

FORMALISMO OU CETICISMO JURÍDICO: A PERSPECTIVA CRÍTICA DE HERBERT HART

Wladimir Barreto Lisboa

Universidade Federal do Rio Grande do Sul/CNPq

Abstract: Starting with the dichotomy between legal formalism and indeterminacy of legal rules, this paper intends to present the perspective of English philosopher and jurist Herbert Hart about the way rules in general and the legal rules in particular work. The paper analyzes the attributive use of the legal rules and the different ways they are taken by an agent. Hart's legal positivism is shown as simultaneously critical with respect to morality of law and contrary to the formalism and skepticism with regard to the use of rules.

Keywords: Herbert Hart, legal positivism, rules, defeasibility, obedience to the law.

Resumo: A partir da dicotomia entre formalismo jurídico e indeterminação das regras jurídicas, o artigo propõe-se apresentar a perspectiva do filósofo e jurista inglês Herbert Hart sobre o modo de funcionamento das regras em geral e das regras jurídicas em particular. Para tanto, analisa o uso atributivo das regras jurídicas e os diferentes modos pelos quais os agentes dispõem-se diante delas. O positivismo jurídico de Hart é mostrado como simultaneamente crítico com relação à moralidade do direito e contrário ao formalismo e ceticismo no que diz respeito ao uso das regras.

Palavras-chave: Herbert Hart, positivismo jurídico, uso de regras, derrotabilidade, obediência à lei.

O título desse artigo repõe em outros termos aquilo que o filósofo e jurista inglês Herbert Hart havia nomeado, em um artigo de 1977, de “o pesadelo e o nobre sonho” (HART, 1977).

Por um lado, a denúncia do formalismo jurídico, é um lugar comum acerca do que se concebe ser uma prática jurídica equivocada no domínio do direito, isso é, a ideia de que as decisões judiciais e as interpretações das regras jurídicas que lhe dão suporte pudessem ser obtidas mediante um procedimento racional que, ao fim e ao cabo, garantisse a correteza da

conclusão alcançada. Ao contrário, o que parece ocorrer quando os tribunais decidem está muito longe de ser uma operação puramente racional. Seria preciso, portanto, tornarmo-nos conscientes das características da linguagem de que é construído o universo jurídico e aceitarmos o fato de que as decisões judiciais são, no essencial, uma forma de criar direito, mas jamais uma simples declaração do direito existente. Para que serviriam então as regras jurídicas? Ora, elas são, como dizia o jurista Oliver Holmes, apenas uma predição daquilo que farão os tribunais, nada mais (HOLMES, O. 2006, p. 6). Jerome Frank, em *Law and modern mind*, afirmava que a crença de que, em casos concretos, as regras podem, de algum modo, ser vinculantes em relação aos juízes, e que os juízes aplicam regras, mas não as criam, constituiu-se em uma forma de fetichismo ou fixação na figura paterna merecedora de terapia psicanalítica¹. Longe de ser explicado como o desdobramento de conseqüências lógicas contidas no próprio direito, seu desenvolvimento seria, antes, fruto de “preferências instintivas e convicções inarticuladas” dos juízes em resposta às necessidades percebidas de seu tempo. Em síntese, as regras jurídicas parecem não indicar o rumo de ação a ser adotado, nossas decisões acerca de valores a serem perseguidos e efetivados parecem antes depender de nossa natureza afetiva, nossos sentimentos, paixões ou predisposições da vontade. Esse é o pesadelo! A argumentação jurídica para a aplicação do direito seria persuasiva, não demonstrativa. Aparentemente, nenhum argumento jurídico e nenhuma decisão jurídica pode ser exibida como sendo a melhor, mais racional ou conclusiva: tudo é retórico!

Por outro lado, costumamos considerar como um valor político importante em determinadas comunidades a figura do Estado de Direito, isso é, a garantia de que determinados princípios como a publicidade, a anterioridade e a igualdade apenas são possíveis se as regras jurídicas e os argumentos a respeito delas tenham não apenas um simulacro de inteligibilidade, o que não seria possível se apenas houvesse a indeterminação dos textos legais e de sua interpretação. Uma ordem normativa institucionalizada apenas poderia existir onde houvesse julgamentos imparciais e determinação clara de quem julga, dos limites da jurisdição e das formalidades processuais. O Estado de Direito parece assim constituir a moldura que permite segurança para a independência dos cidadãos, o que não seria possível se as regras jurídicas fossem obscuras e ininteligíveis. Se os

¹ Citado por Hart em (HART, 2010, p. 143).

argumentos jurídicos fossem apenas persuasivos, como escolher entre argumentos opostos? Como decidir a favor do argumento mais consistente? Assim, o ideal do Estado de Direito parece sustentar-se na convicção de que há certeza jurídica, que os juizes não criam direito, mas se contentam em declará-lo, e isso, mesmo naquelas circunstâncias em que uma regra constitucional ou uma lei aparentam não oferecer uma orientação para uma decisão determinada. Nesse caso, haveria, de forma expressa ou latente, princípios que, se aplicados consistentemente, gerariam um resultado juridicamente correto. Esse é o nobre sonho!

Em seu primeiro artigo publicado em 1948, *The ascription of responsibility and rights*, quando de seu ingresso na Faculdade de Filosofia de Oxford, Hart procurará, sob a influência das ideias da filosofia analítica da linguagem, sobretudo de J. L. Austin e Gilbert Ryle, um primeiro acerto de contas com o pesadelo e o nobre sonho. *Ascription* tem um duplo propósito: fornecer uma explicação genuína dos conceitos e proposições jurídicas e, em segundo lugar, mostrar que tais conceitos e proposições não podem ser reduzidos a conceitos não jurídicos (tese anti-reducionista). Sua afirmação inicial é que sentenças jurídicas são primariamente atributivas de responsabilidade, e não descritivas de um estado de coisas ao quais os conceitos jurídicos fariam referência. Além disso, conceitos jurídicos são fundamentalmente excepcionáveis (*defeasible*). O objetivo principal de Hart é estender sua análise anti-reducionista do discurso jurídico de modo a provar que os conceitos que utilizamos para falar de uma ação humana são atributivos e excepcionáveis (*defeasible*), isso é, que sentenças da forma “ele fez isso” são primariamente usadas para atribuir responsabilidades a ações e não para descrever as condutas de uma pessoa. Para Hart, o uso primário dos conceitos jurídicos encontra-se nas decisões judiciais. (HART, H. 1948, p. 184). Na utilização que faz o juiz, sentenças aplicando conceitos jurídicos são “afirmações performativas” ou “palavras operativas” (*Idem*, p. 185). Não se trata, aqui, de descrições de fatos do tipo “um contrato entre A e B existe”, mas, antes, da produção, pelo juiz de uma *decisão* (*Idem*, p. 183). Aquilo que se decide pode ser confirmado ou reformado, mas não pode ser dito nem verdadeiro nem falso. Portanto, afirma Hart, proferir uma decisão constitui-se em um ato de fala que não pode ser assimilado a uma asserção descritiva: a exposição correta de um conceito jurídico deve levar em consideração seu uso primário, e isso não é possível em termos de uma clarificação de sua

contribuição às condições de verdade das sentenças nas quais ele ocorre. Decisões judiciais não têm valor de verdade.

Mas se o uso de conceitos jurídicos é, primariamente, atributivo, se eles não podem ser tomados como sendo notas ou qualidades de eventos ou coisas no mundo, isso é, se sua função não é descritiva, então toda tentativa de caracterizá-los como definições que, pelo gênero e diferença específica, determinariam as condições necessárias e suficientes para que algo seja, por exemplo, um contrato, está destinada ao fracasso.

Tomemos o exemplo da noção de contrato, no direito inglês, dado por Hart². Há uma lista de condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, e.g., ao menos duas partes, um objeto oferecido pela primeira e uma aceitação por parte da segunda. O conhecimento dessas condições não fornece, todavia, uma compreensão completa do conceito de contrato. O que é preciso, em acréscimo, é o conhecimento dos diferentes modos através dos quais a reivindicação de que há um contrato válido pode ser contestada e, desse modo, enfraquecida ou excepcionada (*defeated*). Tal defesa inclui, por exemplo, a falsidade ideológica, coação, demência e embriaguês. Desse modo, o conceito de contrato pode ser mais bem apresentado estabelecendo-se uma lista de condições necessárias e *normalmente* suficientes para a existência de um contrato válido juntamente com uma cláusula “a menos que” que explicita as condições sob as quais esta reivindicação pode ser derrotada (*defeated*). A tese forte de Hart é que *contrato* é um conceito irredutivelmente *defeasible* (HART, H. 1948, p. 176). Tal noção, entretanto, embora desenvolvida com relação ao contrato, pretende ter uma aplicação muito mais ampla. De fato, é devido a tal característica dos conceitos jurídicos que a cláusula “a menos que” ou expressões como “*et cetera*” tornam-se indispensáveis para sua correta caracterização (*Idem*, p. 175). Mais ainda, Hart sustenta que a *defeasability* é uma característica fundamental do conceito de ação humana (*Idem*, p. 188).

Assim, parece ser o caso que, se conceitos jurídicos são definidos por gênero ou diferença, bastaria aos juízes identificarem os fatos, relacioná-los ou não como casos das notas definidoras de, por exemplo, *contrato*, para que, por dedução, enunciassem uma sentença. Desse modo, identificado o direito, as proposições acerca dos fatos permitiriam ao juiz inferir a

² A mesma análise, mas agora sobre o uso da expressão “direito internacional” é feita por Hart em *The concept of Law* (HART, 1997, p. 213-237).

conclusão jurídica. Ou seja, os juízes encontrariam, jamais criariam o direito. Sua atividade seria, portanto, “formalista”, semelhante a uma “máquina”. Novamente o nobre sonho.

O que poderia significar, entretanto, segundo Hart, que os juízes fazem um uso excessivo da lógica? A lógica não prescreve interpretação alguma, ela simplesmente não recomenda nem uma interpretação conservadora nem progressista dos termos jurídicos. Tudo o que ela diz é que, dada uma certa interpretação de certos termos jurídicos, uma determinada conclusão irá ocorrer. Mas isso é muito diferente de afirmar-se que a sentença “Sócrates é culpado por blasfemar contra os deuses” é uma conclusão lógica de uma sentença temporal de fatos do tipo “Sócrates enunciou um discurso sobre o comportamento dos deuses em 400 a.C.”. Regras jurídicas não são regras lógicas ou lingüísticas, mas, fundamentalmente, regras de decisão. A lógica nada diz acerca de como devemos classificar particulares, e este é, segundo Hart, o coração da decisão judicial.

Para esclarecer esse ponto, analisemos uma regra que diz ser proibido conduzir “*veículos* conhecidos roubados para fora das fronteiras do Estado”. Em um caso que foi levado à decisão da Suprema Corte americana, precisava-se determinar se aviões eram veículos³. Não há, nem pode haver, segundo Hart, uma única interpretação do que venha a ser um *veículo*. Existe aqui uma zona de penumbra e uma escolha deixada em aberto que não pode ser controlada por convenções lingüísticas. Várias possibilidades se descortinam: 1) adotar o sentido que a palavra tem em um contexto não jurídico para o homem comum; 2) utilizar o sentido que a palavra recebeu em outro contexto jurídico; 3) identificar arbitrariamente certas características como condições necessárias e suficientes para a determinação do que seja um veículo, a saber, a) um instrumento utilizado para o deslocamento no solo, b) capaz de levar um ser humano e, c) capaz de autopropulsão⁴.

³ McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931).

⁴ De fato, Oliver Holmes, relator do caso na Suprema Corte americana, parece ter utilizado um misto dessas três possibilidades: É impossível [afirma Holmes] ler palavras que tão cuidadosamente enumeram as diferentes formas de veículos a motor e não possuem nenhuma referência a qualquer tipo de aeronaves, como incluindo aviões sob um termo cujo uso limita-se mais precisamente a uma classe diferente. Os argumentos mostraram que a fraseologia da lei apontando para veículos a motor segue as leis anteriores de Connecticut, Delaware, Ohio, Michigan e Missouri, para não mencionar os últimos regulamentos de tráfico para o distrito de Colúmbia, título 6, c. 0, parágrafo 242, nenhum dos quais

A escolha do juiz Oliver Holmes, relator da decisão na Suprema Corte, interpreta o que seja um veículo à luz das considerações acima, a despeito de uma outra possibilidade que o levaria a fazer uma escolha a partir dos objetivos sociais que a regra procura assegurar. Sua decisão tem como consequência, por exemplo, incluir no rol dos veículos os carrinhos de brinquedo movidos a motor e excluir bicicletas e aviões.

Seja como for, esta escolha, segundo Hart, não é nem mais nem menos “lógica” do que uma outra que preferisse interpretar o termo geral *veículo* sob a ótica de um objetivo social determinado. Preferir, em uma legislação penal, escolher o sentido que o homem comum atribuiria à expressão à custa de outros valores é, em si mesmo, uma política social. O fato de que se considerem as decisões assim tomadas como mecânicas ou automáticas apenas desconhece que mesmo essas tomadas de posição se realizam na perspectiva de algum objetivo social, ainda que conservador.

Podemos discordar do juiz Peckham no caso *Lochner v. New York*⁵, mas de modo nenhum podemos considerá-la mecânica (seja lá o que isso signifique).

Nesse caso, a decisão da maioria da Suprema Corte, redigida pelo Juiz Rufus Peckham, afirma que a lei do Estado de Nova York, que limita o número de horas trabalhadas na semana e durante o dia pelos padeiros, interfere no direito dos empregadores e empregados de celebrarem contratos nessa matéria. Tal direito de contratar no domínio da atividade profissional privada faz parte integrante da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos, a qual estabelece que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

Para Hart, essa decisão pode ser considerada um exemplo perverso de conservadorismo, mas nada há aí de automático ou mecânico, e mesmo

poder ser suposto levantar voo. Embora não seja provável que um criminoso vá cuidadosamente considerar o texto da lei antes de matar ou roubar, é razoável que uma justa advertência seja dada às pessoas, em uma linguagem que pessoas comuns entenderão, acerca do que pretende a lei caso determina linha seja ultrapassada. Para tornar a advertência justa, tanto quanto possível, a linha deve ser clara. Quando uma regra de conduta é estabelecida em palavras que evocam na mente comum apenas a figura de veículos movendo-se sobre a terra, a lei não pode estender-se a aviões simplesmente porque poderia parecer-nos que uma política similar aplica-se ao caso, ou sob a especulação de que, se o legislativo tivesse pensado isso, muito provavelmente palavras mais amplas teriam sido usadas. *United States v. Thind*, 261 U. S. 204, 261 U. S. 209. Julgamento reformado.

⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

aqueles que sustentam tal denúncia e propugnam um direito comprometido com propósitos sociais menos conservadores reconhecem que, apesar de mal direito, tais decisões fazem parte do sistema do direito. Ou seja, mesmo eles reconhecem a distinção positivista entre o direito como é o direito como deveria ser. E se tal distinção tem que ser atacada, ela tem de sê-lo em outro patamar. Deve-se sustentar que os objetivos, políticas e propósitos sociais aos quais os juízes devem apelar para que suas decisões sejam racionais são já parte do direito. Deveríamos dizer que a decisão correta acerca do caso *Lochner*, juntamente com as políticas sociais a serem implementadas pela correta interpretação da 14^o emenda à Constituição americana, estavam já ali, latentes, esperando para serem compreendidas e retiradas do texto legal. Ainda uma vez, o nobre sonho.

Mas foi após a Segunda Grande Guerra que a distinção positivista entre o direito como é e o direito como deveria ser foi mais sistematicamente atacada⁶. A ênfase nessa distinção teria levado à subserviência à lei do regime nazista. O slogan “positivista” “a lei é a lei” (*Gesetz ist Gesetz*) teria anestesiado o mundo jurídico na Alemanha em relação às barbáries perpetradas pelos nazistas em nome do direito. O positivismo, ao insistir na separação entre o direito e a moral, haveria contribuído substancialmente para tais horrores.

Seria preciso reconhecer, contra tal subserviência, que os princípios fundamentais da moral humanitária eram parte do próprio conceito de *Recht* ou Legalidade. Nenhuma lei positiva poderia ser válida se fosse contrária a princípios básicos da moralidade.

A resposta de Hart a essa caracterização do direito dá-se em dois momentos. Primeiramente, é preciso recordar que a ênfase no slogan “a lei é a lei” e a distinção entre direito e moral tomou, na Alemanha, um caráter sinistro, embora em outros lugares tenha sido acompanhada de atitudes liberais mais esclarecidas. Em segundo lugar, o simples fato de uma norma ser considerada juridicamente válida nada prejudica quanto a sua moralidade e quanto à resposta à questão: “Essa regra jurídica deveria ser obedecida?” Para esclarecer esse ponto, Hart analisa o conhecido caso dos denunciantes invejosos. Uma lei alemã de 1934 condenava à morte aqueles que fizessem declarações prejudiciais ao governo do Terceiro *Reich* ou que dificultassem,

⁶ Sigo aqui as análises de Hart in: HART, H. L. A. *Positivism and the separation of Law and morals*. Harvard Law Review, v. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

de qualquer modo, a defesa militar do povo alemão. Em 1944, uma mulher, desejando livrar-se do marido, denunciou-o por haver ele, durante seu período de licença do exército alemão, feito observações ofensivas sobre Hitler. Em 1949 o tribunal alemão de apelação declarou que a lei de 1934 não tinha força de lei e condenou a mulher por haver ilegalmente privado uma pessoa de sua liberdade (o que era punível de acordo com o Código Penal alemão de 1871). Essa lei de 1934, disse o tribunal, “era contrária à boa consciência e ao sentido de justiça de todos os seres humanos decentes”. Essa decisão foi saudada como um triunfo do direito natural e fracasso do positivismo jurídico.

Para Hart, entretanto, ao menos a sabedoria desse procedimento do tribunal deveria ser questionada. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer estar-se diante de duas possibilidades. Uma era deixar a mulher impune (e pode-se achar que isso seria extremamente ruim). Outra, entretanto, seria enfrentar o fato de que, se devesse ser punida, o fosse de acordo com uma lei francamente retroativa e com plena convicção dos valores jurídicos que se estariam sacrificando para que se alcançasse sua punição penal retrospectiva. A pior das soluções, entretanto, seria negar o fato de que se está diante de uma escolha e, com isso, encobrir o dilema moral de deixar a mulher impune ou violar esse precioso princípio moral endossado pela maioria dos sistemas jurídicos segundo o qual não há crime, não há pena sem lei anterior. Isso apenas encorajaria o otimismo romântico de que os valores que consideramos superiores irão, ao fim ao cabo, fundir-se em um sistema único e que nenhum será comprometido para que possamos acomodar o outro.

Na verdade, a tese segundo a qual a lei deve ser obedecida, na suposição de que as leis moralmente iníquas não são verdadeiramente leis, é mais bem atribuída àqueles que sustentam o fundamento moral necessário das regras do direito do que propriamente aos positivistas. Para esses, ao contrário, do fato de que uma norma jurídica seja considerada válida, nada se segue quanto à questão moral final: “Esta regra jurídica deve ser obedecida?” Afinal, a lei não é a moral, ela não pode suplantar a moral. Para um positivista, sustenta Hart, as leis podem ser direito, mesmo que sejam perversas demais para serem obedecidas. Eclipsar a distinção entre o direito e a moral acarreta, finalmente, apagar uma das formas mais poderosas de crítica moral. O direito existente impõe limites à escolha e não a própria escolha, conclui Hart.

Retornando agora à ideia central do artigo *Ascription* segundo a qual os conceitos jurídicos não têm uma função primariamente descritiva, vemos de que modo tal caracterização parece constituir o germe de sua resposta à dicotomia pesadelo/nobre sonho. Com efeito, o uso que é feito fundamentalmente dos conceitos jurídicos mostra que sua função primordial consiste, como em um jogo, em fazer reivindicações ou enunciar decisões, segundo regras. Há, no horizonte da prática, regras que são já supostas enquanto dando sentido àquilo que é demandado ou decidido pelos membros dessa mesma prática.

Assim, em um jogo de futebol, por exemplo, quando o juiz afirma: “você está expulso!”, ou quando um jogador reivindica ter havido falta, não se trata de uma utilização declarativa das regras, mas de um uso que supõe já um conjunto de direitos e deveres que fornecem sentido ao exercício do jogo. Tudo o que importa é que os praticantes compartilhem uma atividade já constituída segundo regras.

É claro que se, por exemplo, o juiz chutar a bola, fizer um gol e correr comemorando, algo de muito errado estará ocorrendo, e os participantes não mais se reconhecerão na prática em que supunham estar. Há, portanto, quando uma regra permite três substituições durante uma partida de futebol, algo mais do que uma simples previsão daquilo que os juizes farão quando uma substituição for requerida pelo técnico durante a partida. Tal situação não será, com certeza, um pesadelo. Isso tudo não elimina, é claro, a possibilidade de que haja discordância sobre uma regra particular, por exemplo, sobre o impedimento.

Portanto, se há uma prática social, como o direito, por exemplo, então aqueles que dela participam reconhecem e sabem o que é requerido pelas regras. O fato de que possa haver discordância toma sentido dentro da própria prática. Não há pesadelo.

Referências bibliográficas

HART, H. L. A. “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. In: *Georgia Law Review* II, 1977. Tradução brasileira “A Teoria do Direito Americana pelos olhos ingleses: O pesadelo e o nobre sonho”. In: *Ensaio sobre Teoria do direito e Filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010, p. 137-161.

_____. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. "The ascription of responsibility and rights". In: *Proceedings of the aristotelian society*. New Series, vol 49 (1948-1949), p. 171-194.

_____. "Positivism and the separation of Law and morals". In: *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

HOLMES, O. *The Path of the Law*. Boston: Applewood Books, 2006.

Email: wblisboa@gmail.com

Recebido: fevereiro de 2012

Aprovado: abril de 2012