

Obrigação jurídica e método no cap. V d'O *Conceito de Direito* de Hart

Legal obligation and method in ch. V of Hart's *The Concept of Law*

Gabriel Vieira Bilhalva

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

vieira.bilhalva@ufrgs.br

<http://lattes.cnpq.br/8797103473422159>

Resumo

Na segunda se c o do Capítulo V d'O *Conceito de Direito* Hart apresenta o seu conceito de obriga c o jurídica mediante uma crítica ao conceito de obriga c o oferecido pela teoria preditiva de John Austin. A crítica se dirige, em grande parte da se c o, ao domínio substantivo dessa teoria, mostrando em que ela se equivoca ao descrever a obriga c o jurídica em termos de comandos e hábitos de obediência. No final da referida se c o Hart introduz os conceitos de *ponto de vista interno* e *externo* para criticar o modelo metodológico que a teoria preditiva utiliza, o que a faz incorrer no erro ao oferecer um conceito de obriga c o nos termos acima mencionados. No texto que segue   feita uma revisão do debate, se assim pode-se dizer, entre as duas teorias e, ao final,   feita a exegese da passagem onde aparecem os conceitos de ponto de vista interno e externo, tentando demonstrar a necessidade de sua introdu c o como meio de evitar uma recaída nos erros da teoria preditiva.

Palavras-chave

O Conceito de Direito; Obriga c o Jurídica; Método; Herbert Hart.

Abstract

In the second section of Chapter V of *The concept of law*, Hart lays down the concept of legal obligation throughout a critique of the concept of obligation in John Austin's predictive theory. The critique aims at the core domain of this theory, which occupies the major part of the section, and shows how wrong it is to describe the legal obligation in terms of commands and habits of obedience. At the end of this section, Hart introduces the concepts of internal and external point of view, in order to criticize the methodological model used by the predictive theory – the great responsible for the mistakes of Austin's account. The following paper makes a review of the "debate" between both theories and, at the end, it tries to demonstrate how the introduction of Hart's new conceptions (internal and external points of view) is done to avoid the mistakes occurred in Austin's predictive theory.

Keywords

The Concept of Law; Legal Obligation; Methods; Herbert Hart.

1. A análise de Hart do conceito de obriga c o da Teoria Preditiva

Hart inicia a segunda se c o do Capítulo V d'O *Conceito de Direito* mencionando um tru simo que ele já havia identificado como o ponto de partida da teoria que concebia o direito como ordens baseadas em ameaças, a qual ele havia dedicado os três capítulos precedentes, para demonstrar suas falhas, e recusá-la como um modelo teórico que retrataria o direito de forma correta.¹ Trata-

¹ O propósito d'O *Conceito de Direito* poderia ser resumido na pretensão de responder às três seguintes questões: 'Em que difere o direito de ordens baseadas em ameaças?', 'Qual a diferença entre a obriga c o moral e a jurídica?' e, 'O que são regras e em que medida se trata o direito de uma questão de regras?', Cf. *O Conceito...*, p. 18 [p. 13]. A resposta   primeira questão   dada através de uma análise crítica da teoria do direito como ordens baseadas em ameaças, de Austin, que se apresentava, até então, como dominante na tradi c o inglesa. A escolha dessa teoria como objeto de

se do fato de que, onde há direito a regular a conduta das pessoas, o comportamento em questão já não é mais (em certo sentido) facultativo, pelo contrário, é obrigatório. Porque esse é um fato evidente a respeito do direito, que qualquer pessoa minimamente instruída compreende, Hart o toma como o ponto de partida para a sua “nova explicação do direito em termos de relação de regras primárias e secundárias” (1996, p. 92 [1994, p. 82]). Esse recomeço é tão importante, que mais uma vez o filósofo repassa os erros da teoria de Austin a fim de liberar-se completamente de qualquer imagem equivocada a respeito do direito. Ele retorna, portanto, à análise da estória do assaltante armado, que sintetiza na seguinte passagem.

A ordena a B que lhe entregue o seu dinheiro e ameaça que lhe dará um tiro, se ele não obedecer. De harmonia com a teoria das ordens coercivas, esta situação ilustra a noção de obrigação ou de dever em geral. A obrigação jurídica poderia encontrar-se em situações do tipo desta; A deve ser o soberano que é obedecido de forma habitual e as ordens devem ser gerais, prescrevendo padrões de conduta e não ações individuais (Hart, 1996, p. 92 [1994, p. 82]).

Segundo Hart, o único traço dessa estória que permitiria ver nela “o sentido da obrigação”, é o fato de que se B observa a ordem dada por A, diremos que ele foi *obrigado*. Teríamos, então, como indício da existência de uma obrigação, a ocorrência do termo ‘obrigado’ em um enunciado que descreve o fato. Mas igualmente teríamos dificuldade, afirma o filósofo, em dizer de B, que ele *tinha a obrigação* ou *dever* de entregar o dinheiro para A. Hart deliberadamente apela para o senso comum a fim de jogar luz sobre essa questão.² O que reside nessa dificuldade em dizer de B, que ele *tinha a obrigação*, quando foi ameaçado por A, é precisamente a diferença, que qualquer falante instruído sobre o direito presente, entre dizer de alguém que ele foi obrigado e que tinha a obrigação. A segunda alternativa, em que se tem uma obrigação, veremos, implica a existência de um cenário constituído de regras, onde podemos afirmar que uma regra específica incide sobre o caso, constituindo assim a obrigação. A primeira alternativa, por outro lado, “é frequentemente uma afirmação respeitante às crenças e motivos por que se faz uma ação...”: aplicada à estória do assaltante, denota o fato de que B entregou seu dinheiro para A somente porque tinha em vista ou acreditava na possibilidade de sofrer algum tipo de dano, caso não obedecesse. Para evitar a consequência desagradável B entregou o dinheiro, mesmo desejando não entregá-lo (Hart, 1996, pp. 92-3 [1994, p. 82]).

Além dessa evidência linguística, são elencados por Hart outros dois elementos que depõem contra a utilização da noção de ser obrigado na explicação do conceito de obrigação. O primeiro, podemos dizer, está relacionado ao tamanho ou extensão do dano, em casos de descumprimento da ordem. Hart dá o exemplo jocoso de que, se em vez de ameaçar com um tiro, A dissesse para B que lhe daria um beliscão, B não entregaria seu dinheiro. Em outros termos, se a ameaça do que sucede à ordem não for expressiva, não haveria obrigação porque não haveria o sentimento de estar obrigado, e tampouco poderíamos dizer de B que *foi obrigado*. O segundo

análise é feita porque ela se apresenta como “uma melhor bússola para a verdade” (p. 21 [p. 16-17]), do que a teoria do direito natural, que é enfrentada nos últimos capítulos do livro a fim de oferecer uma resposta à pergunta pela conexão entre o direito e a moral. Sintetizada de forma sumariíssima, a crítica elaborada nos capítulos iniciais do livro pretende desqualificar a teoria de Austin porque esta descarta do *aspecto interno* das regras, que é explicado na nota 3 abaixo.

² Hart foi um dos membros do grupo da ‘filosofia da linguagem comum’ da Oxford dos anos de 1950. No prefácio d’O *Conceito de Direito* ele procura salientar o tratamento analítico dado aos problemas abordados no livro: “[E]m muitos pontos, suscitei questões que, bem se pode dizer, se referem aos significados das palavras”. Cf. *O Conceito...*, p. 01 [p. v]. Além disso, ele diz, ao se referir a obra como um “ensaio de sociologia descritiva” que muito pode-se aprender sobre situações ou relações sociais através da análise de expressões linguísticas no contexto social em que elas ocorrem, p. 01-02 [p. v]. “Nesse campo de estudos”, prossegue, “é particularmente verdade que podemos usar, como disse o Professor J. L. Austin, ‘uma consciência clara das palavras para aguçar nossa percepção dos fenômenos’”, p. 02 [p. v].

elemento diz respeito à estimativa quanto a real execução, por parte de *A*, de suas ameaças. Se, e.g., *B* não tem razões suficientes para acreditar que *A* realmente causaria o dano objeto da ameaça, não poderíamos, novamente, dizer de *B* que *foi obrigado*. Estes elementos, entretanto, são considerados por Hart de menor importância, pois mesmo que presentes na noção de obrigação, “a afirmação de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente a crenças e motivos pelos quais se realizou uma ação” (1996, p. 93 [1994, p.83]). Por outro lado, diz Hart, a “afirmação de que alguém *tinha a obrigação* de fazer algo é de tipo muito diferente”. Pois enquanto no caso do assaltante podemos dizer de *B* que foi obrigado, tendo como condições suficientes para essa afirmação apenas “os fatos sobre a ação de *B* e de suas crenças e motivos”, no caso da obrigação esses fatos são “insuficientes para justificar a afirmação de que ele tinha a obrigação de fazer algo... [bem como] *não são necessários* à verdade da afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo”.

Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de se apresentar para o serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de facto se apresentou ou não a prestar o serviço militar, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez (Hart, 1996, p. 93 [1994, p. 83]).

Descartado o elemento psicológico como determinante do conceito de obrigação, Hart passa a analisar o modelo preditivo, que ele atribui a Austin. Este modelo coloca a noção de obrigação “em termos de *possibilidade* ou de *probabilidade* de que uma pessoa venha a sofrer um castigo ou ‘mal’ às mãos de outro, na hipótese de desobediência” (Hart, 1996, pp. 93-94 [1994, p. 83]). Troca-se, portanto, o elemento psicológico por um elemento probabilístico, não importando mais se a pessoa sente receio de sofrer um castigo, e sim do quão provável é que ela venha a sofrê-lo. Este modelo, diz Hart, não só recolocou a noção de obrigação em bases sólidas, ao recorrer ao elemento empírico, como também se apresentou, na teoria do direito, como “a única alternativa às concepções metafísicas de obrigação” (1996, p. 94 [1994, p. 83-84]). Contudo, para o filósofo, também o modelo preditivo se mostra equivocado ao determinar a noção de obrigação em termos de possibilidade ou probabilidade de um dano superveniente ao descumprimento de uma ordem, e isso por duas razões.

Em primeiro lugar, esse modelo teórico deixa de apreciar, em sua explicação da noção de obrigação, o fato de que esta depende da existência de uma regra. Regras, havia explicado Hart na segunda seção do Capítulo IV do livro (1996, pp. 64-66 [1994, p. 55-57]), têm existência através de uma atitude crítico-reflexiva,³ e neste sentido elas “não são simples fundamentos para a

³ A teoria de Austin reduzia o direito a ordens apoiadas em ameaças emanadas por um soberano. O sucesso dos comandos emanados pelo soberano depende, segundo essa teoria, da existência de um *hábito de obediência* que se desenvolve entre os súditos depois de um certo período de tempo. Os súditos seguiriam habitualmente às ordens de seu soberano por receio de sofrer algum tipo de sanção objeto da ameaça que apoia o comando do deste. Hart nota, contudo, que essa noção de hábito de obediência colapsa quando se introduz na teoria considerações sobre o fenômeno da sucessão do poder. O sucessor do soberano poderia emitir ordens depois de assumir o poder. Entretanto, não se verificaria a existência de um hábito de obediência em relação a ele, pois diferente de seu antecessor, ele não teve tempo hábil para criar um hábito de obediência as suas ordens apoiadas em ameaças, comprometendo a existência do próprio sistema jurídico. Cf. *O Conceito...*, p. 60-62 [p. 51-53] A solução para este problema é encontrada, mais uma vez, na identificação de um fato evidente sobre o funcionamento do direito: “... é característico de um sistema jurídico, mesmo numa monarquia absoluta, assegurar a continuidade ininterrupta do poder de criação do direito, através de regras que servem de ponte na transição entre um legislador e outro...”, *O Conceito...*, p. 63 [p. 53-54] Essa solução, introduz, entretanto, a noção de regra. Essa não pode mais ser explicada em termos de hábito de obediência, mas sim em termos de uma “prática social geral mais complexa” (p. 64 [p. 55]) que se configura na forma de “aceitação de uma regra”.

previsão de que se seguirão reações hostis ou deque os tribunais aplicarão sanções aos que as violam, mas são também a razão ou justificção para tal reação e para a aplicação de sanções” (1996, p. 94 [1994, p. 84]). Em segundo lugar, Hart oferece “uma objeção mais simples” ao modelo preditivo, que consiste em um ataque à pretensão de verdade da afirmação que diz que, ‘se alguém tem uma obrigação, em caso de desobediência ela provavelmente sofrerá uma sanção’, com o seguinte exemplo.

[S]eria uma contradição dizer [de alguém] que tinha a obrigação, por exemplo, de se apresentar ao serviço militar, mas que, devido ao fato de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia ou o tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo (Hart, 1996, p. 94 [1994, p. 84]).

O exemplo de Hart elimina a probabilidade da aplicação de uma sanção, como propõe a teoria preditiva e, deste modo, mostra que não há relação de dependência da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação, com a provável sanção que a ela pode ser endereçada. Ele concede, entretanto, que é possível que ocorram concomitantemente, e que sejam ambas verdadeiras, as afirmações de que uma pessoa tem uma obrigação e a de que ela provavelmente sofrerá uma sanção. A relação dessas afirmações, contudo, *diz respeito à eficácia* de um sistema jurídico. Não haveria sentido, afirma Hart, em se dizer que uma pessoa tem uma obrigação sem que, de modo geral, possa-se prever que serão aplicadas sanções aos infratores (1996, pp. 94-5 [1994, p. 84]). O que está pressuposto aqui, segundo o filósofo, é “a crença no funcionamento normal e continuado do sistema jurídico” (Hart, 1996, p. 95 [1994, pp. 84-5]). De qualquer forma, essa ponderação não anula a já esclarecida independência que há entre as afirmações de que uma pessoa tem uma obrigação, e as que preveem uma consequência desagradável, porque aquelas têm implícita a existência de uma regra que incide sobre o caso da pessoa que, diz-se, tem a obrigação.

Aqui, para explicar a noção de aceitação de uma regra, Hart vai introduzir uma distinção entre hábitos e regras sociais (Diga-se de passagem ela é uma das mais importantes distinções das feitas no livro. Ela serve tanto para suportar a tese de que o direito é constituído de regras – e da união de regras primárias e secundárias –, quanto para sustentar a tese de que os enunciados jurídicos possuem caráter cognitivo sendo esta última tese de importância crucial para a verificação dos modelos epistemológico e metodológico propostos por Hart para a teoria do direito. Cf, *Aceitação e Objetividade*, p. 143 e ss.) Pois bem, Hart diz que hábitos e regras possuem um aspecto em comum, que é a generalidade do comportamento que podemos observar. Nesse sentido, podemos caracterizar o hábito apenas como mera convergência acidental de comportamento. A regra, por outro lado, possui três características que a distinguem do hábito como recém caracterizado: [i] regras, quando não são observadas, geram uma resposta crítica ao desvio do padrão de conduta, e as ameaças ao desvio são tratadas com uma maior pressão a fim de fazer-se observá-las (*O Conceito...*, p. 64 [p. 55]); [ii] existindo uma regra, o desvio ao padrão enunciado por ela é tomado como uma “boa razão” para se fazer a crítica gerada pelo desvio e, além disso, essas críticas são vistas como legítimas, tanto por aqueles que as fazem quanto pelos endereçados (p. 64-65 [p. 55-56]); [iii] a terceira característica distintiva da regra é aquilo que Hart chama de *aspecto interno*, e que se constitui da tomada da regra, por ao menos uma parte do grupo, com um padrão a ser seguido pelo grupo como um todo (p. 65 [p. 56]). O aspecto interno das regras é exemplificado pela observação da atitude de jogadores de xadrez. Estes não têm o mero hábito de mover a rainha sempre do mesmo modo, coisa que um observador externo pode registrar; mais do que isso eles “têm uma atitude crítico-reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão todos que jogam o jogo. Cada um deles não se limita a apenas movimentar a rainha de um certo modo, mas tem um ponto de vista sobre a correção de todos que movem a rainha dessa maneira” (p. 65-6 [p. 56-57]). Quando um dos jogadores burlar uma das regras de movimento de uma das peças do tabuleiro, ou tentar fazê-lo, o grupo reagirá com críticas e demandas por conformidade às regras do jogo, alegando legitimidade na crítica. Ao fazer isso eles estarão externalizando o ponto de vista compartilhado por todos, sobre como se deve jogar o jogo de acordo com certas regras, e isso será feito com um vocabulário normativo, com o uso de expressões como ‘deve’, ‘não deve’, ‘é correto’, ‘está errado’, etc. É neste sentido que o aspecto interno pode ser dito como estando implícito em [i] e [ii], como de fato Hart o diz (p. 65 [p. 56]). Estes são os termos em que Hart explica a existência de uma regra.

2. O conceito de obrigação segundo Hart

Com as análises feitas até aqui Hart dá por certo que a estória do assaltante não pode, de maneira nenhuma, representar a noção de obrigação jurídica. Ele inicia, então, sua própria explicação para essa noção que, por evidência, se mostrou central.

Para compreender a ideia geral de obrigação como um passo preliminar necessário para a sua compreensão na forma jurídica, temos de recorrer a uma situação social diversa que, diferentemente da situação do assaltante armado, inclui a existência de regras sociais; isto porque esta situação contribui de dois modos para o significado da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação. Em primeiro lugar, a existência de tais regras, que transformam certos tipos de comportamento em padrões, é o pano de fundo normal, embora não afirmado, ou o contexto adequado a tal afirmação; e, em segundo lugar, a função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular, através da chamada de atenção para o facto de que o seu caso cai sob essa regra (Hart, 1996, p. 95 [1994, pp. 84-85]).

O traço mais significativo dessa passagem é aquele em que Hart chama a atenção para *uma situação social onde existem regras*. O filósofo novamente remete o leitor para o Capítulo IV⁴ do livro, onde ele havia demonstrado os elementos externo e interno da regra, e de que modo a existência da regra depende da combinação desses dois elementos⁵. A importância em destacar a situação social onde existem regras, vem da necessidade de abandonar o modelo preditivo, que tinha por um de seus elementos o *hábito de obediência*. Ora, a distinção entre os aspectos interno e externo da regra, procura justamente marcar a diferença que há entre comportamentos meramente habituais e comportamentos segundo regras. Não se trata, à luz dessa distinção, de um hábito de seguir um comando e, portanto, de um comportamento habitual, mas antes, de seguir uma regra.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a regra funciona como padrão a ser seguido, e constitui o quadro onde se pode afirmar, de uma pessoa, que tem uma obrigação. Daí, então, Hart afirma que a existência de regras sociais constitui o “pano de fundo normal”, ou “contexto adequado”, para a afirmação de que uma pessoa tem a obrigação, e de que a “função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular” (1996, p. 95 [1994, p. 84-85]) ao mostrar que sobre seu caso particular incide o esquema geral da regra.

Há, contudo, um traço da obrigação que não é suficientemente explicado pela distinção entre hábitos e regras. Uma das características do comportamento segundo uma regra, que foi distinguido por Hart, é o uso de um vocabulário normativo para expressar reprovação aos desvios de conduta, o que não se verifica no comportamento meramente habitual. Ocorre, diz o filósofo, que dentre a classe de termos normativos, as palavras ‘obrigação’ e ‘dever’ acarretam “certas implicações que não estão usualmente presentes nas outras [palavras da classe de termos normativos].” Não é sempre o caso de haver uma obrigação onde há uma regra. Assim é o caso em que dizemos a alguém, que está errado em dizer ‘nóis foi’, pois existe uma regra que padroniza a maneira correta de se falar. Não diremos, entretanto, que a pessoa *tinha a obrigação de falar ‘nós fomos’*, embora possamos dizer-lhe que *isso é errado* (Hart, pp. 95-6 [1994, p. 86]). O elemento que diferencia a regra de obrigação das demais regras sociais, diz Hart, é a maior

⁴ Cf. nota 3, *in fine*.

⁵ Não se deve confundir o aspecto externo da regra, que é uma generalidade de comportamento externamente observável, com o mero hábito de obediência que pretende ser o elemento a que se reduz o direito quando apreciado desde uma perspectiva empiricista arquimediana. Veremos na terceira e última seção desse artigo que esse ponto de vista arquimediano é rechaçado por Hart.

“pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se” (1996, p. 96 [1994, p. 86]).

São duas as classes de regras que comportam esse elemento, a saber, regras morais e regras jurídicas. O que delimita o espaço de cada uma dessas classes de regras é o tipo de forma que toma o ato de reprovação à conduta desviante. MacCormick sintetiza esse ponto dizendo que essa pressão social, “[p]or um lado, pode consistir em um apelo à consciência de uma pessoa e aos seus sentimentos de vergonha, remorso ou culpa pelo que ela fez ou está inclinada a fazer” (McCormick, 2010, p. 82), e nesse caso as regras de obrigação são consideradas como regras morais; “[p]or outro lado, pode tomar forma de pressões externas, tais como franca hostilidade em relação aos atos de alguém, talvez até ao ponto de sanções ou punições físicas”, que é o caso em que se pode falar, em harmonia com Hart, em “uma forma primitiva ou rudimentar de direito” (Hart, 1996, p. 96 [1994, p. 86]). Além da maior pressão social, são elencadas outras duas características das obrigações; em primeiro lugar, essas regras são apoiadas por uma maior pressão social, uma vez que visam a proteção, e.g., de algum bem da vida primário ou de maior estima; em segundo lugar, as regras que impõem obrigações são acompanhadas de um sentimento de renúncia ou sacrifício, posto que de modo geral, significam o benefício de um em detrimento do obrigado (Hart, p. 97 [1994, p. 87]). Dessas três características surge a “figura do vínculo que incide sobre a pessoa obrigada”, vínculo que é manipulado, ora pelo grupo ou seus representantes oficiais, ora por um indivíduo quando o grupo lhe outorga poder para tal. Nela se encontram os fundamentos das obrigações cíveis e criminais, respectivamente para o caso de o vínculo ser manipulado pelo indivíduo ou, pelo grupo ou seus oficiais.

Com o que vimos até aqui, podemos enunciar em sua completude o conceito hartiano de obrigação jurídica como segue: *Obrigação é o resultado da incidência de uma regra social sobre o caso particular de uma pessoa, o que faz com que seus atos e comportamentos já não sejam mais facultativos, em razão da maior pressão social exercida sobre as possíveis e atuais condutas desviantes relativamente à regra em questão, uma vez que ela visa a proteção de um bem da vida primário ou de maior estima social.*

Nesse ponto Hart faz uma parada para advertir o leitor de que embora a figura do vínculo, derivada da maior pressão social, possa ser esclarecedora do conceito de obrigação, não devemos nos deixar seduzir pela ideia de que a obrigação surge do “sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigação” (1996, p. 98 [1994, p. 88]). A obrigação não se confunde, embora possa ser concomitante, com o *sentir-se obrigado*. Além disso, ele faz a seguinte consideração:

Na verdade, o aspecto interno das regras é algo a que teremos de novo de nos referir, antes que possamos afastar definitivamente as pretensões da teoria preditiva. Isto porque um defensor daquela teoria bem pode perguntar por que razão estamos ainda tão preocupados em vincar o caráter inadequado da teoria preditiva, se a pressão social é um aspecto tão importante das regras de obrigação, porque [ele] dá exatamente a este aspecto um lugar central ao definir a obrigação em termos de probabilidade de que o castigo cominado ou reação hostil se seguirão ao desvio de certas linhas de conduta. A diferença pode parecer ligeira entre a análise da afirmação da obrigação como predição ou cálculo de probabilidades de reação ao desvio, e a nossa própria posição de que, embora essa afirmação pressuponha um pano de fundo em que os desvios às regras são de um modo geral enfrentados por reações hostis, todavia o seu uso característico não consiste em predizer isto, mas em dizer que o caso de uma pessoa cai sob tal regra (Hart, 1996, p. 98 [1994, p. 88]).

Para evitar essa recaída que a figura do vínculo pode induzir, e para “afastar definitivamente” a teoria preditiva marcando a diferença entre as afirmações desta sobre a obrigação jurídica e a sua de que se trata da incidência de uma regra a um caso concreto, Hart se

volta novamente para o aspecto interno das regras, e com essa volta ele pretende desferir um golpe fatal na teoria da previsibilidade.⁶ Este último argumento contra a teoria da previsibilidade não mais se dirige ao conteúdo substantivo da teoria que caracterizar a obrigação jurídica como um comando emanado por um soberano e seguido habitualmente por seus súditos. Este último argumento, pode-se dizer, vai contra a concepção epistemológica em que se move a teoria preditiva e, nesse sentido, procura demonstrar que a falha da teoria em ter pretendido reduzir a obrigação jurídica a comandos e hábitos, decorre da adoção do método das modernas ciências empíricas.⁷ Em contrapartida, e ainda que de modo bastante elíptico, o que demanda um trabalho de exegese bastante cuidadoso ao se ler nas entrelinhas, Hart propõe o seu modelo metodológico para a teoria do direito, que mais tarde foi indicado por seus comentadores como a introdução do método hermenêutico na teoria do direito.

3. O argumento contra o empirismo e a determinação do método para a Teoria do Direito

A exposição dos defeitos da metodologia da teoria preditiva e a consequente proposição do modelo hermenêutico inicia com a seguinte passagem:

Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este fato oferece uma oportunidade para muitos tipos de afirmações intimamente relacionadas, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras quer apenas como um observador que não as aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes, respectivamente, os “pontos de vista interno” e “externo” (Hart, 1996, p. 98-99 [1994, p. 89]).

O que precisamos reter dessa passagem é a afirmação de Hart quanto à possibilidade de serem feitos enunciados tanto da perspectiva de quem vive uma determinada realidade jurídica, quanto da de alguém que observa de fora essa realidade e não endossa, de modo algum, as regras do sistema jurídico em questão. Essas duas perspectivas são *chamadas* por Hart de *ponto de vista interno* e *ponto de vista externo*.

Ao frisarmos que essas perspectivas são *chamadas* por Hart de ponto de vista interno e externo queremos mostrar que, *até aqui*, o texto nos dá evidência de que esse par de conceitos apenas *designa* duas formas diferentes de encarar o fato de que um grupo social possui regras de conduta. Entretanto, na passagem imediatamente posterior, surgem implicações metodológicas a partir desses conceitos. Pois o conceito de ponto de vista externo apresenta características que o levam para além dessa função designativa da perspectiva externa de observação de um sistema jurídico, e que o fazem desempenhar uma função metodológica. Essa função metodológica surge a partir da análise dos diferentes tipos de enunciados que podem ser feitos desde o ponto de vista externo. Com isso Hart vai elucidar as diferentes perspectivas que podem ser tomadas,

⁶ É curioso notar que mesmo depois do esforço de Hart de divisar dois tipos de teorias que pretendem reduzir o direito a comportamentos habituais, aquelas que recorrem ao elemento psicológico para justificar a tomada de ações por parte daqueles que tem o hábito de seguir uma ordem, e aquelas que eliminam esse elemento e apostam somente na possibilidade ou probabilidade de um dano decorrente do não cumprimento da ordem, aqui Hart parece estar tratando das duas indistintamente, pois diz que a teoria preditiva utiliza a noção de grande pressão social, e nesse sentido apela para o sentimento de medo a possíveis reações hostis, como noção central para explicar a obrigação jurídica.

⁷ De modo geral, as teorias que pretendiam reduzir o direito a meros comportamentos regularmente observáveis são conhecidas como teorias do direito fiscalistas. Esse tipo de teoria, imbuída do espírito da moderna ciência física, pretendia reduzir todo o fenômeno jurídico a eventos físicos observáveis no mundo exterior (está implícita aqui uma dicotomia entre mundo interior e exterior que estava na base da concepção epistemológica da ciência moderna). A teoria preditiva de Austin é uma teoria desse tipo, pois tenta eliminar da descrição do direito qualquer elemento subjetivo ou intencional, pretendendo com isso afastar-se de qualquer concepção metafísica do fenômeno jurídico. Sobre o fiscalismo na teoria do direito Cf. *Aceitação e Objetividade*, p. 37-61.

intencionalmente, ao se observar e descrever o comportamento de um grupo social. A diferença consiste em que o observador externo pode levar em conta ou não o fato de que o grupo tem seu comportamento regido por regras.

Os enunciados feitos do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo as aceita, e assim, pode referir-se do exterior ao modo pelo qual *eles* estão afetados por elas desde um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo (Hart, 1996, p. 99 [1994, p. 89]).

Nesta passagem Hart está dizendo em suma que é possível se referir às regras desde uma perspectiva externa, [i] levando em consideração o aspecto interno delas, ou seja, considerando a atitude crítico-reflexiva que *aqueles* que vivenciam o sistema jurídico têm em relação aos padrões estabelecidos pelas regras, ou [ii] simplesmente ignorando esse aspecto interno por completo. Ao proceder deste último modo o observador registra apenas parte do fenômeno observado. Como vimos antes, o comportamento segundo regras é formado pela conjunção de um comportamento regular geral observável externamente, com uma atitude crítico-reflexiva interna. Hart diz que esse observador externo que ignora o aspecto interno da regra poderá chegar a fazer previsões muito acuradas, com base nos dados coletados, sobre quais prováveis reações hostis se seguem aos eventuais desvios da conduta padrão, de modo que ele inclusive estaria habilitado a viver nesse grupo utilizando-se desse conhecimento para evitar “as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento”. O que esse observador não poderá fazer, de modo algum, é descrever a vida e a ações das pessoas que ele observa em termos de regras e obrigações jurídicas. Essa posição de um observador que, ao descrever o comportamento de um grupo social não se refere ao modo como *eles*, os que vivem conforme regras, encaram estas, é chamado por Hart de “ponto de vista externo extremo”. Quando o observador, mesmo não endossando as regras do grupo em questão, inclui na sua descrição o fato de que o grupo aceita as regras, ou seja, tem uma atitude crítico-reflexiva em relação a elas, então este observador estará situado num ponto de vista que chamaremos de *ponto de vista externo ou hermenêutico*.⁸

⁸ MacCormick faz várias observações críticas sobre esse ponto da teoria de Hart e, pode-se dizer, com isso contribuiu enormemente para tornar claro o que estava obscurecido pela forma pouco clara com que Hart expôs seu pensamento. Uma delas diz respeito sobre o que devemos entender por ponto de vista externo (MacCormick, 2010, p. 56). Isso porque Hart fala de dois tipos de descrições que poderiam ser feitas desde o ponto de vista externo. Está claro o que Hart quer dizer quando menciona o fato de que o observador pode se restringir a um ponto de vista externo extremo, e as razões pelas quais ele crê que esse ponto de vista não dá conta do fenômeno jurídico. Mas diz MacCormick: “Um aspecto insatisfatório da exposição de Hart é que ele passa superficialmente demais pela outra variante – a variante não extrema, presumivelmente – do ‘ponto de vista externo’” (2010, p. 57). Com efeito, a única coisa que Hart diz positivamente a respeito dessa variante é que “o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo as aceita, e assim, pode referir-se do exterior ao modo pelo qual *eles* estão afetados por elas desde um ponto de vista interno (1996, p. 99 [1994, p. 89]). As demais conclusões que podem ser feitas a respeito dessa variante não extrema do ponto de vista externo são todas obtidas de forma negativa. Ou seja, é pela demonstração do que falta nas descrições do ponto de vista externo extremo que se chega a alguma conclusão sobre o que deve conter uma descrição externa não extrema. O esforço de MacCormick em esclarecer esse ponto gerou a nomenclatura *ponto de vista externo não extremo*. Ele ainda oferece razões que reforçam o entendimento de que este é o ponto de vista teórico que Hart defende n’O *Conceito de Direito*. Veja-se: “Se há algum ponto de vista que parece representar adequadamente aquilo que o teórico do Direito hartiano como tal deve apoiar, certamente é esse ‘ponto de vista externo não extremo’ descrito por Hart. Ele [Hart] se define, afinal, como um positivista jurídico, baseando-se na proposição de que o entendimento de uma lei ou de um sistema jurídico em seu caráter como tal é uma questão bastante independente da sua própria moral ou de outro compromisso de apoiar essa lei ou sistema jurídico, e da sua visão quanto à qualidade moral da lei ou do sistema jurídico em questão. Em decorrência, exatamente o que o teórico do Direito da escola de Hart deve fazer é adotar o

Com o que vimos até agora já deve estar claro que das duas alternativas de pontos de vista externos de onde se pode observar e produzir enunciados sobre o comportamento de um grupo social que possui regras de conduta, somente o ponto de vista hermenêutico se apresenta como viável. Pois somente ele permite que se descreva o fato em termos de regras e obrigações jurídicas, enquanto o ponto de vista externo extremo descreverá “em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais”. Aqui Hart dá um exemplo da diferença sensível que há entre fazer-se uma descrição externa extrema e uma hermenêutica, mostrando a perda substancial em termos de alcance do objeto descrito em que incorre a descrição feita do ponto de vista externo extremo.

Para tal observador [radicalmente externo], os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes ficam vermelhas, há uma possibilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escarpalhe-á toda uma dimensão da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz vermelha não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um sinal para eles parem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o ato de parar, quando a luz da sinaleira está vermelha, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo pelo qual o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno. (Hart, 1996, p. 99-100 [1994, p. 89-90]).

O que Hart está dizendo é que a utilização de um método radicalmente externo mina qualquer possibilidade de uma descrição adequada do direito, porque visto de fora o direito fica reduzido a meros comportamentos sociais regularmente observáveis. Como ele dirá mais tarde por ocasião da publicação do seus *Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia*, se trata de um expediente inútil.

Minha principal objeção a essa redução das proposições do direito, suprimindo seu aspecto normativo, é que ela deixa de observar e de explicar a distinção crucial que há entre a simples regularidade de comportamentos humanos e o comportamento regulado por regras. Ela descarta, assim, algo vital para o entendimento não só do Direito, mas de qualquer forma de estrutura social normativa. Para entender esse fenômeno, a metodologia das ciências empíricas é inútil; o que é necessário é um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados (Hart, 1983, p. 13).

ponto de vista de uma pessoa que entende ou procura descrever as regras jurídicas como estas são consideradas do ‘ponto de vista interno’, independentemente de qualquer compromisso que ele mesmo tenha a favor ou contra essas regras” (MacCormick, 2010, p. 57-58). A fim de evitar confusões que a falta de clareza de Hart nessa passagem pode suscitar, MacCormick passa a chamar a variante não extrema do ponto de vista externo de “ponto de vista hermenêutico” (2010, p. 58). Temos portanto, conforme a organização de MacCormick: [i] um ponto de vista interno, que é o ponto de vista normal de quem vive a realidade de um determinado sistema jurídico; [ii] um ponto de vista hermenêutico, que é o ponto de vista de um teórico do direito preocupado em registrar o aspecto interno das regras, e; [iii] um ponto de vista externo extremo, que é o ponto de vista de um teórico que se preocupa somente em registrar o comportamento regularmente observável. Cumpre informar que o primeiro comentador de Hart a mencionar que pela sua posição ele estaria introduzindo a teoria hermenêutica na teoria geral do direito foi P. M. S. Hacker, no artigo ‘Hart’s Philosophy of Law’, publicado no *Law, Society, and Morality*, coletânea de ensaios em homenagem a Hart de 1971.

Explicar o direito apenas como comportamento regular deixa de fora da explicação *a razão* pela qual o comportamento em questão é assim e não de outro modo. Por outro lado, ao se oferecer uma explicação do comportamento segundo regras que aprecia como esse é encarado desde o ponto de vista interno, tem-se então uma teoria que é adequadamente completa, pois engloba o fenômeno por inteiro. Para Hart esse é o modo correto de se fazer teoria do direito. Vemos então que com o deslocamento do conceito de ponto de vista externo de sua função descritiva para uma função metodológica Hart determina o plano teórico para a teoria do direito.

O que corrobora a leitura desse trecho final da segunda seção do Capítulo V d' *O Conceito de Direito* como voltado à determinação do método adequado para a teoria do direito, são as considerações finais de Hart nos dois últimos parágrafos da seção. Em primeiro lugar, no primeiro desses dois últimos parágrafos, Hart afirma que o ponto de vista externo extremo reproduz, de alguma forma, o ponto de vista das pessoas que vivem sob a jurisdição de algum sistema jurídico, mas atendem às regras somente por receio das possíveis respectivas reações *hostis*⁹. Em contrapartida, ele diz, de acordo com que já foi visto e discutido, que esse ponto de vista não pode reproduzir o modo como funcionam as regras para pessoas que as aceitam no sentido explícito de aceitação de uma regra (Hart, 1996, p. 100 [1994, p. 90]). Trocando em miúdos, ele está dizendo, nessa passagem, o que *faz* e o que *não faz* o ponto de vista externo extremo em termos de descrição dos fatos relativos a um grupo que possui regras de conduta; que o único alcance que o ponto de vista externo extremo pode ter sobre os fatos é sobre uma parcela da sociedade observada que não dá causa ao comportamento geral do grupo; e que justamente por isso ele deixa de apreciar por que o comportamento, tanto das pessoas que aceitam as regras quanto das que não as aceitam, é assim (conforme as regras) e não de outro modo.

Por fim, no segundo e último desses parágrafos finais, Hart assume que em qualquer sociedade que tenha regras, em algum dado momento haverá uma tensão entre as pessoas que aceitam as regras e as que apenas as seguem por receio das reações *hostis*. Ele diz ainda:

Uma das dificuldades que confrontam qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos fatos consiste em lembrar-se da presença destes dois pontos de vista e não definir um deles como não existindo. Talvez todas nossas críticas da teoria preditiva da obrigação possam ser melhor sintetizadas na acusação de que isto é o que ela faz ao aspecto interno das regras obrigatórias (Hart, 1996, pp 100-101 [p. 91]).

O fato de Hart enfatizar que se trata de uma deficiência *da teoria* excluir o aspecto interno das regras por que ela não é capaz de captá-lo, significa que ele está tratando de um defeito no aparato metodológico dela. Portanto, embora essa seção do livro de destine a esclarecer o conceito de obrigação, vemos que desde a passagem onde Hart introduz os conceitos de ponto de vista interno e externo para designar duas formas possíveis de encarar o fato de que um grupo possui regras de conduta, ele já não está mais tratando de criticar o conceito de obrigação da teoria preditiva, mas mostrando as razões pelas quais a teoria preditiva sequer atinge o fenômeno da obrigação jurídica por que seu método radicalmente externo não lhe possibilita o acesso ao aspecto interno das regras. A aparente razão para que essa discussão sobre metodologia seja introduzida nessa seção é aquela que o título desse trabalho procura expressar: não basta explicar o conceito de obrigação; é preciso também estar munido de um método adequado para apreendê-lo e descrevê-lo assim como ele se apresenta em fatos.¹⁰

⁹ MacCormick diz que “as pessoas nessa posição ‘meramente aceitam’ ou ‘aceitam relutantemente ou sem entusiasmo’ ou ‘aceitam sem endossar completamente’ as regras” (MacCormick, 2010, p. 55).

¹⁰ O presente artigo é uma versão modificada do terceiro capítulo da dissertação intitulada *A construção do método em O Conceito de Direito*, apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRGS.

Referências

HACKER, P. M. S. Hart's philosophy of law. In: HACKER, P. M. S.; RAZ, J. *Law, morality, and society: essays in honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1971. p. 01-25.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2.ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

MACCORMICK, N. H. L. A. *Hart*. Tradução de Cláudia S. Martins e revisão técnica de Carla H. Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2010.

MICHELON JR., C. F. *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.