

O DIREITO NATURAL ENTRE A SUPERSTIÇÃO E O ENTUSIASMO: O “CONTEÚDO MÍNIMO DE DIREITO NATURAL” EM H.L.A. HART E A INFLUÊNCIA DO CETICISMO MORAL DE DAVID HUME¹

NATURAL LAW BETWEEN SUPERSTITION AND ENTHUSIASM: THE “MINIMUM CONTENT OF
NATURAL LAW” IN H.L.A. HART AND THE INFLUENCE OF DAVID HUME’S MORAL SCEPTICISM

*Martin Magnus Petiz**

Resumo:

David Hume nem sempre é lembrado como um filósofo importante para o juspositivismo. Hume apresentou uma noção convencionalista da justiça como uma alternativa ao “entusiasmo” dos teóricos protestantes de Direito Natural. Para eles, o Direito seria legítimo apenas se respeitasse direitos individuais descobertos pela razão. Por isso, Hume formulou uma teoria descritiva da justiça, a qual se relaciona com a sua teoria política, sua ciência política e, em abstrato, com a sua filosofia. A hipótese desse artigo é a de que H.L.A. Hart aderiu a esses pressupostos ao formular a sua concepção de “conteúdo mínimo de Direito Natural”, implicitamente, o que deixou ambíguo o sentido de passagens importantes do seu *O conceito de direito*. O objetivo do trabalho é expor esses pressupostos. Algumas interpretações veem nas afirmações de Hart sobre os truísmos uma admissão da conexão entre o Direito e a moral. No entanto, com a influência de Hume evidenciada, podemos compreender que os truísmos de Direito Natural não são prescrições, mas generalizações ou máximas empíricas retiradas de uma espécie de História Natural da espécie humana. Após apresentar aspectos centrais da filosofia de Hume, serão expostas similaridades e conexões com a teoria de Hart. A confirmação da hipótese tem importantes consequências para se compreender o que Hart entendia como “Direito Natural”. Embora o conteúdo mínimo não implique o total abandono da tese da separação, a iluminação dos pressupostos Humeanos mostra a fragilidade de uma Teoria do Direito descritivista e amoral, como Hume e Hart pretendiam.

Palavras-chave: H.L.A. Hart. David Hume. Direito Natural. Direito e moral. Ceticismo. Empirismo. Conteúdo mínimo de direito natural. Truísmos de direito natural. História Natural. Tese da separação.

Abstract:

David Hume is not always remembered as an important jus-positivism philosopher. Hume put forward a conventionalist notion of justice as an alternative to the “enthusiasm” of the Protestant natural law theorists. For them, law would be legitimate only if it respected individual rights discovered by reason. Therefore, Hume formulated a descriptive theory of justice, which relates to his political theory, his political science and, abstractly, his philosophy. The hypothesis of this paper is how H.L.A. Hart adhered to these presuppositions when formulating his conception

¹ Artigo produzido com apoio de Bolsa CAPES/PROEX, Processo n. 88887.696210/2022-00.

* Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito (UFRGS). *E-mail*: martin_petiz@usp.br.

of the “minimal content of Natural Law”, implicitly, which left ambiguous the meaning of important passages of his *The Concept of Law*. The aim of the paper is to expose these assumptions. Some interpretations in Hart’s statements on truisms is an admission of the connection between law and morality. However, once the influence of Hume evidenced, we can understand how truisms of Natural Law are not prescriptions, but generalizations or empirical maxims drawn from a kind of Natural History of the human species. After presenting central aspects of Hume’s philosophy, similarities and connections with Hart’s theory will be exposed. The confirmation of the hypothesis has important consequences for understanding what Hart understood as “Natural Law”. Although the minimal content does not imply the total abandonment of the separation thesis, the illumination of the Humean assumptions shows the fragility of a descriptivist and amoral Theory of Law, as Hume and Hart intended.

Keywords: H.L.A. Hart. David Hume. Natural Law. Law and morals. Scepticism. Empiricism. Minimum content of natural law. Truisms of natural law. Natural history. Separation thesis.

Introdução

Segundo Marcos Rohling (2015, p. 100),

o conteúdo mínimo do direito natural, do qual Hart fala, é composto por aquilo que ele chama de truismos, os quais são, na verdade, conexões entre direito e moral respeitantes à natureza humana e ao mundo no qual os homens vivem no sentido de serem respeitadas como regras de conduta por quaisquer organizações sociais para que sejam viáveis.

Além disso, ainda segundo Rohling (2015, p. 103),

o conteúdo mínimo do direito natural diz respeito aos traços característicos da natureza humana que ensinam a sobrevivência e o direito moral mínimo estabelece as bases políticas de sistemas jurídicos justos.

As afirmações de Rohling levam a entender que Hart admitiu uma conexão necessária entre o Direito e a moral. De fato, é Hart quem cria essa ambiguidade nos capítulos VIII e IX de *O conceito de direito* ao falar das diferenças e semelhanças entre os dois campos. O presente trabalho apresenta a hipótese de que Hart não admitiu uma tal conexão com a sua formulação do “conteúdo mínimo do Direito Natural”. Hart escreveu essa linha de argumentação sob influência de Hobbes e Hume (HART, 2009, p. 248), de tal modo que, sobretudo pela ausência de uma leitura adequada da filosofia de Hume e sua influência sobre o juspositivismo, esquecida com o tempo, alguns pressupostos teóricos implícitos nessas passagens podem ser iluminados para uma melhor compreensão do que Hart entendia por “Direito Natural” quando fala dos truismos.

O primeiro capítulo apresenta os argumentos de Hart nos capítulos referidos, tentando conectá-los com a sua tese da separação. Esta se baseia em uma mesma proposição, sob um aspecto negativo e positivo: a de que nenhuma proposição é válida pelo simples fato de ser desejável moralmente, e a de que nenhuma proposição juridicamente válida de acordo com tais critérios é nula pelo simples fato de ser imoral. Portanto, não há conexão necessária entre o Direito e a moral em Hart, e o argumento da distinção entre a Teoria do Direito “*censorial*” e “*expository*”, advinda de Bentham e Austin, reforça isso. Entretanto, as passagens sobre o Direito Natural em *O conceito de Direito* são ambíguas, e parecem dar a entender – como pensa Marcos Rohling –, que os cinco truísmos citados por Hart como o “núcleo de bom senso” do Direito Natural são princípios morais necessários para a validade de qualquer sistema jurídico.

O segundo capítulo é o mais importante, e, por isso, é mais extenso. Ele visa a reconstruir a Teoria do Direito de Hume a partir da sua teoria política. Hume era um empirista, como o senso comum costuma indicar. Mas, no caso do seu pensamento político, isso se deve a uma mistura de análise de conjuntura política do seu tempo, observação da natureza humana e *levantamento de máximas a partir da História*. As máximas são generalizações, princípios gerais que admitem desvios, formuladas a partir da observação do maior número possível de casos históricos sobre as instituições humanas. Esse conceito perpassa a sua teoria política e a sua teoria da justiça, que fundamentam o seu conceito de Direito como convenção a serviço da percepção da utilidade do esquema geral de regras da justiça.

O terceiro capítulo expõe as conexões entre Hart e Hume nesses temas: primeiro, os truísmos se mostram como máximas, no sentido de evitar uma violação da “lei de Hume”. Eles são enunciados fáticos de um “terceiro tipo”, para além dos enunciados de ser e dever-ser, pois dizem respeito à natureza humana observada historicamente pelos seus comportamentos (HART, 2009, p. 250). Em segundo lugar, os truísmos estão conectados entre si para justificar a autoridade do Direito e a sua possibilidade fática. Isso significa que Dworkin e Finnis tinham razão ao afirmar que Hart não foi capaz de formular uma Teoria do Direito sem justificar o Direito como prática normativamente. Hart, seguindo Hume nesse ponto, vê no Direito uma prática social cuja finalidade era *coordenar sujeitos auto-interessados, natural e razoavelmente egoístas, que vivem em um mundo de recursos escassos*. Apesar de falhar no seu intuito de separar totalmente a Teoria do Direito de uma filosofia política normativa, pode-se dizer que o argumento moral de Hart para evitar a fusão dos enunciados jurídicos com a moralidade (*lex injusta non est lex*) segue firme sob essa construção humeana, cabendo maiores desenvolvimentos em outro momento.

1. H.L.A. Hart (1907-1992) e o “conteúdo mínimo de direito natural”: uma tese da separação inclusivista?

Hart foi o responsável por reviver a teoria positivista do Direito no século XX. Após o positivismo lógico de Kelsen sofrer críticas dos realistas escandinavos, Hart se propôs a apresentar uma alternativa, sem cair nas distorções que ambas as perspectivas produziam sobre a linguagem jurídica (HART, 1983, p. 25-26). O Direito lida com enunciados que atribuem avaliação normativa a fatos e ações, e não apenas com declaração de fatos, como queriam os realistas, (HART, 1948, p. 171), mas também não só com demonstrações lógicas, como queria Kelsen. A validade do Direito, em Hart, surge da regra de reconhecimento, uma norma secundária que dispõe sobre os critérios mínimos de identificação das normas primárias válidas em dada comunidade.

Hart foi influenciado, admitidamente, por Jeremy Bentham (1748-1832): para ele, a teoria do Direito poderia ser dividida entre duas atitudes ou abordagens, a *ensorial* e a *expository jurisprudence*: ao “expositor” caberia descrever as categorias e as regras jurídicas, enquanto que, ao “censor”, avaliar criticamente o direito positivo (ver HART, 1982, p. 1-2; HART, 1983, p. 147). Seriam dois momentos diferentes da Teoria do Direito, das quais um mesmo filósofo poderia se incumbir, é claro, como Hart de fato fez.² Hart criticou e rejeitou muitas das teses de Bentham e de John Austin (1790-1859), outro grande positivista britânico do século XIX, mas deles conservou a premissa de que o teórico do Direito pode e deve destrinchar o conceito de Direito de modo neutro.³ Essa posição teria uma razão moral por trás, que é a de permitir que a teoria do Direito se ocupe, também, dos sistemas jurídicos injustos (HART, 2009, p. 271-272).⁴

Esse era o argumento moral de Hart para defender a tese da separação, que expõe as raízes históricas em que ela se assentou. O argumento teórico tem duas faces: (i) a não ser que um princípio moral fosse expressamente aceito e incorporado pelo Direito (cf. HART, 2009, p. 263), da violação de alguma regra moral por uma regra promulgada de acordo com a regra de reconhecimento não decorre a sua invalidade jurídica; e (2) inversamente, não decorre da deseabilidade moral de uma regra que ela se torne juridicamente válida (HART, 1983, p. 55). A primeira tese se dirigia ao jusnaturalismo de

² Ver, por exemplo, o aspecto crítico da sua análise da moralidade convencional britânica sobre a sexualidade e o Direito penal, por exemplo, em *Law, liberty and morality* (HART, 1963) e *Punishment and responsibility* (HART, 2008).

³ Hart manteve essa posição por toda a sua carreira, até o seu Pós-escrito (HART, 1983, p. 147; HART, 2009, p. 309-310, 315).

⁴ Hart considerava que tanto Austin quanto Bentham faziam a distinção entre o *direito como é* e o *direito como deve ser* pensando na possibilidade de identificar os problemas sociais que as leis positivadas impõem, assim como para permitir a compreensão do caráter específico da autoridade jurídica (HART, 1983, p. 53). Ver também a crítica de Neil MacCormick (1986).

Gustav Radbruch (1878-1949), para quem leis extremamente injustas não poderiam ser válidas.⁵ A segunda tese, por sua vez, pode ser lida como uma crítica às formas clássica e moderna de jusnaturalismo, que aparece em *O conceito de direito*, de 1961.

A forma moderna de defesa do direito natural é o que Hart chama de “jusnaturalismo racionalista”. Na sua visão, essa corrente entendia que a razão poderia extrair leis naturais imutáveis e invioláveis que se aplicassem ao comportamento humano a partir da observação externa da natureza humana. Hart (HART, 2009, p. 241-242) apresenta o argumento de John Stuart Mill contra Montesquieu para afirmar que é uma “falácia” aproximar a metodologia das ciências naturais, realmente capaz de prever resultados empiricamente observáveis (HART, 2009, p. 242-244), da análise das ações humanas. As leis do comportamento podem ser violadas sem, por isso, deixarem de ser “leis”. A forma clássica, por outro lado, é chamada de “jusnaturalismo clássico”, representada por Aristóteles e Tomás de Aquino. Segundo Hart (HART, 2009, p. 244-245), além do aspecto de observação externa da natureza humana, essa perspectiva defendia que todos os seres e objetos possuiriam um *télos*, isto é, uma finalidade que expressa uma noção de “bem” intrínseca a eles. Essa noção de “bem” não se confundiria nem com convenções sociais, nem com opiniões ou desejos, mas seria uma forma “necessária” de desenvolvimento, a qual poderia ser violada, mas seria intrínseca ao ser (HART, 2009, p. 246).

Hart (HART, 2009, p. 239-240) afirma rejeitar a conexão necessária entre o Direito e qualquer elemento de moral ou justiça, mas parece fazer uma concessão à forma clássica de jusnaturalismo ao afirmar que todo ser humano *tende* à busca da sobrevivência.⁶ Ele afirma retirar esse fundamento para a legitimidade das formas humanas de organização social de Hobbes e Hume (HART, 2009, p. 248). Há certos *truísmos*, ele assevera, que constituem o “*cerne da verdade indiscutível das doutrinas do direito natural*”, e que são essenciais para a convivência humana (HART, 2009, p. 234). Os truísmos são a consequência inafastável do fato de que os seres humanos tendem, no mínimo, à sobrevivência (HART, 2009, p. 249). Logo depois, Hart admitiu a insuficiência desse critério, pregando que a possibilidade razoável de ter “uma vida pessoal bem-sucedida” seria o critério que guiaria o estabelecimento dos truísmos em um “experimento Hobbesiano” (HART, 1963, p. 71).

⁵ Hart endereçou críticas a essa perspectiva no também famoso artigo “Positivism and separation of law and morals”, de 1958, republicado nos seus *Essays in jurisprudence and philosophy*, de 1983. Hart chama a posição de Radbruch de “fraca intelectualmente” e “corruptora” da teoria do Direito, pois impediria a análise crítica diante de formas jurídicas de tirania e do absolutismo. O juspositivismo caía, então, injustamente na desgraça de ser um termo “pejorativo” para representar o legalista e acrítico (HART, 1983, p. 50-51).

⁶ Ainda que ele admita, com razão, que o jusnaturalismo clássico de Aristóteles e Tomás de Aquino jamais expressou essa posição (HART, 2009, p. 247).

De tal maneira que:

A reflexão sobre algumas generalizações muito óbvias, na verdade truísmos a respeito da natureza humana e do mundo no qual os homens vivem, mostra que, enquanto homem e mundo subsistam, haverá determinadas normas de conduta que qualquer organização social que se pretenda viável precisa incluir. Essas normas constituem de fato um elemento comum ao direito e à moral convencional de todas as sociedades que progrediram até o ponto de distinguir entre essas duas formas de controle social (HART, 2009, p. 249).

Essas passagens são ambíguas. Depois de parecer fazer a concessão ao direito natural de teor clássico, teleológico, Hart (2009, p. 249-250) parece reforçar essa posição ao aduzir que os truísmos seriam “*princípios de comportamento universalmente reconhecidos*”, que se baseiam em “*verdades elementares sobre os seres humanos, seu meio ambiente natural e seus objetivos*”.⁷ Mas Hart era cético quanto à objetividade moral, conforme deixou claro em vários escritos, em fases diferentes da sua obra (HART, 2009, p. 216; HART, 1983, p. 81-84; HART, 1982, p. 92). Ele não podia conceber como o bem individual de alguns poderia ser ajustado sem ser suprimido para efetivar o de outros, em nome da utilidade geral (HART, 1983, p. 97). O que ele quis dizer, então, com o “conteúdo mínimo do direito natural”? Sobretudo, como esse argumento se relaciona com o seu conceito de Direito, se a injustiça não invalida leis positivas? (HART, 2009, p. 84). Os truísmos de direito natural são cinco. São condições para promover a sobrevivência e permitir a obediência voluntária às normas. Sem eles, a coerção seria impossível, de modo que a ocorrência dos truísmos se torna condição da autoridade do Direito, pois esta exige o seu reconhecimento pela maioria das pessoas (HART, 2009, p. 250). Os cinco truísmos não são formas de conexões causais como as que a sociologia e a economia propõem, afirma Hart. A conexão entre eles e as normas jurídicas e morais deve ser de outro tipo, então (HART, 2009, p. 250-251). Em resumo:

1) *Vulnerabilidade humana*: implica em abstenções, e não em serviços, como as normas que restringem o uso da violência, protegem a integridade física, etc. Hart as considera como as mais importantes restrições da vida social; sem elas, não haveria sentido em ter as demais. Mas esse é um fato contingente, pois um dia a natureza humana pode mudar a ponto de não serem mais necessárias tais normas;

⁷ Hart também afirma que eles constituem o “*núcleo de bom senso existente na doutrina de Direito Natural*” (HART, 2009, p. 257).

2) *Igualdade aproximada*: somos diferentes em força e intelecto, mas não muito a ponto de podermos subjugar os demais. Portanto, todo ser humano necessita em alguma medida da cooperação social. Isso leva a um sistema de acordos e abstenções recíprocos. Hart admite que sempre há quem se aproveite desse sistema sem colaborar, o que exige instituições e a coerção, e não meramente o controle moral;

3) *Altruísmo limitado*: não somos demônios, temos naturalmente algum interesse altruísta na sobrevivência e no bem estar dos demais. Mas tampouco somos anjos. Por isso, “sistemas de abstenções mútuas” são possíveis e necessários. Instituições como os contratos aumentam a confiança recíproca entre os indivíduos para a criação e a extinção de situações obrigacionais;

4) *Recursos limitados*: esse fato externo exige um sistema institucional de propriedade. É um *truísmo dinâmico*, pois varia de pessoa para pessoa. A divisão do trabalho, a necessidade de cooperação e criação/alteração dos direitos e obrigações nas trocas permitem o desenvolvimento da sociedade e a vinculação voluntária com confiança mínima no seu cumprimento;

5) *Compreensão e força de vontade limitados*: geralmente, as pessoas são capazes de perceber as vantagens de agir conforme o Direito, e o fazem. Isso ocorre por vários motivos – razões prudenciais, preocupação moral com o bem alheio, ou a compreensão de que as normas válidas são dignas em si mesmas. Mas para aqueles que não conseguem ou não querem colaborar, a coerção se faz necessária, sobretudo na passagem da sociedade tribal para um âmbito mais complexo de convivência. (HART, 2009, p. 250-256, grifo nosso).

Os truísmos se conectam entre si e se complementam – não há possibilidade de coerção para o direcionamento da força de vontade limitada dos indivíduos sem uma igualdade aproximada entre eles. Não há vulnerabilidade humana se todos tiverem recursos ilimitados. E assim por diante. Disso Hart retira a conclusão de que o direito positivo não pode ter *qualquer* conteúdo. Além de lidar com as definições e as afirmações factuais, a Teoria do Direito deveria estar atenta a uma terceira forma de proposição: “aquelas cuja veracidade depende de que os seres humanos e o mundo em que estes vivem retenham suas características mais evidentes” (HART, 2009, p. 258). Novamente, não fica claro o que ele quer dizer com o conteúdo mínimo do direito natural ao afirmar que ele é “uma necessidade natural”. Pois, ao mesmo tempo, ele afirma que tal conteúdo *não é uma condição necessária do conceito de Direito*. Estaria Hart violando a lei de Hume? É um fato que a proteção mínima presente nos truísmos geralmente não se estende a todos em uma sociedade. As injustiças históricas acontecem (HART, 2009, p. 259), e isso não

impede o teórico de identificar que estamos diante de um sistema jurídico. O melhor que o teórico pode fazer, nesses casos, é identificar o sistema e direcionar a ele uma crítica *moral*, que não se confunde com a moralidade convencional daquela comunidade (HART, 2009, p. 271-272).

2. David Hume (1711-1776) contra o entusiasmo e a superstição: uma concepção convencionalista de justiça
- 2.1. O contexto político da teoria política de Hume

David Hume nasceu em 1711, em Edimburgo, e foi um importante filósofo do movimento que veio a ser chamado de “iluminismo escocês”. Cresceu em meio às consequências da ainda recente Revolução Gloriosa de 1688 e da Reforma Protestante, com a crescente importância do jusnaturalismo racionalista. A obra de Hume é de difícil acesso, pois transpassa diversos campos. A sua filosofia tinha a pretensão de incorporar elementos das ciências empíricas, mas também da História. A sua teoria política era uma mistura de análise da conjuntura política, introspecção histórica e teoria política com embasamento filosófico (HAAKONSSSEN, 2003, p. IX). Por isso, compreender as suas ideias envolve um esforço de discernir os contextos em que ele fala. É preciso tornar coerente o que é universal e abstrato com os discursos particulares e concretos. A estratégia que se adota aqui é a de Haakonssen (2009, p. 342): apresentar o contexto de suas opiniões políticas de Hume para, em seguida, inseri-las em sua compreensão filosófica da justiça e do Direito. Essa reconstrução já deixará à mostra a confluência entre as ideias de Hume que Hart adota e a metodologia que ambos compartilhavam.

A teoria política de Hume combatia dois tipos de personalidade que ele via como ocorrências históricas constantes da natureza humana: a “superstição” e o “entusiasmo” (HAAKONSSSEN, 2009, p. 342). Hume escrevia no século XVIII, um período de grandes turbulências políticas no Reino Unido, ainda sofrendo o impacto da Reforma Protestante. Esse movimento questionou, primeiro na religião, depois na política, a necessidade de mediação entre os indivíduos e as verdades morais, religiosas, políticas. Na política, foram os jusnaturalistas modernos – Hobbes, Grócio, Pufendorf e Locke – que questionaram a submissão dos indivíduos a intérpretes dotados de autoridade para compreender a legitimação das instituições (HAAKONSSSEN, 2009, p. 343). Diante desse contexto político, Hume mantinha uma preocupação pessoal com o facciosismo e a instabilidade política decorrentes de questionamentos das instituições políticas com base em algo tão vago e incapacitante, na sua visão, quanto a “razão humana” (POCOCK, 1985, p. 135).

Em um Ensaio intitulado “De superstição e entusiasmo”, Hume destrincha o que seriam essas “duas espécies de falsa religião” (HUME, 2003, p. 58). A *superstição*

(HUME, 2003, p. 58-62) seria um tipo de personalidade causada pela fraqueza, pelo medo e pela melancolia. Isso leva os indivíduos a confiarem em cerimônias, rituais e outras formas irracionais de combate a inimigos invisíveis e desconhecidos.⁸ Ela seria favorável à instituição e manutenção do poder sacerdotal, pois coloca o indivíduo em uma posição de tamanha autodepreciação que ele não se vê em condições de acessar a verdade sem intermediação. Isso seria o mesmo a dizer que a superstição torna o homem dócil e submisso, tendente a abrir mão da liberdade civil. O *entusiasmo* (HUME, 2003, p. 58-62), por sua vez, surge de outras causas: a esperança, o orgulho, a imaginação e a ignorância. Nesse caso, a razão humana e a moralidade⁹ são descartadas em prol de um “louvor fanático e cego”,¹⁰ sem reservas, advindo de um descontrole da imaginação. Mas, em função da ambição que o acompanha, o entusiasmo tende à liberdade, ao rechaço da intermediação por autoridades.¹¹

A Reforma vinha fazendo o trabalho de combater a superstição. Mesmo assim, ainda ocorria entre os dois principais partidos do Reino Unido variantes dessas falsas religiões. O partido dos *Tories* mantinha a crença de que a monarquia inglesa se fundamentava no direito divino. Por outro lado, os *Whigs* defendiam que o Reino Unido era fundado por uma constituição mista que garantia os direitos do povo perante a monarquia. Assim, ambos os lados tinham razão para questionar a legitimidade do poder nos anos seguintes à “Revolução Gloriosa” de 1688: os *Tories* não admitiam a subversão dos direitos reais realizada com as quebras da sucessão,¹² e os *Whigs* não concordavam com a expansão da cooptação do Parlamento pela Monarquia (HAAKONSSSEN, 2003, p. X-XI). Hume considerava que a História refutava ambos nessa querela, e ele buscou usar dos seus *Ensaio*s para moldar a opinião pública.¹³ Suas respostas estavam não na filosofia propriamente dita, mas na História e na ciência. Outro ensaio fundamental para entender a teoria política de Hume se chama “*Do contrato original*”: nele, Hume separa os partidos políticos de acordo com os princípios especulativos que unem seus membros (HUME, 2003, p. 227). Haveria o partido que acredita na “Deidade” como legitimadora do governo, vendo-o como um “vice-regente de Deus”. Mas os governos não são bons em

⁸ Ver também “*Digression concerning the ecclesiastical state*” (HUME, 1759-1778, p. 6-7).

⁹ De acordo com como Hume as conceitua.

¹⁰ A “razão” para os jusnaturalistas modernos poderia ser conceituada dessa forma por Hume, pois, para ele, a razão precisa ter em mente a observação empírica da natureza das coisas.

¹¹ Era como Hume enxergava a figura histórica de Martinho Lutero (HUME, 1759-1778, p. 7).

¹² A Revolução se deu com o afastamento de Jaime II, o qual se acreditava reaproximar a monarquia da Igreja Católica. No seu lugar, subiu ao trono a sua filha, Ana Stuart, o que já era visto pelos *Tories* como um sacrilégio em relação à doutrina do direito irrevogável de hereditariedade na sucessão real (HAAKONSSSEN, 2003, p. X). Em 1701, o Parlamento emitiu o *Act of Settlement*, que novamente interferiu na sucessão real, definindo que, após a morte de Ana, subiria ao trono o eleito Hannoveriano (HAAKONSSSEN, 2009, p. 364).

¹³ Hume não pretendia apenas especular acerca dessas questões, mas influenciar os rumos do debate político concreto no Reino Unido do seu tempo (HAAKONSSSEN, 2003, p. IX).

si mesmos sempre, de modo que, se tudo que Deus faz é bom, não faz sentido vincular uma coisa à outra (HUME, 2003, p. 227-228). Já o partido que acredita que o consentimento vincula os indivíduos ao governo defenderia que o soberano se vê intitulado a proteger os súditos por meio da promessa entre eles, o que gera a sua autoridade e os direitos daqueles (HUME, 2003, p. 229-230). A resposta de Hume, nesse caso, é histórica novamente:

Se esses raciocinadores olhassem o mundo à sua volta, não encontrariam nada que correspondesse minimamente às suas ideias ou que pudesse legitimar um sistema tão filosófico e refinado (HUME, 2003, p. 230).

A grande maioria dos governos, ele afirma, se funda em conquistas, sucessões, etc., meios que se dão independentemente de qualquer consentimento dos súditos.

É inútil dizer que todos os governos são ou deveriam ser fundados no consentimento popular, na medida em que permita a premência dos assuntos humanos. Isso favorece inteiramente meus objetivos; pois sustento que os assuntos humanos nunca permitem esse consentimento, mas apenas um consentimento aparente; e que a conquista e a usurpação, ou, em termos claros, a força que dissolve todos os governos, está na origem de quase todos os que alguma vez foram instituídos no mundo. Nos poucos casos em que parece ter havido consentimento, ele foi tão precário, restrito ou mesclado à fraude e à violência, que sua autoridade só pôde ser muito restrita (HUME, 2003, p. 234).

O contexto histórico na Inglaterra do Século XVIII é novamente o pano de fundo da argumentação. Hume vivenciou a criação da Grã-Bretanha com a união entre Inglaterra e Escócia em 1707, o que trouxe à tona a questão do quão maleáveis os arranjos constitucionais podem ser na prática (HAAKONSSSEN, 2003, p. XV). Ao mesmo tempo, era muito óbvio para Hume (HUME, 2003, p. 233) que a sucessão de Jaime II por Guilherme de Orange em 1688-1689 não contou com o consentimento das pessoas. A sua ascensão poderia ser vista como usurpação à época – mas o curso da história lhe conferiu legitimidade (HAAKONSSSEN, 2009, p. 365). A ideia de um estado de natureza, que fundamentava o contratualismo de Hobbes, tampouco fazia sentido para Hume. Ele já tinha acesso a certos estudos antropológicos que iam contra a tese de um estado de “todos contra todos” previamente à sociedade civil (HARDIN, 2009, p. 112-113). Por isso, na sua filosofia, Hume vai ser mais generoso do que Hobbes com a antropologia humana. Ele percebe e aponta que nós temos círculos afetivos previamente à constituição do Estado, com certa estabilidade das relações sociais (HAAKONSSSEN, 2009, p. 345). Todo homem nasce naturalmente, no mínimo, dentro da estrutura familiar (HUME, 2004, p. 250).

2.2. A metodologia descritiva por trás do juspositivismo de Hume

Os parágrafos anteriores deixam evidente o quão importante o empirismo historicamente situado era para Hume. Suas críticas políticas no contexto da sua época eram sustentadas por argumentos embasados por fatos históricos. Esse é um aspecto presente no seu modo de fazer filosofia política e que determina como Hume define o conceito de Direito e a sua relação com a justiça. Quando afirma que a superstição e o entusiasmo são “duas falsas religiões”, ele está expressando o seu ceticismo moral diante de movimentos políticos que preguem verdades absolutas e/ou evidentes.¹⁴

A razão seria o campo da possibilidade de descoberta do que é verdadeiro ou falso. Mas as ações humanas, por natureza, não possuem essa qualidade. Elas só podem ser “louváveis ou condenáveis”, o que é uma questão *de fato*, de acordo com os sentimentos que nos são causados (HUME, 2009, p. 498). Se a razão pudesse descobrir o valor-de-verdade da ação moral, ela teria de estar em algumas relações de objetos ou em questões de fato (HUME, 2009, p. 502-503), mas isso não é verificado, porque nem sempre os mesmos efeitos decorrem das mesmas relações ou fatos. Com isso, Hume conclui que não há objetividade na moralidade (HUME, 2009, p. 505). Não existem fatos morais observáveis, senão os sentimentos em nós causados pelas ações humanas. É nesse ponto que Hume introduz a “lei” que foi a ele atribuída.¹⁵ A derivação de enunciados de dever-ser a partir de enunciados de ser seria ilógica (relação “*is-ought*”) (HUME, 2009, p. 509).

Segundo Russell Hardin (2009, p. 5-11), esses trechos do *Tratado* evidenciam duas premissas metodológicas da filosofia política de Hume. Primeiro, a aplicação à filosofia de uma forma de empirismo newtoniano como única metodologia válida, deduzindo princípios gerais de casos concretos observáveis.¹⁶ Em segundo lugar, a teoria política de Hume não é normativa. Hume não afirma verdades ou prescrições morais, mas apenas *descreve a moralidade*. Subjaz a essas premissas o ceticismo moral de Hume. Não há fatos morais observáveis no mundo, de tal modo que sua filosofia vai

¹⁴ Ambos os lados levariam ao extremo a capacidade da razão humana e da moralidade de encontrar o sentido de “bom” e “mal” nos assuntos humanos. Hume comenta sobre a doutrina dos “Levellers” de distribuição igualitária da propriedade, por exemplo, citados nos Ensaios como exemplos de *entusiastas* (HUME, 2003, p. 61), como “fanática”, por desconsiderar certos aspectos da natureza humana (HUME, 2004, p. 254).

¹⁵ Segundo John Finnis (2008, p. 37), a interpretação padrão desse trecho do *Tratado* é a de que Hume anunciaria a verdade lógica, muito enfatizada desde o fim do século XIX, de que nenhum conjunto de afirmações não morais ou não avaliativas pode gerar conclusões morais ou avaliativas. Haveria interpretações mais adequadas a esse trecho, Finnis pondera, mas isso se mostra irrelevante, porque muitos aderiram a essa primeira interpretação, de modo que, se não foi Hume quem a propôs, alguém mais o fez e manteve a tese, fazendo-a circular.

¹⁶ As suas afirmações nos ensaios citados no tópico anterior seriam exemplos dessa metodologia sendo aplicada (cf. HARDIN, 2009, p. 106).

se voltar a investigar fatos psicológicos, pois estes sim são físicos e naturais (HARDIN, 2009, p. 12). O mesmo se dá com a sua teoria política (HARDIN, 2009, p. 106): Hume não está questionando qual é o governo ideal, mas, sim, propondo uma teoria explanatória sobre *como* a obediência ao governo surge (HARDIN, 2009, p. 95 e p. 109). A teoria da justiça se preocupa em investigar *como* o homem criou os artifícios da justiça (HUME, 2009, p. 525).

Para aplicar a sua metodologia ao tema da justiça, Hume parte de certos fatos históricos e atinentes à natureza humana para formular a sua distinção fundamental entre virtudes naturais e artificiais. Hume afirma que o conceito de “natural” é ambíguo, mas o principal sentido em que ele o é de “habitual ou não raro”. Não há um critério claro para distinguir o habitual do raro, mas um grande número de casos observados reforça a hipótese (HUME, 2009, p. 513). Essa é a ideia por trás do conceito de “máxima”, que Hume não formula, mas usa o tempo todo. A primeira máxima importante para a sua filosofia política é a de que “toda nação é constituída de pessoas providas de sentimentos morais” (HUME, 2009, p. 513-514). A segunda máxima fundamental é a de que “*nenhuma ação pode ser virtuosa ou moralmente boa, a menos que haja na natureza humana algum motivo que a produza, distinto do sentido de sua moralidade*” (HUME, 2009, p. 519). Diante dessa segunda máxima, Hume afirma que não há nenhum motivo real natural para seguirmos as leis da justiça¹⁷ (HUME, 2009, p. 523). Como só as paixões, e não a razão sozinha, podem guiar a ação (HUME, 2009, p. 497-508), e é o desequilíbrio das paixões que causa a imoralidade (HUME, 2009, p. 528-529), a justiça só pode ser uma virtude que redirecione paixões que já possuímos para guiar as nossas ações (HUME, 2009, p. 524). Ela é uma virtude artificial, portanto, porque se serve de artifícios ou convenções humanas para produzir prazer e aprovação em prol de conveniências ou necessidades humanas (HUME, 2009, p. 516 e p. 524).

A justiça ser uma virtude artificial vem de dois fatos, as circunstâncias da justiça. Elas são as condições normais sob as quais a cooperação social é necessária.¹⁸

¹⁷ O interesse público não pode ser uma virtude natural a serviço da justiça, pois só surge depois dela surgir; o amor à humanidade é seletivo e restrito aos nossos círculos mais próximos (HUME, 2009, p. 521); a benevolência ocorre de modo variado também (HUME, 2009, p. 522-523); a simpatia apenas reforça, mas não faz surgir a justiça, pois nossos interesses pessoais são muito distantes dos interesses mais gerais da justiça (HUME, 2009, p. 540); a fidelidade oriunda do conceito de promessa não surge naturalmente, mas apenas depois da convenção da promessa indicar a utilidade do seu cumprimento (HUME, 2009, p. 556-558).

¹⁸ Essa definição é dada por John Rawls (1999, p. 109), o qual acreditava ser possível conciliar a teoria da justiça de Hume com alguma forma de teoria do bem comum (RAWLS, 1999, p. 28). É interessante destacar, nada obstante, que, para Hume, não existiam *bens primários*, que todos precisam para avançar os seus planos de vida, como saúde, liberdade, etc., os quais muitas vezes são bens *comuns*, que não podem ser fruídos individualmente (ver RAWLS, 1999, p. 54). Só existiriam bens do corpo, bens do espírito, e a sorte (HUME, 2009, p. 528).

A primeira circunstância diz respeito ao ser humano: é da nossa natureza que tenhamos inúmeras carências e necessidades, com um temperamento cujo egoísmo é a característica mais forte (HUME, 2009, p. 527-528). Dentre nossas carências, três se destacam: a fraqueza para executar obras, a incapacidade de se especializar em muitas tarefas; e a sorte e o sucesso desiguais (HUME, 2009, p. 526). A segunda circunstância é um fato externo: o mundo possui recursos escassos (HUME, 2009, p. 525). Sem essas duas circunstâncias, Hume considera que a justiça seria inútil¹⁹ (HUME, 2009, p. 535).²⁰ Para as nossas carências, Hume propõe três remédios: a conjunção de forças; a especialização por meio da divisão do trabalho; e o auxílio e a proteção mútuos contra a sorte e os acidentes (HUME, 2009, p. 526).²¹ Não é em qualquer contexto que as circunstâncias da justiça aparecem. Hume tem noção de que há vínculos afetivos prévios à sociedade civil que não exigem as regras da justiça. É apenas quando a sociedade cresce, com contatos entre indivíduos para além dos círculos afetivos, que a justiça se torna necessária; ela compensa fragilidades, ao mesmo tempo que aumenta as nossas necessidades. Mas torna os indivíduos mais felizes, mostrando que é vantajosa (HUME, 2009, p. 526). O aperfeiçoamento dos bens possibilitado pela conjunção de esforços e especialização do trabalho aumenta e produz novas formas de escassez (HUME, 2009, p. 528). Com a maior complexidade da sociedade, os indivíduos percebem a vantagem em obter um esquema geral de regras que limita seu curso de ação reciprocamente em troca de maiores benefícios. A autoridade dos governos em geral reside nisso: (i) a percepção da utilidade geral da proteção pelo governo e das regras de justiça, e (ii) a percepção da obrigação de obedecer (HAAKONSEN, 2009, p. 355; ver HUME, 2004, p. 269).

A justiça é uma virtude artificial porque se funda em convenções, regras que se formam e se mantêm na base de interesses que possuímos (HARDIN, 2009, p.

¹⁹ É um tanto anacrônico chamar Hume de “utilitarista” antes da criação da escola de pensamento por Jeremy Bentham. Mas muitos atribuem a Hume uma forma “fundacional” de utilitarismo, em função da sua preocupação com o aspecto psicológico da utilidade, que era por ele vista como prazerosa, bem como pela justificação das práticas sociais com base em formas de utilidade, cujo caso do Direito expressa isso por meio da coordenação. Hart seguiu essa linha de pensamento quanto à fundação do Direito na regra de reconhecimento (HARDIN, 2009, p. 155-156), mas o fez contando com aporte de muitos outros filósofos políticos – Hobbes, Bentham e Mill, especialmente. O que Hume não seguia, com certeza, era um “utilitarismo de atos”: o fato de a justiça ser uma virtude artificial, que só existe *depois do surgimento da convenção*, indica que nem tudo está à disposição do cálculo utilitário. Nesse sentido, é famosa a análise de John Rawls (1955, p. 3). A promessa, por exemplo, não existe como instituição antes de ser convenção e, por isso, não obriga moralmente antes disso. Em outras palavras, a promessa não existe naturalmente porque não gera naturalmente sentimentos morais; só a vontade cria os sentimentos (HUME, 2009, p. 556-557).

²⁰ Caso tivéssemos bens em abundância ilimitada, a “cautelosa e desconfiada virtude da justiça” não seria necessária para assegurar a correta distribuição dos bens (HUME, 2004, p. 241-242). Caso fôssemos anjos, por outro lado, não precisaríamos de contratos, promessas e regras de proteção da propriedade para assegurar que cumpramos nossos deveres (HUME, 2004, p. 243).

²¹ A união humana para a procriação é citada por Hume como um 4º elemento de cooperação social (HUME, 2009, p. 527), mas ele é prévio à sociedade civil, então talvez por isso esteja deslocado na análise.

82). Elas organizam a sociedade regulando as expectativas mútuas de cumprimento das regras, restringindo movimentos erráticos das paixões (HUME, 2009, p. 531-532). Quanto maior a cooperação gerada pelas convenções, menos incentivo para descumpri-las; e quanto menor a cooperação natural, maior a necessidade de governo (HARDIN, 2009, p. 86). As convenções vão gerando estabilidade pela sua capacidade de coordenação social (HARDIN, 2009, p. 84), pois é um sentimento moral comum sentir uma deficiência de caráter por não as cumprir (HAAKONSSSEN, 2003, p. XXIX). Com o aumento da complexidade da sociedade e do esquema de regras, os indivíduos passam a ter dificuldade em perceber as vantagens diretas que podem obter das regras da justiça. Surge, daí, a necessidade de se ter magistrados e instituições políticas que façam os indivíduos terem autointeresse em cumprir o esquema geral de regras (HUME, 2009, p. 533). Hume consegue, com a sua teoria convencionalista da justiça, construir um quadro analítico da formação do governo que se adapta à sua história política. As convenções são regras que cumprimos espontaneamente, de modo que as sanções institucionalizadas apenas reforçam a sua importância (HARDIN, 2009, p. 83). Muitos governos sobem ao poder e instauram um novo sistema jurídico dessa forma, com a sua implementação se dando por mero hábito. O contratualismo e a divindade são duas fontes de legitimidade política que não se sustentam para o convencionalismo de Hume, portanto, tese que é ancorada em evidências históricas mais do que em uma filosofia analítica e conceitual.

O papel do Direito é facilitar a efetivação dos princípios de justiça – basicamente, proteger a propriedade, os contratos e a sobrevivência. Mas, como há muitos modos de determinar esses princípios, Hume conclui que nenhum sistema jurídico específico é “necessário”. Afinal, a justiça não se funda em deduções lógicas da razão, mas nos sentimentos/impressões sobre as nossas circunstâncias (HUME, 2009, p. 534-535; HUME, 2004, p. 247 e p. 257). Da relação meramente *convencional* e *conveniente* entre a justiça e a natureza humana – tendente à socialização, mas autointeressada e egoísta fora dos círculos afetivos –, o Direito surge apenas para garantir a ordem e reforçar a sua utilidade para a percepção dos cidadãos. Os truísmos seriam um “rascunho” de *como* o governo, por meio de regras jurídicas (X), consegue cumprir a sua função (F) de gerar coordenação para o grupo (G) de cidadãos. (HARDIN, 2009, p. 91-92). Ao mesmo tempo, a aplicação dessas regras específicas reforça a utilidade do sistema jurídico (S), o que faz com que a prática se retroalimente, sem que se ignore a possibilidade de alteração das regras, o que o próprio sistema deve prever para ser eficaz no tempo (HARDIN, 2009, p. 142).

3. O projeto humeano de Hart: uma filosofia do direito descritiva e amoral

As intersecções entre o pensamento de Hart e a filosofia de Hume na análise do Direito e sua relação com a justiça são várias, indo além do que Hart admite. Nessa seção, serão expostas as consequências da influência de Hume sobre a teoria do Direito de Hart. Considera-se importante formular uma noção mais completa e compreensiva da ideia de Hart sobre o “conteúdo mínimo do Direito Natural” e a sua relação com a autoridade do Direito até mesmo para que as críticas à sua tese sejam mais claras, uma tarefa dupla que autores como Ronald Dworkin e Finnis empreenderam.

Finnis atribui a Hart, com razão, a herança de um projeto *descritivista* de filosofia política. Quando Hart fala da diferença entre normas primárias e secundárias, não se direciona somente a definições jurídicas, a como as regras jurídicas possuem *de fato* diferentes funções na prática (FINNIS, 2008, p. 53). Como visto na segunda seção, essa herança pode ser reconduzida a Hume, que se diferenciou de Hobbes e também de Maquiavel por introduzir elementos históricos e até antropológicos às suas teses neutras. O que diferenciou Hume desses autores, assim como de outros jusnaturalistas modernos, é o fato de que ele formula os princípios básicos de justiça como virtude artificial em um *sentido sociológico* de máximas ou leis naturais. Elas são *máximas* fundadas no autointeresse e na utilidade recíproca como *causas* da normatividade do Direito (HARDIN, 2009, p. 113-114). É desse modo que os truísmos de Hart devem ser lidos, o que desfaz as ambiguidades dos termos vagos que ele usa para se referir ao conteúdo mínimo do Direito Natural, do modo como ele os relaciona com Hume. Hart adotou uma “terceira via” entre os jusnaturalismos que ele criticou. A observação da natureza humana e o exame empírico das sociedades formadas revelam padrões e critérios comuns a partir dos quais podemos inferir certas condições essenciais para a sobrevivência individual e coletiva (MACCORMICK, 2010, p. 190-191). Essa proposição viola a lei de Hume, a não ser que seja lida de modo causal, descritivo. O autointeresse, combinado com o fato das circunstâncias da justiça, é a causa eficiente do governo em Hume. Não há, nisso, qualquer prescrição ou princípio normativo sobre o que o Direito e a justiça *devam ser*, mas apenas a enunciação de certas máximas da história humana que indicam como um sistema jurídico eficiente deve ser construído.

Vejamus como Hart e Hume entendem a função do Direito. Hart concorda com Hume quanto à implausibilidade do estado de natureza de Hobbes, bem como quanto à necessidade de o Direito surgir com o aumento da complexidade da sociedade. Hart manteve alguma influência Hobbesiana, aderindo a uma forma analítica de estado de natureza quando adere à “sobrevivência” e, depois, à formulação de planos de vida razoáveis, para definir o que o Direito precisa como elemento mínimo para a sua eficiência. Hart segue Hume, no entanto, ao privilegiar o aspecto costumeiro e convencional da

formação do Direito (POSTEMA, 2019, p. 81-82). Por isso, Hart enxerga as regras secundárias como “remédios”, e afirma que apenas com elas surge a ideia de “validade” (HART, 2009, p. 118-122). A força da regra de reconhecimento está na sua capacidade de resolver problemas práticos de cooperação que surgem quando a sociedade dá esse avanço, funcionando como um artifício humano a serviço da justiça. O requisito de que ela seja compartilhada, no mínimo, pelas autoridades oficiais (HART, 2009, p. 131-132), mostra que ela é uma convenção que incentiva as autoridades a agir conforme ela, porque outras autoridades também o fazem, o que geraria a normatividade (POSTEMA, 2011, p. 494-496). Hart (HART, 1982, p. 256) reforçou, inclusive, que o cumprimento da regra de reconhecimento pode se dar sem gerar razões para a ação às autoridades, mas por mera crença de que cumpri-la gerará o melhor interesse para todos ou a melhor coordenação. É a aplicação da noção de “coordenação dual” presente em Hume: primeiro, as autoridades precisam ter capacidade de se coordenar nas suas ações (HARDIN, 2009, p. 97) e, depois, os indivíduos precisam ver utilidade em seguir o esquema geral de regras²² (HARDIN, 2009, p. 115). O convencionalismo da regra de reconhecimento está, em síntese, de acordo com a ideia humeana de justiça, bem como com o seu argumento histórico dos *Ensaíos*.

O truísmo da “compreensão e força de vontade limitadas” reforça a tese mais geral. As instituições mantêm o direcionamento das paixões para a justiça ameaçando a aplicação de sanções institucionalizadas e gerando prêmios para os comportamentos desejados, o que vai reforçando a utilidade do sistema de regras para todos. Além da coordenação entre as autoridades oficiais, portanto, é preciso que haja a percepção dos indivíduos de que a obediência é necessária. Ela nem sempre se dá de modo automático, o que fica evidente quando as convenções possuem efeitos desiguais sobre os diferentes cidadãos (HARDIN, 2009, p. 100). Hart expressa isso afirmando que os indivíduos obedecem ao Direito pelas mais variadas razões, às vezes até por simples temor (HART, 2009, p. 255). A coerção institucionalizada é o *meio* para a manutenção da justiça convencional, e o fio que une os truísmos é permitir a institucionalização dessa forma de justiça.

A coordenação justifica a normatividade e a obediência ao Direito. “*The core [of law] is organizing institutions to produce mutually advantageous outcomes*” (HARDIN, 2009, p. 102-103). Nós seguimos a convenção estabelecida mesmo se no caso concreto ela parecer desfavorável a nossos interesses, pois percebemos que a utilidade que ela gera é a capacidade de coordenação de que todos gozamos em algum momento. É o que justifica a prática social do Direito (HARDIN, 2009, p. 88). Hart também segue essa linha ao falar do truísmo da “igualdade aproximada”: o Direito define um sistema

²² O que, reforça-se, pode se dar por meras razões prudenciais.

de acordos e abstenções recíprocos, considerando as nossas carências e necessidades humanas. É verdade que sempre há quem se aproveite desse sistema sem colaborar, o que exige instituições e a coerção. A coerção é o que garante a justiça do sistema para que os injustos não tirem vantagem sem ser punidos (os “*free-riders*”) (FINNIS, 2008, p. 15).²³

Com a influência de Hume é que Hart se insere em uma tradição que define o Direito enquanto um sistema de regras fundado pelas práticas das pessoas. Essa prática é guiada pela busca por eficiência ou utilidade, tendo a coordenação como sua função precípua. Ronald Dworkin (2010, p. 253-255) percebeu esse aspecto na teoria de Hart, conclamando o juspositivismo a abandonar o seu caráter supostamente neutro. O juspositivista deveria propor uma descrição interpretativa do conceito de Direito, que seria normativa, e explicaria a prática à sua melhor luz. Na sua visão, um teórico como Hart elege a coordenação como função do Direito, e o faz defendendo que as diretrizes estabelecidas por autoridades reconhecidas substituam a insegurança deixada por princípios morais vagos e indefinidos. No entanto, essa proposta falharia por permitir que o poder discricionário dos juizes resolvesse casos difíceis. Isso contradiz as próprias exigências mais elementares da legalidade – requisito mínimo da coordenação como fim do Direito –, como a não retroatividade e o ajuste das decisões a fontes jurídicas.

John Finnis (2008, 2009, 2011) chegou à mesma conclusão, dando maior ênfase ao jusnaturalismo clássico. Ele argumentou que o juspositivismo Hartiano deveria ter admitido que fez uma escolha metodológica normativa ao eleger como seu objeto de análise o caso de um sistema jurídico no qual os indivíduos usam as regras como guias para as suas ações por meio de atos intencionais com sentido (FINNIS, 2011, p. 12). Hart não entendeu o Direito Natural, segundo Finnis (2011, p. 33), pois reproduz uma perspectiva nunca defendida:²⁴ nenhum teórico do Direito Natural buscou provar a existência de normas éticas por meio de fatos, tampouco o pretendem fazer (FINNIS,

²³ Ver, também, Hart (1955, p. 185-186; 2022, p. 15-16), em que ele propõe esse argumento. Hart tinha dificuldades em admitir uma vinculação entre a normatividade das regras jurídicas válidas conforme os critérios da regra de reconhecimento, em um primeiro plano, e entre a normatividade do direito em si e a obrigação política, em um segundo plano, mais abstrato. Considera-se que essa desconexão está na base da tese da separação entre direito e moral, mas não se teve espaço para desenvolver isso nesse trabalho. Talvez por isso mesmo é que, conforme Hardin (2009, p. 9-10), Hart rejeitou essa posição posteriormente e não voltou a publicar o artigo. Uma leitura sistematizada da obra completa de Hart pode revelar resquícios dessa conexão entre o dever de cooperação oriundo da fruição de benefícios (ver também HART, 1982, p. 168) em conjunção com a proteção da autonomia individual como garantia da capacidade de todo indivíduo de conduzir os seus planos de vida ou objetivos como quiser, sem interferência do Estado quando não houver justificação (HART, 1982, p. 193; HART, 1955, p. 175-177; HART, 2022, p. 6-8). No entanto, a sua posição mais explícita seguiu sendo a de que a avaliação da normatividade do direito *vigente* se dá apenas como crítica externa aos arranjos institucionais positivados (cf. HART, 1982, p. 64). Por isso, não parece ser adequado utilizar o argumento inicial de Hart (1955, 2022) como base para arguir a inconsistência da sua defesa da tese da separação.

²⁴ Ao menos não pelo jusnaturalismo clássico, que influencia decisivamente Finnis.

2011, p. 33). Os primeiros princípios da razão prática não são derivados da natureza humana; na verdade, eles não são derivados *de nada*; são inatos (FINNIS, 2011, p. 33-34). Os princípios práticos básicos são derivados desses “princípios ‘pré-morais’ da razão prática, e não de qualquer fato ou questão metafísica”. É claro que, na leitura de Finnis, Tomás de Aquino concordaria que esses princípios são apropriados apenas para a nossa natureza humana, e não para outra natureza. Mas não há um processo de inferência nisso; os princípios não são encontrados a partir da verificação de que um indivíduo possui uma inclinação específica – algo como “*quero descobrir a verdade*” –, mas sim a partir de uma generalização do que constitui um bem para todos os seres humanos.²⁵ Sob essa leitura, os truísmos de Hart se aproximam da categoria de princípios morais relacionados diretamente a uma leitura teológica da natureza humana (FINNIS, 2009, p. 167). A leitura humeana empirista da justiça deveria dar lugar, então, a alguma forma de “bem comum” que deixasse claro como o bem de alguns satisfaz, no longo prazo, o bem de todos (RAWLS, 1999, p. 28). Os truísmos seriam a sua expressão “pré-moral”, antes de se formular os primeiros princípios práticos, dotados de normatividade.

Conclusão

O presente trabalho tomou como ponto de partida uma interpretação específica dos capítulos VIII e IX d’*O conceito de direito*, personificada em trabalho de Marcos Rohling (2015). Segundo essa leitura, ao tratar das diferenças e semelhanças entre o Direito e a moral, Hart admitiu uma conexão necessária, ainda que frágil, entre esses dois sistemas de regras sociais ao explicar o que ele entendia por “conteúdo mínimo do Direito Natural”. Este seria composto de cinco truísmos, extraídos da natureza humana e do mundo que nos circunda enquanto espécie, e que ditariam o conteúdo mínimo de todo sistema jurídico que se pretenda viável. A hipótese do trabalho era a de que essa leitura é errônea, sobretudo porque Hart não expõe claramente os pressupostos da sua análise. Buscou-se, então, fazer uma leitura da filosofia de David Hume, o qual, embora citado por Hart como influência para a sua concepção do conteúdo mínimo do Direito Natural, não tem os seus argumentos sobre a justiça e o Direito reconstruídos por ele.

²⁵ A crítica central a Tomás de Aquino estaria atrelada à sua incapacidade de demonstrar como inferimos desses princípios autoevidentes regras morais específicas, afirma Finnis (2008, p. 34-35). Por que, então, essa justificativa de que Tomás de Aquino violaria a lei de Hume se tornou tão popular? Primeiro, porque quando se fala em direito “natural”, afirma Finnis, confunde-se com explicações baseadas na natureza humana para as normas. Segundo, porque essa objeção está correta quanto a algumas teorias do Direito Natural – como a estoica, por exemplo. Terceiro, porque Aquino não escrevia apenas sobre Direito Natural, mas sobre teologia como um todo, o que leva sua teoria moral a coincidir com a ideia de que as virtudes morais se relacionam com a natureza humana.

A estratégia do trabalho foi a seguinte. Na primeira seção, buscou-se ler os truísmos de Direito Natural em conexão com a tese da separação entre Direito e moral adotada por Hart. Foram expostas as raízes teóricas e históricas da tese da separação, presentes em Bentham e Austin. Embora fortemente criticados por Hart, mostrou-se que a teoria do Direito de Hart gravita entre a distinção entre “*censorial*” e “*expository jurisprudence*” por eles definida. Essa atração da obra de Hart a uma teoria descritiva do Direito está atrelada ao seu ceticismo moral. Ainda assim, os capítulos VIII e IX de Hart (2009) deixam em dúvida o leitor familiarizado com alguma tradição de Direito Natural, clássica ou moderna, pois, embora Hart direcione críticas às duas tradições, ele define um “núcleo de bom senso do Direito Natural”. Teria Hart caído em contradição?

A segunda seção do artigo buscou reconstruir a concepção de Hume sobre a relação entre Direito e justiça. Hume era um homem de seu tempo: muito influenciado pela recente formulação do método científico, Hume buscou transpassar para as ciências sociais em geral a causalidade como instrumento de análise. Mas, além disso, Hume era exímio observador político e historiador. Por isso, sua filosofia política era constituída na base de máximas ou generalizações empíricas, com as quais ele acreditava ter refutado “falácias” das teorias do Direito Natural – como, por exemplo, a de que um contrato original seria a base de legitimidade de todo governo. A moralidade seria uma questão de fato: bastaria investigar quais sentimentos morais são *causados* nos indivíduos por uma ação para saber se essa é louvável ou não – um reflexo do forte ceticismo moral de Hume. Nesse sentido, a justiça serviria para guiar as ações humanas causalmente rumo a uma organização social que não se dissolva em desordem. O papel do Direito, nesse quadro analítico-empírico, seria manter a coordenação por meio de convenções que reforçam a percepção dos agentes de que, com o aumento da complexidade da sociedade humana, é vantajoso para eles se guiar pelo Direito. As autoridades oficiais têm um papel fundamental nesse contexto: a coordenação entre elas é o primeiro elemento do governo nessa sociedade “moderna”, pois esse é um requisito mínimo para a ameaça de coerção aos sujeitos desviantes.

Com isso, pôde-se concluir, já na terceira seção, que não há exatamente uma contradição na obra de Hart, mas uma ambiguidade que se acredita ter sido dissolvida no presente artigo. No momento em que aproximamos os elementos do ceticismo moral e da tese da separação com o empirismo como método e a coordenação como fim do Direito e da justiça, percebemos a forte afinidade entre o “conteúdo mínimo do Direito Natural” de Hart e a teoria convencionalista da justiça de Hume. A moralidade e a justiça se confundem com a ideia de estratégia: o Direito é a prática que, positivando regras de justiça, serve de instrumento para a utilidade do esquema de garantia da propriedade e de outros bens aos indivíduos. Os cinco truísmos propostos por Hart *não são princípios morais* ou *práticos*, mas máximas fundadas no autointeresse e na utilidade recíproca, que

devem ser percebidas pelos agentes, em especial pelas autoridades oficiais, para surtirem efeito em qualquer sistema jurídico. Os truísmos são as primeiras *causas* da normatividade do Direito: sem a verificação dessas máximas enquanto *fato*, não há Direito que possua duração no tempo, e a definição do Direito deve estar atenta a essa constatação empírica.

São Paulo, setembro de 2022.

Referências

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FINNIS, John Mitchell. H.L.A. Hart: a twentieth-century Oxford political philosopher. *The American Journal of Jurisprudence*, Oxford, v. 54, p. 161-185, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1866&context=law_faculty_scholarship.

FINNIS, John Mitchell. *Natural law and natural rights*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John Mitchell. On Hart's ways: law as reason and fact. In: KRAMER, Matthew H.; GRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony (ed.). *The legacy of H.L.A. Hart: legal, political, and moral philosophy*. Oxford: Oxford University Press, July 2008.

HAAKONSSSEN, Knud. Introdução. In: HUME, David. *Ensaios políticos*. Tradução Pedro Pimenta. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAAKONSSSEN, Knud. The structure of Hume's political theory. In: NORTON, David Fate; TAYLOR, Jacqueline Anne (ed.). *The Cambridge companion to Hume*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HARDIN, Russell. *David Hume: moral and political theorist*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, Durham, v. 64, n. 2, p. 175-191, Apr. 1955. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2182586?seq=17#metadata_info_tab_contents.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays on Bentham: jurisprudence and political philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Existem direitos naturais? Tradução de Martin Magnus Petiz, Afonso Teixeira Filho e Bruno Almeida Ruggiero. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 50, p. 6-20, dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.129191>.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. Redwood City: Stanford University Press, 1963.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Oxford, v. 49, p. 171-194, 1948. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4544455?seq=24#metadata_info_tab_contents.

HUME, David. *Ensaio políticos*. Tradução Pedro Pimenta. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

HUME, David. *The History of England*. v. 3: The history of the House of Tudor, Part 1 (1759, 1778). Disponível em: <https://davidhume.org/texts/h/vol3/>. Acesso em: 21 jul. 2022.

HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

MACCORMICK, Neil. A moralistic case for a-moralistic law. *Valparaiso University of Law Review*, Valparaiso, v. 20, n. 1, p. 1-41, 1985. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1518&context=vulr>.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

POCOCK, John Greville Agard. *Virtue, commerce and history: essays on political thought and history, chiefly in the eighteenth century*. New York: Cambridge University Press, 1985.

POSTEMA, Gerald J. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011. v. 11: Legal philosophy in the twentieth century: the common law world.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the common law tradition*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. Two concepts of rules. *The Philosophical Review*, Durham, v. 64, n. 1, p. 3-32, Jan. 1955. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2182230?seq=1#metadata_info_tab_contents.

ROHLING, Marcos. A crítica de Hart à tradição clássica do Direito Natural. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 80-112, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/12384/12395>.