razão para crítica e estas críticas são consideradas como legítimas pela maior parte dos usuários da regra.<sup>179</sup>

Destas duas características surge a terceira, o aspecto interno das regras. Este aspecto significa que, quando uma regra existe em um grupo, ao menos algumas pessoas devem tomar o comportamento em questão como um parâmetro geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Este aspecto interno existe além do aspecto externo que uma regra compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que um observador poderia perceber:

Estas visões são manifestas nas críticas feitas a outros e nas exigências de conformidade feitas a outros quando desvios são atuais ou ameaçados, e no reconhecimento da legitimidade de tais críticas e demandas quando recebidas por outros. Para a expressão de tais críticas, exigências e reconhecimentos, uma forma

---

<sup>177</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 50-55

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> Ibid. P.g. 56.

variedade de linguagem “normativa” é utilizada. “Eu (você) não deveria ter movido a rainha desse jeito”, “eu (você) devo fazer isso”, “isso é certo”, “isso é errado”.<sup>180</sup>

O autor argumenta, então, que este aspecto de regras não pode ser representado como uma questão de sentimentos, pois apesar de ser verdade que quando regras são aceitas em um grupo social, esta relação psicológica muitas vezes irá ocorrer, não há nenhuma contradição em dizer que pessoas aceitam certas regras, mas não apresentam estes sentimentos:

O que é necessário é que haja uma atitude crítico-reflexiva em relação a certos padrões de comportamento como um padrão comum, e que isso mostre-se a partir em críticas (incluindo autocríticas), demandas por conformidade, e no reconhecimento de que tais críticas e demandas são justificadas, tudo isso que encontra sua expressão características na terminologia normativa do “*ought*”, “*must*”, and “*should*”, “certo” e “errado”.<sup>181</sup>

Hart continua a sua caracterização do que são regras no capítulo V do livro, em uma seção chamada de “A ideia de obrigação”. Nesta seção, o autor afirma que o entendimento do direito como ordens coercitivas tomou como seu ponto de partida a ideia de que quando há direito, a conduta humana é, em certo sentido, não opcional ou obrigatória.<sup>182</sup>

Para Hart, entretanto, parece claro que a situação em que alguém é obrigado a fazer algo sob ameaça não pode ser descrita como uma situação onde haja um dever ou uma obrigação: haveria uma diferença entre estar obrigado e ter uma obrigação. Isso porque o primeiro é geralmente uma afirmação sobre crenças e motivos enquanto o segundo não dependeria disso.<sup>183</sup>

Alguns autores, percebendo esta dificuldade, teriam reformulado a teoria no sentido de tratar da questão da obrigação não a partir de fatos subjetivos, mas a partir da chance ou probabilidade de uma pessoa de sofrer uma punição na ocasião de uma desobediência. Para Hart, entretanto, esta teoria preditiva da obrigação jurídica obscurece o fato de que, quando regras existem, desvios não são apenas base para a predição de uma reação hostil, mas também razões ou justificativas para reações e para a aplicação de sanções.<sup>184</sup>

---

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Ibid. Pg. 57.

<sup>182</sup> Ibid. Pg. 82.

<sup>183</sup> Ibid. Pg. 83.

<sup>184</sup> Ibid. Pg. 84.

Uma objeção mais simples, argumenta Hart, é a de que, se fosse verdade que a afirmação de que uma pessoa tinha uma obrigação significa que era provável que ela recebesse uma sanção no evento da desobediência, seria uma contradição dizer que esta pessoa tinha uma obrigação, mas dado o fato de ter escapado da jurisdição ou através do suborno de um oficial, não existiria a mínima chance de sofrer a sanção. Entretanto, para o autor, não há contradição nenhuma nesta formulação, e tais afirmações são frequentemente feitas e compreendidas.

Hart argumenta que é verdade que muitas vezes não faria sentido realizar afirmações sobre regras, ao menos que, no geral, sanções fossem aplicadas a infratores, de modo que é possível dizer que essas afirmações pressupõem a operação continuada do sistema de sanções. Para o autor, entretanto, é crucial para o entendimento da ideia de obrigação perceber que, em casos individuais, a afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação e a previsão de que ela provavelmente será sancionada no caso de desobediência podem divergir.<sup>185</sup>

Hart argumenta:

Para entender a ideia geral da obrigação como um prelúdio necessário para o entendimento dela na sua forma jurídica, nós devemos primeiro perceber uma situação social diferente que, diferente da situação do homem armado, inclui a existência de regras sociais; pois essa situação contribui para o significado da afirmação que uma pessoa tem uma obrigação de duas formas. Primeiro, a existência de tais regras, tornando certos tipos de comportamento um padrão, é o normal, apesar de não declarado, plano de fundo ou contexto adequado para tais afirmações; e, segundo, a função distintiva desta afirmação é aplicar esta regra geral para uma pessoa particular ao chamar atenção ao fato de que o seu caso recai sobre ela.<sup>186</sup>

Para o autor, apesar de os elementos que diferenciam uma regra social de um hábito serem essenciais para o entendimento das ideias de obrigação e dever, esta diferenciação não é por si só suficiente, pois não é sempre o caso que regras sociais imponham deveres:

“Ele deveria ter feito” e “ele tinha uma obrigação de fazer” não são sempre expressões intercambiáveis, mesmo que elas sejam semelhantes em carregar uma referência implícita à padrões de conduta existentes ou são usadas para tirar conclusões de uma regra geral em casos particulares. (...) Regras são concebidas e

---

<sup>185</sup> Ibid. Pg. 85.

<sup>186</sup> Ibid.

faladas como impondo obrigações quando a demanda geral por conformidade é perseverante e a pressão social exercida em relação aqueles que desviam ou ameaçam desviar é grande.<sup>187</sup>

Hart pretende mostrar que regras que criam obrigações são aquelas em que há uma séria pressão social para a conformidade com elas. Estas regras são consideradas importantes para os seus usuários porque há uma crença da sua necessidade para manutenção da vida social ou de um aspecto fundamental desta. Para o autor, é essencial compreender o caráter interno destas regras para separar a sua teoria daquelas teses preditivas vistas anteriormente.

Um advogado daquela teoria poderia muito bem perguntar porque, se a pressão social é uma característica tão importante das regras de obrigação, nós estamos tão preocupados em enfatizar as inadequações da teoria preditiva; pois ela confere a essa característica um papel central ao definir a obrigação em termos da probabilidade de que uma punição ou reação hostil irá seguir do desvio de certas linhas de conduta.

A diferença pode parecer pequena entre a análise de afirmações de obrigação como uma previsão, ou uma avaliação de chances, de uma reação hostil ao desvio, e a nossa própria argumentação de que apesar dessas afirmações pressuporem um plano de fundo em que o desvio de regras é geralmente seguido de uma reação hostil, contudo o seu uso característico não é o de prever isso, mas de dizer que o caso de uma pessoa recai sob tal regra. De fato, no entanto, essa diferença não é pequena. Até sua importância ser percebida, nós não podemos entender propriamente o estilo totalmente distintivo de pensamento, fala e ação humana relacionado com a existência de regras e que constitui a estrutura normativa da sociedade.<sup>188</sup>

Hart passa a defender, assim, que este contraste entre os aspectos interno e externo é algo de grande importância para o entendimento não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade:

Quando um grupo social possui certas regras de conduta, este fato proporciona uma oportunidade para várias afirmações intimamente relacionadas, mas mesmo assim diferentes; pois é possível estar preocupado com as regras, ou meramente como um observador que não ele mesmo as aceita, ou como um membro

---

<sup>187</sup> Ibid. Pg. 86

<sup>188</sup> Ibid. Pg. 88

de um grupo que as aceita e as usa para guiar sua conduta. Nós podemos chamar esses respectivamente de pontos de vista “externo” e “interno”. Afirmações feitas a partir do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Pois o observador pode, sem aceitar ele mesmo as regras, afirmar que o grupo aceita as regras, e assim pode de fora referir-se ao modo que eles estão preocupados com elas a partir do ponto de vista interno.

Mas, independentemente de quais forem as regras, sejam elas de jogos, como xadrez ou críquete, ou regras morais e jurídicas, nós podemos, se escolhermos, ocupar a posição de um observador que sequer se refere desse modo para o ponto de vista interno do grupo. Este observador está satisfeito em meramente registrar as regularidades de comportamento observável em relação as quais conformidade com as regras parcialmente constitui. (...) O que o ponto de vista externo, que se limita à observação de regularidades de comportamento, não pode reproduzir é a forma com que as regras funcionam como regras na vida daqueles que normalmente são a maioria da sociedade. Esses são oficiais, juristas, ou pessoas privadas que usam ele, em uma situação depois da outra, como guias para a conduta da vida social, como base para reivindicações, demandas, admissões, e criticismo, ou seja, em todas as transações da vida de acordo com regras. Para eles a violação de uma regra não é meramente base para predição de que uma reação hostil irá se seguir, mas uma razão para hostilidade.<sup>189</sup>

#### 4.4. Análise

A caracterização do ponto de vista interno é um dos movimentos argumentativos mais importantes da teoria de Hart. É a percepção desta perspectiva que permite à tese explicar a existência de uma regra social de reconhecimento complexa, cuja interação com regras primárias de obrigação e secundárias de mudança forma o caso central de um sistema jurídico.

Esta análise não vale apenas, entretanto, para regras jurídicas, mas também para qualquer tipo de comportamento guiado por regras, seja na prática de jogos ou nas considerações de etiqueta. O que diferencia as regras sociais das regras de jogos é que, enquanto estas compõem padrões referentes a práticas que optamos em participar, aquelas fazem parte

---

<sup>189</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 89.

de padrões comuns compartilhados em relação aos quais podemos vir a estar submetidos mesmo sem uma aquiescência prévia. Ambas as prática, entretanto, podem ser percebidas a partir do ponto de vista daqueles que fazem parte daquela prática, aceitam as suas regras, e as utilizam para guiar a sua conduta e avaliar a conduta alheia.

Dentro do grande grupo “regras sociais”, como visto, há um grupo de regras que não só guiam conduta normativamente, mas também criam obrigações. Estas regras podem ser distinguidas das outras a partir da força da crítica a possíveis desvios em relação a elas e a partir do esforço conjunto exercido para sua manutenção na vida social.

Dessa forma, Hart conseguiu estabelecer três formas diferentes, ou três tipos de comportamento distinguíveis, a partir da análise da prática de uma comunidade qualquer e a partir da forma com que a comunidade percebe essa prática. Temos, assim: 1) o comportamento não reflexivo, mas concorrente, que forma o hábito; 2) o comportamento reflexivo a partir de um padrão de conduta comum, que caracteriza a regra social; e 3) o comportamento reflexivo a partir de um padrão de conduta comum unido de considerações de importância, que indica as regras sociais que criam obrigações.

Estes três tipos distintivos de prática não apresentam, ou ao menos não precisam apresentar, diferenças fundamentais na sua expressão externa. Todas as três tratam de comportamentos que, em regra, são seguidos por diferentes pessoas na sociedade. Entretanto, uma vez que seja procurado compreender como as pessoas entendem cada uma dessas práticas, é possível identificar diferenças de expressão, uso e vocabulário entre estes diferentes tipos de conduta.

Uma vez que este ponto de vista é adotado, isso é, que se estabelece a forma com que os usuários da regra ou os seguidores do hábito avaliam o seu próprio comportamento e o alheio, surge a possibilidade de utilização de um vocabulário que é próprio daqueles que entendem uma conduta como obrigatória.

Esta normatividade das regras é algo que não pode ser percebido a partir da mera observação do comportamento externo, pois ela só é expressa a partir do entendimento, do uso e do discurso daqueles que fazem parte da comunidade regrada. Nesse sentido o autor afirma:

O ponto de vista externo pode reproduzir aproximadamente o modo pelo qual as regras funcionam nas vidas de certos membros do grupo, no caso os que rejeitam as suas regras e só estão preocupadas com elas quando e porque eles julgam que consequências desagradáveis provavelmente seguirão violações. O seu ponto de vista



irá precisar para a sua expressão formas como “eu fui obrigado a fazer isso”, “eu provavelmente irei pagar por isso se...”, “você provavelmente irá pagar por isso se...”, “eles irão fazer isso se você...”. Mas eles não precisarão de formas de expressão como “eu tinha uma obrigação” ou “você tem uma obrigação”, pois estas são exigidas apenas por aqueles que enxergam a sua conduta e dos outros a partir do ponto de vista interno.<sup>190</sup>

O que diferencia o comportamento guiado por regras daquele comportamento habitual não normativo é algo a ser identificado a partir da forma com que estas práticas são enxergadas na comunidade, e que se expressa a partir de uma atitude e de um vocabulário próprios. Isso afasta a possibilidade avançada pelas teorias preditivas de tradução de obrigações jurídicas em termos empíricos comportamentais e vincula a filosofia do direito a considerações sobre como as práticas sociais são entendidas por aqueles que as utilizam.

Mais uma vez, é preciso perguntar qual é a natureza, ou tipo de argumentação, que Hart apresenta para mostrar que estes dois tipos diferentes de perspectiva, a interna e externa, existem e podem ser identificados. Mais que isso, é preciso perguntar também a natureza do argumento de que o direito precisa ser explicado a partir desta perspectiva interna e que teorias passadas, ao falharem em perceber estas distinções, falharam também como explicações da prática jurídica.

Como exposto pelas passagens citadas, Hart se pergunta diversas vezes o que é possível falar acerca de hábitos e regras, quais afirmações são possíveis fazer quando estamos tratando destes tipos de prática. Para responder, o autor não depende da análise de um conjunto de regras ou hábitos específicos, mas da habilidade geral de identificação de situações de regras e da possibilidade geral de compreender quais afirmações fazem sentido em relação a regras e quais fazem sentido em relação a hábitos.

Este exercício não é apenas o de apontar obviedades, mas é o empreendimento teórico de considerar quais das várias afirmações possíveis sobre hábitos e regras são necessárias para diferenciar as duas práticas. Neste sentido, o autor bem identifica que o contexto normal de utilização de regras sociais de obrigação é aquele em que desvios de regras são comumente respondidos com algum tipo de crítica ou sanção, mas estabelece também que a vinculação entre regra e probabilidade de sanção não é algo estritamente necessário. Isso porque são

---

<sup>190</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz.* 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 90.

também inteligíveis e conhecidas situações em que há a obrigação mesmo que não haja chance nenhuma de que alguém que infrinja a regra seja responsabilizado.

Era objetivo de J.L. Austin defender que é possível alcançar maior entendimento sobre determinada prática analisada a partir da percepção dos contextos de uso de conceitos e de reflexões acerca do que faz sentido dizer a partir e através destes conceitos. Era também defendido por Ryle que, uma vez que esse exercício fosse realizado, seria possível diferenciar conceitos e montar um mapa conceitual cujo objetivo seria mostrar o que diferentes práticas relacionadas apresentam de particular e de comum.

Neste sentido, Hart identifica práticas distintas, mas que se relacionam. A partir de uma atenção ao contexto de uso das regras praticadas em uma determinada sociedade, e de considerações sobre o que é possível e comum dizer e expressar a partir delas, o autor desvenda o que elas apresentam de comum e de particular. Este exercício é 1) positivo, no sentido de mostrar os elementos essenciais que formam aquela prática enquanto prática – no caso das regras sociais, o padrão comum; no caso das obrigações, as críticas veementes –; 2) negativo, no sentido de identificar a probabilidade de sanção como algo que comumente acompanha, mas não é elemento essencial do conceito de obrigação social.

Estas reflexões permitem ao autor compreender e identificar um vocabulário próprio utilizado por aqueles que tomam as regras do ponto de vista de quem aplica a regra, ao mesmo tempo em que permitem ao autor identificar a existência deste vocabulário como marca distintiva daquele tipo de prática. Este movimento, de acordo com Hart, permite o entendimento de um estilo distintivo de fala, pensamento e ação humana que está envolvido na existência de regras e que constitui a estrutura normativa da sociedade<sup>191</sup>. Estas considerações merecem o papel central que lhe é cedido na teoria pela sua capacidade de explicar e esclarecer aquilo que está sendo analisado.

Ao mesmo tempo em que Hart utiliza de uma metodologia própria de considerações de filosofia da linguagem, ele também reivindica estas teses ao mostrar que é possível, elucidativo e filosoficamente frutífero realizar uma análise a partir destes parâmetros metodológicos. Seus argumentos podem ser entendidos, então, como uma aplicação daquilo que muitas vezes é colocado de forma abstrata por parte daqueles autores de Oxford, e também como exemplo de exercício bem-sucedido da aplicação daquelas ideias.

---

<sup>191</sup> *Ibid*, p.88.

Haveria alguma outra forma de entender esta argumentação do que aquela que estou advogando aqui?

Sim, há outra percepção destes argumentos, geralmente acompanhados de críticas às considerações do autor. Acredito que seja interessante expor esta outra interpretação para mostrar por que não considero que esta forma de entender as considerações do autor seja a mais adequada.

Esta outra possibilidade de interpretação seria a de que Hart estaria fazendo, ou em algum sentido só poderia estar fazendo, uma argumentação empírica e não conceitual acerca do que é seguir uma regra e do que é seguir um hábito. Assim, estaria se vinculando à ideia de que regras ou hábitos se diferenciam da forma apontada na prática empírica de uma comunidade particular, talvez a sociedade inglesa do século XX, e estas considerações só seriam gerais na medida em que outras sociedades apresentassem as mesmas características fáticas.

Este tipo de interpretação é geralmente acompanhado da crítica de que Hart não apresenta qualquer tipo de pesquisa ou levantamento estatístico suficiente para a apresentação de conclusões empíricas acerca de comportamentos sociais. Alguma forma desta percepção dos argumentos e deste tipo de crítica é presente na obra de autores voltados à sociologia do direito como Roger Cotterrel e B.E.King<sup>192</sup>. Acredito que a expressão deste entendimento exposto por Maccormick no livro *Institutions of Law*<sup>193</sup>, seja um bom exemplo desta forma de crítica.

No capítulo IV do livro, intitulado “Um problema: Regras ou Hábitos?”, o autor se pergunta em que sentido a prática de, por exemplo, parar em um sinal vermelho é de fato uma prática guiada por regras e não algo que começa como uma conduta regrada, mas toma o caráter de hábito com o passar do tempo e com a repetição irrefletida da prática. Para Maccormick, é essencial atentar para argumentos, baseados em pesquisas da ciência cognitiva, de que a conduta humana se adapta a padrões de comportamento a partir de uma atividade de tornar a prática rotina.

Maccormick argumenta:

---

<sup>192</sup> COTTERRELL, Roger. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford University Press UK., 1999 e KING, B. “The Basic Concept of Professor Hart's Jurisprudence: The Norm out of the Bottle”. *The Cambridge Law Journal*, 21(2), 270-303, 1963.

<sup>193</sup> MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

As objeções de Hart para tudo isso são incisivas: (...) regras que conferem poderes são pensadas, faladas e utilizadas na vida social de forma diferente de regras que impõe obrigações e são valorizadas por diferentes razões. Contudo, isso é por sua vez uma afirmação precipitada quando você pensa sobre isso. Tem havido alguma controvérsia, à luz da biografia de Lacey sobre Hart, relacionada ao quanto ele teria interesse, ou deveria ter tomado um interesse maior, na sociologia descritiva a que ele faz referência no prefácio do *Conceito de Direito*.

Mas muito do que ele diz sobre atitudes corresponde a afirmações empíricas não apoiadas por pesquisas empíricas. Soosay mantém que, o que quer que fosse o caso em 1961, há agora extensivos recursos da psicologia moderna disponíveis, em particular, de ciência cognitiva. O que os cientistas cognitivos mostraram é que a mente humana, o cérebro humano, é capaz de ajustar-se a todo o tipo de problemas comportamentais e de outros tipos, precisamente pela rotinização, isso é, formando hábitos.<sup>194</sup>

O autor reafirma as considerações do autor Soosay sobre pesquisas de ciência cognitiva e argumenta que as considerações sobre a prática de regras expostas por Hart deveriam ser reconsideradas à luz destes resultados. Neste sentido, para Maccormick, é preciso readaptar esta forma de entender o direito, tendo em vista a forma pela qual a conduta guiada por regras é muitas vezes irrefletida. É preciso atentar também às formas pelo qual o cérebro humano funciona internalizando condutas e as repetindo de forma mais ou menos automática.

Há nestas considerações duas afirmações diferentes e complementares. A primeira é que as considerações de Hart acerca do aspecto interno de regras, isso é, a constatação da forma pela qual estas são pensadas, faladas e usadas na vida social, corresponde a afirmações empíricas não embasadas em pesquisas empíricas. A segunda afirmação é a de que uma atenção aos resultados recentes das pesquisas das ciências cognitivas mostra que estas considerações devem ser reformuladas.

A primeira consideração não é muito diferente da crítica exposta por Russell em relação ao método da linguagem ordinária. Como exposto no capítulo 2 desta dissertação, o autor argumentava que a identificação da linguagem ordinária dependeria de pesquisas sociais e estatísticas acerca do que as pessoas estariam dispostas a dizer, e na ausência da apresentação destes dados empíricos, os autores da universidade estariam no máximo se baseando nas intuições de uma parcela pequena e elitizada da sociedade.

---

<sup>194</sup> Ibid. Pg. 65-66.

A resposta de P.M.S Hacker a esta crítica de Russell vale também para os argumentos de Maccormick sobre a tese de Hart: ao apresentar considerações baseadas no que faz sentido dizer em situações específicas, o teórico não estaria se baseando em intuições ou dados estatísticos, mas sim em uma habilidade compartilhada que existiria entre usuários aptos do conceito em reconhecer situações e conseguir refletir em relação a estas. Nesse sentido, Hart não está fazendo generalizações acerca da prática da sociedade inglesa, mas procurando identificar os pressupostos conceituais e de uso das pessoas que utilizam regras sociais.

As considerações do autor são gerais no sentido de procurar informar ou ao menos analisar algo que é recorrente em situações em que é possível identificar regras sociais. Esta identificação de certa forma independe da prática social da sociedade inglesa no sentido em que não se limita a considerações sobre esta, mas também está relacionada a esta prática no sentido de que tem a função de explicá-la.

Ou seja, caso haja uma habilidade geral de utilizar e reconhecer regras sociais na sociedade inglesa, e a explicação de Hart consiga a partir da análise deste uso estabelecer os elementos essenciais do conceito de obrigação na sua expressão em sociedade, e a relação deste conceito com outros conceitos conexos, este exercício servirá para explicar a prática inglesa. Ele servirá também para explicar outras expressões do conceito em outras sociedades que apresentem suficiente relação de semelhança em estabelecer padrões de condutas gerais.

Claro, isso vincula a teoria de Hart às várias considerações de filosofia da linguagem elencadas no decorrer desta dissertação. Entretanto, a outra possibilidade de interpretação identificada, a de que o autor estaria procurando fazer afirmações empíricas sem antes apresentar qualquer forma de pesquisa empírica, só parece empobrecer a tese. Mais grave, esta abordagem separa os argumentos das diversas considerações sobre análise conceitual que Hart faz no decorrer do livro. Acredito que esta interpretação deva, assim, ser rejeitada em favor daquela que vê o trabalho como uma aplicação da análise conceitual defendida abstratamente pelos filósofos da linguagem de Oxford.

Estas considerações talvez sejam suficientes para mostrar que Maccormick estaria apresentando os argumentos do autor de forma equivocada ao caracterizá-los como afirmações empíricas sem base empírica, mas isso não resolve de todo o desafio da ciência cognitiva. Isso é, mesmo que os argumentos de Hart sejam considerados como uma análise dos conceitos de regras e hábitos sociais, ainda é possível perguntar se essas considerações não precisam ser

revistas frente a argumentos empíricos de que a realidade não funciona da forma como o autor procura explicá-la.

Como visto, Maccormick indica a internalização de regras como o desenvolvimento de práticas rotineiras e irrefletidas. O autor defende que diferentes pesquisas cognitivas mostraram que, quando um regime jurídico está funcionando bem, as regras sociais não são faladas ou utilizadas da forma consciente e reflexiva prevista por Hart.<sup>195</sup>

Esta crítica não parece, entretanto, ter muita força, uma vez que os argumentos de Hart passem a ser entendidos como uma análise dos conceitos envolvidos na prática de seguir regras e hábitos, ao invés de considerações empíricas acerca de estados psicológicos. Neste sentido o autor defende:

Algumas vezes a existência de regras que vinculam as cortes é negado, porque a questão de se uma pessoa, ao agir de um certo modo, assim manifesta sua aceitação de uma regra que requer este comportamento, é confundida com a questão psicológica dos processos de pensamento pelos quais a pessoa passou antes ou durante a ação. Muitas vezes quando uma pessoa aceita uma regra como vinculante e como algo que ele e outras pessoas não estão livres para mudar, ele pode enxergar o que ela requer em uma dada situação intuitivamente, e fazer isso sem antes pensar na regra ou no que ela requer.

A evidência de que estas ações são aplicações genuínas de uma regra é sua existência em certas circunstâncias. Algumas destas precedem a ação particular e outras seguem esta: e algumas delas são identificáveis apenas em termos gerais e hipotéticos. O mais importante desses fatores que mostram que ao agir nós teríamos aplicado uma regra é que se nosso comportamento é questionado nós estamos dispostos a justificá-lo por referência à regra. A partir desta ou similar evidência nós podemos de fato concluir que se, antes da nossa aquiescência “irrefletida” com a regra, nós fôssemos perguntados acerca da coisa certa a fazer e por quê, nós iríamos citar a regra em resposta.<sup>196</sup>

Mais uma vez, Hart oferece, frente a uma possível objeção da sua caracterização da normatividade de regras, argumentos acerca do que agentes iriam ou poderiam dizer em situações putativas. O autor identifica que o que marca o comportamento guiado por regras é a

---

<sup>195</sup> MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 67.

<sup>196</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p.140.

capacidade de reconhecimento destas como justificativas da ação exigida e como parâmetros de ação. Nesse sentido, não importa que este reconhecimento venha antes da ação em questão ou apenas em casos hipotéticos em que a atitude é questionada, desde que possa ser estabelecida uma disposição neste sentido.

A objeção de Maccormick falha em se dar conta do caráter dos argumentos trazidos para diferenciar hábitos de regras e, pensando só poder se tratar de afirmações empíricas acerca de estados mentais, perde a dimensão conceitual do que está sendo defendido ali. Não é o caso, evidentemente, que argumentos conceituais estejam sempre protegidos contra novas descobertas empíricas de fato, afinal, é objetivo do filósofo desenvolver uma caracterização que se adeque à realidade. O que ocorre neste caso é que as pesquisas indicadas pelo autor não parecem contradizer a percepção de Hart de que pessoas que seguem regras as identificariam como justificativa das suas atitudes.

A exposição deste método de análise pode trazer, entretanto, algumas perguntas acerca do que exatamente está sendo identificado a partir de considerações quanto à utilização de conceitos, seus contextos de uso e casos putativos de fala. Isso é, reconhecendo que esta é a metodologia de Hart, isso não responde à questão do que está por trás da possibilidade comum de reconhecer conceitos e, a partir da análise nos termos já estabelecidos, obter maior esclarecimento a seu respeito.

Como dito, os filósofos da linguagem ordinária consideram que existe uma habilidade geral dos usuários de um conceito em identificar algumas instanciações destes. É a partir desta capacidade que Hart desenha o ponto de partida da sua teoria do direito e monta o caso central de sistema jurídico. Para estes filósofos, esta habilidade, mesmo que não reflexiva, de usar e reconhecer instâncias de conceitos seria também capaz de ser explorada a partir de considerações de situações putativas de fala ou de uso. Como visto, esta possibilidade de exploração é utilizada na teoria de Hart.

Mas o que significa dizer que diferentes usuários aptos do conceito partilham uma habilidade de usá-lo e de reconhecer instâncias deste? No que consiste exatamente esta habilidade?

Tentar responder estas questões nos levará ao ponto final da dissertação. Isso porque uma resposta possível já foi levantada por Ronald Dworkin, segundo quem o método de fazer filosofia apresentado por Hart teria como pressuposto a existência de compartilhada de critérios conceituais. Neste sentido, Dworkin responderia que a habilidade identificada e explorada pelos

filósofos da linguagem estudados teria por base uma crença na existência destes critérios. Como o autor defende também que estes critérios não existiriam no caso do conceito de direito, é preciso retomar a crítica.

#### **4.5. Linguagem e conceitos criteriosais: revendo a crítica de Dworkin.**

Dworkin reconhece a influência de autores da filosofia da linguagem na teoria de Hart e propõe um entendimento específico acerca do que exatamente estava sendo analisado no *Conceito de Direito*. Para o autor, Hart pressupunha a existência de critérios para a aplicação e o reconhecimento de termos e conceitos. Estes critérios funcionariam como regras de aplicação, no sentido de que forneceriam parâmetros a partir dos quais as instâncias do termo em questão seriam identificadas, e no sentido de que ser um usuário apto do termo significaria apresentar certo domínio destes critérios de reconhecimento e aplicação.

Estes critérios seriam também, na caracterização de Dworkin, identificáveis à medida que o seu uso fosse analisado e as características que compõem seu conteúdo fossem descobertas. Esta seria uma percepção convencionalista do domínio de termos, em que o conteúdo dos critérios é estabelecido a partir da prática concordante por parte de determinada comunidade. Entretanto, é um pressuposto deste entendimento que cada falante apresente por si domínio dos critérios que estabelecem o termo e consigam reconhecer estes critérios – caso eles venham a ser apontados pela filosofia – como fazendo parte da sua prática.

A necessidade de que a comunidade de falantes aptos apresente a capacidade compartilhada de utilização dos critérios é o centro dessa percepção, mas é também, para Dworkin, o seu maior defeito. Isso porque, para que esta capacidade compartilhada exista, e para que seja possível identificar um grupo de critérios comuns de aplicação de termos, não é possível que haja desacordo acerca destes critérios. Neste sentido, caso pessoas venham a discordar sobre o que é direito, e o reconhecimento do que é direito dependa da utilização de critérios, elas estariam utilizando critérios diferentes de aplicação.

Resumindo, Dworkin defende que Hart está comprometido com a ideia de que cada usuário apto de um termo, no caso “direito”, reconhece instâncias do termo a partir de critérios linguísticos compartilhados. Como cada falante apto, por pressuposição da teoria, precisa ser capaz de reconhecer instâncias a partir dos mesmos critérios que o resto do grupo, não é possível que haja discordância relevante acerca da identificação destas instâncias. Desacordo em relação



a instâncias só poderia, então, significar a presença de diferentes critérios, e, como é a presença destes critérios específicos que forma um conceito, o uso de diferentes conceitos.

Estas considerações podem ser resumidas através da passagem trazida no capítulo 1 desta dissertação:

Nós seguimos regras compartilhadas, eles dizem, ao usar qualquer palavra: essas regras delimitam critérios que fornecem o significado da palavra. Nossas regras para o uso de “direito” vinculam o direito a um mero fato histórico. Disso não se segue que todos os juristas estejam cientes dessas regras no sentido de serem capazes de afirmá-las de uma forma nítida e compreensível, pois nós todos seguimos regras dadas pela nossa linguagem comum em relação às quais nós não temos plena compreensão. (...). Resta para filosofia explicar essas (regras) para nós.

(...) Nós todos usamos os mesmos critérios factuais em aceitar e rejeitar afirmações sobre o que o direito é, mas nós somos ignorantes acerca de quais estes critérios são. Filósofos do direito devem elucidá-los (os critérios) para nós através de um estudo de como nós falamos. Eles podem discorda uns com os outros, mas isso por si só não traz nenhuma dúvida quanto a sua suposição comum, que é a de que nós partilhamos um conjunto de medidas sobre como “direito” deve ser utilizado.<sup>197</sup>

Nesta dissertação foi defendido que Hart utiliza uma análise conceitual para o esclarecimento de questões sobre o direito e para elucidar a relação da prática jurídica com outras práticas guiadas por regras. Foi defendido também que essa análise conceitual depende de uma habilidade geral dos falantes competentes de reconhecer instâncias ao menos do caso central e de reconhecer situações do uso do conceito para os fins de reflexão e análise. A questão agora é se essa habilidade depende da existência de critérios convencionais compartilhados quanto a aplicação do termo “direito”.

Como indicado anteriormente, Hart não trata diretamente da relação entre o domínio de conceitos e a possibilidade de desacordos em relação a estes. O autor trata, entretanto, como visto, diretamente da questão de que termos não são a expressão completa de conceitos. Isso quer dizer que o autor reconhece diretamente que a questão da identificação de uma prática como “direito” não é algo que pode ser resolvido a partir de regras que estabelecem elementos suficientes e necessários para a resolução da questão.

---

<sup>197</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986. Pg. 32.

Relembrando, não é apenas impossível estabelecer regras identificando elementos que precisam estar ali para que algo seja “direito”, dada a existência de casos de fronteira em que há dúvida razoável quanto à sua classificação como direito. Esta impossibilidade ocorre também porque há práticas reconhecidas de direito, mas que se relacionam com os elementos do caso central por analogia, semelhança de família ou algum outro juízo semelhante.

Isto não é expressamente defendido pelo autor, mas parece evidente que esta caracterização de casos claros de sistema jurídico, casos de práticas análogas suficientemente semelhantes, e casos duvidosos de fronteira, é compatível com o desacordo e o debate inteligível acerca da questão se uma prática determinada é um exemplo do segundo ou do terceiro tipo. O reconhecimento da possibilidade de algo ser considerado prática jurídica por uma questão de analogia ou de semelhança de família traz também o reconhecimento da possibilidade de haver dúvida e debate quanto a esses juízos de semelhança.

Sendo assim, caso venhamos a entender a interpretação de Dworkin como a afirmação de que Hart estava buscando regras criteriosais compartilhadas que permitissem estabelecer os elementos necessários para que algo seja considerado “direito” em qualquer situação hipotética possível, esta interpretação precisa ser rejeitada frente às considerações expressas que Hart traz no livro. É preciso reformular a crítica para que esta tenha alguma força contra as teses de Hart.

A crítica de Dworkin poderia talvez ser formulada em relação não a uma suposta pretensão de Hart de identificar critérios para a instanciação de qualquer expressão de “direito”, mas dos próprios elementos do caso central. Neste sentido, Dworkin poderia argumentar que Hart está identificando supostos critérios convencionais compartilhados ao elencar os elementos essenciais do sistema jurídico centralizado.

Esta crítica, entretanto, perde grande parte do seu impacto nesta reformulação. Isso porque era essencial para a caracterização de Dworkin mostrar que a tese de Hart é incompatível com o desacordo em relação ao que é o direito. Como nesta expressão da tese a teoria de Hart deveria propor critérios para identificação de qualquer prática jurídica, a discordância em relação a algumas práticas já seria o suficiente para descaracterizar a tese. Para que o argumento do desacordo se mantenha nesta nova versão da tese, é preciso que Dworkin defenda a possibilidade do desacordo em relação ao caso central.

Como exatamente se daria este desacordo é algo difícil de estabelecer, pois se trata da possibilidade de questionar a identificação daquilo que é tomado de acordo com a nossa prática

como um sistema jurídico centralizado. Seria a possibilidade de defesa que a prática jurídica por exemplo da Inglaterra ou dos Estados Unidos não é realmente jurídica.

Argumentações neste sentido até são reconhecidas e defendidas por exemplo por autores que sustentam não haver possibilidade de coerção estatal legítima e que o aquilo que estamos chamando de direito não passa de violência injustificada. Estas formas de argumentação, entretanto, são mais no sentido de procurar desfazer o conceito atual de direito a partir de considerações de legitimidade política do que um debate acerca da caracterização da instância de um conceito.

Alguém que procura questionar a coerção estatal não possui dificuldade em identificar o sistema jurídico centralizado enquanto exemplo claro de uma instância de direito, o que ele pretende é mostrar que aquela prática necessita de certos pressupostos morais e políticos para que venha a ser exercida com legitimidade. Este teórico pode vir a defender que estes pressupostos são inalcançáveis e apresentar um conceito reformista ou revisionista da nossa prática a partir de considerações valorativas. Enquanto considerações acerca sobre o que o direito deveria ser, não parece haver incompatibilidade entre este tipo de argumentação e a teoria descritiva conceitual de Hart.

Dworkin precisaria então explicar a situação em que alguém não reconhece e está pronto para defender que este caso central de direito não é central e não é sequer direito. Como seria exatamente este debate não me é claro, pois ele também não pode ser o simples reconhecimento do sistema jurídico centralizado como caso central junto de uma defesa de que alguns dos elementos elencados por Hart não são realmente essenciais. Isso porque, caso haja o reconhecimento do caso central, e o debate seja acerca de seus elementos, o teórico estará então oferecendo uma caracterização diversa e concorrente, mas não incompatível com as considerações de Hart.

Hart primeiro identificou o que considerava um caso central de direito que seria objeto de seu estudo e elencou os elementos que considerava essenciais daquela prática no sentido de serem os elementos que constituem a forma pela qual as regras jurídicas são pensadas, faladas e utilizadas na vida social. Neste sentido, o autor estabeleceu que o ponto de vista crítico-reflexivo era um dos elementos essenciais da existência de regras.

Uma teoria que procurasse mostrar que a interpretação de Hart dos elementos essenciais da mesma instância geral como equivocadas é assim completamente concebível. Seria ônus deste teórico, entretanto, mostrar como elementos que foram considerados por Hart como

essenciais para o sistema jurídico, como o ponto de vista crítico-reflexivo, na verdade não o são. Esta forma de entendimento é compatível com as ideias do autor acerca do método da análise conceitual e não pode ser oferecido como um exemplo de desacordo teórico fatal à teoria de Hart nos moldes que Dworkin pretendia oferecer.

Isso significa dizer que, ao identificar um caso central de direito como ponto de partida de sua teoria, e buscar apontar os elementos essenciais desta instância de direito, Hart estaria pressupondo critérios compartilhados de aplicação nos moldes expostos por Dworkin?

Não necessariamente. Como dito, Hart não se pronunciou diretamente acerca do que consiste a habilidade de reconhecer um sistema jurídico centralizado enquanto um exemplo de Direito. Parece suficiente para a teoria do autor que haja esse reconhecimento geral e que seja possível elaborar questões a partir daí.

A questão acerca do que exatamente faz com que essa identificação seja possível é o que é conhecido na filosofia como metasemântica. Neste sentido, autores como Jules Coleman e Veronica Blanco procuraram mostrar que a teoria de Hart seria compatível com um entendimento acerca da semântica dos termos nos moldes da teoria exposta por Hilary Putnam.<sup>198</sup> Por outro lado, Anthony Sebok defende que as percepções do Wittgenstein tardio se adequam mais à teoria de Hart.<sup>199</sup>

Esta questão interpretativa é extremamente complexa, principalmente levando em conta que o autor escolheu não a abordar diretamente. Concordo, entretanto, com a defesa de Joseph Raz, no artigo *Two views of the Nature of the Theory of Law*, de que independentemente da vinculação mais acertada, a interpretação exposta por Dworkin é a menos plausível, pois apresenta apenas uma percepção individualista da utilização de critérios.

A percepção individualista toma cada pessoa como possuindo um conjunto de critérios que ele ou ela seguem na aplicação de um conceito. Em princípio, cada pessoa pode ser a única pessoa usando aquele conceito, isso é, a única pessoa utilizando esse critério. Aqueles que possuem o conceito podem cometer erros na aplicação (por causa de erros de cálculo, percepção, etc.) mas não podem cometer erros acerca do critério. O critério de cada pessoa define o conceito para aquela pessoa. Caso outras pessoas sigam diferentes critérios, isso não serve para mostrar que

---

<sup>198</sup> Coleman, Jules L. & Simchen, Ori (2003). 'Law'. *Legal Theory* 9 (1):1-41. Rodriguez-Blanco, Veronica (2003). A defence of Hart's semantics as nonambitious conceptual analysis. *Legal Theory* 9 (2):99-124.

<sup>199</sup> SEBOK, Anthony J. "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition", 52 *SMU L. Rev.* 75, 1999.

qualquer um deles cometeu um erro. Isso apenas serve para mostrar que eles estão seguindo diferentes conceitos.<sup>200</sup>

Para Raz, esta caracterização deturpa radicalmente a forma com que conceitos são utilizados na prática de uma comunidade, e é uma interpretação do tema que não é adotada sequer por autores que defendem a existência de conceitos criteriais. Esta rejeição compartilhada do individualismo linguístico advém de argumentos de autores como Putnam, Burge e Wittgenstein. De acordo, com Raz, os três negam a possibilidade de uma linguagem privada, e, nesse sentido, negam também a possibilidade da existência de critérios individuais de aplicação de termos.

Aonde a visão individualista erra é em pensar que o conjunto de critérios definido pela regra pessoal de cada pessoa para o uso correto de termos e conceitos é totalmente especificado. De fato, a sua regra pessoal não é especificada. Cada pessoa toma seu uso de termos e conceitos como governada pelo critério comum do seu uso. Isso é tudo que a sua regra pessoal diz.

Os critérios que governam o uso das pessoas da linguagem são simplesmente os critérios geralmente utilizados na linguagem daquela comunidade para o uso daqueles termos. Pessoas que pensam que entendem um termo ou um conceito pensam que eles têm ao menos algum conhecimento do que esses critérios comuns são. Eles podem estar errados. Eles podem estar parcialmente ou completamente equivocados quanto aos critérios comuns. É uma parte da regra de cada pessoa para o uso do termo ou conceito que erros podem ocorrer, pois a regra se refere aos critérios como eles são, ao invés de como a pessoa pensa que eles são. O que eles são, entretanto, depende de fato do que as pessoas pensam que eles são. Os critérios corretos são aqueles que as pessoas que pensam que entendem o conceito ou termo compartilham de uma forma geral.<sup>201</sup>

O que Raz pretende mostrar nestas passagens é a equivocidade da concepção de Dworkin de que identificar termos como criteriais necessariamente vincularia o filósofo à ideia de que cada indivíduo apresentaria uma regra individual e ao mesmo tempo concorrente com a regra de cada outro membro do grupo de fala. Isso porque faz parte de uma regra comum de aplicação de termos que ela seja comum, e nesse sentido, é possível que expressões individuais

---

<sup>200</sup> RAZ, Joseph. "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison". In: *Legal Theory*. 1998, p. 15.

<sup>201</sup> Ibid. Pg. 17

equivocadas sejam corrigidas e que haja certo debate acerca dos contornos e da aplicação do termo.

Nesse sentido, é comum para alguém que está utilizando um conceito de forma diversa daquele da comunidade que lhe seja apontado este erro e que, caso este apontamento seja razoável, o falante venha a adaptar sua expressão do termo ou do conceito. Isso significa dizer que a linguagem de uma comunidade é algo que tem a sua expressão no coletivo e também algo que é considerado, debatido, e corrigido no dia-a-dia da utilização individual dos termos e conceitos.

Claro, um grau grande de concordância é necessário nesta percepção acerca da linguagem, é preciso, por exemplo, que a maior parte das pessoas consiga reconhecer o sistema jurídico centralizado como uma instância do direito. Esta concordância geral, a disposição de corrigir erros, e a capacidade refletir sobre eles, é, entretanto, extremamente diversa da caracterização de Dworkin de que deveria haver algo próximo à unanimidade no uso do conceito para que a teoria de Hart tivesse plausibilidade.

Isto não quer dizer que Hart estivesse vinculado à ideia da existência de critérios coletivos para identificação do caso central do Direito. Minha opinião é a de que as considerações trazidas por Jules Coleman, Veronica Blanco e Anthony Sebok nos artigos recém referidos mostram que esta é uma questão em aberto e que há outras possibilidades de interpretação desta questão.

O que os argumentos de Raz são aptos a mostrar é que a concepção que Dworkin atribui a Hart é implausível mesmo como caracterização de uma análise de conceitos criteriosos. Nesse sentido, e também a partir das considerações de Hart acerca da relação complexa entre as diversas instâncias de um termo geral, a interpretação de Dworkin deve ser rejeitada.

## **5. Conclusão**

O *Conceito de Direito* foi uma obra paradigmática, que mudou a forma como a prática jurídica é entendida e que mudou também a natureza do debate acerca desta prática. Após a sua disponibilização e o reconhecimento geral de sua importância, mesmo aqueles autores que discordavam veementemente das suas ideias tiveram que enfrentá-las diretamente. O livro tornou-se, assim, uma parte essencial da história da filosofia do direito e certamente continuará

sendo discutido mesmo que eventualmente as suas principais ideias percam a sua capacidade de convencimento.

Esta dissertação procurou apresentar uma interpretação daquilo que Hart defendeu no seu livro e, principalmente, um entendimento de como o autor chegou naqueles argumentos. Esta interpretação não é evidentemente nova.

Entretanto, como não há unanimidade acerca desta interpretação, os argumentos trazidos aqui tomam um lado no debate corrente. Indiquei assim o porquê de achar que a forma de entendimento das teses de Hart expostas aqui é superior a outras interpretações e em que sentido este esclarecimento acerca do método filosófico do livro serve também para responder a algumas críticas realizadas ao que é trazido no livro.

Como exposto, Hart teve seu método filosófico influenciado diretamente por autores da filosofia da linguagem do século XX, principalmente J.L. Austin, Gilbert Ryle e Ludwig Wittgenstein. Esta influência permite classificar o estudo do livro como um caso de análise conceitual que tem por objetivo oferecer um entendimento descritivo, mas elucidativo, de um caso central da prática jurídica.

Mostrei também como a forma específica que de análise utilizada no *Conceito de Direito* foi se desenvolvendo no decorrer da obra do autor. Analisei seus artigos iniciais, em que ele buscou solucionar questões do direito a partir de perspectivas diversas daquelas apresentadas no livro, apontando como foi a partir da introdução de perspectivas importadas de – mas não apenas – Wittgenstein que a expressão final destas ideias tomou forma.

Assim, o exercício interpretativo oferecido aqui teve o objetivo de caracterizar o método de Hart e mostrar por que estas percepções são importantes, tanto para entender os objetivos do autor no livro quanto para combater caracterizações equivocadas levantadas pela crítica.

Isso não significa defender que a metodologia avançada por Hart é a única forma de fazer filosofia do direito, ou que as ideias trazidas pelo autor são a única forma de entender o tema. Estas questões quanto à qualidade e importância da caracterização defendida no livro são objeto essencial do desenvolvimento da filosofia do direito posterior à publicação da obra, mas acredito que elas podem ser melhor elaboradas uma vez que tenhamos clareza do que estava sendo buscado por Hart. A interpretação trazida aqui procura fornecer uma parte deste esclarecimento.

Não considero, entretanto, que todos os aspectos da questão metodológica em filosofia direito tenham sido tratados nesta dissertação. Meu objetivo principal foi expor como Hart

concebia o seu trabalho e quais os objetivos metodológicos que o autor colocou para si. Uma questão não trabalhada foi dos possíveis limites de uma teoria descritiva do direito.

Esta seria a percepção de autores como Stephen Perry, John Finnis e em certa medida Lon.L.Fuller, de que a forma de fazer filosofia buscada por Hart teria limitações e de que a caracterização mais adequada do direito envolveria necessariamente a ideia de razões legítimas de ação e, por isso, argumentos valorativos. Acredito que este seja um dos principais desafios atuais à teoria conceitual e descritiva de Hart. Espero, entretanto, que esta questão possa ser melhor trabalhada uma vez que os objetivos principais do autor tenham sido esclarecidos pela interpretação defendida neste trabalho

## REFERÊNCIAS

AUSTIN, J. L. “A Plea for excuses in Philosophical Papers”. In: *Philosophical Papers*. Oxford University Press, 1961.

AUSTIN, J. L.. The meaning of a word. In J. O. Urmson & G. J. Warnock (eds.), *Journal of Symbolic Logic*. Clarendon Press. pp. 23—43, 1961.

BAMBROUGH, Renford. Gilbert Ryle: Collected Papers. *Philosophy* 69, 1994.

BODENHEIMER, Edgar. *Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of Its Usefulness*, 104 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1080.



COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. "Legal positivism". In PATTERSON, Dennis M. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell. 1996.

COLEMAN, Jules L.; SIMCHEN, Ori. 'Law'. *Legal Theory* 9 (1):1-41, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Oxford: Belknap Press. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press. 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Duckworth. 1977.

ENDICOTT, Timothy. "Herbert Hart and the Semantic Sting". In: *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GREEN, Leslie. "Introduction". In H. Hart, *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. And with an Introduction and Notes by Leslie Green (3 ed., pp. xv-lv). Oxford: Oxford University Press, 2012.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

HACKER, Peter Ms. Analytic philosophy: beyond the linguistic turn and back again. In Micahel Beaney (ed.), *The Analytic Turn*. Routledge. Hacker, Peter Ms. 2013.

HACKER, Peter Ms. The Linguistic Turn in Analytic Philosophy, in *Oxford Handbook for the History of Analytic Philosophy* (Oxford University Press, 2013), pp. 926-47.

HACKER, Peter. M.s. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. John Wiley & Sons. 149, 1996.

HART, H. L. A. “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 265). Oxford: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. “The ascription of responsibility and rights”. In: Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society*. Blackwell, p. 171 – 194, 1951.

HART, H. L. A. *Discretion*. Harvard Law Review. Vol. 127, No. 2, dez. 2013.

HART, H. L. A. Hart Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer, 105 U. Pa. L. Rev. Pg. 953 – 975, 1957.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

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

HART, H. L. A. “Definition and Theory in Jurisprudence”. In \_\_\_\_\_, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pg. 21). Oxford: Oxford University Press, 1983.

HART, Henry; SACKS, Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Foundation Press, 1995.

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

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

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

PERRY, Stephen R. "Hart's Methodological Positivism". In: \_\_\_\_\_. *Legal Theory* 4 (4):427-467. 1998;

RAZ, Joseph. "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison". In: \_\_\_\_\_. *Legal Theory*. 1998.

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. "A defence of Hart's semantics as nonambitious conceptual analysis". In: *Legal Theory* 9 (2):99-124. 2003.

RORTY, Richard. *The Linguistic Turn: recent essays in philosophical method*. Chicago: University of Chicago Press, 1967

RUSSELL, Bertrand. "The cult of 'common usage'". *British Journal for the Philosophy of Science* 3 (12):303-307. 1952.

RYLE, Gilbert. *Philosophical Arguments, in Collected Essays 1929-1968*. Routledge, 2009.

RYLE, Gilbert. *Collected Essays 1929 - 1968: Collected Papers Volume 2*. Routledge. 2016.

RYLE, Gilbert. *Dilemmas*. Cambridge University Press, 1954.

RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Hutchinson & Co., 1949.

SEBOK, Anthony J. "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition", 52 SMU L. Rev. 75, 1999.

SHAW, Geoffrey. "H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School". Harvard Law Review, Vol. 127, No. 2, p. 666, December, 2013.

STAVROPOULOS, Nicos. "Hart's Semantics". In: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'the Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001.

STRAWSON, P. F. *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*. Oxford University Press, 1993.

SUGARMAN, D., "Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman". *Journal of Law and Society*, 32: 267-293, 2005.

WALDRON, Jeremy. "Normative (or Ethical) Positivism". In: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'the Concept of Law'*. Oxford University Press, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations: The German Text, with a Revised English Translation*. Malden, Ma, Blackwell, 2003.