

O SIGNIFICADO DAS REGRAS JURÍDICAS E A FALÁCIA NATURALISTA: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO EMPIRISMO DE HUME NO POSITIVISMO DE REGRAS DE HERBERT HART

THE MEANING OF JURIDICAL RULES AND THE NATURALISTIC FALLACY:
AN ANALYSIS ON THE INFLUENCE OF HUME'S EMPIRICISM ON HERBERT
HART'S POSITIVISM OF RULES

André Luiz Olivier da Silva

UNISINOS

aolivierdasilva@yahoo.com.br

Resumo: O texto mostra como Hart desarma – se é que desarma – o desafio da falácia naturalista proposto por Hume, destacando que ambos apontam para o mesmo caminho para explicar o problema da normatividade das regras, a saber: o engajamento e o envolvimento do agente com as regras às quais está submetido. Ambos assumem uma postura descritiva e naturalista para abordar o problema da normatividade e, com isso, deixam o desafio da falácia de lado ao apontarem para o fato empírico de que as pessoas tendem a extrair regras a partir do hábito e da regularidade com que os comportamentos são vivenciados e se apresentam à natureza humana. Hart apresenta, ainda, uma concepção de regras sobre regras e assevera que esse fenômeno exige uma análise a partir de uma perspectiva interna, segundo a qual a justificação das regras depende de uma perspectiva intrínseca a elas, a partir do ponto de vista daquele que atua diretamente com essas regras, como funcionários públicos, advogados, promotores e magistrados que operam as regras jurídicas desde a perspectiva de quem está do lado de dentro de um sistema jurídico de regras. Lembra a postura de Hume com a sua abordagem das crenças naturais, quando mostra que algumas crenças – e eu incluiria aqui a crença de que devemos seguir as regras – são espontâneas e até mesmo inevitáveis à natureza humana.

Palavras-chave: Hume; Hart; Regras Jurídicas; Empirismo; Positivismo.

Abstract: The paper shows how Hart defuses – if he defuses at all – the challenge of the naturalistic fallacy proposed by Hume, highlighting that both authors point to the same path in their explanation of the problem of normativity of rules, namely: engagement and the agent's involvement with the rules to which he is subjected. Both take a descriptive and naturalistic stance to address the problem of normativity and, thus, put the fallacy challenge aside by pointing to the empirical fact that people tend to extract rules from the habit and regularity with which behaviors they are experienced and present themselves to human nature. Hart also presents a conception of rules over rules and asserts that this phenomenon requires an analysis from an internal perspective, according to which the justification of the rules depends on a perspective intrinsic to them, from the point of view of the one who acts directly with these rules, such as civil servants, lawyers, prosecutors and magistrates who operate the legal rules from the perspective of those who are inside a legal system of rules. He recalls Hume's stance with his approach to natural beliefs, when he shows that some beliefs - and I would include here the belief that we must follow the rules - are spontaneous and even inevitable to human nature.

Keywords: Hume; Hart; Legal rules; Empiricism; Positivism.

1. Introdução

O presente trabalho¹ aborda o significado de regra jurídica a partir da distinção entre proposições descritivas e proposições normativas, tendo como base a metodologia empirista de Hume e sua análise sobre a enunciação acerca de questões de fato. Hume afirma que a inferência causal se funda no hábito que impulsiona o senso comum a raciocinar e acreditar que fatos ocorridos tendem a se repetir com a mesma regularidade e semelhança com que são percebidas pela natureza humana. A regularidade parece ser um fenômeno observável, um fenômeno que pode ser descrito por proposições. É a esse fenômeno que não apenas Hume se debruça para abordar as crenças dos seres humanos em relação a ações e comportamentos, mas também Hart que, a partir de uma metodologia descritivista dos modos como as regras jurídicas são usadas no âmbito de um sistema jurídico de regras, poderá se debruçar sobre o fato empírico e compreender o que é uma regra jurídica e o que leva alguém a aceitar e seguir essa regra.

Como, então, podemos compreender o fenômeno das regras jurídicas? Para analisar esse problema, pretendo abordar, no presente artigo, como Hume compreende as regras jurídicas a partir de uma metodologia empirista, bem como a sua concepção acerca da falácia naturalista. Em seguida, pretendo abordar a concepção de regra jurídica para Herbert Hart, mostrando que as regras não se limitam a impor deveres ao comportamento das pessoas, mas dizem respeito também à própria produção normativa das regras. Trata-se de regras sobre regras. Mas como se pode compreender o fenômeno das regras jurídicas a partir de uma abordagem descritivista e empirista? Não estaria Hart a incorrer justamente naquilo que Hume queria evitar com a sua crítica à denominada falácia naturalista? O tratamento dado por Hart ao fenômeno das regras é parecido com a abordagem descritivista de Hume sobre os fatos empíricos e ambos irão nos convidar a não apenas observar as questões de fato como um observador externo, passivo e até mesmo neutro, mas também a tentar descrever o ponto de vista daquele que vivencia o fenômeno ao qual observa. Hume, por meio das crenças naturais, convida-nos a refletir sobre o caráter irresistível das crenças sobre o mundo físico e sobre as obrigações que nos unem a outras pessoas; convida-nos a

¹ É importante mencionar que parte da discussão proposta neste artigo foi apresentada ao Grupo de Trabalho Hume no evento da ANPOF de 2018, em Vitória, no Espírito Santo. Nesse sentido, quero registrar meu agradecimento aos colegas do grupo que me fizeram perguntas e discutiram comigo algumas das ideias que apresentei. Meu agradecimento à Profa. Dra. Livia Mara Guimarães (UFMG), coordenadora do GT, e ao Prof. Dr. Cesar Kiraly (UFF/IUPERJ), com o qual sempre tenho a oportunidade de discutir a relação entre David Hume e Herbert Hart. Agradeço também ao querido colega Hugo Macedo Arruda, que me incentivou a colocar as ideias daquela apresentação no presente texto.

observar os fatos a partir da ótica do homem comum. Hart aborda as regras jurídicas a partir do ponto de vista daqueles que atuam e operam diretamente nelas. Ambos abordam o problema da normatividade a partir de bases empíricas e mostram que a compreensão do significado das regras jurídicas depende do envolvimento e do engajamento das pessoas a essas mesmas regras.

2. Fatos a serem descritos

Hume pode ser considerado a principal referência do Positivismo Lógico-Científico do Círculo de Viena² e a sua contribuição para o Positivismo Jurídico reside no seu procedimento metodológico descritivo, que serve para abordar o raciocínio da natureza humana sobre questões de fato e que pode muito bem servir também para analisar o funcionamento das regras jurídicas. O ponto de partida da tese humeana é muito semelhante ao do Positivismo: o fato empírico, um fato que pode ser descrito e enunciado por proposições descritivas. Esse é o primeiro tópico importante que quero trazer à tona no presente texto. Hume parte da realidade fática, de fatos observáveis. Pode-se dizer que é fato que as pessoas vivem em pequenos grupos e em sociedade; usam as palavras para designar não apenas as coisas do mundo físico, mas também para se referir aquilo que entendem por certo ou errado, bem e mal, justo e injusto. O animal humano avalia e produz valores morais para se referir às ações e aos comportamentos dos seres humanos, seja a sua própria conduta seja o comportamento dos outros. As pessoas julgam moralmente e passam a exigir e reivindicar determinados comportamentos umas das outras – Hume analisou, com rigor e clareza, esses fatos empíricos.

Dentre os casos a serem descritos, o fato que quero destacar no presente texto é o fato de que as pessoas tendem a seguir regras, sejam essas regras as normas de um jogo, normas sociais, morais e políticas, sejam elas, principalmente, as regras legais e jurídicas. Por que as pessoas seguem essas regras? Como isso se dá? Como descrever esse fenômeno?

² A tese de Hume saudada pelo positivismo afirma que toda ideia só poderá ser admitida por uma investigação científica se for verificável empiricamente. Aqui reside um marco do empirismo, que funda as ideias na experiência sensível. Diz Hume: “Quando percorremos as bibliotecas, convencidos destes princípios, que devastações não deveremos produzir! Se tomarmos em nossas mãos um volume qualquer, de teologia ou metafísica escolástica, por exemplo, façamos a pergunta: Contém ele qualquer raciocínio abstrato referente a números e quantidades? Não. Contém qualquer raciocínio experimental referente a questões de fato e de existência? Não. Às chamamos com ele, então, pois não pode conter senão sofismas e ilusões” (Hume, 2004, p. 222, grifos do autor). O princípio verificacionista influenciou o Positivismo Lógico-Científico do século XX: o sentido das palavras, imagens e ideias, assim como os termos usados pelos filósofos, remetem sempre às impressões provenientes do mundo sensível. Sobre o Círculo de Viena e o Positivismo Lógico-Científico, conferir: Ayer, 1993, p. 16.

É possível explicar proposições prescritivas a partir de descrições? Creio que o empirismo de Hume possa auxiliar a compreender, em bases empíricas, o problema da normatividade e o significado das regras jurídicas.

2.1. Hábito e comportamento humano em Hume

A teoria de Hume sobre a natureza humana está atenta ao fato de que, invariavelmente, toda natureza humana é, no fundo, percepção, isto é, uma forma de perceber e sentir aquilo que toma por realidade; é um modo de perceber e sentir a própria experiência normativa. Uma investigação científica pode, inclusive, descrever a maneira como a percepção expressa a realidade percebida e isso se dá, primeiramente, por meio de proposições descritivas. A percepção que a mente faz dos corpos no mundo – sejam objetos inanimados seja a existência de outras pessoas – desencadeia, a partir das sensações, um entrelaçamento de raciocínios que toda pessoa faz do mundo em que habita e das pessoas com as quais convive. Todos raciocinam acerca de questões de fato e esses raciocínios são pautados pelos princípios da associação de ideias, como a semelhança, a contiguidade e a causalidade.

A mente humana estabelece comparações entre os objetos percebidos e conecta uns aos outros por meio desses princípios reguladores da associação de ideias. Proposições descritivas podem descrever esse processo, descrever como a mente humana raciocina e esse raciocínio ocorre a partir de inferências lógico-causais. A inferência pode se dar em termos lógicos e, nesse sentido, inferir é derivar uma conclusão a partir de premissas. A inferência também pode ser causal, quando, a partir de causas, pode-se extrair os efeitos. Inferir é tentar antecipar os acontecimentos sobre o mundo dos fatos, generalizando os fatos observados ao ponto de se dizer que, por já ter ocorrido diversas vezes, um tal fato tende a ocorrer de novo. O senso comum faz isso, assim como o pensamento filosófico-científico, ambos sem nenhuma fundamentação racional.

A inferência causal é estimulada pela repetição dos fenômenos que provocam a associação de ideias na mente, vindo, inclusive, essa repetição a influenciar a elaboração de crenças, como, por exemplo, as crenças morais nos valores de bem e mal. A mente humana é, então, despertada por um princípio da imaginação chamado “**hábito** ou **costume**” (HUME, 2004, p. 74, grifos do autor). Trata-se de um princípio que é, no fundo, uma disposição da natureza humana para perceber a repetição de fenômenos como as operações da mente e as ações humanas. O hábito força a mente a inferir conclusões sobre

as questões fáticas; força-a a inferir descrições sobre o estado futuro das coisas do mundo e das ações humanas.

O hábito estimula e condiciona a natureza humana a inferir causalmente e a crer, com isso, que a regularidade percebida é, na verdade, a regularidade contida nas próprias coisas e pessoas. Trata-se de uma propensão, conforme afirma Hume:

Esse princípio é o *hábito* ou *costume*. Pois sempre que a repetição de algum ato ou operação particulares produz uma propensão a realizar novamente esse mesmo ato ou operação, sem que se esteja sendo impelido por nenhum raciocínio ou processo do entendimento, dizemos invariavelmente que essa propensão é o efeito do *hábito*. (Hume, 2004, p. 74, grifos do autor)

Trata-se, pois, de uma propensão natural da mente em esperar e criar a expectativa de que os eventos passados possam a vir novamente ocorrer porque acostumou-se com a sua frequência. De tanto perceber que a chuva sempre se sucede a um tempo nublado, a mente humana tende a dar como certo que, diante do céu nublado, irá chover logo mais. Ao perceber, reiteradamente, que determinados comportamentos não são tolerados pelas pessoas, a natureza humana passa evitar a sua prática e a condenar aqueles que os praticam. A natureza humana percebe como as pessoas reagem a quem cometeu um ato reprovável; percebe que a este ato se sucede determinada consequência, como, por exemplo, quando alguém pratica um homicídio ou outro crime grave e violento, a mente passa a inferir que esse criminoso receberá uma punição pelo crime cometido. Em vários momentos da sua vida, a natureza humana percebe que o ato de matar alguém recebe, nas várias vezes em que ocorreu, uma sanção, o que o obriga a concluir que ele não deve praticar tal ato.

O hábito é uma disposição da natureza humana; essa disposição natural fomenta expectativas e aguarda resultados futuros a partir dos dados colhidos no presente, de modo que a mente humana vai extraindo conclusões pautada pela regularidade no curso dos acontecimentos. A regularidade dá segurança ao sujeito, gerando nele a confiança necessária para florescer a crença de que o fenômeno observado é real e verdadeiro. Por causa dos costumes, a mente projeta imagens na experiência. O hábito, para Hume, é “o grande guia da vida humana”:

É só esse princípio que torna nossa experiência útil para nós, e faz-nos esperar, no futuro, uma cadeia de acontecimentos semelhantes às que ocorreram no passado. Sem a influência do hábito, seríamos inteiramente ignorantes de toda questão de fato que extrapole o que está imediatamente presente à memória e aos sentidos. (Hume, 2004, p. 77)

A partir do hábito ou costume, a natureza humana produz expectativas quanto aos eventos futuros; julga antevê-los, projeta-os para além do tempo presente. Diante de uma variedade de casos – que é o que constitui a “experiência” –, a mente consegue perceber algumas características constantes e uniformes entre os objetos que lhe são apresentados e que se repetem ao longo do tempo. O exercício da repetição no processo de associação de ideias se deve à “conjunção constante” (Hume, 2001, p. 116). A mente relaciona os objetos em conformidade com a semelhança, a contiguidade e a causalidade, princípios que enfocam a mente à regularidade dos fenômenos. A natureza humana conforma-se com a conjunção constante entre os objetos; passa a repeti-la mentalmente, elaborando novas relações, que, no fundo, são relações semelhantes ou até mesmo idênticas às anteriores. Afirma Ayer (2003, p. 91): “a observação da conjunção freqüente e constante das questões de fato de tipos recorrentes suscita um hábito mental, ou costume, de esperar que essa regularidade se repita”. A mente projeta e antecipa os fenômenos, e passa a confiar que objetos e acontecimentos semelhantes venham a ocorrer novamente.

A mente humana apoia-se nas impressões para atravessar o caminho que vai, no campo da imaginação, da impressão até alcançar ideias que se costuram em novas ideias cada vez mais complexas, abstratas e, até mesmo, abstrusas. Mais que isso, a mente é instigada pelo hábito a repetir esse caminho que vai da impressão à ideia por diversas vezes, num longo processo associativo de ideias. À medida em que se repete, esse processo vai se sedimentando na mente. Registrando na mente as imagens percebidas.

O registro dessas imagens se torna tão sólido e forte que a mente humana é levada, quando se depara com esta ou aquela imagem que lhe sugere algo, a projetar e antecipar o que sempre costuma ocorrer quando esta imagem aparece. Se, ao ver nuvens nebulosas, costuma chover; e, se esse processo se repete por inúmeras vezes ao longo da vida humana, é razoável que a mente chegue ao ponto de projetar, ao ver uma nuvem cinza, que logo irá chover. Isso ocorre com todo animal que possui cérebro e sistema nervoso. Os cães, por exemplo, conseguem repetir alguns comportamentos; conseguem associar que, quando determinada palavra é enunciada, ele deve se comportar de determinado modo e procurar o seu brinquedo ou balançar o rabo porque está na hora da sua alimentação. De modo mais complexo, estão os primatas, dentre eles o ser humano, que podem raciocinar a partir de uma gama maior de conexões entre os objetos que aparecem à mente. A memória da natureza humana é também mais complexa, mas funciona de modo semelhante: a partir da associação de ideias e da formação de crenças básicas sobre o mundo e outras mentes. O

ser humano percebe os objetos do mundo e passa a nomeá-los. Afirma que vê o dia nascer todos os dias da sua vida e passa a inferir que o sol sempre haverá de nascer, ontem, hoje e sempre. Seguindo a regularidade trazida pelo hábito, alguns comportamentos, de tanto se repetirem, tendem a ser realizadas de forma muito espontânea, involuntariamente.

O hábito provoca essa repetição que estou mencionando e transforma a associação de ideias numa transição contínua e gradual não apenas no que tange às operações da mente, mas também na nossa reação às ações e aos comportamentos humanos. Ao perceber a repetição dos objetos, a natureza humana não apenas processa e relaciona ideias num longo processo associativo, mas também produz a crença de que essas ideias existem e são reais. O hábito no comportamento produz crenças solidificadas na natureza humana; gera práticas sociais, morais e políticas. A repetição da associação de ideias provoca expectativas na mente humana, de modo que essa expectativa consiste na crença como um produto do hábito. A crença é produzida pelo hábito e consiste nesta expectativa que envolve o sujeito a acreditar que, devido à sua repetição e regularidade, as ações e os comportamentos humanos tendem a se repetir por parte das pessoas. Ao ser provocado pelo hábito ou costume, a mente ultrapassa os dados apresentados pelos fatos empíricos observados, derivando, ainda, conclusões que vão além daquilo que o ser humano pode sentir e observar diretamente com o fato empírico.

2.2. Regularidade e previsibilidade

O hábito é um princípio da experiência justificado por elementos empíricos, não derivados da razão. Desenvolvido pela imaginação, o hábito coloca-se como um princípio não-racional qualificado a explicar o fenômeno das crenças e dar confiança às expectativas geradas pelos homens quando tentam imputar realidade a possíveis acontecimentos do mundo. Hume observa que a natureza humana é suscetível a perceber a repetição contida nos fenômenos, isto é, a mente percebe que um objeto é causa do outro, ou que ambos são parecidos e semelhantes, e assim por diante, vindo a elaborar uma expectativa em relação aos acontecimentos vindouros acerca das questões fáticas, como se fosse possível prever e antecipar o que acontece no mundo natural e também – por quê não!? – nos fenômenos morais, políticos e jurídicos.

A regularidade das ações e comportamentos humanos permite à natureza humana antecipar, e até mesmo prever, a realização de determinados comportamentos, dado que o hábito vai sedimentando, desde em pequenos grupos até nas sociedades, a realização de

determinadas práticas. A regularidade permite a previsibilidade dos acontecimentos. Permite à natureza humana prever aquilo que pode ocorrer; prever a reação dos outros diante do hábito comportamental. Em geral, o prazer e a dor tendem a ser o gatilho da sensação reativa que afeta a natureza humana ao ponto de não aceitar a prática de determinados comportamentos, em especial daqueles que provocam dor e sofrimento. Quanto mais a natureza humana experimenta a realidade fática, cumulando observações acerca dos fenômenos, mais e maior é a confiança de que tal fenômeno irá de novo ocorrer; maior é a expectativa de ver a regularidade já observada se mostrando como uma constante até mesmo nos eventos futuros.

Hume aponta que o hábito vai gerando confiança na natureza humana que, de tanto inferir efeitos a partir de determinadas causas, é levada à certeza de que determinados fenômenos irão se repetir no mundo físico e nas ações e comportamentos humanos. O hábito produz crenças. A inferência causal dá segurança para as pessoas agirem e se comportarem da maneira como entendem mais adequado.

O influxo do hábito permite à natureza humana inferir efeitos a partir de determinadas causas. A mente raciocina a partir de questões fáticas, isto é, a partir dos fatos que se repetem. De tanto ver a repetição das coisas, a mente passa a inferir que, dado determinado objeto, outro a ele se sucederá; passa a ver conexão nas coisas do mundo e, também, nas ações e comportamentos do ser humano. A mente passa a identificar a reação das pessoas quando estão diante de determinadas práticas; passa a constatar que, diante de alguns comportamentos, as pessoas costumam reagir com admiração e louvor, enquanto que, diante de outros comportamentos, passam a reagir com aversão e repulsa, afim de evitar que tal comportamento se repita. As pessoas passam a empenhar a palavra e realizam pactos e acordos mútuos. O respeito à palavra empenhada torna-se um valor e angaria o apreço e a afeição das pessoas que não só tendem a aprovar esse tipo de comportamento, como também passam a repeti-lo e passam a se comportar de modo semelhante.

2.3. A falácia naturalista

Hume admite que é justamente o influxo do hábito na mente humana o que a leva a ultrapassar os fatos empíricos e a prever acontecimentos que nunca ocorrerão no mundo. Por causa da pressão advinda do costume, a mente pode ser levada a transbordar os limites dos dados empíricos e inferir proposições de valor que não condizem com as impressões.

A mente precipita-se e anuncia previsões; ela extrai consequências de fenômenos que ainda não aconteceram no mundo físico, e que talvez nem aconteçam, generalizando fatos particulares e específicos, tentando torná-los universais. A isso Hume denomina falácia naturalista³.

O funcionamento do raciocínio mental durante o processo de generalização dos dados inicia-se nas impressões, que excitam o animal humano de tal maneira que a sua mente passa a produzir ideias com base nos estímulos sensoriais, nos sentimentos. Gradativamente, o processo mental que se inicia nas impressões pode afastar o homem da realidade sensível, jogando-o à outra realidade, ao campo da reflexão. Ao ser regular e habitual, esse raciocínio pode afastar o ser humano do mundo, distanciando-se das percepções mais sensíveis, imaginando consequências que permanecem infundadas e não correspondem aos efeitos ocasionados no mundo natural.

Searle expõe a falácia naturalista em artigo no qual defende a derivação do dever-ser a partir das promessas⁴. Diz Searle:

Nenhum conjunto de proposições de fato por si só implica qualquer proposição de valor. Colocado em uma terminologia mais contemporânea, nenhum conjunto de proposições descritivas pode acarretar uma proposição avaliativa sem a adição de pelo menos uma premissa avaliativa. Acreditar de outra forma é cometer o que foi chamado de falácia naturalística. (Searle, 1969, p. 120, grifos do autor, tradução nossa)

A natureza humana extrai prescrições e valores da sua percepção fática sobre o mundo e sobre os seres humanos; o senso comum realiza isso cotidianamente; ele enuncia a inferência indevida do ser para o dever-ser e, com isso, incorre na denominada falácia naturalista. Os cientistas, por sua vez, não farão ciência se deduzirem valores de proposições fáticas. Eis aqui a célebre falácia naturalista, também denominada por diversos comentadores a lei de Hume: uma espécie de princípio segundo o qual da observação das coisas como elas são não se pode inferir como essas coisas devem ser. Afirmar Hume na única passagem explícita em que traz à baila a falácia naturalista:

Não posso deixar de acrescentar a esses raciocínios uma observação que talvez se mostre de alguma importância. Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou

³ Conferir Whelan, 2017, p. 80.

⁴ Sugiro a leitura da coletânea de artigos por Hudson sobre a questão ser/dever-ser: Hudson, 1969. Nesta coletânea, destaco o debate entre John Searle e James e Judith Thomson. Conferir Searle, 1969, p. 120; e Thomson, 1969, p. 163.

fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas preposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. (Hume, 2001, p. 509)

O problema todo reside no fato de que ninguém, em sã consciência, consegue evitar a passagem do ser para o dever-ser – não na linguagem ordinária e cotidiana das pessoas. Todos nós derivamos, indevidamente, prescrições de proposições descritivas e pautamos nossa vida a partir de deveres e obrigações que dizem como devemos nos comportar e conduzir nossas próprias vidas. Mesmo que não saibamos o porquê de estarmos seguindo aquela regra, costumamos seguir uma série de obrigações que nos constituem tanto como agentes morais quanto como cidadãos diante de um sistema de regras jurídicas.

Nesse sentido, a abordagem de Hume pode, por um lado, mostrar-se excessivamente cética ao enfatizar que proposições normativas nunca poderiam se suceder a partir de proposições descritivas, de modo que seria injustificável dar razões para se explicar e compreender o fenômeno da normatividade e da incidência de normas morais e das regras jurídicas⁵. Com efeito, a abordagem de Hume não pretende dar razões para fundamentar o processo de conhecimento. Pelo contrário, ele vai justamente abordar como a natureza humana é levada a incorrer na falácia naturalista. Hume irá, a partir do empirismo, analisar como o hábito e a regularidade dos fenômenos tendem a impulsionar a mente humana a elaborar crenças sobre o mundo e sobre as ações e comportamentos dos seres humanos – mesmo quando essas crenças não se justificam racionalmente. Trata-se de um naturalismo metodológico⁶, de modo que as proposições prescritivas, e também qualquer orientação normativa, podem ser abordadas por uma investigação que as leve em consideração como uma questão fática e empírica.

3. Hart e a observação das regras jurídicas

A partir da tese empirista sobre a influência do hábito na elaboração da inferência causal, e, principalmente, a partir do desafio proposto por Hume com a falácia naturalista, o presente trabalho aproxima os resultados da investigação humeana aos pressupostos

⁵ Não quero entrar no mérito da distinção entre normas e regras no presente artigo. Afirmo, apenas, que a norma está vinculada ao cumprimento de determinadas condutas e comportamentos, de modo que, para podermos falar em regras, precisamos de algo mais do que meramente um hábito. Conferir MacCormick, 2010, p. 118.

⁶ Sobre naturalismo na Filosofia do Direito, ver Leiter e Etchemendy, 2017.

metodológicos adotados pelo *soft positivism*⁷ proposto por Herbert Hart. Hart possui uma postura muito semelhante à atitude de Hume, a saber, a de um ceticismo moderado ou mitigado implícito em toda a sua análise sobre a natureza das regras jurídicas. Hart não pretende dar exatamente uma resposta à lei de Hume, enfrentando diretamente a questão da falácia naturalista, como se talvez fosse possível extrair, do plano do ser, toda a deontologia que pudesse ser concebida. Pelo contrário, Hart, penso eu, faz que nem Hume em sua postura naturalista e simplesmente abandona o problema da distinção fato-valor. A dúvida extremadamente cética não precisa ser respondida! Basta deixá-la de lado, como o fazem Hart e Hume ao abordarem o problema da normatividade a partir de bases empíricas.

3.1. Regularidade e regras no fato empírico

Hume e Hart arrolam, como ponto de partida das suas investigações, o fato empírico. Segundo o Positivismo Jurídico de Hart, as regras jurídicas são consideradas um fato empiricamente observável. Este é o primeiro passo para a compreensão da tese positivista: entender o direito como uma experiência normativa. O objetivo do positivismo jurídico, como o positivismo de Hart, é analisar o direito a partir dos fatos empíricos, “considerando *o direito como um fato e não como um valor*” (BOBBIO, 2006, p. 131, grifos do autor), como propõe Hume ao analisar não apenas o conhecimento da natureza humana em relação ao mundo físico, mas, em especial, ao abordar o fenômeno moral.

Se observarmos com atenção, a leitura usualmente cética que se faz de Hume deve-se, em boa parte, a uma análise oriunda do positivismo lógico do Círculo de Viena, bastante focada no princípio da verificação empírica. De acordo com o positivismo lógico-científico, as ideias só podem ser levadas a sério quando se ajustam às impressões sensíveis. Isto é, os argumentos só podem ser considerados verdadeiros quando retomam os fatos empíricos. No caso do Positivismo Jurídico, que também foi profundamente influenciado pelo Positivismo do Círculo de Viena, o direito também necessita de uma base empírica para ser devidamente compreendido.

A observação do fato empírico nos remete à regularidade contida no fenômeno jurídico, à regularidade como “uma prática social de reconhecimento de regras.” (Shapiro, 2011, p. 96, tradução nossa). Aliás, Hume enfatiza a regularidade dos fenômenos tanto no

⁷ O Positivismo adotado por Hart é também chamado de soft legal positivism, isto é, Hart defende um positivismo brando ou moderado, segundo o qual a moralidade é incluída, mesmo que minimamente, no seu conceito sobre o que é o Direito. Em razão disso, é também classificado como um positivismo inclusivo. Conferir: Dimoulis, 2006, p. 136.

Tratado como nas *Investigações*. “Hume e Hart são pensadores da regra”, explica Kiraly, ao ressaltar a necessidade “(...) de um retorno à raízes modernas para entendermos a filosofia da regra.” (Kiraly, 2011, p. 418). Nota-se em Hume uma atitude descritivista diante das regras e do problema da normatividade; uma atitude naturalista que bem que poderia inspirar juristas e filósofos do direito. Hume relaciona a regularidade ao hábito; ele refere-se à conjunção constante dos objetos, à semelhança com que aparecem à mente, à regularidade da natureza humana a inferir efeitos a partir de causas dadas, dentre inúmeros casos que exemplificam a regularidade dos fenômenos quando observados pela natureza humana. Se observarmos a regularidade das práticas jurídicas, a habitualidade com que os magistrados proferem esta ou aquela decisão, poderemos, então, compreender o funcionamento do ordenamento jurídico, arriscando, inclusive, possíveis – no sentido de prováveis – decisões que os tribunais possam vir a proferir.

O papel de qualquer investigação científica sobre a natureza das regras jurídicas consiste, por um lado, na elaboração de um diagnóstico sobre a maneira pela qual a experiência jurídica é produzida por legisladores e julgadores e vivenciada pelos cidadãos que estão submetidos a um ordenamento jurídico. Somente uma investigação descritiva do fenômeno das regras jurídicas pode definir o que é o direito vigente; uma investigação que visa descrever o funcionamento normativo das regras e aquilo que juristas entendem por ordenamento jurídico. Mas, aqui é importante ressaltar que o mero diagnóstico das regras jurídicas é insuficiente para revelar toda a complexidade do fenômeno jurídico. Uma teoria que visa analisar as regras jurídicas pode possuir características que são descritivas, mas que também revelam o caráter normativo das regras, que, grosso modo, nos obrigam e nos dão possibilidades. A experiência jurídica das regras é uma experiência que pode ser descrita, mas que é, acima de tudo, uma experiência normativa. Para analisar esse complexo fenômeno, a investigação sobre a experiência jurídica deve revelar o seu caráter descritivo-normativo. Mas como se pode analisar o caráter normativo das regras sem, com isso, quedar-se nas armadilhas da falácia naturalista de Hume? Não estaríamos, pois, a extrair regras injustificadamente de proposições descritivas?

Num certo sentido, a proposta de uma abordagem descritivo-normativa também está presente em Hume, assim como está presente principalmente em pensadores contratualistas como Thomas Hobbes. Hume e Hobbes “(...) estiveram dispostos “a baixar o olhar”, e enxergar a natureza não como um princípio geral regente das condutas humanas na vida prática.” (Kiraly, 2008, p. 161). Hume quer compreender como a natureza humana

percebe as regras, isto é, o problema da normatividade não é desprezado por Hume, que, ao contrário, vai nos mostrar que é possível a abordagem da normatividade a partir de bases exclusivamente imanentes e empíricas. Aliás, tanto Hume como os contratualistas expõem um modelo de regras jurídicas que consiste, basicamente, nas regras criadas por um Soberano para impor determinados comportamentos e condutas às pessoas, sob pena de incidência de uma sanção para o caso de não-cumprimento. Com a observação do hábito e de práticas regulares na sociedade, caberia a uma teoria das regras jurídicas prever comportamentos e sanções caso determinados comportamentos venham a ocorrer.

A concepção de regra jurídica para Hume diz respeito a compreender as regras jurídicas como sendo não mais do que uma extensão das obrigações morais. Regras jurídicas seriam obrigações respaldadas pela seara da punição institucional, o que gera o dever de obediência do cidadão para com as leis do soberano.

Eis, portanto, a origem do governo e da obediência civil. Os homens não são capazes de curar radicalmente, em si mesmos ou nos outros, a estreiteza de alma que os faz preferir o presente ao remoto. Não podem mudar suas naturezas. Tudo que podem fazer é mudar sua situação, tornando a observância da justiça o interesse imediato de algumas pessoas particulares, e sua violação, seu interesse mais remoto. Essas pessoas, portanto, são levadas não apenas a observar essas regras em sua própria conduta, mas também a compelir os outros a observar uma regularidade semelhante e a reforçar os preceitos da equidade em toda a sociedade. E, caso seja necessário, podem também fazer que outras pessoas se interessem mais imediatamente pela execução da justiça, criando um certo número de funcionários, civis e militares, para auxiliá-los em seu governo. (Hume, 2001, pp. 576–577)

Observem, então, que Hume, quando se aproxima do fenômeno das regras jurídicas, se limita a focar apenas nas normas que dizem respeito à conduta e ao comportamento dos indivíduos. Hume fala em regras gerais da conduta e do comportamento, bem como em regras da justiça e da equidade (Hume, 2001, p. 521), em regras do dever (Hume, 2001, p. 524); na promessa (Hume, 2001, p. 542) e na estabilidade da posse (Hume, 2001, p. 542) e da propriedade privada; Hume fala, principalmente, nas regras da obediência à autoridade (Hume, 2001, p. 590). Em todos esses casos, a observação do fenômeno da normatividade se resume às normas e práticas que geram expectativas e que se destinam a corrigir a conduta e o comportamento das pessoas.

Hart critica a tese de que as regras jurídicas consistem, basicamente, em regras de conduta e comportamento, mas, em nenhum momento, despreza uma análise descritivista da normatividade e, portanto, da regularidade dos fenômenos. Com efeito, o modelo de

regras de Hume seria um modelo simples de regras, constituído por “regras primárias”, segundo o qual as regras jurídicas se resumiriam a “um conjunto de ordens coercitivas do Soberano” (Hart, 2001, p. 103). Observa-se, então, que o modelo simples de regras se resume ao comportamento social e moral da natureza humana, em verificar como a natureza humana se comporta com relação a si própria e com relação ao comportamento dos outros.

3.2. Regras sobre regras

Hart vai além do problema da obediência à autoridade e propõe um modelo mais complexo de regras jurídicas, um modelo estruturado a partir daquilo que denomina “regras secundárias”; “regras que conferem poderes” (Shapiro, 2011, p. 79, tradução nossa). Se as normas primárias dizem respeito às normas de comportamento que impõem obrigações, então, as normas secundárias, por sua vez, dizem respeito ao modo como outras regras serão produzidas. Regras secundárias são regras parasitárias às regras primárias, pois regulam a própria produção normativa das regras primárias. São regras que conferem poderes e competências por meio de outras regras; que estabelecem como novas regras são criadas ou mesmo extintas; e que atribuem competência para que determinados indivíduos – como os juízes – decidam se as regras primárias de conduta e comportamento foram ou não violadas.

O direito, para Hart, é entendido como a união entre regras primárias e regras secundárias. Enquanto as regras primárias ditam deveres que visam determinar o comportamento, as regras secundárias são regras que estruturam formalmente um sistema de regras.

É verdade que a ideia de uma regra não é, de forma alguma, uma ideia simples (...) Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras de outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito às acções que envolvem movimento ou mudança físicos; as regras do segundo tipo tornam-se possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações. (Hart, 2001, p. 91)

As regras secundárias são regras válidas dentro de um sistema jurídico de regras: são regras de reconhecimento, regras de mudança ou modificação; regras de julgamento ou adjudicação. São, em especial, regras de reconhecimento porque são aquelas regras básicas que constituem todo e qualquer sistema de regras, como, por exemplo, a regra de que todas as demais regras devem ser seguidas e respeitadas. São regras que apontam para um sistema jurídico de regras, que dizem quais são as regras que constituem esse sistema. Elas trazem certezas ao ordenamento jurídico e ditam quais são as regras primárias de comportamento que devemos cumprir e respeitar. As regras de mudança e modificação estabelecem, por sua vez, como as regras de comportamento podem ser alteradas, trazendo dinâmica a um ordenamento que poderia restar permanentemente estático. As regras de adjudicação, por fim, identificam como será o procedimento de julgamento e atribuem competências para que determinadas pessoas interpretem e julguem os conflitos oriundos da aplicação das regras jurídicas.

4. O uso das regras jurídicas

Hart descreve o fenômeno das regras jurídicas, assim como Hume descreve os fenômenos aos quais observa, como o fenômeno moral. Ambos constatam que a investigação científica não pode se limitar à mera observação descritiva dos fatos a partir de um ponto de vista externo às regras. É inevitável, pois, que a investigação mergulhe na profundidade do ponto de vista interno às regras jurídicas, isto é, do ponto de vista daquele que participa do jogo e usa, em contextos jurídicos, as regras como sua atividade profissional. Hart irá destacar o engajamento dessas pessoas às regras que constituem um sistema jurídico com o gatilho para entendermos o funcionamento das regras jurídicas. Esse tipo de argumento também está presente na tese humeana de que, embora não se deva extrair prescrições do plano ontológico, é justamente isso o que acaba ocorrendo com o mecanismo do hábito e da regularidade na formação de práticas sociais, morais e políticas.

4.1. Observando e descrevendo as regras jurídicas

O ponto que estou ressaltando desde o início do texto é que podemos usar a metodologia empirista de Hume para analisar o conceito de direito e, por consequência, a natureza das regras jurídicas. As regras jurídicas podem ser descritas por qualquer investigação científica sobre o direito. Uma investigação sobre o direito pode descrever o

comportamento humano a partir da observação das obrigações que se constituem em torno do seu próprio comportamento e do comportamento de outras pessoas. É passível de descrição o fato de que matar alguém pode implicar uma sanção contra aquele que praticou o homicídio. Esse fato pode ser descrito, assim como as regras secundárias de procedimento, que também podem ser observadas a partir do modo como trabalham e operam o direito os seus operadores, que vão desde os servidores públicos até os advogados, promotores e juízes. É possível descrever o trabalho que esses atores sociais desempenham na lide forense, descrever os procedimentos que adotam para que as partes de um litígio sejam ouvidas e, principalmente, para que um magistrado profira uma decisão.

Para todas essas descrições possíveis, é necessário arrolar um esclarecimento que faz toda diferença na compreensão do significado das regras jurídicas: assim como ocorre com a sociedade e sua moralidade, as regras jurídicas podem ser observadas a partir do ponto de vista de um observador externo ao fenômeno jurídico, mas também podem ser observadas pela ótica de um dos seus atores. Trata-se do ponto de vista externo e do ponto de vista interno das regras jurídicas, como alerta Hart.

Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os “pontos de vista” respectivamente “interno” e “externo”. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que uma reacção hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperaríamos uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento. (Hart, 2001, pp. 98–99)

Se observarmos de um ponto de vista exterior à aplicação das regras, como as regras de trânsito por exemplo, poderemos descrever que é comum aos motoristas dos automóveis, quando o semáforo está vermelho, parar o veículo para que os pedestres possam atravessar

a rua. Poderíamos analisar como o guarda de trânsito procede nestes casos, tentando identificar se alguma sanção será aplicada aos violadores dessa regra. Do ponto de vista interno, isto é, como alguém que está submetido e obrigado a tal regra, esse motorista seria determinado pelo hábito a parar no sinal vermelho. Além disso, o guarda de trânsito também deve se submeter a determinadas regras que o obrigam a seguir determinado protocolo para multar o motorista infrator. Com isso, a habitualidade e a regularidade de determinadas práticas jurídicas vão nos mostrando como funciona determinado sistema de regras.

Sob o ponto de vista externo às regras, uma teoria do direito pode investigar o seu objeto por meio de uma rigorosa observação sociológica da experiência jurídica, coletando dados que tracem ao menos um esboço do que é a regra primária de conduta ou, melhor ainda, do que é a regra secundária de procedimento. As regras que compõem um sistema jurídico são passíveis de descrições e podemos enunciá-las e explicá-las por meio de proposições descritivas sobre essas regras. Ao contrário do ponto de vista interno às regras, a proposição descritiva não é fruto de uma vontade capaz de influenciar e dirigir o comportamento de outrem. O cientista não impõe a sua vontade a ninguém, ele não interfere nos processos decisórios do ordenamento jurídico, nem passa orientações de como advogados devem reivindicar direitos ou como juízes devem julgar, até porque nem todos lhe dariam ouvidos. Se o cientista quiser impor a sua vontade ao mundo, ele certamente não estará fazendo ciência. Fará metafísica ou uma ciência dogmática, o que, seguindo o empirismo humeano, deve ser recusado e lançado à fogueira.

O ponto de vista externo às regras jurídicas diz respeito à perspectiva de um suposto observador neutro que analisa o funcionamento das regras jurídicas quando operacionalizadas por profissionais do direito. Esse observador não interfere na cena a qual está observando; ele apenas observa os movimentos do corpo normativo do ordenamento jurídico. Ele mapeia o seu objeto de investigação, como se o ordenamento fosse uma engrenagem constituída por pequenas peças; ele examina as propriedades da norma, como o anatomista disseca um cadáver; bate uma radiografia para identificar a estrutura óssea, mapeando o seu esqueleto. Ao expor de modo objetivo e sistemático os seus elementos constituintes, a sua incumbência, como cientista social, consiste na enumeração detalhada dos caracteres das regras jurídicas.

As proposições descritivas enunciadas por um observador externo aos fatos podem até descrever o fenômeno normativo, dizendo como ele de fato é, mas esse observador terá dificuldades em responder, se lhe perguntássemos, como os atores observados deveriam se

comportar e proceder com a produção normativa. A sua descrição não entraria no mérito das regras jurídicas – talvez com receio de que pudesse valorar a descrição fática e esbarrar na falácia naturalista – e não conseguiria, por certo, dizer qual seria a decisão correta diante do caso concreto.

Mas, como uma teoria poderá se contentar apenas com a descrição do funcionamento das regras jurídicas? No caso das ciências jurídicas, não parece visível que as regras requerem uma análise que consiga dar conta do problema da normatividade? A ciência jurídica não deveria ser mais do que uma teoria descritiva e ser também, e principalmente, uma teoria normativa? Mas como explicar a natureza das regras jurídicas sem cairmos na falácia naturalista e inferirmos, equivocadamente, que a prescrição deriva da descrição?

4.2. Envolvimento e engajamento às regras

O observador externo pode enunciar proposições descritivas acerca dos fatos concretos. Mas, no caso das regras jurídicas, a sua descrição será bastante limitada, de modo que a sua abordagem só estará completa quando analisar o envolvimento dos profissionais que atuam e operam as regras jurídicas. Os fatos nos obrigam a admitir que não podemos refletir sobre as regras jurídicas levando em conta apenas a observação de um ponto de vista externo. No caso das regras, em especial as regras secundárias, a sua compreensão só faz sentido quando percebida por quem se encontra do lado de dentro de um sistema jurídico de regras; do lado de alguém que, para cumprir o seu trabalho, opera um procedimento sobre as regras.

O recurso ao qual Hart lança mão é trazer o suposto observador neutro para dentro do jogo e convidá-lo a jogar esse jogo a partir das regras as quais estava a observar. É curioso, pois, verificar o observador quando sai da exterioridade e assume a postura de um participante, isto é, assume a postura de um profissional do direito que manipula as regras jurídicas. Esse observador passa a encarar o objeto analisado de uma forma completamente diferente da qual estava a observar. Passa a enxergar as regras a partir de um ponto de vista interno a elas, um ponto de vista que pressupõe o seu envolvimento e segundo o qual o agente tem também que fazer escolhas e tomar decisões institucionais.

Sobre a distinção entre uma aceção interna e uma aceção externa, explica Kiraly⁸:

Os pontos de vista externo e interno são os principais, mas não nos impede de aprofundar o argumento de Hart e encontrar outros modos

⁸ Ver também Shapiro, 2006, p. 1161.

mais específicos de se relacionar com o direito. Em uma certa acepção podemos dizer que o direito possui uma acepção interna teórica e uma acepção externa prática. A aceitação interna teórica pode ser dividida em duas: a) no modo como os positivistas legais descrevem o direito, e, portanto, pode ser denominada uma acepção hermenêutica, porque descreve o sentido do direito para os participantes e b) no modo como a sociologia descreve o direito. A acepção externa prática, por outro lado, pode ser dividida em duas perspectivas: a) a perspectiva do participante que aceita as regras, o que caracteriza um ponto de vista interno na acepção externa prática e b) a perspectiva do participante que não aceita as regras, e, portanto, não as cumpre. O que significa uma atitude externa à acepção externa prática. Nesse aprofundamento das teses de Hart sobre os pontos de vista do direito somos levados a indicar que Hart possui quatro pontos de vista sobre o direito. (Kiraly, 2008, p. 78)

E complementa Kiraly:

Assim, é necessário dizer que não há estranheza em se afirmar que o direito pode ser observado por dois pontos de vista. Na medida em que pode ser visto por uma pessoa que participa do conjunto de regras, enquanto afeito e implicado no processo; ou pode ser observado por uma pessoa que enxerga o cumprimento de regras, e as descreve, podendo, inclusive, agir conforme o que observa. Dessa forma, quem participa da prática do cumprimento de regras não necessariamente “compreende” a razão intrínseca da prática. Razão intrínseca deve ser entendida como o reconhecimento da relevância do hábito de obedecer determinadas regras. (Kiraly, 2008, p. 98)

A chave para se compreender o ponto de vista interno às regras reside naquilo que Schapiro denomina o “engajamento” às regras jurídicas. Engajar-se significa dominar as regras do jogo; empenhar-se com a lide forense; significa envolvimento e diz respeito à capacidade de profissionais da prática jurídica em se comprometer e assumir compromissos, como o comprometimento a respeitar, cumprir e zelar pelo cumprimento das regras jurídicas. Schapiro traz à tona o exemplo da picada de um alfinete no dedo, um exemplo que se adapta a qualquer outro exemplo envolvendo prazer ou dor. Os seres humanos emitem julgamentos normativos para orientar a sua ação e esses julgamentos normativos tendem a provir de proposições descritivas sobre fatos empíricos. Schapiro nos diz que é assim que Hart responde à lei de Hume e afirma o seguinte:

(...) considere a dor de um alfinete. O fato de o alfinete causar dor é um fato descritivo e mundano sobre o mundo. Pode-se, portanto, formar um julgamento sobre os efeitos causais das alfinetadas, a saber, que elas causam dor. Além disso, também se pode tratar a dor de uma picada de alfinete como algo a ser evitado. Ou seja, é possível orientar-se por esse fato descritivo de maneira prática, atribuindo-lhe um certo peso nas deliberações.

Segundo Hart, seria um erro pensar que existem dois fatos no mundo, um fato descritivo de que alfinetadas causam dor e um fato normativo de que alfinetadas devem ser evitadas. Há apenas um fato: o descritivo. (Shapiro, 2011, p. 98, tradução nossa)

A descrição de determinados fatos provoca-nos, enquanto seres humanos, o nosso envolvimento com as regras do jogo, instiga-nos a enxergar nos fenômenos não apenas descrições de uma realidade observável, mas também normatividade e, portanto, instiga-nos a jogar o jogo e, jogada após jogada, compreender, perfeitamente, o significado daquelas regras. A descrição fática pode servir para orientar praticamente os operadores do direito a tomar uma decisão institucional quando do manejo das regras que se aplicam a outras regras, no sentido de que profissionais da prática jurídica precisam dominar as regras do jogo para conseguir orientar a sua própria prática.

Sob um ponto de vista interno, as regras só fazem sentido quando compreendidas a partir do uso que seres humanos fazem das palavras e da linguagem no âmbito de determinados contextos, como em um contexto jurídico. “Por isso, a reflexão sobre o aspecto interno e externo lança luz sobre o fato de que os homens observam o cumprimento de regras em virtude do envolvimento que apresentam com relação a determinados contextos de práticas linguísticas.” (Kiraly, 2008, p. 99). À medida em que se envolvem ao jogo e se engajam às regras, o ser humano passa ter outra compreensão do significado delas, uma compreensão distinta daquela perspectiva do observador externo. Passa a descrever a regra a partir do ponto de vista daquele que participa, joga e decide a cada jogada.

4.3 O engajamento prático às regras

No exercício do ponto de vista interno, o observador engaja-se com as regras. Teoricamente, ele pode se engajar com o fenômeno das regras e descrevê-las sob um ponto de vista interno. Mas, é no sentido prático que o engajamento pode ser melhor compreendido, pois o fato descritivo pode orientar qualquer agente para uma determinada prática, seja ela voltada ao comportamento seja uma prática de aplicação de regras sobre regras. O engajamento prático nos mostra, então, como julgamentos normativos podem ser derivados de fatos empíricos. Diz Shapiro:

Pode-se engajar-se “teoricamente” apreendendo sua existência. Essa orientação teórica é descritiva ou científica; emite em julgamentos descritivos que relatam o estado do mundo. Alternativamente, alguém pode se envolver com um fato descritivo “praticamente”, comprometendo-se a tratá-lo de uma certa maneira. Esse engajamento prático emite julgamentos normativos, que são compromissos de tratar

estados descritivos do mundo como tendo certo peso nas deliberações sobre o que fazer. (...) Em vez disso, a função das declarações normativas é expressar o engajamento prático de alguém com fatos descritivos. (Shapiro, 2011, p. 99, tradução nossa)

O engajamento que orienta uma prática, segundo Schapiro, é o comprometimento das pessoas a seguirem uma regra pelo simples fato de que ela é a regra jurídica válida a ser seguida. Trata-se da aceitação em se seguir uma regra (Shapiro, 2006, pp. 1161-1162). A explicação sobre em que consiste essa aceitação ganha melhores contornos quando aponta para as regras de um jogo. Essas regras podem ser percebidas por um observador externo. No entanto, é somente como um participante (isto é, como um jogador) que se pode compreender o significado de se seguir uma regra. Um jogador, por exemplo, na medida em que não apenas precisa compreender teoricamente as regras como também experimentá-la jogando diversas vezes, esse jogador consegue compreender com mais clareza o significado das regras daquele contexto; consegue pensar rapidamente nas alternativas e possibilidades que se abrem diante do tabuleiro.

O hábito e a regularidade com a qual alguns fenômenos são observados se apresentam como uma questão fática que possui desdobramentos na esfera normativa. A regularidade impulsiona o ser humano a extrair regras do fato que foi descrito. Extrai-se não apenas regras de conduta e comportamento, mas também regras sobre regras. O hábito faz a regra, não o contrário.

Se pegarmos a tradição analítica do direito, veremos que a discussão proposta por Hart retoma não apenas os utilitaristas⁹ como Jeremy Bentham, mas vai a fundo na problemática da falácia naturalista de Hume. De tanto sentir dor com a prática de determinado hábito, a mente humana acaba projetando para dentro de si a norma de que aquela prática habitual deveria ser evitada. Dado a dor e o sofrimento, alguns comportamentos terminam por ser rechaçados, outros, por provocarem prazer, tendem a ser estimulados para que não cessem e sejam reproduzidos pelo maior número de pessoas. A partir da dor e do prazer, julgamentos normativos são derivados de fatos empiricamente observáveis, pois o simples fato de uma ação provocar dor para alguém faz com que essa mesma pessoa tenda a evitar a prática daquela mesma ação. Isso se repete com a natureza

⁹ Afirma Hardin: “Hume é o primeiro grande pensador a invocar a utilidade regularmente como base para ação e para justificar ações, e o utilitarismo surge logo depois dela dominar a filosofia moral anglo-saxônica e a longa tradição do direito positivo no espírito de Bentham, Austin, Kelsen e Hart. A utilidade agrada e é uma base adequada para construir a moralidade. Não precisamos de argumentos elaborados ou sistemas metafísicos quando temos tal princípio convincente (EPM 5.17, SBN 219). Nessa visão, Hume é fundamental para a nova era, a era do utilitarismo, embora não tenha vivido para fazer parte dessa era.” (Hardin, 2007, p. 156, tradução nossa).

humana e tendemos a reproduzir comportamentos que visam a ampliação do prazer e a redução da dor.

Hart, ao assumir esse ponto de vista interno, encontra tradição analítica anglo-saxônica uma descrição de como a tendência a repelir a dor e maximizar o prazer vai consolidando na mente humana o hábito de perceber a regularidade como um fenômeno normativo. Sob a influência de Hume, Hart apresenta uma descrição a partir do ponto de vista daquele que não consegue ficar indiferente perante a prática quanto à interpretação e aplicação das regras jurídicas por profissionais especializados na área jurídica. As regras não podem ser resumidas por proposições descritivas, visto que, da perspectiva de alguém de dentro do sistema jurídico, as regras são mais do que fatos descritíveis, pois as regras possuem força imperativa e vinculam a todos a partir de direitos e obrigações. O observador externo, portanto, só conseguirá realizar a sua descrição do fenômeno jurídico se aderir às regras e operar diretamente na engrenagem que constitui qualquer sistema jurídico de regras.

Nas investigações de Hume sobre o fenômeno prático, o envolvimento do observador com os fatos observados é quase que inevitável; é espontâneo e natural, e, assim, é praticamente impossível apresentar uma observação realmente exterior ao fenômeno. Mesmo um observador exterior diligente não consegue permanecer insensível ao fato observado; ele se envolve com as pessoas, por mais que queira evitar isso, e, pela lógica das paixões, compadece-se com a dor e o sofrimento alheio, assim como com o prazer e a felicidade das pessoas. Além disso, para se compreender o sentido das regras jurídicas, a observação exterior, por si só, é impotente porque não condiz com a perspectiva dos participantes que atuam diretamente com o manejo das normas de comportamento e, principalmente, com as regras jurídicas.

Hume aponta, então, para o envolvimento ao qual estou a me referir. Aponta para as crenças naturais que toda natureza humana elabora ao perceber a realidade. A crença é considerada “aquele ato mental que torna as realidades – ou o que se considera como tais – mais presentes para nós do que as ficções, que lhe dão um peso maior junto ao pensamento e uma influência superior sobre as paixões e a imaginação.” (Hume, 2004, p. 82). Ela provoca o envolvimento do animal humano ao contexto em que vive, estimula-o a agir com outras pessoas e a seguir o que os costumes desta ou daquela sociedade vão construindo com o passar do tempo. A crença acarreta vivacidade; “é uma maneira particular de formar uma ideia.” (Hume, 2001, p. 126); uma expectativa de repetição; é

uma disposição a sentir a repetição dos objetos que aparecem no campo perceptivo da natureza humana.

Hume não é um cético extremado e radical – é, pois, um cético mitigado e moderado¹⁰ – e parece que nem mesmo quer dar uma resposta ao problema levantado por ele próprio com a falácia naturalista. Hume deixa o problema da falácia naturalista de lado e aponta para as crenças naturais¹¹, destacando que, embora não haja uma justificação racional para as crenças em relação ao mundo e a outras pessoas, ela não deixa de existir para a vida de cada ser humano. As crenças são colocadas como algo inevitável e irresistível, algo necessário para a sobrevivência da espécie humana. As crenças são naturais e não podem ser ignoradas pelas pessoas e nem por teorias e investigações científicas. É isso o que Hume quer destacar com a sua metodologia descritivista: a natureza humana não consegue abrir mão do mecanismo das crenças e temos que levar isso em consideração em qualquer teoria científica, incluindo aí a ciência do direito.

Hart filia-se à tradição analítica de Hume ao partir do fato de que existem normas de comportamento e regras sobre regras. Ele não parte de um ordenamento de regras ideal e sem nenhuma conexão com o mundo. O ponto de partida é o fato de que existem regras que são consideradas válidas e seguidas pelas pessoas, em especial por aqueles que opera as regras jurídicas. Hart é um positivista jurídico e vai destacar que a descrição do fenômeno jurídico deve levar em consideração o ponto de vista dos operadores do direito. Hart é um positivista, embora defenda um mínimo de direito natural na formação das regras. Aqui é preciso fazer um último comentário importante: Hart é um positivista e não está profetizando a existência de um direito metafisicamente justificado por uma razão universal e inata aos seres humanos. Esse mínimo de direito natural diz respeito à espontaneidade e naturalidade com que as regras costumam aderir no âmbito da prática normativa.

Por isso, podemos afirmar que Hume e Hart apresentam abordagens semelhantes quando analisam o hábito e a regularidade, pois ambos tiram a descrição das mãos do observador externo e neutro para empreendê-la a partir do engajamento e do envolvimento de pessoas que estão dentro de um sistema de regras.

¹⁰ “[...] um ceticismo mais mitigado, ou filosofia acadêmica [...]” (Hume, 2004, p. 217).

¹¹ Hume aponta para a inevitabilidade das crenças naturais e, com isso, refuta o ceticismo radical. Hume, com o seu ceticismo mitigado, pode ser considerado um naturalista, nos moldes do naturalismo proposto Norman Kemp-Smith. Conferir Smith, 2005. Conferir também Strawson, 2008.

5. Considerações Finais

Assim, cabe ressaltar que é possível a elaboração de uma ciência empírica do direito em moldes semelhantes ao que Hume fez com a moralidade, e Hart nos mostra um caminho que anda na contramão dos positivistas de origem kantiana – como Hans Kelsen – e do naturalismo metafísico proposto pelos denominados jusnaturalistas clássicos e modernos defensores do direito natural. Hart nos mostra que temos muito a ganhar se intentarmos uma descrição do funcionamento das regras dentro de determinado ordenamento jurídico, uma descrição da regularidade segundo a qual o legislador legisla e o magistrado julga.

A aproximação entre o empirismo de Hume e a teoria jurídica de Hart visa justamente ressaltar a utilidade de uma postura descritiva para se entender o fenômeno jurídico. Uma postura mais descritivista – que, no caso de Hume, poderia ser compreendida como uma postura mais “naturalista” do que “cética” – não nega que as pessoas, incluindo aqui legisladores e juristas, enunciam deveres e normatizam o comportamento alheio, determinando, dogmaticamente, como os outros devem agir. Com a análise de Hart, é possível observar que determinadas pessoas – os profissionais do direito, como servidores públicos, juízes, promotores e advogados – operam regras a partir do estabelecido por outras regras. Cabe para uma investigação filosófica sobre o direito descrever e procurar compreender como a normatização é realizada na vida cotidiana das pessoas ou, em especial, na realidade ordinária das instituições jurídicas. Cabe à investigação compreender como se dá o envolvimento das pessoas numa determinada prática e o engajamento delas a regras jurídicas.

Referências

- AYER, A. J. 2003. *Hume*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola.
- _____. 1993. *El positivismo lógico*. México: Fondo de Cultura Económica. pp. 9 – 34.
- BOBBIO, N. 2006. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- DIMOULIS, D. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método.
- KIRALY, C. 2008. *O Guarda-Chuva de Regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart*. São Paulo: Giz Editorial. 184 p.
- _____. 2011. "A imagem e a cor no *Tratado* de Hume: elementos de ontologia política." *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 124, pp. 417-427.
- HARDIN, R. 2007. *David Hume: moral & political theorist*. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. L. 2001. *A. O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 348p.
- HUDSON, W. D. (Org.). 1969. *The is-ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Bristol: Macmillan, 1969. 271p.
- HUME, D. 2001. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Traduzido por Déborah Danowski. São Paulo: Unesp. 711 p.
- _____. 2004. *Uma investigação sobre o entendimento humano*. In: _____. 2004. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: Unesp, 2004. pp. 15 – 146.
- LEITER, B. e ETCHEMENDY, M. X. 2017. "Naturalism in legal philosophy". In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Summer 2017 Edition.
- MACCORMICK, N. 2010. *Hart*. Barcelona: Marcial Pons. 316 p.
- KEMP-SMITH, N. 2005. *The philosophy of David Hume: a critical study of its origins and central doctrines*. Londres: Palgrave Macmillan. 568 p.
- STRAWSON, P. F. 2008. *Ceticismo e naturalismo: algumas variedades*. São Leopoldo: Unisinos. 114 p.
- SEARLE, J. 1969. "How to derive 'ought' from 'i'". In: HUDSON, W. D. (Org.). *The is-ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Bristol: Macmillan. Cap, XII, pp. 120–134.
- SHAPIRO, S. 2011. *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- _____. 2006. "What Is the Internal Point of View?" *Fordham Law Review*, v. 75, n. 3, p. 1157-1170.
- THOMSON, J.; THOMSON, J. 1969. "How not to derive 'ought' from 'is'". In: Hudson, W. D. (Org.). *The is-ought question: a collection of papers on the central problem in moral philosophy*. Bristol: Macmillan. Cap, XVI, pp. 163–167.
- WHELAN, F. 2017. *Order and artifice in Hume's political philosophy*. Princenton: Princenton University Press.

