

Herbert Hart e o Conceito de Direito - Número 4 - 04/2011

O século 20 foi cenário de uma série de discussões sobre a natureza da lei e de como essa deve ser estudada. Em nosso país, esse debate foi quase totalmente protagonizado por uma leitura desastrosa – tanto pelos defensores de sua obra quanto pelos detratores – do pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Depois disso, um pouco por causa dos trabalhos de Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr., a questão da teoria do direito foi ampliada para as proveitosas discussões trazidas pelo filósofo italiano Norberto Bobbio (1909-2004), em especial os textos que tratam da teoria da norma e da teoria do ordenamento jurídico. Podemos dizer que os professores de São Paulo deram um empurrão muito importante nos estudos sobre a lógica do direito.

Pois bem, essas poucas linhas servem para mostrar que se o inglês Herbert Hart (1907-1994), fundamental filósofo para a academia anglo-americana, foi por nós quase totalmente ignorado por longo tempo, ele tem sido descoberto nos últimos anos. A presente edição no Brasil de sua principal obra, O conceito de direito, de 1961, marca essa virada de interesses e reconhecimento da relevância do positivismo legal.

Kelsen, Bobbio e Hart são positivistas no que diz respeito ao conceito de direito. Por positivismo legal se deve compreender tão somente que esses autores entendem que o direito e a moral são, e devem ser entendidos, como fenômenos distintos. Existe na obra de Hart o reconhecimento de que a moralidade pode orientar decisões em muitas circunstâncias diferentes, e até mesmo que o direito e a moral andam juntos em alguns assuntos. Mas há, sobretudo, a percepção teórica de que a lei não pode e não deve naturalizar preconceitos morais, dentre outras razões, porque moralidade e direito são fenômenos distintos. Existe no positivismo legal uma batalha cética contra as leis fundadas em preconceitos morais, um dos feitos, obtidos pelos argumentos de Hart, foi a descriminalização da homossexualidade na Inglaterra. Cabe dizer que a separação entre direito e moral serve para tirar do âmbito da jurisprudência qualquer tipo de função moralizadora.

O positivismo legal foi muito profícuo na Inglaterra, mas Hart parece ser o principal teórico que abordou a questão da lei. As escolas inglesas de jurisprudência desde a segunda metade do século 19 partiam do pressuposto teórico estabelecido pelo inglês John Austin (1790-1859), que, no trabalho A província da jurisprudência determinada, de 1832, expôs a principal premissa do positivismo inglês: “A lei deve ser entendida como um comando”. A definição de lei para Austin era, pois, a enunciação de uma ordem relacionada a um mal, um desprazer, capaz de estabelecer de modo centralizado hábitos de obediência.

Da mesma forma, Hart estabelece largas discussões com outro jurista inglês, o filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), autor que marcou campos dos mais

distintos, transformando desde a compreensão de moral até as possibilidades das políticas públicas. Bentham mostra, no texto *Das leis em geral* – inédito até 1970 –, a compreensão da lei como comando e como soberania. Trava, portanto, um diálogo com Austin, defendendo a questão do limite territorial como alguma coisa fundamental para a lei. Por outro lado, Austin ‘responde’, ponto aceito por Hart, que a jurisprudência determinada se importa com a autoridade efetivamente exercida e não somente com a pluralidade de formas das convenções. O que significa dizer que a lei é verdade em sua forma e não somente em seu hábito social.

Hart, pois bem, é um filósofo analítico, que teve como interlocutor privilegiado o filósofo da linguagem John L. Austin (1911-1960), seu contemporâneo (não confundir com o John Austin já citado), e com ele compartilhou a pesquisa do fenômeno linguístico da lei – que, por vezes, pode ser entendida como um ato performativo da linguagem, isto é, algo que não é apenas descritivo, mas representa uma ação, uma realização, e tem uma consequência. Com base nesse entendimento, Hart diferenciou os conceitos de simples hábito e de regra. Todas as sociedades, explicou, são formadas por uma série de jogos linguísticos particulares, e nestes encontramos alguns que se expressam como hábitos (os quais não têm uma sanção associada) e outros que se revelam como regras sociais (marcadas pela presença de sanções ou da pressão social).

A lei é uma regra social. Muitas são as regras sociais, mas apenas uma espécie muito específica pode ser entendida como regra jurídica. O ponto essencial para uma regra de direito é que não são todos os membros de uma sociedade que podem aplicar uma sanção, mas somente a autoridade político-jurídica.

A grande revolução empreendida por Hart aconteceu com o livro *O conceito de direito*, no qual define a lei como a união de regras primárias e regras secundárias – as primeiras dizendo respeito ao mandamento de obrigações e as segundas aos modos de se compreender a aplicação das obrigações. Ele afasta a noção de lei apenas como comando, afirmando que, para além do mal da punição, do desprazer, que o comando traz, o que é fundamental para o conceito de direito é a noção de reconhecimento. Isso significa dizer que a comunidade daqueles que participam da esfera pública sempre encontra um modo de identificar qual é a regra jurídica e qual o discurso legitimador para a necessidade social, ou seja, reconhecem o lugar da lei. Com efeito, no caso do direito, o reconhecimento se legitima não por simples medo do mal punitivo, mas pelo fato de que, quando queremos saber o que é o direito, sabemos exatamente para onde olhar. Hart faz do positivismo legal uma teoria da sociedade.

Assim, a lei depende de uma regra de reconhecimento, que é social, o que faz descrever seu projeto como uma sociologia analítica. Nessa ótica, o fundamento da separação entre direito e moral não é jurídico, mas social.

Isso significa dizer que os participantes do jogo de linguagem da lei devem reconhecer que esta tem o poder de regularizar, ao realizar a organização social. Entre os atores falantes da temática das regras, todos nós, os juizes e os advogados possuem privilégio na criação de modos de reconhecimento, mas apenas porque pretensamente estão mais envolvidos. O comando é importante para a ordem pública, pois necessitamos de aparelhos que monopolizem a sanção, mas não é fundamental para a compreensão do fenômeno do direito. Assim, para Hart, o principal para se entender o direito é a noção de que as leis existem porque reconhecemos nelas autoridade para a regulação do mundo da vida. O direito não impõe sua necessidade, mas a retira da vida social.

A obra de Hart repercutiu no mundo da filosofia política e do direito. Serviu como ponto de partida para o filósofo norte-americano Ronald Dworkin, cujas teses Hart reconheceu em parte. Foi tomada como referência para a definição da relação entre direito e política por filósofos como o norte-americano John Rawls (1921-2002) e o alemão Jürgen Habermas. A boa biografia de Hart escrita pela inglesa Nicola Lacey, recentemente publicada, reacendeu o interesse pela obra e pela vida desse autor nos países de língua inglesa, ressaltando sua relação com outros filósofos políticos, como o russo-britânico Isaiah Berlin (1909-1997), e a dívida destes para com o seu rigor analítico.

Cesar Kiraly

Originalmente publicado no Nº 276 da Revista Ciência Hoje.