

3

O Ponto de Vista Interno

A teoria imperativa falha em compreender o motivo das pessoas obedecerem ao direito porque constrói sua concepção em cima da ideia de hábitos; e hábitos não possuem uma dimensão normativa¹¹. Um hábito não cria obrigações; ninguém obedece a um hábito. Qualquer pessoa pode ter o hábito de ir ao cinema uma vez por semana; mas seria no mínimo estranho afirmar que elas possuem essa obrigação.

Quando alguma pessoa possui um hábito, é pressuposto que: ele foi adquirido ao longo do tempo; é o resultado da prática sucessiva; que essa pessoa realiza esse ato há bastante tempo; e que provavelmente continuará a realizar esse ato no futuro. Portanto, se alguém tem o hábito de ir ao cinema uma vez por semana, é porque ela realiza essa atividade, com frequência, há muito tempo; e provavelmente continuará a realizar esse ato no futuro. Por quê? Pelos mais variados motivos: ela pode achar que uma dose semanal de cultura é necessária; ela pode gostar do entretenimento que o cinema oferece; ela pode ser um cinéfilo etc. Mas um hábito não é obrigatório. Ela pode, por exemplo, não ir ao cinema em uma determinada semana; pode ser que ela esteja cansada, ou que não houve a estréia de novos filmes, ou que os filmes que estrearam não lhe despertaram interesse. Se isso acontecer, se ela não realizar seu hábito, ela não vai se martirizar; na verdade, ela nem vai pensar sobre isso. Todo hábito possui a característica de ser irreflexivo e tranquilo (Hart, 2009, p. 70).

Portanto, não é possível compreender a dimensão normativa do direito e os motivos de uma pessoa cumprir obediência através da ideia de hábitos.

Mas é exatamente isso o que faz a teoria imperativa do direito. Segundo ela, como o direito é uma ordem coercitiva que atrela a determinadas condutas

¹¹ “Se o direito não é normativo, tudo o que podemos falar são meros hábitos” (Delacroix, 2009, p. 120).

uma sanção – e como as pessoas querem evitá-las, acaba por ser criado na sociedade um hábito geral de obediência. As pessoas, habitualmente, por medo das sanções, obedecem ao direito.

Claro que a ideia de hábito geral de obrigação não está livre de dificuldade; e Hart as aponta categoricamente. Em primeiro lugar, como explicar o fato de uma pessoa habitualmente obedecer a uma norma que ela jamais pensaria em fazer? É razoável acreditar que a maioria das pessoas jamais pensaria em cometer um estupro, ato esse proibido por uma regra jurídica. Como então afirmar que elas possuem o hábito de obedecer a essa regra jurídica, sendo que elas nem pensam em cometer esse ato? Conforme Hart explica:

A ideia de obediência, como muitas outras idéias aparentemente simples usadas sem um exame mais minucioso, não está livre de complexidades. Ignoraremos a complexidade já observada de que a palavra “obediência” muitas vezes sugere deferência à autoridade, e não apenas a observância de ordens apoiadas por ameaças. Apesar disso, não é fácil afirmar, mesmo no caso de uma única ordem dada face a face a um homem por outro, qual é exatamente o vínculo que deve existir entre a emissão da ordem e a execução da ação especificada para que esta caracterize obediência. Qual é, por exemplo, a pertinência do fato – quando ele existe – de que a pessoa que recebe a ordem teria certamente agido exatamente da mesma forma se não houvesse nenhuma ordem? Essas dificuldades são especialmente severas no caso das leis, algumas das quais proíbem que se façam coisas que a maioria das pessoas jamais pensaria em fazer. Até que se resolvam essas dificuldades, toda ideia de um “hábito geral de obediência” às leis de um país permanecerá um tanto obscura (Hart, 2009, p. 68-69).

Para comprovar as fraquezas da ideia de hábito geral de obediência, Hart imagina um caso simples, no qual é possível admitir o uso compartilhado das palavras “hábito” e “obediência”. Suponha-se um monarca absoluto chamado Rex, que controla o povo através de ordens gerais apoiadas por ameaças. Ele já governa há tanto tempo, e o sistema de sanções em caso de desobediência é tão eficaz, que é possível acreditar que o povo obedecerá a todos (ou pelo menos a maior parte) dos seus comandos. Em uma situação como essa, as palavras “hábito” e “obediência” se aplicam, pois o povo já obedece aos comandos de Rex há muito tempo – e provavelmente ainda o fará por muito tempo (Hart, 2009, p. 69-70).

Essa situação, apesar de retratar a noção de um hábito de obediência, também demonstra sua insuficiência ao retratar o funcionamento do direito. Se,

por acaso, Rex venha a falecer, o seu filho Rex II irá assumir o trono, proferindo, da mesma forma como o pai, ordens baseadas em ameaças. Ocorre que o “mero fato de ter havido um hábito generalizado de obediência a Rex I durante sua vida não torna sequer provável a obediência habitual a Rex II” (Hart, 2009, p.71), porque todo hábito significa, necessariamente, atos contínuos e duradouros, o que ainda não pode ser afirmado de Rex II. Somente depois de muito tempo, aos se verificar que a população obedecerá a todas (ou a maior parte) dos comandos de Rex II, será possível constatar a existência de um hábito geral de obediência.

O erro da teoria imperativa é não incorporar uma teoria de regras que consiga satisfazer os problemas referentes à continuidade do poder em um sistema jurídico. É uma característica dos sistemas jurídicos assegurarem a continuidade ininterrupta do poder de criar o direito; e essa teoria falha em retratar essa característica. Em um sistema jurídico, a sucessão de legisladores não é definida através de uma noção como hábito geral de obediência, mas por meio de regras que regulam essa transição antecipadamente. Nessas situações, expressões como “obediência” e “hábito” dão lugar a expressões como “norma de sucessão”, “título”, “direito de sucessão” e “direito de criar o direito ou fazer leis” (Hart, 2009, p. 72).

Adequando a situação do monarca Rex e seu filho Rex II às características de um sistema jurídico moderno, surge a seguinte ilustração: Rex II é obedecido pelo povo não porque há um hábito geral de obediência, mas porque, de acordo com uma regra que prevê a sucessão dos legisladores, ele é considerado como a autoridade legítima para a criação do direito. Se Rex II viesse a falecer dias depois de assumir o trono, seus atos realizados entre o início de seu reinado e sua morte poderiam ser considerados como direito? De acordo com a ideia de hábito geral de obediência, não – porque não houve tempo para que o povo criasse o hábito de obedecer aos comandos de Rex II. Mas de acordo com regras que regulam antecipadamente essa sucessão, sim – porque, segundo tais normas, Rex II tem a legitimidade para criar o direito. Hart sintetiza as fraquezas dessa teoria da seguinte forma, chamando a atenção para a ausência de um sistema de regras:

Pois naquele mundo não havia normas, e assim tampouco havia direitos ou títulos, e, portanto, *a fortiori*, nenhum outro direito ou título à sucessão; havia apenas o fato de que Rex I dava ordens e de que suas ordens eram habitualmente

obedecidas. Para constituir Rex como soberano durante sua vida e fazer de suas ordens lei, nada mais era necessário; mas isso não é suficiente para explicar os *direitos* de seu sucessor. Na verdade, a ideia da obediência habitual fracassa, de duas maneiras diferentes mas relacionadas, na tentativa de explicar a continuidade observada em todos os sistemas jurídicos normas, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, o mero hábito de obediência às ordens dadas por um legislador não pode outorgar ao novo legislador o *direito* de suceder o antigo e dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao antigo legislador não pode, por si só, tornar provável ou fundamentar nenhuma presunção de que as ordens do novo legislador serão obedecidas (2009, p. 73).

Para compreender a sucessão de legisladores em uma sociedade e, principalmente, para compreender a forma como as pessoas obedecem a esses legisladores e suas regras, é necessário levar em consideração uma prática social geral mais complexa, que leve em consideração a aceitação da regra segundo a qual o novo legislador tem o direito à sucessão. Os hábitos devem, portanto, ser deixados de lado, dando lugar a um sistema de regras. Mas antes, é necessário diferenciar os hábitos das regras – pois somente assim compreenderemos o que significa aceitar uma regra.

3.1

A Diferença entre hábitos e regras sociais

Hart apresenta essa discussão da seguinte forma:

Qual é essa prática mais complexa? Em que consiste a aceitação de uma norma? (...) Para responder à pergunta precisamos afastar-nos, por enquanto, do caso especial das normas jurídicas. Em que um hábito difere de uma norma? Qual a diferença entre dizer que um grupo tem, por exemplo, o hábito de ir ao cinema nas noites de sábado e dizer que existem nesse grupo uma norma estipulando que os homens descubram a cabeça ao entrar na igreja? (Hart, 2009, p. 73).

É importante observar da citação acima que Hart não quer, neste momento, discutir sobre as regras jurídicas; antes, ele quer tratar das regras sociais. Uma explicação sobre o significado de regras sociais é fornecida por Joseph Raz:

Uma regra social é uma regra de determinada sociedade ou comunidade. Esses termos são bastante elásticos: podem incluir os membros de uma faculdade, de um grupo de teatro, de uma profissão, os habitantes de uma vila, cidade ou

região, ou os habitantes de um país etc. Referimo-nos a regras sociais quando falamos das regras de algum grupo específico. Frequentemente, não há qualquer referência explícita ao grupo, uma vez que se supõe que o contexto deixe claro o suficiente o grupo a que está se referindo. Regras sociais são práticas dos grupos que as têm como regras (2010, p. 46).

Entre os hábitos e as regras sociais existem semelhanças: ambos representam comportamentos convergentes – “isso significa que é repetido pela maior parte do grupo quando a ocasião se apresenta” (Hart, 2009, p. 74). Mas existem três diferenças importantes (Hart, 2009, p. 74-75). Em primeiro lugar, o descumprimento de um hábito não gera nenhum tipo de crítica, o que não acontece no caso de descumprimento de uma regra. Se alguém tem o hábito de ler o jornal no café da manhã, mas deixa de fazer isso por um dia, não acarretará nenhuma crítica – ninguém irá reprová-lo por ter desrespeitado esse hábito. Ao contrário, o descumprimento de uma regra é visto pelo grupo como um erro, e que, portanto, é passível de crítica.

Tendo em vista tais críticas, existe uma pressão para que as pessoas se comportem da forma como prescreve a regra – mas a forma como essa pressão é exercida varia com os diversos tipos de regra: no caso da regra de etiqueta ao se sentar à mesa para as refeições, qualquer desrespeito (exemplo: comer de boca aberta) é passível de reprovação e crítica.

Em segundo lugar, quando alguma regra é desrespeitada, a crítica é entendida como legítima ou justificada. Da mesma forma a pressão pela obediência também é entendida como legítima ou justificada. Supondo o exemplo exposto acima – as regras de etiqueta à mesa –, aquele que desrespeita alguma regra, como comer de boca fechada, pode até não gostar de ser repreendido (afinal, quem gosta?), mas entende que a crítica é razoável; ele entende que agiu errado e que não deve se comportar dessa forma novamente¹².

Em terceiro lugar, as regras, ao contrário dos hábitos, possuem um aspecto interno: além do aspecto externo que compartilham com os hábitos (um

¹² Neste ponto Hart apresenta uma ressalva, sobre a impossibilidade de se averiguar o número necessário de membros que criticam os desvios a um determinado padrão de conduta para que haja uma regra: “Não se sabe exatamente quantos membros do grupo precisam usar o comportamento habitual, da maneira que citamos, como padrão para suas críticas, nem com que frequência e por quanto tempo precisam fazê-lo para justificar a afirmativa de que o grupo possui uma norma” (Hart, 2009, p. 73).

comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar), as regras têm um aspecto interno no sentido de que as pessoas encaram o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Esse aspecto interno inexistente nos hábitos¹³.

Hart ilustra o aspecto interno das regras comparando-as com as de um jogo de xadrez (Hart, 2009: 75). Quem observa um jogo de xadrez sem conhecer as suas regras pode afirmar que os jogadores possuem o hábito de mover a rainha da mesma maneira. Até é verdade que os jogadores de xadrez movimentam, de forma semelhante, determinadas peças; mas não porque é um hábito, mas sim porque eles encaram as regras do jogo de xadrez como um padrão de comportamento para todos os jogadores. Eles aceitam essas regras como um padrão para sua própria conduta, e as usam também para avaliar a conduta dos outros. Eles assumem uma atitude crítica e reflexiva diante das regras, que tem como consequência o aparecimento de “críticas e exigências de submissão à regra quando ocorre um desvio ou ameaça de desvio e no reconhecimento da legitimidade dessas críticas e exigências por parte os outros” (Hart, 2009: 76). Então, por exemplo, a regra que diz que a rainha pode ser movimentada em linhas retas pelas fileiras, colunas e diagonais no tabuleiro sem pular as próprias peças ou as adversárias, possui um aspecto interno no sentido dos jogadores a aceitarem; eles assumem uma atitude crítica e reflexiva porque tomam essa regra como padrão para a movimentação das peças de xadrez. Se um jogador fizer um movimento considerado incorreto pela regra – por ter, por exemplo, movimentado a rainha de forma semelhante a um L (o movimento típico do cavalo) –, ela será criticada por isso; e essa crítica será recebida como legítima.

Da regra de um jogo para uma regra social – a que determina a retirada de qualquer objeto que cubra a cabeça ao entrar nas igrejas: essa regra possui um aspecto interno porque as pessoas aceitam essa regra, ou seja, utilizam-na como padrão de comportamento. Quando uma pessoa aceita uma regra social, ela a

¹³ “Quando um hábito é generalizado num grupo social, essa generalidade é apenas uma constatação de fato sobre o comportamento observável da maior parte do grupo. Para que tal hábito existe, não é preciso que nenhum membro do grupo pense no comportamento geral, ou mesmo que saiba que o comportamento em questão é geral, e ainda menos que se esforce para ensiná-lo ou pretenda conservá-lo” (Hart, 2009, p. 75).

utiliza como um padrão de comportamento; ela pauta a sua conduta e avalia a dos outros de acordo com a regra.

Hart afirma que ninguém se esforça para ensinar os hábitos (Hart, 2009, p. 75); ao contrário, as regras podem sim serem ensinadas, transmitidas para outras pessoas, que só a irão aceitar a partir do momento que também a compreenderem (Hart, 2009, p. 55).

Essa observação é importante, pois é possível que alguém atue em conformidade com a norma sem necessariamente aceitá-la. Basta imaginar alguém que, ao chegar à igreja e perceber que todos estão retirando seus chapéus, retira o seu também. Ele agiu de acordo com a regra social, mas não porque a aceita; ele simplesmente imitou as outras pessoas. Em outras palavras, ele não adotou uma atitude crítica e reflexiva. Para tanto, é necessário também compreender a regra. Portanto, uma pessoa, para aceitar uma regra como padrão de conduta, deve compreendê-la, sendo possível “distinguir entre a forma certa e errada de fazer as coisas em conexão com o que ele faz” (Winch, 1990, p. 58). Compreender uma determinada prática social (e as regras envolvidas) não é apenas copiar o que alguém faz; é utilizá-la como um padrão para a avaliação do que é certo e errado. Wittgenstein demonstra esse ponto na proposição 143 das *Investigações Filosóficas*, ao imaginar um professor que está ensinando a alguém o sistema dos números naturais:

Como é que alguém aprende a entender este sistema? – Primeiramente, são-lhe escritas uma série de números, e ele é exortado a copiá-las. (Se a palavra “série de números” não o incomoda, então ela não está empregada aqui incorretamente!) E há aqui há uma reação norma e uma reação anormal do aprendiz. – Talvez comecemos por conduzir sua mão ao copiar a série de 0 a 9.; mas, depois, a *possibilidade de entendimento* vai depender de que ele continue a escrever por si mesmo. – E aqui podemos imaginar, p. ex., que ele até copie algarismos por si mesmo, porém, não na sequência, mas uma vez este, outra vez aquele, fora de ordem. E *aí* então cessa o entendimento. – Ou ele comete “*erros*” na sequência. – A diferença entre este e o primeiro caso é, naturalmente, uma diferença de frequência. – Ele comete um erro *sistemático*, sempre copia, p. ex., apenas um de cada dois números; ou ele copia a série 0, 1, 2, 3, 4, 5, ... assim: 1, 0, 3, 2, 5, 4, ... Quase seremos tentados a dizer que ele nos entendeu *incorretamente* (1994, p. 83).

Compreender algo pode até começar com uma imitação; o professor escreve a série de números naturais 0, 1, 2, 3, 4, 5 no quadro negro e o aluno irá copiá-lo (ou para ilustrar com outro exemplo semelhante: todo aluno começa a

aprender a escrever copiando as letras, sílabas e palavras que o professor escreve no quadro negro). Mas a compreensão está na capacidade do aluno de fazer corretamente aquilo que ele não copiou. Se o professor afirmar que “as séries de números naturais são a seqüência dos números inteiros não-negativos” e escrever no quadro a seqüência 0, 1, 2, 3, 4, 5... e pedir para o aluno completar a seqüência, duas situações podem acontecer: (a) o aluno continua a seqüência com os números 6, 7, 8, 9, 10..., o que demonstra que ele compreendeu a explicação do professor; ou (b) o aluno continua a seqüência com os números 13, 29, 0, 5, 15..., o que demonstra que ele não compreendeu a explicação do professor. Portanto, agir de acordo com uma regra aceitando-a como padrão de conduta é diferente de agir imitando a conduta das outras pessoas.

É possível um pai ensinar ao filho a regra social de que todos devem retirar o chapéu ao entrar na igreja: ele pode dizer “ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”, ou demonstrar esse comportamento, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja e dizendo “esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta”. Então, o filho terá compreendido a regra social se, ao ir à igreja sem a presença do pai ou de outro responsável que ele possa imitar o comportamento, retirar o chapéu antes de entrar. Nesse caso, podemos dizer que ele aceitou a regra, e a usa como padrão não somente para o seu comportamento, mas para o das outras pessoas também; se ele encontrar um amigo usando chapéu dentro da igreja, irá criticá-lo por isso. Ele adota, portanto, uma atitude crítica e reflexiva.

Essa atitude crítica e reflexiva é característica das regras; como vimos, os hábitos são irreflexivos. Como então a ideia de aceitar uma regra resolve a problema da sucessão de Rex pelo seu filho Rex II? Se supusermos que há, na sociedade comandada por Rex II, uma regra que determina que todas as suas ações devam ser obedecidas, a situação se transforma, graças ao aspecto interno que é inerente às regras: não há de se falar em hábitos de obediência, pois se essa regra é aceita pela sociedade, Rex II terá o direito legítimo de criar o direito. Nesse caso, as pessoas não o obedecem por um hábito ou por um medo de sanção, mas simplesmente porque aceitam de modo geral que é correto obedecê-lo (Hart, 2009, p. 76-77). Como aponta Hart:

A aceitação, e portanto a existência, dessa norma se manifestará durante a vida de Rex II em parte na obediência a este, mas também no reconhecimento de que a obediência é algo a que ele tem direito em virtude de sua qualificação dada pela regra geral. Exatamente pelo fato de o âmbito de aplicação de uma regra aceita por um grupo em determinado momento poder abranger assim, em termos gerais, os sucessores no cargo de legislador, sua aceitação autoriza tanto o *enunciado jurídico* de que o sucessor tem direito a legislar, antes mesmo que comece a fazê-lo, quanto o *enunciado factual* de que ele provavelmente gozará da mesma obediência que seu antecessor (2009, p. 78).

Além de resolver a questão da sucessão de Rex II, ou seja, de resolver a questão da continuidade de um sistema jurídico (problema esse que não pode ser resolvido por uma ideia de hábitos), é a ideia do aspecto interno das normas que permite a Hart apresentar a noção do ponto de vista interno.

3.2

O Ponto de Vista Interno e Externo

Partindo da ideia do aspecto interno das regras é possível compreender o sentido do ponto de vista interno: é o ponto de vista da pessoa que aceita as regras, adotando-as como padrão de comportamento não somente para si, mas para toda a sociedade, e assumindo uma atitude crítica e reflexiva (Bayles, 1992, p. 53-54; MacCormick, 2008, p. 45). Scott Shapiro sintetiza essa noção na seguinte frase: “o ponto de vista interno é a atitude prática de aceitação de regras” (2006, p. 1157). Mas o que significa exatamente possuir uma atitude prática de aceitação de regras? Essa pergunta é pertinente porque Hart não fala somente em padrão geral de comportamento a ser seguido pelo grupo¹⁴: ele também fala que aceitar uma regra é tomá-la como razão e justificativa para a ação¹⁵; é tomá-la como base de pretensões, exigências, consentimentos, críticas ou punições¹⁶; é

¹⁴ “Para que existe uma regra social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo” (Hart, 2009, p. 75).

¹⁵ “Pois, ao aplicar a punição, o juiz toma a norma como *guia*, e a infração àquela como sua *razão e justificativa* para punir o infrator” (Hart, 2009, p. 14).

¹⁶ “São as autoridades, juristas ou indivíduos particulares que as utilizam [as regras], numa situação após a outra, como orientação para a vida em sociedade, como

tomá-la como base para a legitimidade das críticas¹⁷. Por esse motivo Shapiro afirma que o conceito do ponto de vista interno é frequentemente e facilmente mal interpretado (2006, p. 1157). Mas uma boa forma de compreender esse conceito é analisando antes o seu contraponto – o ponto de vista externo.

Hart apresenta em, *O Conceito de Direito*, duas formas de ponto de vista externo: o ponto de vista externo engajado e o ponto de vista radicalmente externo.

O primeiro é o ponto de vista de um observador externo que leva em consideração a forma como as pessoas aceitam as regras (sem que ele próprio as aceite). Enquanto a linguagem característica do ponto de vista interno é “Eu (ou você) não poderia ter movimentado a rainha dessa forma”, “Eu devo (ou você deve) fazer isso”, “Isso é correto”, “Aquilo é errado” (Hart, 2009, p. 76), o do ponto de vista externo engajado não faz referência a “eu” ou “você” – mas sim a “eles”. Essa possibilidade é admitida por Hart na seguinte passagem: “o observador pode, sem aceitar ele próprio as regras, afirmar que o grupo as aceita e, assim, se referir do exterior à forma como o grupo se relaciona com elas a partir do ponto de vista interno” (Hart, 2009, p. 115).

Enquanto a linguagem adotada nos enunciados proferidos através do ponto de vista interno é normativa (“certo”, “errado”, “deve”, etc.), a linguagem adotada nos enunciados proferidos através do ponto de vista externo é descritiva – ela busca descrever a forma como as pessoas aceitam as regras.

O segundo é o ponto de vista de um observador externo que não leva em consideração a forma como as pessoas aceitam as regras. Ele se limita a tão somente descrever os comportamentos regulares, sem qualquer referência a regras. Essa segunda forma de ponto de vista externo é encontrada na seguinte passagem:

base para suas pretensões, exigências, consentimentos, críticas ou punições, isto é, em todas as transações costumeiras da vida ‘segundo a regra’” (Hart, 2009, p. 117).

¹⁷ “Onde existem essas regras, não apenas essa crítica é feita como também o desvio em relação ao padrão é aceito, em geral, como *uma boa razão* para que seja feita. A censura aos desvios é, nesse sentido, encarada como legítima ou justificada, assim, como as exigências de obediência ao padrão quando há ameaça de desvio” (Hart, 2009, p. 74).

Mas, quaisquer que sejam as regras – sejam elas regras dos jogos, como o xadrez ou o críquete, sejam regras morais ou jurídicas –, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que sequer se refere desta maneira ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador se contenta em registrar as regularidades do comportamento observável nas quais consiste parcialmente a obediência às regras, e as outras reações regulares – reações hostis, recriminações ou punições – aos desvios ou infrações das regras (Hart, 2009, p. 115).

Nessa forma de ponto de vista externo – radical –, o observador, por não fazer referência às regras e ao seu aspecto interno, só consegue descrever os comportamentos regulares e as reações hostis que surgem quando um determinado comportamento acontece. Por exemplo: ele pode observar que sempre que um homem entra na igreja com o chapéu na cabeça, ele é recriminado por seus colegas, que o obrigam a retirá-lo. No que os participantes enxergam como uma regra social que é aceita por todos, como um padrão de comportamento que é requerido por todo o grupo social e cujo desvio é alvo de críticas generalizadas, o observador externo “desengajado” enxerga meros comportamentos regulares¹⁸. Esse tipo de conhecimento não lhe dirá muito coisa sobre essa comunidade e os seus membros; também não lhe dirá muito sobre a forma como o comportamento deles é tido, de alguma forma, como vinculada a uma regra. O máximo que esse conhecimento lhe trará é a capacidade de prever a reação hostil, possibilitando que o observador externo conviva no grupo social. Mesmo sem saber da existência da regra que proíbe o uso de chapéu dentro da igreja, o observador externo “desengajado” irá retirar o chapéu ao entrar na igreja, pois sabe das conseqüências desagradáveis que se seguirão caso não se comporte dessa forma.

As duas formas de ponto de vista externo são consideradas pontos de vista teóricos – ambas estão preocupadas em realizar descrições sobre o funcionamento de uma prática social. Portanto, quais desses pontos de vista devem ser adotados

¹⁸ “Entretanto, se o observador perseverar rigidamente nesse ponto de vista radicalmente externo, não levando absolutamente em conta a forma como os membros do grupo que aceitam as regras veem seu próprio comportamento usual, a descrição que ele fizer da vida destes não poderá de modo algum fazer apelo à noção de regra e, logo, às noções de obrigação ou dever derivadas da norma. Em vez disso, a descrição consistirá em regularidades observáveis do comportamento do grupo e em previsões, probabilidades ou sinais. Para um observador assim, as infrações de conduta normal cometidas por um membro do grupo constituirão um *signal* de que provavelmente se seguirá uma reação hostil, e nada mais. Seu ponto de vista será como aquele de alguém que, tendo observado durante algum tempo o funcionamento de um semáforo numa rua movimentada, se limita a dizer que, quando a luz vermelha acende, há grande probabilidade de que os veículos parem. Ele trata a luz apenas como um *signal* natural *de que* as pessoas se comportarão de certa maneira, assim como as nuvens são um *signal de que* choverá” (Hart, 2009, p. 116).

por uma teoria do direito? A resposta é simples: deve ser o ponto de vista externo engajado, pois ele leva em consideração a forma como as pessoas de uma determinada prática aceitam as regras. Ao se considerar a atitude crítica e reflexiva que as pessoas adotam diante das regras, compreende-se melhor a complexidade da prática em questão. Esse é o principal erro daqueles que adotam um ponto de vista radicalmente externo:

Agindo assim, ele omitirá toda uma dimensão da vida social daqueles a quem observa, já que, para estes, a luz vermelha não apenas um sinal de que os outros irão parar: eles a veem como um *signal para que* eles próprios parem e, portanto, como uma razão para parar, conformando-se assim às regras que tornam a parada quando o farol está vermelho um padrão de comportamento e uma obrigação. Mencionar isso equivale a incluir na descrição a maneira como o grupo encara seu próprio comportamento, e significa referir-se ao aspecto interno das normas, visto do ponto de vista interno (Hart, 2009, p. 116-117).

Ao contrário, uma descrição do funcionamento do direito precisa levar em consideração a existência de regras, seu aspecto interno e o respectivo ponto de vista interno – só assim é possível vislumbrar uma ilustração completa da prática social na qual o direito está inserido; e, especificamente, só assim é possível compreender o porquê das pessoas obedecerem ao direito e às suas regras (em outras palavras: como as regras acabam restringindo o comportamento das pessoas, criando “vínculos”).

Para um teórico como Hart, que considera “a tarefa central da filosofia do direito (...) explicar a força normativa das proposições sobre o direito que se encontram tanto em textos jurídicos acadêmicos como no discurso de juízes e advogados” (Hart, 2010, p. 20), as descrições do observador “desengajado” podem até oferecer algumas informações úteis, mas acabam por negligenciar o fenômeno prático que é o direito – e, principalmente, por negligenciar a sua dimensão normativa. Quando uma prática social é regida por regras, as pessoas não as enxergam apenas como “uma *crença* (...) de que estão obrigados, mas obrigações (não morais) efetivas” (Perry, 2004, p. 157). As regras são guias para a conduta social, e uma descrição do funcionamento do direito que ignore esses fatos deve ser descartado. Ao invés do observador “desengajado”, é necessário um método hermenêutico, que leve em consideração o ponto de vista interno. Segundo Hart:

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. Minha explicação para essa distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de “aceitação” de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta forma, de uma atitude que desenvolve um “ponto de vista interno” (Hart, 2010, p. 15).

Esse método hermenêutico é garantido pelo observador externo que realiza descrições engajadas de uma prática social; e aquele que pretende descrever uma prática social (como o direito), deve adotar realizar descrições engajadas. Para Hart, essa é a forma correta de se descrever o direito¹⁹.

O teórico pode até ser um membro do grupo, e, como tal, possuir um ponto de vista interno; mas isso não é necessário. O projeto de um teórico é um exercício teórico, não prático – ele adota a postura de um observador externo “engajado” (Perry, 2004, p. 160). Por outro lado, é importante o teórico adotar o papel de um observador externo “engajado” porque isso possibilita que ele enxergue ambos os pontos de vista – tanto o externo quanto o interno. Apesar da importância do ponto de vista interno, a compreensão de uma prática social não pode esquecer-se do ponto de vista externo, afinal, em um sistema jurídico, existem as pessoas que aceitam regras e as tem como um padrão de comportamento, e existem as pessoas que só obedecem às regras por interesse

¹⁹ Como bem aponta Noel Struchiner: “O positivista conceitual hartiano é aquele que analisa o ponto de vista interno dos outros a partir do ponto de vista externo. Ele investiga, de forma não compromissada, os compromissos dos outros. Ele não avalia necessariamente aquilo que identifica como direito, não considera, do seu ponto de vista pessoal, que aquilo deva ser observado e seguido, mas entende que um número suficiente de pessoas adota aquilo do ponto de vista interno. Os proferimentos do teórico hartiano são proferimentos desapegados. Faz todo sentido alguém que não é vegetariano falar para o seu amigo vegetariano: “dadas as suas crenças, você não deveria comer esta carne que está no seu prato”. O positivista conceitual profere afirmações do mesmo tipo. Normalmente, quando lidando com uma questão jurídica, ele diz que algo deve ou não deve ser feito, ele está falando que existe uma prática social convergente que estabelece que algo deve ou não deve ser feito. Quando um cliente consulta um advogado hartiano a respeito daquilo que ele deve ou não deve fazer, a resposta do advogado, ao dizer “você deve fazer x”, não representa a sua posição pessoal ou o seu juízo moral sobre a ação indagada” (Struchiner, 2005, p. 79).

próprio ou o medo²⁰. Mas, apesar do teórico ter que levar em consideração tanto o ponto de vista externo quanto o ponto de vista interno, não há dúvida sobre qual dos pontos de vistas, para Hart, é o mais importante para o funcionamento de uma prática social como o Direito. É possível existir uma sociedade na qual todos os participantes adotam um ponto de vista interno; mas é não é possível existir uma sociedade na qual todos os participantes adotam um ponto de vista externo. O ponto de vista externo não deve ser esquecido, mas é o ponto de vista interno que detêm, dentro da teoria do direito de Hart, um papel de destaque.

Existem, portanto, dois pontos de vista externo teóricos na teoria do direito de Hart: o ponto de vista externo “engajado” e o ponto de vista radicalmente externo. O primeiro deles é o ponto de vista que deve ser adotado por um teórico do direito; já o segundo deve ser abandonado, porque negligencia a característica fundamental do aspecto interno das regras – o observador que adota esse ponto de vista perderá toda a dimensão normativa da prática social que ele está observando.

Mas esses são pontos de vista externo teóricos. É possível alguém adotar um ponto de vista externo prático? Ou seja, alguém pertencente à prática social que não aceita as regras? Essas questões são importantes porque suscitam grandes debates sobre o conceito de ponto de vista interno.

Em uma passagem de *O Conceito de Direito*, Hart faz referência a existência de pessoas que adotam o ponto de vista externo porque não aceitam as regras; elas só as obedecem por medo das sanções em caso de desobediência (Hart: 2009, p. 117).

A dificuldade surge porque essa pessoa a qual Hart faz referência não é uma observadora externa – e, portanto, não se encaixa em nenhum dos pontos de vista teóricos acima apresentados. Ao contrário, essa pessoa está inserida no

²⁰ “Em qualquer momento, a vida de qualquer sociedade que respeita as normas, jurídicas ou não, consistirá provavelmente numa tensão entre aqueles que, por um lado, aceitam as normas e cooperam voluntariamente para mantê-las, avaliando assim em termos das normas seu próprio comportamento e o das outras pessoas, e aqueles que, por sua vez, rejeitam as normas e as contemplam apenas do ponto de vista externo, como augúrio de uma possível punição. Uma das dificuldades enfrentadas por qualquer teoria do direito que queira fazer justiça à complexidade dos fatos é que ela precisa levar em contra a presença de ambos os pontos de vista, tratando de não eliminar a existência de nenhum deles em sua definição” (Hart, 2009, p. 117-118).

grupo social; ela faz parte do grupo social, com a diferença de não aceitar as regras, de não adotar uma atitude crítica e reflexiva perante elas. Segundo Stephen Perry, essa abordagem de Hart sobre diferentes pontos de vista externos é ambígua:

Está claro, portanto, que, mesmo separados da possibilidade de enunciados externos engajados, a noção de Hart do ponto de vista externo é sistematicamente ambígua. O entendimento oficial diz respeito a uma forma de raciocínio teórico sobre as regularidades da conduta grupal. Mas esse entendimento oficial é tacitamente fundido com um segundo entendimento, não-oficial, cujo foco é certamente um tipo de raciocínio prático no qual alguns membros do grupo poderiam engajar-se (Perry, 2004, p. 164-165).

As acusações de ambiguidade se originam da seguinte passagem de *O Conceito de Direito*:

Argumenta-se às vezes, em favor de teorias como a que ora examinamos, que, ao recaracterizar o direito como uma instrução para a aplicação de sanções, ela avança no sentido de uma clareza maior, já que essa nova forma põe em destaque tudo aquilo que interessa ao “homem mau” saber sobre a lei. Isso pode ser verdadeiro, mas parece uma defesa inadequada para a teoria. Por que não deveria o direito se preocupar igualmente, se não mais, com o “homem confuso” ou o “ignorante”, que está disposto a fazer o que é exigido se pelo menos lhe disserem o que é? Ou com o “homem que quer organizar sua vida e seus negócios”, se ao menos puderem lhe dizer como fazê-lo? Evidentemente, se queremos compreender o direito, é muito importante ver como os tribunais o administram no ato de aplicar suas sanções. Mas isso não deve nos levar a pensar que é suficiente compreender o que acontece nos tribunais. As principais funções do direito como meio de controle social não se explicitam nos litígios privados e nos processos penais, que representam precauções vitais, mas ainda assim subsidiárias, contra as falhas do sistema. Podem ser vistas, isso sim, nas diferentes maneiras com que o direito é utilizado para controlar, orientar e planejar a vida fora dos tribunais (Hart, 2009, p. 53-54).

Hart, no trecho acima, faz referência a alguém que participa da prática social, mas que não aceita as suas regras – é o homem mau elaborado por Oliver Wendell Holmes no artigo “The Path of Law” (1897).

As linhas gerais, a concepção de Holmes sobre o direito tem na noção de predição o seu ponto chave. O direito pode – e deve – ser caracterizado pela possibilidade das pessoas preverem o uso de sanções por parte de um tribunal no caso de desrespeito a uma regra. O objeto principal de alguém interessado no estudo do direito deve ser a previsão da incidência do uso da força por parte dos tribunais; todo aquele interessado no direito deve conseguir prever a incidência dessa força. Segundo Holmes, “as profecias do que as cortes farão, e nada mais

pretensioso, é o que eu entendo por Direito” (Holmes, 1897, p. 461). Então, se você quer saber como se comportar em um grupo aonde funciona o direito (ou melhor, se você quer se comportar de modo a evitar que o uso da força dos tribunais recaia sobre si), então é necessário olhar para os tribunais com o ponto de vista de um “homem mau”.

Adotar esse ponto de vista é se preocupar somente com as conseqüências materiais que o seu conhecimento consegue prever (e por conseqüência material devemos entender “sanções”). Ao contrário, adotar o ponto de vista do “homem bom” é encontrar na vaga concepção de “sanções da consciência” os motivos para sua conduta (Holmes, 1987, p. 459).

De acordo com o ponto de vista do “homem mau”, as obrigações jurídicas surgem da previsão de que, se uma pessoa fizer ou deixar de fazer alguma coisa, será punida pelo tribunal. Nesse sentido, o “homem mau” age de modo a evitar as sanções que consegue prever – por exemplo: ele se sente obrigado a não roubar porque consegue prever que, caso realize esse ato, o tribunal aplicará sobre si uma sanção. Em uma concepção como essa, é importante perceber que o padrão de comportamento não é encontrado nas regras, mas na atuação dos tribunais²¹. A teoria de Holmes, nos termos apresentados por Hart, elimina do direito a existência do ponto de vista interno. Não há nada no ponto de vista do “homem mau” que faça referência ao aspecto interno das normas; ao contrário, o “homem mau” só se preocupa em evitar que as sanções que recaiam sobre si.

Mas o “homem mau” de Holmes é um participante do grupo social; ele está inserido dentro dessa comunidade – mas ele não adota o ponto de vista interno. O ponto de vista interno é o ponto de vista daqueles que adotam as regras como padrões de conduta, e possuem sobre ela uma atitude crítica reflexiva; ao contrário, o “homem mau” não aceita as regras, pois sua única preocupação é em evitar sanções. O “homem mau” de Holmes é em exemplo do que Hart quis dizer

²¹ Convém lembrar que Holmes é um teórico pertencente ao chamado *realismo jurídico*, no qual o foco de atenção é a atuação dos oficiais do direito. Como Noel Struchiner aponta, de acordo com o *realismo jurídico*, “não devemos estabelecer um critério *a priori* para decidir se uma proposição jurídica é ou não verdadeira. Ao invés disso, sugerem que para entender a natureza e o funcionamento do direito devemos realizar uma investigação empírica das atividades dos operados do direito, principalmente da atividade dos órgãos decisórios” (Stuchiner, 2002, p. 134).

daqueles que “rejeitam as normas e as contemplam apenas do ponto de vista externo, como augúrio de uma possível punição” (Hart, 2009, p. 117). É possível existir participantes de um grupo social que adotam somente o ponto de vista externo. Da mesma forma como uma correta descrição do direito deve levar em consideração ambos os pontos de vistas, entre os participantes de um grupo social também é possível encontrar ambos os pontos de vista: existem aqueles que adotam o ponto de vista interno, pois aceitam as regras e cooperam voluntariamente para mantê-las, tornando-as padrões de comportamento; e existem aqueles que adotam o ponto de vista externo, pois não aceitam as regras, agindo somente de forma a evitar sanções (ou por qualquer outro motivo). O “homem mau” de Holmes também é um participante do grupo social. Por que, então, para Hart, o “homem mau” adota um ponto de vista externo, e não um ponto de vista interno?

Em resposta a questão acima, há na teoria do direito um grande debate. Esse debate é formado por dois artigos: “Holmes versus Hart – The Bad Man in Legal Theory” (2000), de Stephen Perry, e “The Bad Man and the Internal Point of View” (2000), de Scott Shapiro²².

3.2.1

Stephen Perry e as duas modalidades de ponto de vista interno

Stephen Perry busca analisar, no artigo “Holmes versus Hart – The Bad Man in Legal Theory” (2000), qual é o ponto de vista adotada pelo homem mau de Holmes – se é o ponto de vista interno ou o ponto de vista externo. Sua preocupação nesse artigo é inicialmente de cunho metodológico, o que significa se questionar sobre as seguintes questões:

²² O debate também continuou em artigos posteriores de ambos os teóricos, como: “Interpretação e metodologia na teoria jurídica” (2004) e “Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View” (2006), de Stephen Perry; e “What is the Internal Point of View?” (2006) e “Legality” (2011), de Scott Shapiro.

Considerada como uma ciência social, a doutrina [jurídica] tem de lidar com os problemas de metodologia que surgem nas ciências sociais em geral, inclusive as duas seguintes questões. Primeiro, a ciência social deve empregar a mesma metodologia que a ciência natural ou requer uma metodologia própria? Segundo uma escola de pensamento, com raízes no positivismo científico, os fenômenos sociais podem ser estudados e explicados adequadamente por meio dos mesmo tipos de investigações causais que caracterizam as ciências naturais. Segundo outra escola de pensamento, com raízes na tradição hermenêutica da filosofia, só podemos compreender adequadamente uma prática social vendo-a a partir do ponto de vista dos participantes, a partir de dentro. Na tradição hermenêutica essa é a noção de *verstehen*. A segunda questão de metodologia nas ciências sociais que a doutrina tem de enfrentar é esta. As teorias sociais são de natureza puramente descritiva e livre de valores ou envolvem necessariamente elementos avaliativos ou normativos? Os problemas *especiais* que a doutrina enfrenta como disciplina surgem do fato de que ela deve responder a essas duas questões metodológicas na estrutura de uma descrição necessariamente filosófica de como o Direito pode, se é que pode, dar origem a razões para a ação (Perry, 2004, p. 146-147).

Como a teoria do direito está inserida entre a filosofia e a teoria social, Perry se pergunta até que ponto as observações de Holmes em “The Path of Law” (1987) podem ser consideradas como uma teoria do direito. Hart apresenta, em várias passagens de “O Conceito de Direito”, críticas aos ensinamentos de Holmes sobre o direito. Dentro do contexto elaborado no segundo capítulo dessa dissertação, esses ensinamentos podem ser rotulados como uma teoria jurídica baseada em sanção, que reduz o fenômeno normativo do direito a partir do momento em afirma que todas as pessoas devem se comportar como o homem mau, ou seja, devem se comportar de acordo com o direito caso consigam prever a incidência de uma punição aplicada pelos tribunais em caso de desobediência.

Hart parte de uma concepção de pessoa diferente: a partir da virada hermenêutica, Hart quer compreender o impacto do direito no raciocínio prático das pessoas inseridas nessa prática. Em contraposto ao homem mau de Holmes, Hart está interessado também no homem ignorante – aquele que segue o disposto pelas normas pelo simples fato delas existirem e requererem uma determinada conduta; ou as pessoas que agem de acordo com o prescrito pelo direito porque tomam as suas regras como padrões de conduta. Enquanto algumas pessoas obedecem ao direito porque possuem uma atitude crítica e reflexiva sobre ele, aceitando suas normas como padrões de conduta, outra, como o homem mau, prestam atenção ao direito somente porque “acreditam que sua violação

provavelmente trará conseqüências desagradáveis” (Hart, 2009, p. 117). Metodologicamente, dentro da teoria do direito de Hart, a percepção dos que aceitam as normas é garantida pelo ponto de vista interno.

Para Perry, a noção do ponto de vista interno é confusa; e afirma que, apesar de Hart falar em pessoas que adotam um ponto de vista externo porque elas seguem as normas somente em razão da previsão de uma sanção em caso de desobediência, o ponto de vista que o homem mau adota também é interno (2000, p. 161). Vejamos como ele chega a essa conclusão.

Para Holmes, o direito é basicamente uma questão de previsão sobre a incidência ou não do uso da força por parte dos tribunais. Portanto, a melhor forma de se compreender o direito é adotando o ponto de vista do homem mau, que está interessado somente em saber quais condutas implicam o uso da força por parte dos tribunais. Mas a forma como compreendemos a relação entre as duas proposições acima (“previsão” e “ponto de vista do homem mau”) é importante, pois a análise isolada delas acarreta conseqüências para a teoria. Se, portanto, analisarmos isoladamente somente a primeira proposição – a que afirma que o direito é uma questão de previsão –, temos que a prática do direito pode ser descrita ou formulado por alguém que está de fora, sem fazer referência a qualquer pessoa inserida nessa prática – seja o homem mau ou o homem ignorante.

Assim, um teórico do direito, por exemplo, pode estar preocupado em realizar previsões sobre o direito, da mesma forma que um cientista quer fazer previsões seguras sobre fatos da natureza. Enquanto o teórico do direito quer prever a hipótese do uso da força por parte dos tribunais, o cientista quer prever a ocorrência de fatos naturais. Então, o teórico do direito pode formular que, sempre que alguém comete um homicídio, um tribunal aplica uma pena privativa de liberdade; já o cientista pode formular que, sempre que um objeto for solto no ar, ele irá cair.

Essa proposição, analisada isoladamente, leva a um ponto de vista radicalmente externo, já que não levam em consideração as motivações das pessoas inseridas na prática. E, adotar esse ponto de vista é considerado por Hart

como um erro, pois está deixando de fora as experiências daqueles inseridos na prática social que é o direito. Mas ela não faz nenhuma referência ao homem mau de Holmes. É claro que as previsões do homem mau são muito parecidas com as previsões do observador que adota um ponto de vista radicalmente externo (com a óbvia diferença de que o primeiro está interessado no seu próprio bem, enquanto o segundo está interessado em formular previsões gerais), mas parece óbvio que o ponto de vista adotado por ambos é diferente. Um adota razões práticas, enquanto o outro busca razões teóricas (Perry, 2000, p. 164). O homem mau não está interessado em formular previsões gerais sobre o funcionamento do direito, mas sim em responder aquela que é talvez a questão mais prática de todas: o que devo fazer? Ele quer saber o que ele pode fazer e o que não pode fazer; e faz isso prevendo punições que ele não quer receber.

Para Hart, as teorias que adotam somente o ponto de vista radicalmente externo falham por não levarem em consideração o ponto de vista interno das pessoas que aceitam as normas como padrões de conduta para o seu próprio comportamento e das outras pessoas. Esse é, em termos gerais, a falha que Hart aponta na teoria preditiva de Holmes. Mas Perry argumenta que é a análise de Hart que apresenta falhas.

O primeiro desses erros repousa em uma caracterização equivocada do ponto de vista externo, pois o ponto de vista do homem mau é o ponto de vista de alguém que procura razões prática (sobre como agir), enquanto o observador que adota um ponto de vista extremamente externo é o ponto de vista de alguém que procura razões teóricas (quanto a previsões gerais sobre o direito).

O segundo desses erros está na concepção simples sobre o ponto de vista interno que Hart elabora, o que leva Perry a uma modificação na sua terminologia: o que Hart chama de ponto de vista interno é, na verdade, o ponto de vista “socializável” (das pessoas que aceitam as normas); e o ponto de vista do homem mau é o ponto de vista “prudente” (de alguém que quer evitar as sanções). E ambos os pontos de vista são “internos” à prática social – tanto os que adotam o ponto de vista “socializável” quanto os que adotam o ponto de vista “prudente” estão inseridos dentro da prática do direito (Perry, 2000, p. 165). Da mesma forma que aquele que aceita as normas encontra nelas razões para agir (como a luz

vermelha no sinal de trânsito dá uma razão para parar o carro), o homem mau também encontra as mesmas razões nas regras; da mesma forma que aquele que aceita as regras procura evitar críticas e pressões sociais para a conformidade, o homem mau também procura evitar tais conseqüências.

Segundo Perry, o erro de Hart foi não ter percebido que existem diferentes tipos de pontos de vista interno. Há o ponto de vista interno daqueles que aceitam as normas, e há também o ponto de vista interno do homem mau:

A perspectiva do homem mau é melhor compreendida como uma forma distinta de ponto de vista interno. O homem mau, afinal de contas, não é um estrangeiro, muito menos um observador externo; ele é um membro da sociedade, mesmo que não tenha internalizado as práticas da forma como Hart afirma existir em outros membros. (...) A questão importante não envolve a escolha entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo, mas sim a escolha entre dois pontos de vista que são ambos internos (Perry, 2000, p. 166).

Ademais, dissemos acima que a forma como compreendemos a relação entre as duas proposições dos ensinamentos de Holmes (“previsão” e “ponto de vista do homem mau”) é importante, pois a análise isolada delas acarreta conseqüências para a teoria. Se analisarmos a primeira delas excluída da segunda, temos um ponto de vista extremamente externo; mas a partir do momento que a relacionamos com a segunda proposição, quando introduzimos o ponto de vista do homem mau, não há porque acreditar que as palavras de Holmes são as palavras de um teórico preocupado somente em analisar o direito cientificamente.

Holmes está preocupado, assim, como Hart, em compreender as formas como o direito fornece razões para a ação – a diferença é que as razões do homem mau são prudenciais.

3.2.2

Scott Shapiro e o ponto de vista interno prático

Já Scott Shapiro, no artigo “The Bad Man and the Internal Point of View” (2000), afirma que Perry confunde o ponto de vista interno com o ponto de vista dos participantes de uma determinada prática social.

De fato, a virada hermenêutica, que busca analisar como uma prática funciona levando em consideração a forma como as pessoas a compreendem, pode até levar à conclusão de que o ponto de vista interno é o ponto de vista do participante. Mas o próprio Hart afirma que o direito não deve ser entendido como ameaça/diretivas/previsão da aplicação de sanção, mas sim como impondo obrigações às pessoas. O homem mau de Holmes entende o direito não como lhe impondo uma obrigação, mas sim como uma forma de prever a aplicação da força por parte dos tribunais. Portanto, o ponto de vista interno não é o ponto de vista do participante, mas sim o ponto de vista daqueles que internalizam as normas; ou seja, o ponto de vista daqueles que efetivamente aceitam as normas como padrões de conduta, adotando uma atitude crítica e reflexiva, criticando os desvios e pressionando para a conformidade. O seguinte trecho demonstra essa interpretação:

Por outro lado, o ponto de vista interno pode fazer referência a uma forma específica de atitude normativa adotada por um participante. Nesse caso “interno” não é sinônimo de “pertencente”, mas sim de “internalizado”. Alguns adotam o ponto de vista interno perante o direito quando ele o trata como lhe impondo obrigações. De acordo com essa interpretação, as teorias do direito que adotam o ponto de vista interno devem ser contrastadas com as teorias que falham em capturar a experiência daqueles que reconhecem a autoridade do direito. Todas as teorias baseadas em sanções são externas nesse sentido (Shapiro, 2000, p. 198).

A partir do momento em que Perry se equivoca ao igualar o ponto de vista interno com o ponto de vista do participante, ele compreende de forma equivocada as críticas que Hart direciona a Holmes. Hart não compreende o ponto de vista interno como o ponto de vista do participante, mas sim como o ponto de vista daquele que internaliza as regras e aceita a legitimidade do direito de lhe impor obrigações.

Shapiro apresenta os seguintes argumentos para comprovar sua interpretação. (i) A primeira vez que o ponto de vista interno é citado em *O Conceito de Direito* é durante as críticas que Hart faz à concepção punitiva de obrigações jurídicas, pois considerar os enunciados sobre obrigações jurídicas como sinais de que um mal terá incidência é uma forma equivocada de se compreender como algumas pessoas enxergam o direito, pois algumas pessoas enxergam uma obrigação não como um sinal de uma punição (ou possibilidade de), mas sim como um sinal para obedecer. (ii) A diferença que Perry apresenta entre o ponto de vista socializável e o prudente é equivocada, porque o homem “ignorante” de Hart também pode adotar razões prudenciais, como interesse próprio.

Em linhas gerais, o que Shapiro fornece é uma contribuição à noção de “aceitar uma regra”.

3.3

Aceitar uma Regra

A resposta de Shapiro às críticas de Perry demonstram que Hart trabalha com dois grandes pontos de vista: o ponto de vista teórico e o ponto de vista prático. O ponto de vista teórico engloba os pontos de vista radicalmente externo e o ponto de vista externo engajado, ambos já discutidos neste capítulo. Neste ponto, o que nos interessa é o ponto de vista prático.

Dentro do ponto de vista prático, temos o ponto de vista externo prático e o ponto de vista interno. O ponto de vista externo prático é o ponto de vista do homem mau de Holmes, que, apesar de seu um participante do grupo social, não aceita as regras. Conforme coloca Noel Struchiner:

Aquele que adota a atitude prática de não aceitação de regras é um participante do regime jurídico em questão que não aceita as regras como parâmetro de avaliação de suas condutas e da conduta alheia. Trata-se de um participante que é

motivado por interesses sociais, fazendo cálculos estratégicos sobre como agir a partir de considerações sobre o que efetivamente pode acontecer consigo em termos de sanções e recompensas (Struchiner, 2011, p. 141).

Já o ponto de vista interno ocorre quando a regra é internalizada, ou seja, quando é adotada uma atitude crítica e reflexiva. A partir do momento em que alguém adota essa atitude perante uma regra, isso significa que a regra é utilizada como parâmetro de avaliação de suas próprias condutas e da conduta alheia; significa que a partir da regra será possível pautar os seus comportamentos e criticar o comportamento dos outros.

O ponto de vista interno é, portanto, uma atitude prática de aceitação de regras. Ao descrever o ponto de vista interno dessa forma, fica claro que, para Hart, aceitar uma regra como um parâmetro legítimo de conduta é diferente de compreendê-la como um parâmetro moralmente legítimo (Shapiro, 2006, p. 1162).

Aceitar uma regra é diferente de concordar moralmente com elas. Segundo Sylvie Delacroix, “isso não significa que eu as endosso. Posso considerar algumas, ou todas elas, repugnantes. E não significa, na verdade, que eu tenha formado qualquer juízo sobre seu merecimento moral” (Delacroix, 2009, p. 119). Além disso, o próprio Hart coloca que:

“Não só grandes grupos de pessoas podem ser coagidos por leis que não consideravam moralmente obrigatórias, como tampouco é verdadeiro que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema precisem considerar-se moralmente obrigados a aceitá-lo; mas o sistema tem máxima estabilidade quando o fazem. A lealdade das pessoas ao sistema pode, na verdade, se basear em muitas considerações diferentes: cálculos do interesse a longo prazo; consideração desinteressada por outras pessoas; uma atitude irreflexiva herdada ou tradicional; ou o simples desejo de agir como os demais. Não há realmente nenhuma razão para que os que aceitam a autoridade do sistema não examinem sua consciência e decidam que, moralmente, não deveriam aceitá-la; e entretanto, por diversas razões, continuem a fazê-lo” (Hart, 2009, p. 262).

As pessoas podem aceitar as regras por diversas razões. Mas o que significa aceitar uma regra? Shapiro sistematiza a resposta da seguinte forma, que deve ser analisada conjuntamente (Shapiro, 2006, p. 1164): (i) ao adotar o ponto de vista interno, as pessoas se comportam da forma como a regra prescreve. (ii) O ponto de vista interno também é um padrão de avaliação crítica, pois as pessoas criticam a si próprias e criticam os outros quando as regras são desobedecidas.

(iii) A crítica em caso de descumprimento é tida como legítima. (iv) Por fim, o ponto de vista interno é expresso por uma linguagem normativa, como “deve”, “obrigações”, “certo” e “errado”.

Nesse sentido, o ponto de vista interno e a ideia de aceitar uma regra acabam por fornecer critérios para a existência não somente das regras sociais, mas também de regras jurídicas, como será demonstrado no próximo capítulo.