

## 1. INTRODUÇÃO

H. L. A. Hart é considerado um dos maiores filósofos do direito do século XX. Esta condição foi alcançada em virtude das grandes transformações que implantou na Teoria do Direito, que deram início a uma reorganização temática na disciplina após a publicação de seus trabalhos. No debate que se seguiu após as contribuições de Hart, a Teoria do Direito passou a situar a discussão principal no âmbito metodológico e metateórico, impondo uma invasão da filosofia geral na Teoria do Direito (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 52 et seq). Não que antes a clareza quanto às posições metodológicas adotadas fosse dispensada na construção de uma bem sucedida Teoria do Direito. O que muda é que ao invés de se preocupar com as posições finais, com os institutos e teorias específicas criadas a partir da metodologia adotada, agora, após a publicação dos trabalhos de Hart e o debate com seus críticos, pode-se dizer que são as próprias posições metodológicas que estão em jogo, posicionadas no centro do debate.

Em sua obra principal, “O Conceito de Direito” (1961), o plano de trabalho de Hart é o de partir das falhas da teoria imperativista, representada por John Austin e Jeremy Bentham, para construir uma nova teoria do direito. Acaba, porém, com as críticas apresentadas, refutando toda uma tradição de positivistas e inaugurando uma nova. A forma como se deu essa virada na Teoria do Direito, comumente chamada de “virada hermenêutica”, se deve em função de seus pressupostos metodológicos e contamina toda a sua construção teórica. A grande mudança apresentada começa basicamente na adoção da ideia de regra como centro da Teoria do Direito.

O presente trabalho visa analisar a teoria hartiana das obrigações. Tal proposta não pode deixar de levar em conta o papel central desempenhado pelas regras na construção da teoria. Leslie Green (GREEN, 2012) divide as abordagens sobre as obrigações no direito em três: as que explicam as obrigações com base em punições, com base em regras e com base em razões. A abordagem de Hart em “O Conceito de Direito” é entendida como explicando as obrigações com base em regras (*rule-based theory*), como ficará claro ao longo deste trabalho, o que impõe uma análise mais aprofundada sobre o papel das regras no direito e como elas influenciam o conceito de obrigação.

O conceito de obrigação é fundamental na Teoria do Direito. Obrigações jurídicas são exigências jurídicas a que os indivíduos são chamados a se conformar. Tais exigências se constituem por atos ou omissões que são tornadas não-opcionais pelo direito. Embora nem todas as normas jurídicas imponham obrigações, e se discuta qual a importância que deve ser conferidas às regras que o fazem em detrimento das que não o fazem, o fato é que, no

mínimo, o direito somente pode ser entendido com referência às regras que impõe obrigações. Desta forma, a análise de como se formam as obrigações no direito é um dos temas centrais da Teoria do Direito, necessitando de nossa especial atenção.

Nossa atenção neste estudo estará voltada para a teoria das obrigações exposta por Hart em “O Conceito de Direito”, sua obra principal. Tal formulação é canônica e ainda é bastante influente em virtude da magnitude da obra, justificando a importância do presente trabalho. Não avaliaremos, por exemplo, os possíveis impactos de mudanças na fundamentação da normatividade do direito, estabelecidas em “Essays on Bentham” (1982), sobre a teoria hartiana das obrigações<sup>1</sup>. Além de “O Conceito de Direito”, ainda concentraremos nossa análise em uma pequena, mas significativa, alteração na teoria das obrigações de Hart, apresentada por ele em uma Entrevista em 1988, pois esta complementa a visão estabelecida inicialmente na obra de 1961.

Neste trabalho, portanto, buscaremos traçar a linha de raciocínio de Hart com relação às obrigações jurídicas. Iniciaremos demonstrando o papel central que o conceito de regras desempenha na teoria jurídica de Hart, apresentando como as mudanças na concepção de objetividade promovidas pela Filosofia da Linguagem levaram a tal concepção sobre as regras. Verificaremos como, no confronto com o conceito de hábitos, Hart encontra uma componente especial das regras, só verificável a partir da metodologia por ele adotada, qual seja a existência de um aspecto interno das regras, considerado uma de suas maiores contribuições para a Teoria do Direito. Após isto, passaremos à exposição da teoria hartiana das obrigações, mostrando qual o conceito de obrigação se adequa melhor a ideia de uma regra e a existência do aspecto interno, expondo em que situação faz sentido dizer que um indivíduo tem uma obrigação. Por fim, esclarecidos os componentes do conceito hartiano de obrigação jurídica, mostraremos que um dos componentes do conceito de obrigação, qual seja a necessidade de séria pressão social e exigência geral de conformidade, enseja forte controvérsia. Em função das críticas, mostraremos que Hart admitiu existência dos problemas apontados, tentando resolvê-los sem abandonar sua teoria das obrigações.

## **2. A CENTRALIDADE DAS REGRAS**

A forma como conhecer o Direito ocupou profundamente os estudiosos da filosofia jurídica nos últimos séculos. Com o desenvolvimento da Ciência Moderna, após a Reforma

---

<sup>1</sup> Sobre isso afirma Gerald J. Postema: “Although Hart seemed to embrace the idea of preemptory reasons of this kind, he limited them to explaining features of the normativity of law and did not extend them to explaining social obligations” (POSTEMA, 2011, p. 299).

protestante, cresce no ser humano um espírito de busca das certezas e das coisas “como realmente são”. Pautados no que se chama “concepção absoluta do mundo”, a ideia principal é a de que “tudo o que faz parte do mundo existe independente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo” (MICHELON, 2004, p. 33-34). Isto afetou profundamente todo o conhecimento humano, ao passo em que se elevou as ciências da natureza ao patamar de conhecimento genuíno, pois seriam estas as únicas hábeis a construir verdades, através de um método de prova eficiente. Porém, ao mesmo tempo, trouxe para as ciências humanas um espírito contrário, um ceticismo quanto aos seus resultados e quanto à possibilidade de que elas possam produzir enunciados verdadeiros, já que estas não trabalham com coisas externas ao sujeito (ou seja, não são eminentemente objetivas), mas com fatos que ocorrem em um “mundo interior” e subjetivo.

A prática do Direito possui essa particularidade: comumente nos deparamos com conceitos que não são facilmente descritos com termos meramente físicos ou empíricos (como massa, peso, posição, etc.). É o caso de conceitos como dever, obrigação, contrato, etc. Diante deles, o cientista do direito moderno se colocou entre duas escolhas. Ao verificar a existência desses conceitos ou ele cria um meio de extirpá-los da linguagem jurídica ou tenta descrevê-los como fatos brutos – fatos empíricos, que são objetivos e verificáveis através de um método experimental (MICHELON, 2004, p. 56-57).

A segunda opção foi a que esteve por trás dos primórdios do Positivismo Jurídico, que desde autores como Jeremy Bentham e John Austin, tentava descrever o direito de uma forma que possa ser apreendida cientificamente. É por isso que, para Austin, o direito é um conjunto de comandos emitidos por um soberano e pautado em ameaças. Quando se pergunta qual o fundamento destes comandos, chega-se à conclusão de que o soberano deve sempre ser obedecido, e este *dever* (conceito eminentemente normativo) deriva de um hábito geral de obediência ao soberano. Os hábitos são conceitos empíricos (um fato, que pertence ao mundo do “ser”), quantitativamente verificáveis, e, portanto, possíveis de serem apreendidos cientificamente, o que adéqua a teoria às necessidades de sua época.

Hart rompe com esta forma de se descrever o Direito. Esta ruptura, porém, está muito mais ligada às suas concepções epistemológicas do que com determinada tese específica sobre o Direito. A filosofia da linguagem ordinária de Oxford, a qual Hart deve muitos de seus pressupostos filosóficos, no âmbito da epistemologia, quebra o paradigma da objetividade dominante desde o nascimento da Ciência Moderna, e introduz uma nova objetividade. Neste sentido, é valiosa a exposição de Cláudio Michelon Jr.:

O ponto central dessa nova concepção de objetividade é a constatação de que *a objetividade depende, em certa medida, de nós mesmos* (em um sentido diferente do sentido idealista em que o objeto depende do sujeito). Mesmo noções aparentemente independentes de nossa experiência, inclusive a noção de objetividade, são determinadas pela nossa experiência (e aqui parecemos defender uma tese empirista, mas não). Mesma as certezas matemáticas (paradigma da certeza) dependem do que Wittgenstein chamou de convenção e, mais tarde, de forma de vida. Nos deixamos convencer de que a afirmação ‘o quadrado de 13 é 169’ é verdadeira porque *aceitamos as regras* matemáticas para decidir quais os quadrados dos números. Da mesma forma, nos deixamos convencer de que a afirmação ‘eu tenho um direito’ é verdadeira porque este enunciado foi elaborado conforme regras que aceitamos (MICHELON, 2004, p. 136-137).

Em suma, a constatação daquilo que por anos acreditamos serem fatos brutos, depende em alguma medida da existência, aceitação e aplicação de determinadas regras. Com o direito não é diferente. Resta, portanto, entender no que consistem tais regras, e no que se diferenciam dos hábitos, tão caros ao positivismo precedente de Austin e Bentham – autores os quais Hart se preocupa em refutar.

Um exemplo clássico de hábito é o seguinte: os ingleses, em geral, possuem o hábito de às cinco horas da tarde tomarem chá. Um observador externo pode verificar nos atos dos indivíduos uma congruência, pois todos ou uma quantidade elevada de ingleses efetivamente tomam chá neste horário. Porém, para um inglês, não tomar chá às cinco horas da tarde não é motivo para nenhum tipo de crítica. O indivíduo que não o fizer não sente como se estivesse errado, nem sofre nenhuma reprovação da comunidade por seu ato.

O hábito consiste basicamente nisto: é um padrão de conduta que possui convergência geral dentro do grupo. Diferente dele é a ideia de uma regra. Hart apresenta a sua clássica distinção entre hábitos e regras em termos de três diferenças (HART, 1994, p. 64-65). Ambos, porém, compartilham a característica de que necessitam de convergência geral de conduta para se configurar, o que Hart chamou de aspecto externo.

A primeira diferença é a de que para um hábito o desvio à conduta regular não implica em nenhum tipo de crítica por parte da comunidade, como foi dito. Por outro lado, o desvio à conduta prescrita por uma regra é considerado um erro suscetível de crítica. Desta forma, não se entende como criticável a atitude do inglês que resolver não tomar chá às cinco horas. O mesmo não se pode dizer, porém, da atitude do indivíduo que, no exemplo de Hart, não tira o chapéu ao entrar na igreja, pois isto configura uma regra moral.

A segunda diferença é a de que, no caso das regras, a crítica ao desvio do padrão de conduta não só é efetivada, mas também é vista como devida. Desta forma, a crítica produzida é entendida como legítima ou justificada em função do desvio ao padrão.

Já a terceira diferença, que o próprio Hart afirma já estar implícita nas anteriores, consiste no aspecto interno das regras. Para além do aspecto externo que compartilha com os hábitos, as regras possuem um aspecto interno que consiste em uma atitude específica dos indivíduos perante as regras, o que Hart chama de uma “atitude crítica e reflexiva”. Não é muito claro no que consiste esta atitude, mas, em suma, ela consiste em *aceitar* um padrão de comportamento (MICHELON, 2004, p. 147). Esta aceitação não é apenas seguir o comportamento, nem é a concordância ético-política com este padrão. Também não se confunde com qualquer sentimento com relação às regras, especialmente sentimentos de compulsão para agir conforme o padrão.

A aceitação consiste especificamente na atitude descrita de tomar o padrão como objeto de crítica (seja para aprovação ou desaprovação do comportamento), bem como considerar esta crítica legítima. Para exprimir esta atitude na linguagem corrente utilizamos um vocabulário específico, composto de termos como “dever”, “obrigação”, “direito”, “certo”, “errado”, etc., que transmitem intrinsecamente essa ideia.

Essa atitude de aceitar determinados padrões de comportamento não é um fenômeno individual, mas um fenômeno social, isto porque estes padrões (ou regras) que criticamos são compartilhados dentro do grupo. As regras são compartilhadas porque também compartilhamos dentro do grupo os critérios de identificação de quais delas são jurídicas – ou seja, compartilhamos regras secundárias da mesma forma que as primárias. Existem dois sentidos em que podemos afirmar que uma regra é compartilhada, e as regras sociais que fundamente o direito possuem estes dois sentidos (MICHELON, 2004, p. 150). No primeiro, uma regra é compartilhada porque a maioria dos integrantes do grupo a considera como um padrão a ser seguido. No segundo, a regra é compartilhada porque existem critérios públicos para definir quando uma regra foi ou não seguida.

Para Hart, existem duas formas de como se relacionar com as regras: o ponto de vista externo e o ponto de vista interno. O ponto de vista externo é a atitude do indivíduo que age como mero observador das regras, não as aceitando propriamente. Já o ponto de vista interno é a atitude do indivíduo que age como membro do grupo, aceitando as regras e as utilizando como orientação para a conduta. Mesmo com esta apertada e superficial síntese do que significam estas atitudes com relação às regras, fica claro que apenas adotando o ponto de vista interno podemos visualizar o aspecto interno das regras, pois apenas se posicionando como um membro do grupo e aceitando as regras é possível ter uma atitude crítica e reflexiva com relação às mesmas.

Portanto, podemos chegar à conclusão de que, em suma, as regras sociais em Hart possuem duas componentes básicas: convergência de conduta (a conduta deve formar um padrão que todos ou a maioria dos indivíduos efetivamente seguem) e convergência de atitude (os indivíduos devem possuir uma atitude crítica e reflexiva com relação ao padrão, utilizando-o como crítica e justificção para a conduta dos indivíduos). A primeira componente é compartilhada também com os hábitos, e até se confunde com eles. A segunda componente é uma das grandes colaborações de Hart para a Teoria do Direito: a introdução do aspecto interno das regras, visualizado através do ponto de vista interno.

Porém, devemos atentar para o fato de que a distinção entre hábitos e regras se deve muito menos à existência efetiva de “algo a mais” (o aspecto interno) que Hart constata nas práticas jurídicas e que os imperativistas como Austin e Bentham não conseguiram visualizar, e muito mais aos seus pressupostos epistemológicos ligados à filosofia da linguagem a que se filia. Havia a necessidade por parte do imperativismo de, diante da forma dominante da objetividade, de se manter a descrição do direito apenas em termos de fatos brutos, o que ensejou o desenvolvimento de uma teoria pautada em hábitos, que são quantificáveis, observáveis, etc. Diante da introdução de um novo conceito de objetividade com base na Filosofia da Linguagem Ordinária de Oxford, porém, foi possível para Hart visualizar um aspecto obscurecido no uso comum dos conceitos jurídicos, qual seja o da necessidade de, antes de verificar fatos, aceitar determinadas regras.

O sistema jurídico, segundo Hart, é um sistema de regras sociais. O “social” relacionado às regras assume dois sentidos (MACCORMICK, 2010, p. 35): 1) as regras regem as condutas dos seres humanos em sociedade; 2) devem sua origem e existência a práticas sociais humanas. Hábitos são práticas sociais, mas sozinhos não conseguem exprimir toda a complexidade inerente aos conceitos jurídicos. Há a necessidade de introdução de uma ideia que tenha melhor poder explicativo diante da nova forma de objetividade introduzida por Hart. Esta ideia são as chamadas regras sociais, que com seus aspectos externo e interno conseguem cumprir tal missão. Eis o motivo para a centralidade do conceito de Regra na teoria hartiana.

Desta forma, exposto o conceito de regras sociais na teoria de Hart, podemos partir para análise de como essas regras funcionam no Direito e como se relacionam com as obrigações. É o que veremos a seguir.

## 2. A TEORIA HARTIANA DAS OBRIGAÇÕES E A NORMATIVIDADE DO DIREITO

Nos primeiros capítulos de “O Conceito de Direito”, Hart apresenta uma refutação às teorias imperativistas. Acreditando tê-las rejeitado, entende que um novo começo precisa aprender com as falhas dessas teorias. Com isso, Hart inicia com a ideia de obrigação. Retirando todas as falhas expostas, ele retorna ao ponto de partida da teoria Imperativista para perceber que há uma noção fundamental por trás dela que está acertada, qual seja a de que onde existe Direito, a conduta humana se torna, em certo sentido, obrigatória, isto é, não opcional. Sendo uma percepção correta, adotará ela como um ponto de partida para a sua construção teórica acerca das obrigações jurídicas.

Hart começa sua exposição diferenciando duas situações sociais bem distintas em que isto pode ocorrer. O famoso exemplo do assaltante armado é ilustrativo: quando um indivíduo aponta uma arma para outro e ordena que lhe passe o relógio, costumamos dizer que a vítima foi obrigada a entregar o relógio, mas não podemos dizer que ela tinha a obrigação fazer isto. Em nosso uso comum da linguagem utilizamos as expressões “ser obrigado” (*obliged*) e “ter uma obrigação” (*obligated*) para apontar para situações sociais bem distintas, o que impõe uma análise aprofundada dessas diferenças para que se possa entender qual dessas se aproxima mais à obrigação jurídica.

Quando dizemos que alguém é obrigado a fazer algo levamos em conta na elaboração do enunciado determinadas crenças e motivações para a conduta. Assim, para dizer que o indivíduo foi obrigado a entregar o seu relógio precisamos pressupor que houve uma ameaça por parte do assaltante de que se não o fizesse sofreria algum tipo de mal. O mesmo não é verdadeiro quando dizemos que um indivíduo tem uma obrigação, pois para estar nesta condição não há necessidade de se pressupor crenças e motivações, a obrigação existe independentemente destas.

Esta conclusão acerca de “ter uma obrigação” é muito importante para a tese de Hart sobre a normatividade do direito. Porém, antes de entrar nesta questão devemos tratar um pouco melhor da refutação à teoria imperativista e a redução da obrigação jurídica à noção de “ser obrigado”.

Existem alguns problemas quando, partindo da hipótese de que a obrigação é sempre presente no direito, afirmamos que somos obrigados a fazer o que o direito manda. O primeiro é saber o que acontece com a obrigação quando a reação hostil contra a violação não tem força suficiente para obrigar. Seria o caso se o assaltante ao invés de ameaçar atirar na pessoa, dissesse que daria um beliscão. O segundo é quando a vítima da ameaça percebe que

na verdade o coator não possui os meios necessários para concretizar a ameaça. É o que ocorreria se a vítima do assalto percebesse que a arma utilizada pelo assaltante era de brinquedo. Diante desses casos, como sustentar a existência de obrigações nesses casos se apegando à noção de “ser obrigado”?

A resposta imperativista, e também de outros positivistas como Hans Kelsen, é interessante e constitui aquilo que se chamou de teoria preditiva da obrigação. Ela define as obrigações em função da probabilidade de que seja aplicado uma sanção em caso de violação. Descrever a situação social em termos de probabilidade retira as exceções, muito incomuns, em que o indivíduo que recebe a ordem tem absoluta certeza de que não sofrerá o mal. No geral, por mais difícil que possa ser, sempre temos o receio de que as ameaças se concretizem porque elas são relativamente prováveis.

Há, porém, razões para persistir na refutação da teoria imperativista, agora em sua forma preditiva. A primeira delas é a de que ela não dá conta do importante aspecto interno das regras, pois as infrações às regras não são simples motivos para prever uma reação hostil, mas também uma justificativa para tais reações. Porém, há uma forma mais simples de refutar tal teoria, que não requer uma argumentação em favor das regras e seu aspecto interno – que requer muito esforço teórico, como tentamos demonstrar na primeira sessão deste trabalho. Uma segunda razão, portanto, seria a de que é bem possível se imaginar que mesmo nas situações onde não há nenhuma probabilidade de ser aplicada uma sanção o indivíduo ainda tenha a obrigação de agir da forma prescrita. Hart afirma que negar este fato não é uma boa descrição das situações sociais envolvidas, pois os indivíduos comumente entendem e se manifestam desta forma. Desta forma, Hart defende que a existência de uma obrigação é independente da existência de sanções atreladas a violações, como veremos adiante.

A partir do exposto, chega-se a conclusão de que definir a obrigação como “ser obrigado” implica em vincular sua existência a crenças e motivações do agente que acaba agindo para evitar a ameaça, e por isso a ameaça em si é necessária para a formação do conceito de obrigação e, por consequência, de direito. Isto, porém, expõe a teoria às críticas expostas acima, que impõe a adoção de outro sentido de obrigação no direito. O sentido de “ter uma obrigação” não depende dessas crenças e motivações, podendo se dizer que o agente tem uma obrigação de fazer algo mesmo quando não haja uma sanção ou que sua aplicação seja provável ou efetiva o suficiente. Este é o motivo pelo qual esta é a noção mais adequada para descrever a obrigação jurídica.

Passada a análise da noção geral de obrigação, podemos partir para a análise de quais componentes dão normatividade ao direito. O direito é uma prática social normativa, pois ele



não dá ao indivíduo outra opção de conduta a não ser seguir a que está prescrita ou o que está permitida. Chama-se normatividade a capacidade de ser normativo, isto é, de produzir razões para agir, de criar obrigações. Como o direito faz isto é um dos problemas fundamentais que a Teoria do Direito enfrenta desde seus primórdios.

Segundo a teoria imperativista, o direito é composto por comandos proferidos pelo soberano habitualmente obedecido. Porém, para tornar estes comandos normativos, ou seja, para criar obrigações e tornar a conduta não opcional, o direito deve se valer de ameaças contra violações, pois apenas com referência a ameaças (ou á probabilidade de que elas ocorram) é que se pode visualizar as obrigações dos indivíduos. Hart discorda desta hipótese, principalmente em virtude do papel central que as regras desempenham e sua teoria do direito e da importância do aspecto interno das regras, visualizado a partir do ponto de vista interno.

Uma teoria da obrigação jurídica deve responder como as regras operam na criação de obrigações. Hart constata que a afirmação de que um indivíduo tem uma obrigação implica necessariamente na existência de uma regra vinculada. Porém, o contrário não é verdadeiro, pois é bem possível que existam regras que não criam obrigações. É necessário diferenciar, por exemplo, a situação da regra jurídica de não matar, que efetivamente produz uma obrigação, e da regra do xadrez de que o cavalo só se mexe em “L”. Esta última hipótese, embora tenha uma regra envolvida, não impõe a ninguém uma obrigação. Descrever tal situação desta forma, Hart afirma, não seria uma descrição adequada da situação social envolvida.

Há, portanto, dentro das regras sociais uma categoria diferente, um grupo de regras que têm a capacidade de impor obrigações e tornar a conduta não opcional: as regras de obrigação (MACCORMICK, 2010, p. 81). Apenas o direito e a moral são sistemas normativos compostos por este tipo de regras.

Existem três características que diferenciam as regras de obrigação das regras sociais em geral. A primeira delas, e também tida como a mais importante, é que este tipo de regra é apoiada por uma séria pressão social e que há uma exigência geral de conformidade para com ela. Estes dois componentes estão explicados no seguinte excerto de “O Conceito de Direito”:

As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se. Tais regras podem ser totalmente consuetudinárias na origem: pode não haver um sistema central organizado de castigos para a violação das regras; a pressão social pode tomar apenas a forma de uma reacção hostil ou crítica difusa e geral, que pode ficar aquém de sanções físicas. Pode ser limitada a manifestações verbais de desaprovação ou a apelos ao respeito dos

indivíduos pela regra violada; pode depender fortemente da eficácia dos sentimentos de vergonha, remorso e de culpa (HART, 1994, p. 96).

Na mesma medida em que é central para a concepção de obrigações exposta por Hart, esta primeira característica também é problemática, mas deixaremos as problematizações para a sessão seguinte. Por enquanto, é necessário prosseguir com a exposição da teoria hartiana. Como visto na citação acima, a pressão social pode assumir várias formas, inclusive as mais simples e desorganizadas, que apelam para a eficácia de sentimentos de vergonha, remorso ou culpa. Porém, depender da eficácia desses sentimentos não implica que o conceito de obrigação dependa dessas sensações psicológicas, que não compõem o conceito de pressão social.

Segundo Hart, o fato de as regras de obrigação serem geralmente apoiadas por uma intensa pressão social não acarreta que as obrigações jurídicas (criadas por estas regras) impliquem sempre na experiência de sensações psicológicas de compulsão ou pressão. Tais sentimentos não se confundem com a ideia de pressão social. É bem possível de se imaginar que um indivíduo que infringe a regra ainda tenha a obrigação de segui-la, mesmo que não experimente nenhum tipo de sensação psicológica como estas. É o caso, por exemplo, quando o infrator não sente nenhum remorso pelo ato que comete e sabe que nenhuma autoridade irá reprimi-lo, seja por impossibilidade ou por desconhecimento do fato.

A segunda característica, de certa forma relacionada à primeira, é a importância dos valores promovidos pela observância dessas regras. As regras de obrigação costumam ser aquelas geralmente reconhecidas como necessárias à manutenção da vida social, ou seja, que tem como conteúdo a proibição à violência, à fraude, ao furto, etc.

A terceira característica, por fim, é o possível conflito entre a obrigação e o desejo. Embora estas regras de obrigação beneficiem os outros, elas também comumente conflitam com determinados interesses individuais, o que impõe que o indivíduo realize constantemente renúncias e sacrifícios em nome do interesse coletivo. Matar o seu adversário em um determinado jogo pode ser interessante para o indivíduo, mas ele também sabe que existe uma regra que impede este ato, apoiada por uma pressão social intensa, pois é geralmente reconhecida a importância de se impedir o assassinato para a manutenção da vida social, o que impõe o sacrifício de seu interesse.

Desta forma, são três as características específicas das regras de obrigação, sendo que a mais importante, e também mais problemática, é a necessidade de uma séria pressão

social sobre os indivíduos desviantes. São algumas das consequências desta afirmação que passaremos a ver na sessão seguinte.

Mas antes de abordar estes problemas, devemos responder a questão do porquê de a teoria preditiva ser, para Hart, inferior à sua abordagem das obrigações. Poderia o defensor da teoria preditiva se perguntar, afirma Hart, por que a insistência na refutação da teoria preditiva se a alternativa que se sustenta é baseada na centralidade da noção de pressão social, que tanto se assemelha à noção de sanção. Para Hart, porém, há uma diferença que não é tão pequena quanto parece. Como já foi afirmado, a teoria preditiva não consegue dar conta do aspecto interno das regras, enquanto a sua abordagem, centrada na pressão social, consegue. Para ele, a violação de uma regra não é apenas base para se prever uma reação hostil, mas uma razão para que tal reação seja efetivada.

### **3. A PRESSÃO SOCIAL E A ARMADILHA AUSTINIANA**

Ao longo dos anos de discussão da teoria do direito de Hart, muitos foram os pontos de refutação de sua obra. Com sua teoria das obrigações jurídicas não foi diferente. Primeiramente, por ser uma teoria que baseia as obrigações em regras, a própria refutação à teoria das regras como práticas já funciona como crítica à sua construção sobre as obrigações.

Porém, neste trabalho vamos nos debruçar apenas sobre as críticas à teoria das obrigações em específico, e o maior problema que pode ser vislumbrado na abordagem hartiana das obrigações se refere à defesa da necessidade de que as regras que criem obrigações sejam apoiadas por uma séria pressão social.

Um dos pontos mais problemáticos desta exigência é saber até que ponto aquilo que Hart chama de pressão social se diferencia da idéia de coerção, sanção ou ameaça<sup>2</sup>, abordada nos primeiros capítulos de “O Conceito de Direito”. Neles, Hart rompe com a visão tradicional que vincula conceitualmente o Direito e a coerção, basicamente sob o argumento de que existem leis que não possuem ameaças (ou sanções) vinculadas, mas que são seguidas, mesmo assim, como obrigatórias pelos indivíduos do grupo. São, por exemplo, as regras que dão permissões, conferem poderes, estabelecem competências e procedimentos, etc. Defende que tornar estes tipos de regra subsidiários das regras que impõe obrigações é descrever erroneamente o modo como a prática lida com tais conceitos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> No presente texto não iremos estabelecer uma distinção clara entre coerção, sanção e ameaça, embora ela exista. Para fins de análise da teoria de Hart tais conceitos serão tratados como sinônimos.

<sup>3</sup> Daí a necessidade de distinguir entre regras primárias e secundárias e estabelecer que na união entre elas é possível vislumbrar a “essência” do direito, embora nem sempre se encontre essa união todas as vezes que a palavra “direito” é falada (HART, 1994, p. 169).

Portanto, estabelecer uma distinção clara entre os conceitos de pressão social e de coerção é essencial para salvar a teoria de Hart da mesma armadilha que a teoria de John Austin caiu. Se os conceitos fossem a mesma coisa, a teoria hartiana das obrigações imporiria às regras a necessidade de serem apoiadas por uma séria pressão social, já que como ser obrigatório é uma característica necessária do direito, também seria uma característica necessária que as regras do direito sejam vinculadas à coerção, o que quebra o argumento de Hart contra Austin.

Hart, porém, não realizou esta tarefa em “O Conceito de Direito”, motivo pelo qual podemos apenas fazer algumas inferências. Em excerto já citado anteriormente, Hart afirma que “a pressão social pode tomar apenas a forma de uma reacção hostil ou crítica difusa e geral”. Tal característica, porém, não é atribuída à coerção jurídica, que sempre é formal e organizada (HART, 1994, p. 195.), constituindo isto uma das diferenças essenciais que o direito tem em relação à moral. Portanto, embora hajam vários momentos de contato, a ideia geral de pressão social nem sempre coincide com a ideia de coerção estabelecida pelas regras jurídicas em “O Conceito de Direito”.

Hart se deu conta dessas falhas, apontadas pelos críticos de sua época. Em entrevista dada a Juan Ramón de Páramo para a Revista *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, publicada em 1988, ele afirma que o problema de maior importância em “O Conceito de Direito” se refere à obrigação jurídica. Hart admite uma inconsistência neste ponto, pois sua proposição sobre as obrigações poderia dar conta apenas, na melhor das hipóteses, de regras consuetudinárias, que compõem um sistema de regras primárias. Porém, ao longo do livro, a sua intenção era de provar que em um sistema jurídico desenvolvido, que possui tribunais, poder legislativo e, portanto, possui regras secundárias, as obrigações jurídicas também surgem de regras legais emitidas pelo poder legislativo e aplicadas pelos tribunais. Tais regras podem não ser aceitas pelos membros da sociedade e nem ser apoiadas por pressão social sobre os que se desviam desta ou ameaçam se desviar (PÁRAMO, 1988, p. 343). Todavia, são regras jurídicas válidas, pois respeitam os critérios de validade estabelecidos pela regra secundária de reconhecimento daquele sistema jurídico. Hart conclui, assim, que a sua teoria das obrigações jurídicas não consegue explicar como surgem as obrigações jurídicas a partir de regras legais promulgadas, tornando-a incompleta (PÁRAMO, 1988, p. 344).

Diante do problema, Hart apresentou naquele momento uma nova explicação das obrigações jurídicas, sem, porém, abandonar os pressupostos da teoria exposta em “O Conceito de Direito”. Esta nova formulação pode ser resumida nesta passagem da entrevista:

Lo que es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que se debería mayoritariamente aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema (PÁRAMO, 1988, p. 344).

Assim, a nova proposta de Hart não se sustenta mais em fatos. O componente central da noção de obrigação, que abarca tanto as obrigações derivadas de regras consuetudinárias quanto regras promulgadas, é a de que a exigência geral de conformidade e a pressão social sobre os indivíduos desviantes são respostas legítimas, o que não implica que estejam necessariamente presentes em todos os casos em que se invoca a ideia de obrigação jurídica.

Tal proposta não conflita com várias das proposições anteriores de Hart, como a distinção entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação” e reflete o ponto de vista interno dos participantes (PÁRAMO, 1988, p. 344). A nova proposta também não cai na teoria preditiva da obrigação, pois ter uma obrigação não quer dizer que se possa prever uma reação hostil quando houver desvio à conduta obrigatória, e sim que a alta probabilidade dessa reação hostil se deve em função dela ser legítima. Hart afirma:

Las reglas promulgadas que imponen obligaciones no necesitan y no están normalmente apoyadas por una presión social general, sino que están apoyadas por reglas subsidiarias que permiten o exigen a los funcionarios responder a la desviación con demandas o medidas coercitivas para asegurar la conformidad. Estas respuestas no serán simplemente consecuencias predecibles de La desviación (y en efecto, pueden no ser siempre predecibles), sino que serán respuestas legítimas a las desviaciones que se exigen o se permiten llevar a cabo a los funcionarios (PÁRAMO, 1988, p. 344-345).

A nova proposição hartiana também nada diz sobre a relação entre direito e moral, mantendo a tese, central para Hart, de que ambos estão separados. Tal ponto, afirma Hart, não satisfaria os críticos que, em boa parte, rechaçam sua teoria da obrigação em virtude de ser moralmente neutra e de separar os campos das obrigações jurídicas e morais. Hart mantém a tese da separação entre direito e moral, determinando, no campo das obrigações, que as obrigações jurídicas surgem quando as demandas por conformidade e a pressão social estão legitimadas por regras jurídicas positivas, enquanto as obrigações morais existem quando estão legitimadas por regras e princípios morais (PÁRAMO, 1988, p. 345).

## 5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, tentamos demonstrar os aspectos gerais da teoria das obrigações jurídicas proposta por H. L. A. Hart, inicialmente formulada em “O Conceito de Direito” e depois reformulada.

Para demonstrar a forte vinculação da teoria hartiana das obrigações com a ideia de regra foi necessário uma ampla exposição sobre a teoria das regras de Hart e como tal proposição é debitaria dos pressupostos metodológicos assumidos pelo autor. Foi necessário expor como funciona a aceitação e o aspecto interno das regras, pois Hart defende que a objeção fundamental contra a teoria preditiva da obrigação, que se limita a noção de “ser obrigado”, é o de que ela não dá conta deste aspecto interno (HART, 1994, p. 94).

Retomando os dois conceitos de obrigação expostos por Hart, vemos “ser obrigado” e “ter uma obrigação” são enunciados que expõem situações sociais diferentes. A situação “ter uma obrigação” pressupõe apenas a existência de regras, não havendo a necessidade de vinculação de ameaças ou da experiência pessoal de sentimentos de compulsão para se configurar. O que a diferencia da situação “ser obrigado” é exatamente a existência de uma atitude específica com relação a essas regras, que é a sua aceitação – é o aspecto interno das regras, visualizado através do ponto de vista interno.

É o elemento hermenêutico, citado no início deste trabalho, que diferencia a abordagem de Hart, baseada em regras e centrada na ideia de pressão social, das abordagens anteriores, como a teoria preditiva, centrada em sanções. Para John Austin, por exemplo, apenas se pode dizer que um indivíduo é obrigado a fazer alguma coisa porque ele está exposto à probabilidade de sofrer um mal (teoria preditiva da obrigação). Adotando, porém, o ponto de vista interno, verifica-se que esta explicação não faz justiça ao aspecto interno das regras, pois os desvios à regra não são apenas fundamentos para se prever que uma reação hostil será provavelmente imposta contra o transgressor, mas funcionam como razão ou justificativa para tal reação.

Embora respeite o aspecto interno das regras, a teoria hartiana acabou incluindo como elemento necessário no conceito de obrigação a presença de uma séria pressão social contra os indivíduos desviantes. Como demonstramos, tal elemento se mostrou falho e conflitante com um dos principais propósitos da teoria geral de Hart, qual seja o de dar conta da complexidade dos sistemas jurídicos desenvolvidos, que adotaram regras secundárias. Hart, então, admite o problema, diante da obviedade de que existem casos em que regras jurídicas promulgadas que não são apoiadas por uma exigência geral de conformidade ou por

séria pressão social. Com isso, reformula sua teoria para definir as obrigações não mais em função do fato de que a regra seja apoiada por pressão social ou exigência de conformidade, mas apenas que tais respostas sejam tidas como legítimas pelo sistema jurídico.

A estratégia de Hart neste ponto é parecida com a que ele impunha às regras, quando explica o seu aspecto interno. Para as regras jurídicas serem regras não é necessário que estejam apoiadas por algum tipo de coerção, mas apenas que os participantes, sob o ponto de vista interno, vejam o desvio à regra como passível de crítica e vejam a crítica como legítima em função do desvio. Do mesmo modo, para as obrigações jurídicas serem obrigações não é necessário que estejam apoiadas em um tipo de coerção, mas apenas que tais reações contra os desvios sejam tidas como legítimas e sejam permitidas pelo sistema. Desta forma, os modos como regras e obrigações se relacionam com a coerção na teoria hartiana são análogos.

Importante ressaltar ainda que tal reformulação não afeta em nada o que foi antes dito sobre a relação entre regras e obrigações e o aspecto interno das regras, estando mantida a crítica à teoria preditiva nos moldes propostos desde “O Conceito de Direito”.

A discussão sobre as obrigações jurídicas permanece viva na contemporaneidade como um dos principais temas da Teoria do Direito. Mais recentemente autores como Kenneth Himma vem abordando o tema da obrigação jurídica e desenvolvendo propostas próprias<sup>4</sup>. Esperamos com este trabalho ter apresentado, de forma resumida, alguns aspectos importantes da teoria das obrigações de H. L. A. Hart – e, por consequência, de sua teoria das regras – para que, situados dentro do poderoso arcabouço teórico hartiano, possamos nos inserir na discussão contemporânea e mais específica sobre a matéria. É com o espírito introdutório e descritivo que o presente texto foi produzido, com a esperança de que o leitor possa ter encontrado nele um apoio para a leitura dos textos principais.

## **BIBLIOGRAFIA:**

GREEN, Leslie. **Legal Obligation and Authority**, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (site), 2012. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

---

<sup>4</sup> Himma tem se preocupado fortemente com a interpretação da teoria hartiana das obrigações juntamente com o desenvolvimento de sua própria teoria que defende a existência de restrições morais dentro do conceito de obrigação jurídica. Para maior aprofundamento, é importante consultar as recentes publicações de Kenneth Himma (HIMMA, 2013).

- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HIIMA, Kenneth Einar. A Comprehensive Hartian Theory of Legal Obligation: Social Pressure, Coercive Enforcement, and the Legal Obligations of Citizens. In.: WALUCHOW, Wilfrid; SCIARAFFA, Stefan. **Philosophical Foundations of the Nature of Law**. Oxford: Oxford University Press, p. 152-182, 2013.
- MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PÁRAMO, Jaun Ramon. Entrevista a H. L. Hart. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 339-361, 1998.
- POSTEMA, Gerald J. **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World** (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 11). New York: Springer, 2011.