



Participante ou observador? Uma escolha entre duas perspectivas metodológicas de estudo e aplicação do Direito

PARTICIPANT OR OBSERVER? A CHOICE BETWEEN TWO METHODOLOGICAL PERSPECTIVES
OF STUDY AND APPLICATION OF LAW

João Andrade Neto¹

Resumo

Este trabalho tem por objetivo reabilitar a separação entre duas perspectivas de interpretação do Direito: a do participante e a do observador. Apesar da importância que a distinção adquiriu nos debates contemporâneos sobre a natureza e a interpretação do Direito, ela não tem recebido tratamento adequado na literatura especializada brasileira. Diante disso, este estudo indaga quais são as características próprias de cada perspectiva que justificam a separação e fazem da opção por um ponto de vista uma escolha metodológica fundamental tanto para o estudo quanto para a aplicação do Direito. Partindo da concepção alexyana, pretende-se demonstrar que cada ponto de vista possui uma lógica interna distinta e mobiliza argumentos de diferente natureza, o que justifica a separação. Uma vez identificadas essas características distintivas, propõe-se a redefinição da perspectiva do participante, a partir da figura do membro da comunidade jurídica, o que permite enfrentar um forte argumento contrário à separação. Superada essa objeção, torna-se forçoso reconhecer que a escolha da perspectiva correta é uma condição necessária (embora não suficiente) da verdade ou validade de proposições jurídicas.

Palavras-chave

Observador; participante; perspectiva interna; perspectiva externa; argumentação.

Abstract

This article aims to realign the separation between the participant's and the observer's perspectives of legal interpretation. This distinction has acquired considerable importance in contemporary debates about law's nature and purpose, but received only scant attention in Brazilian specialized literature. To fill this gap, this paper investigates which are the characteristics of each perspective that justify the separation and turns choosing a viewpoint into a fundamental methodological choice for both the study and the application of law. Adopting Alexy's conception, the article will demonstrate that each viewpoint has its internal logic and requires arguments of different nature, which justifies the separation. After exposing the distinctive characteristics of each viewpoint, the article will refine the participant's perspective by contrasting it to the position of a legal community member. This should help to counter a powerful argument against the separation. Once this objection is dismissed, it becomes clear that choosing the correct perspective is a necessary (though not a sufficient) condition for the truth or the validity of any legal proposition.

Keywords

Observer; participant; internal viewpoint; external viewpoint; argumentation.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo reabilitar a diferença entre duas perspectivas acerca dos fenômenos jurídicos: a do participante e a do observador. Tal distinção ganhou fama graças à doutrina de H. L. A. Hart (1994) e adquiriu importância nos debates contemporâneos sobre a natureza e a interpretação do Direito (BARNETT, 1989; SCHWARTZ, 1992; MÚRIAS, 2011). Tornou-se parte essencial do “[...] discurso conceitual em voga atualmente [...]” (BÓDIG, 2010, p. 485, tradução nossa), sem, contudo, receber tratamento adequado na literatura especializada brasileira. A fim de introduzir os conceitos, pode-se dizer que, em linhas gerais, a perspectiva do participante se presta a responder, dentro do Direito – isto é, de acordo com a lógica interna ao sistema jurídico –, *o que o Direito é e como deve ser interpretado e aplicado* – ou seja, *o que ele diz*. Já a perspectiva do observador situa os fenômenos jurídicos em um contexto mais amplo, exterior ao Direito – por exemplo, o das relações sociais ou eventos históricos –, para falar *sobre o Direito* (LITOWITZ, 1998, p. 134). Cumpre, no entanto, indagar quais são as características distintivas de cada perspectiva, a fim de reapresentar a separação como uma opção metodológica fundamental tanto para o estudo quanto para a aplicação do Direito.

A perspectiva do participante é também chamada de ponto de vista interno; a do observador, ponto de vista externo. Ambas as expressões são aqui utilizadas indistintamente. O observador vê o Direito pela ótica extrajurídica da história, política, sociologia, psicologia, economia, antropologia ou neurociência, por exemplo. Ele tenta revelar o que há por trás dos efeitos quase mágicos que comunidades jurídicas atribuem a ações ordinárias de seus membros. Um observador diria que tais efeitos são parte da ficção segundo a qual há um reino normativo, um domínio invisível diferente do mundo sensível, em que certos fatos, denominados jurídicos, geram consequências também jurídicas que se situam à parte da realidade (extrajurídica) embora nela repercutam.¹ Já a perspectiva do participante se ocupa do aspecto propriamente normativo do Direito – e, portanto, da ficção no exemplo acima. A manifestação mais óbvia desse aspecto ocorre em proposições sobre direitos e deveres, normativas por definição. Menos óbvia é a função que esse aspecto desempenha na argumentação jurídica, em que normas são razões em favor de uma ação em vez de outra (HART, 1994, p. 256). Quem adota a perspectiva do participante inevitavelmente toma parte na argumentação acerca daquilo que é legalmente permitido, proibido ou obrigatório (ALEXY, 2010b, p. 25) – e vice-versa, ainda que não intencionalmente.

...

1 Faz-se aqui referência à comparação que Ross (1957, p. 818) estabelece entre os conceitos do Direito contemporâneo, como os de direitos e normas, de que as comunidades jurídicas se utilizam para justificar a ação do Estado e os fenômenos mágicos e sobrenaturais de que se valem povos ditos primitivos para justificar as ações do grupo.

Um recente estudo sustentou que a opção por uma dessas perspectivas opostas, observador ou participante, constitui uma escolha metodológica fundamental, que, como tal, condiciona o acerto ou o erro das conclusões sustentadas pelo jurista (ANDRADE NETO, 2015, p. 36-50). Mas esse trabalho se dirigia apenas a comparatistas, mais especificamente a acadêmicos ou estudiosos do Direito Constitucional Comparado. Afirmou-se ali que a perspectiva do observador é a ferramenta metodológica adequada à historiografia e à sociologia jurídicas, e a escolha metodológica correta segundo o Realismo Jurídico (ANDRADE NETO, 2015, p. 37). Acrescente-se a isso que a perspectiva do observador tem sido largamente utilizada pelo movimento dos Estudos Críticos do Direito (*critical legal studies*) (TAMANAH, 1996, p. 163-164). Já a perspectiva do participante está no centro da doutrina conceitual e normativa que tem predominado no Direito Constitucional e na Teoria do Direito desde o fim do século XX (BÓDIG, 2010, p. 485) – pelo menos, no caso desta, entre os teóricos identificados, ainda que parcialmente, com a jurisprudência analítica.²

Aqui se pretende retomar parte das ideias apresentadas naquele trabalho para sustentar que a distinção entre as duas perspectivas metodológicas possui relevância mais abrangente – sendo, portanto, de interesse a todos os teóricos e estudiosos do Direito, bem como a juízes e demais aplicadores da lei. O artigo se estrutura da seguinte forma. A seção 1 expõe como a distinção entre o ponto de vista do participante e o do observador se desenvolveu, do início do século XX até a obra de Hart (1994), e, a partir desta, adentrou a teoria de autores contemporâneos, como Dworkin (1986), Alexy (2010b) e MacCormick (1994). A seção 2 apresenta uma definição para as perspectivas e discute as características próprias de cada uma, o contexto em que são exigidas e o tipo de argumentos que mobilizam. Finalmente, a seção 3 enfrenta uma objeção levantada contra a separação e sugere como a perspectiva do participante pode ser refinada de modo a responder satisfatoriamente à crítica. Uma vez superada a objeção e demonstrada que a escolha da perspectiva adequada condiciona a validade/verdade das proposições jurídicas, o estudo deve ser capaz de reabilitar os dois pontos de vista metodológicos e reintroduzi-los nos debates jurídicos brasileiros.

I UMA BREVE GENEALOGIA DA DISTINÇÃO ENTRE PARTICIPANTE E OBSERVADOR³

Embora a ideia de que existem dois modos distintos de encarar o Direito tenha ficado

...

2 Conquanto a expressão “jurisprudência analítica” (*analytical jurisprudence*) seja “algumas vezes tratada como coextensiva a ‘análise linguística’, ou como elucidação de conceitos abstratos”, ela é aqui empregada com o sentido amplo sugerido por Twining (2005, p. 10, tradução nossa), de modo a incluir juristas tradicionalmente associados a ela, como Hart, mas também outros como Raz, MacCormick e mesmo Dworkin, “que assimilou algumas das técnicas de análise conceitual desenvolvidas por filósofos analíticos, incluindo Hart [...]”.

3 O assunto já fora discutido, com mais detalhes, por Andrade Neto (2015, p. 36-50).

conhecida a partir da obra *The Concept of Law*, originalmente publicada por Hart em 1961, ela já havia sido mencionada anos antes pelo sociólogo alemão Max Weber e por juristas estadunidenses. Na obra póstuma *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Weber diferenciou dois pontos de vista acerca do Direito. Segundo ele, alguém que assume o *ponto de vista legal* (ou jurídico) pergunta qual sentido normativo deve ser corretamente atribuído a uma proposição jurídica. Já alguém que adota o *ponto de vista sociológico* se debruça sobre o que efetivamente ocorre em um grupo pelo fato de membros “[...] considerarem certas normas como válidas e [...] orientarem a própria conduta de acordo com essas normas [...]” (WEBER, 1978, p. 311, tradução nossa). Segundo Weber, “[...] essas duas perspectivas lidam com problemas inteiramente diferentes [...]. Uma existe no reino do ‘dever ser’, enquanto a outra lida com o mundo do ‘ser’” (WEBER, 1978, p. 312, tradução nossa). Weber foi provavelmente o primeiro a formular a distinção em termos tão claros (LITOWITZ, 1998, p. 127-128). Apesar do pioneirismo, sua contribuição foi frequentemente ignorada pelos juristas que viriam a fazer uso dos conceitos de observador e participante,⁴ mesmo por autores alemães que o sucederam décadas depois, como Alexy (2010b).⁵

Autores norte-americanos das primeiras décadas do século XX também se referiram à distinção entre perspectivas. Citam-se aqui dois deles. O primeiro, John Dickinson, publicou em 1931 um trabalho no qual destacou a ambiguidade do verbo “prever” (*to make a prediction*) quando se refere aos efeitos da lei. Dickinson (1931, p. 843-844) constatou que advogados se comportam de modos muito diferentes quando dizem a um cliente, de um lado, como um juiz deveria julgar a ação, e, de outro, como supõem que o juiz o fará. No primeiro exemplo, o advogado faz uso do pensamento normativo para dizer o que a lei prevê – ou seja, o que ela obriga, permite ou proíbe –; no segundo, ele faz uma previsão baseada na causalidade física. Neste caso, o advogado se comporta como um observador externo, um espectador, que, com base em dados empíricos, especula como o caso será realmente decidido, independentemente de essa decisão ser a que ele considera legalmente correta (DICKINSON, 1931, p. 843-844).

Outro autor que se referiu à distinção entre participante e observador foi Jonathan Cohen, em 1954. De acordo com Cohen (1954, p. 38-39), embora juristas e sociólogos usem a mesma palavra, “Direito”, eles o fazem com sentidos bem distintos. Sociólogos a utilizam no sentido *não técnico* para tratar de qualquer “[...] sistema de regras cuja obediência geral é assegurada pela existência das instituições especializadas apropriadas” (COHEN, 1954, p. 39, tradução nossa). Já o uso feito por juristas é *técnico*. Eles empregam a palavra para se

...

4 Shapiro (2006, p. 1157, tradução nossa), por exemplo, chega a dizer que “[...] o ponto de vista interno é talvez a maior contribuição de Hart para a teoria do Direito.”

5 Na sociologia, os conceitos weberianos foram retomados em 1958 por Winch (1990, p. 89), por exemplo.

referir ao conteúdo das decisões jurídicas, “[...] àquilo que as cortes entendem por Direito, ou àquilo que os juristas acreditam que tais cortes deveriam entender” (COHEN, 1954, p. 39, tradução nossa). Segundo Cohen (1954, p. 38-39), portanto, quando juristas dizem o que o Direito é, eles levam em consideração não apenas dados empíricos, ou o real conteúdo do que cortes decidiram, mas também um critério normativo de correção, ao afirmarem o que juízes deveriam ter decidido no passado e indagarem o que deve ser decidido no futuro.

Apesar de os elementos essenciais da distinção entre participante e observador já se encontrarem na obra de Dickinson (1931) e Cohen (1954), é em Hart (1994) que eles adquirem densidade. Na palestra inaugural proferida em 1953 diante da Universidade de Oxford, Hart (1959, p. 9-10) compara o Direito a um jogo e menciona as diferentes expectativas envolvidas nas predições sobre (1) o que um juiz deveria decidir ou (2) o que ele provavelmente vai decidir. Segundo Hart (1959, p. 9-10), em uma partida de críquete, quando o árbitro diz “A está fora”, ele pressupõe a existência de regras internas ao jogo, que justificam e dão sentido a essa decisão e à própria posição ocupada pelo árbitro. Similarmente, quando um juiz declara que “A tem um direito”, ele chega a essa conclusão por meio de um complexo raciocínio jurídico que supõe a existência de certos fatos e normas, embora não necessariamente os mencione. Dessa declaração, porém, decorrem outras conclusões também jurídicas – logo, também o resultado de um raciocínio que supõe fatos e normas. Tais conclusões jurídicas não são predições sobre o futuro; referem-se ao presente, mas não descrevem nem fatos presentes nem contínuos. “É isso [...] que frustra a definição de um direito em termos empíricos, como expectativas ou poderes [...]”, afirma Hart (1959, p. 10, tradução nossa). Posteriormente, na clássica obra *The Concept of Law*, essas ideias foram mais bem desenvolvidas, como veremos a seguir.

1.1 AS PERSPECTIVAS DO OBSERVADOR E DO PARTICIPANTE SEGUNDO HART

A existência das perspectivas do observador e do participante está ligada, em Hart (1994, p. 56-57), à tese de que as regras de conduta social e particularmente as normas jurídicas possuem dois aspectos: um externo e outro interno. O aspecto externo pode ser apreendido e descrito por um observador. Suponhamos que alguém tivesse que descrever, da perspectiva de um observador, o cumprimento de uma norma, por exemplo, a de que motoristas devem parar diante do sinal vermelho. A descrição seria algo do tipo, “[...] quando a luz se torna vermelha, há uma grande probabilidade de que o tráfego pare” (HART, 1994, p. 90, tradução nossa). Externamente, normas não se diferenciam de outros padrões de conduta social, pois, obedecidas, elas geram um “[...] comportamento regular e uniforme que um observador pode registrar” (HART, 1994, p. 56, tradução nossa). No entanto, normas não são simplesmente padrões de conduta que um observador pode descrever. Elas possuem um aspecto interno que lhes é peculiar. Esse aspecto interno é o elemento propriamente normativo, que permite que sejam usadas pelos indivíduos como guias para a própria conduta e

padrões para avaliar a conduta dos demais, simultaneamente (HART, 1994, p. 56-57). É o aspecto interno que faz com que os motoristas vejam a luz vermelha “[...] não apenas como um sinal de que outros vão parar [...]”, mas a razão mesma para fazerem-no (HART, 1994, p. 90, tradução nossa).

Dos dois aspectos das normas, interno e externo, Hart deriva duas perspectivas ou pontos de vista a partir de que se pode abordar os fenômenos jurídicos. A perspectiva externa é a de um observador que não aceita nem usa as normas sociais nem como guias para sua própria conduta nem como critério para julgar a conduta de outros. Para um observador, compreender e descrever o aspecto externo das normas sociais basta (HART, 1994, p. 89). De maneira oposta, o ponto de vista interno é o do participante, que reconhece o caráter propriamente normativo das normas sociais. Tal reconhecimento não tem que ser expresso; ele está implícito na atitude que os participantes adotam diante das normas jurídicas. De acordo com Hart (1994, p. 57, tradução nossa), os participantes confirmam o aspecto normativo do Direito tanto nas críticas e demandas de conformidade que dirigem a outros participantes “[...] quando o desvio é atual ou iminente [...]”, quanto reflexivamente, “[...] no reconhecimento da legitimidade de tais críticas e demandas quando recebidas de outros”. Em todo caso, proposições feitas a partir do ponto de vista do participante “[...] encontram sua expressão característica com ajuda de termos normativos como ‘dever’ [*ought*], ‘ter que’ [*must*], ‘deveria’ [*should*], ‘certo’ e ‘errado’ [...]”, afirma Hart (1994, p. 57, tradução nossa).

1.2 A RECEPÇÃO DA DISTINÇÃO PELA TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

A tese da distinção entre as perspectivas do participante e do observador foi incorporada com maiores ou menores modificações na doutrina de autores como Dworkin (1986) e Alexy (2010b). Logo nas primeiras páginas de *Law's Empire*, Dworkin esclarece que “[...] adota o ponto de vista interno, do participante [...]” e que “[...] tenta capturar o caráter argumentativo da nossa prática jurídica adentrando essa prática e enfrentando as questões de coerência e verdade com que se deparam os participantes” (DWORKIN, 1986, p. 14, tradução nossa). Com essas palavras, introduzem-se duas propriedades da perspectiva do participante que não estavam presentes na concepção originalmente formulada por Hart (1994). Primeiramente, a definição de Dworkin (1986, p. 46) supõe que um participante necessariamente trata o Direito como uma prática argumentativa. Em segundo lugar, ela sugere a existência de algum tipo de conexão entre a adoção do ponto de vista interno e a possibilidade de avaliar se os argumentos jurídicos são corretos (ou coerentes e verdadeiros) (DWORKIN, 1986, p. 261 et seq.).

Já no que se refere a Alexy (2010b, p. 35-81, 127), a distinção entre observador e participante condiciona a própria definição de Direito oferecida pelo autor e justifica os três principais argumentos de sua *Teoria dos Princípios*: o argumento a partir da correção, o argumento a partir da injustiça e o argumento a partir de princípios. Para o que o presente texto

propõe, somente a primeira dessas teses é relevante, e apenas ela será detalhada. Segundo Alexy (2007, p. 45-46), a aptidão para arguir que uma proposição jurídica é correta e avaliar a correção das proposições jurídicas formuladas por outros é o elemento distintivo da perspectiva do participante. Como o autor explica, o participante pergunta “[...] qual a resposta correta para uma questão legal do sistema jurídico em que ele se encontra [...]”, enquanto o observador se preocupa em responder “[...] como questões legais são realmente decididas naquele sistema jurídico” (ALEXY, 2007, p. 45-46, tradução nossa). Em suma, apenas da perspectiva do participante, pode-se formular e responder à pergunta “qual é a resposta correta?”; da perspectiva de um observador, indaga-se: “como as decisões jurídicas são realmente produzidas?” (ALEXY, 2007, p. 45-46, tradução nossa).

Apesar de a distinção apresentada por Hart (1994) ter influenciado Dworkin (1986) e Alexy (2010b), a teoria desses autores não a incorporou sem modificações. Ambos atribuem à perspectiva do participante outras capacidades que não a de usar as normas jurídicas como padrões para guiar a própria conduta e avaliar a dos demais, como originalmente definido por Hart (1994). Particularmente, tanto Dworkin (1986, p. 53) quanto Alexy (2010b, p. 39) atribuem expressamente ao participante a faculdade de fazer afirmações acerca do acerto de proposições jurídicas, seja pela defesa da melhor resposta (ou daquela juridicamente correta), no primeiro caso, seja pela pretensão de correção, no segundo. Nenhum deles menciona, no entanto, a “aceitação” como um atributo inerente e característico da perspectiva do participante. Em Hart (1994), a aceitação é o elemento essencial que diferencia participante de observador (SHAPIRO, 2006, p. 1159). O autor a define como a típica atitude que os participantes adotam diante das normas jurídicas da própria comunidade, a saber, a “[...] contínua disposição individual de adotar tais padrões de conduta, tanto como guias para sua própria conduta futura, quanto como padrões de crítica que podem legitimar demandas e várias formas de pressão por conformidade” (HART, 1994, p. 255). Ao negarem que a aceitação do Direito tenha um papel central a cumprir na definição de participante, Dworkin (1986) e Alexy (2010b) endossam a objeção que Neil MacCormick (1994) opõe à concepção hartiana.

Embora aceite os termos gerais da concepção de participante apresentada por Hart, MacCormick (1994, p. 289-292) acrescenta a ela dois elementos: níveis de entendimento e graus de compromisso, a que correspondem duas subespécies de ponto de vista interno: a perspectiva cognitiva e a perspectiva volitiva, respectivamente. Segundo MacCormick (1994, p. 292), o ponto de vista interno cognitivo é o usado para avaliar e entender uma conduta em termos normativos. Já o ponto de vista interno volitivo é o de “[...] um agente que, em algum grau e por algumas razões que lhe parecem convincentes, tem o compromisso volitivo de obedecer a um dado padrão de conduta como um guia para ele mesmo, para outras pessoas, ou para ambos” (MACCORMICK, 1994, p. 292, tradução nossa). Mais especificamente, o elemento volitivo é “[...] a vontade de conformar-se a um padrão de ação concebido e a preferência por uma possível configuração dessa ação em dadas circunstâncias

[...]" (MACCORMICK, 1994, p. 289, tradução nossa). MacCormick corretamente observa que, apesar de vontade e entendimento serem elementos do ponto de vista interno, "[...] o que determina a 'internalidade' de uma afirmação é o entendimento, não a vontade de quem a afirma" (MACCORMICK, 1994, p. 291, tradução nossa).

De fato, para entender ou posteriormente usar e aplicar normas, é necessário pressupor que "[...] a vontade de algumas pessoas corrobora e sustenta os padrões que, assim corroborados e sustentados, são as normas de todo o grupo" (MACCORMICK, 1994, p. 290, tradução nossa). Entretanto, "[...] para que exista uma norma em um grupo social, não é necessário que todos os membros desse grupo tenham esse compromisso volitivo com tal norma" (MACCORMICK, 1994, p. 289, tradução nossa). Nem todos os membros da comunidade têm vontade de comprometer-se com as normas do grupo, e o fato de não a terem, por si só, não os exclui da condição de participantes.⁶ MacCormick (1994, p. 289) menciona três tipos de membros que, embora compreendam as normas, não se comprometem com elas: o fingidor, o delinquente e o rebelde. As três categorias indicam a atitude individual de opor-se a ou aproveitar-se do compromisso que outros membros têm com as normas. No que interessa ao presente trabalho, MacCormick (1994) acerta ao notar que a posição de um participante independe da vontade de realmente se submeter ao sistema jurídico ou às normas que ele interpreta.⁷

2 AS PERSPECTIVAS DO PARTICIPANTE E DO OBSERVADOR REVISITADAS

Reconhecer que a posição do participante é relativamente independente da vontade de sujeitar-se a normas implica redefinir a tese de Hart (1994, p. 255) segundo a qual o que diferencia participante de observador é a aceitação. É possível que, sem efetivamente aceitar as normas da comunidade como guias para a própria conduta, alguém adote a perspectiva interna de um participante de determinado sistema jurídico, e a partir dela avalie o erro ou o acerto das condutas alheias, em especial, das afirmações que os demais participantes fazem acerca do que é obrigatório, proibido ou permitido nesse sistema. Nas palavras de MacCormick, "[...] um completo estranho em relação a uma certa sociedade poderia compreender as normas dessa sociedade, na medida em que seja capaz de fazer afirmações 'internas' às normas sociais daquela sociedade" (MACCORMICK, 1994, p. 291, tradução nossa). Aquele que se sujeita às normas de uma comunidade, ainda que involuntariamente, é um membro da comunidade. E, embora a perspectiva do participante seja dependente

...

⁶ Algo semelhante já havia sido constatado por Weber (1978, p. 312).

⁷ Para uma visão oposta acerca do papel da aceitação na definição de "participante", ver Shapiro (2006, p. 1160-1161).

da concepção de membro – na medida em que a pressupõe e nela se baseia –, elas não se equivalem.

Aqui, define-se participante como todo aquele que faz (ou é capaz de fazer) afirmações sobre o que é permitido, proibido ou determinado por um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas desse sistema (ALEXY, 2010b, p. 25). Para fazer tais afirmações, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Noutras palavras, como empregadas neste estudo, as expressões “perspectiva do participante” e “perspectiva do observador” não se referem a pessoas reais; são antes metáforas que designam diferentes pontos de vista metodológicos, ou maneiras diversas de encarar os fenômenos jurídicos. Como dito acima, distintiva da perspectiva metodológica do participante é a aptidão para arguir que algo é juridicamente proibido, permitido ou obrigatório. Não é demais lembrar que a possibilidade de formular tais argumentos inclui a aptidão de aceitar, questionar ou rejeitar argumentos similares feitos por outros, bem como de participar do debate acerca do sentido (conteúdo e finalidade) correto de proposições jurídicas. Em oposição, a perspectiva metodológica do observador é definida pela impossibilidade lógica de arguir que algo é juridicamente proibido, permitido ou obrigatório em um sistema jurídico. Outras características distintivas de cada perspectiva são discutidas a seguir.

2.1 A LÓGICA INTERNA A CADA PERSPECTIVA

Embora a separação entre as duas perspectivas seja mais cara a representantes da jurisprudência analítica, como Hart, e a autores que com ele dialogam, como Dworkin, a escolha metodológica por ela implicada está presente, implícita ou explicitamente, em qualquer estudo ou caso de aplicação do Direito. Disso decorre que, embora esses teóricos tenham dado inequívoca contribuição para a definição dessas perspectivas, eles o fizeram a partir da concepção que tinham do que é o Direito, a prática jurídica, e, particularmente, a função do juiz no sistema jurídico. Dado o caráter metodológico das perspectivas, elas não têm, porém, que ficar aprisionadas a uma concepção particular acerca do fenômeno jurídico. Nem estão necessariamente vinculadas a escolhas teórico-metodológicas de nenhuma escola de pensamento em particular. As perspectivas se prestam, na realidade, a diferentes projetos teóricos e sustentam concepções jurídicas diversas, dentro das balizas metodológicas impostas por cada uma delas.

Em todo caso, a definição precisa de participante e observador é relativamente dependente da concepção de Direito, pois varia de acordo com o entendimento que se tem do que integra o sistema jurídico e do que são o Direito e a prática judicial. Por exemplo, uma concepção que reduza o Direito ao conjunto de regras contidas nos documentos publicados pelas instituições legislativas levará a uma concepção limitada de participante e ampliada de observador. Nesse esquema teórico, a perspectiva do participante se prestaria apenas à interpretação e aplicação do material “[...] reconhecidamente canônico ou autoritativo

[...]” (SCHWARTZ, 1992, p. 187), e qualquer referência judicial a princípios seria tratada como exterior ao Direito. De qualquer maneira, independentemente da concepção de observador e participante que predomina em um dado sistema jurídico, os critérios de avaliação das proposições formuladas a partir de cada perspectiva são necessariamente diferentes. Proposições feitas da perspectiva do observador são avaliadas de acordo com o critério geral de verdade/falsidade empírica (SCHWARTZ, 1992, p. 195); proposições formuladas a partir da perspectiva do participante são avaliadas de acordo com critérios internos de validade que variam conforme o sistema jurídico (e a opinião de cada intérprete sobre o mesmo sistema), mas, em geral, incluem: correção e coerência lógico-conceitual, conformidade sistêmica (particularmente com o material autoritativo e de acordo com os cânones de interpretação aceitos) e algum grau de justiça e eficácia social (ALEXY, 2010b, p. 13-19).

Uma questão diretamente relacionada à diferença entre os critérios de avaliação do acerto das proposições feitas a partir de cada perspectiva é: quão severa é a separação entre os dois pontos de vista? Larry Alexander (1993, p. 1900) defende que a distância entre as duas perspectivas é apenas “[...] uma questão de grau e não reflete uma diferença de natureza [...]”. Opinião oposta é a de Weber (1978, p. 311), para quem o objeto de uma perspectiva não pode entrar em contato diretamente com o da outra. Segundo Weber (1978, p. 311), qualquer tentativa de relacionar o Direito, objeto da dogmática jurídica, a fatos sociais, objeto da sociologia, seria válida empiricamente, mas não normativamente. Ou seja, manter-se-ia na esfera externa de um observador, sem nunca adentrar a esfera interna ao Direito, do participante. Isso porque, para Weber (1978, p. 312), a perspectiva do participante lida com problemas do reino do “dever ser”, enquanto a perspectiva do observador, com o mundo do “ser”. Da separação entre *ser* e *dever ser*, recomendada por David Hume (2000, p. 302), decorre a impossibilidade lógica de derivar conclusões normativas de argumentos empíricos ou puramente descritivos. Consequentemente, alguém que toma como internos ao sistema argumentos que, na verdade, são externos viola a *Lei de Hume*.

Outros autores têm uma opinião mais moderada. Não veem uma impossibilidade absoluta de comunicação entre o conteúdo de cada perspectiva, mas tampouco defendem que a diferença entre elas seja apenas de grau. Admitem que se possa “traduzir” as conclusões obtidas a partir de uma perspectiva para a outra, mesmo que “[...] algo se perca na tradução [...]” (LITOWITZ, 1998, p. 134-135). Para Barnett (1989, p. 526), por exemplo, as perspectivas são, de fato, distintas, no sentido de que a validade de uma proposição feita a partir da perspectiva interna não exclui a validade de outra proposição feita a partir da perspectiva externa. No entanto, essa distinção não gera um isolamento absoluto. “Ambas as análises influenciam, reforçam e controlam [*check*] uma à outra [...]”, afirma Barnett (1989, p. 532, tradução nossa).

De fato, a tese mais moderada se revela a correta. Não se pode negar a separação entre *ser* e *dever ser*. Nesse sentido, a opinião de Alexander (1993), que reduz a diferença entre

perspectivas a uma questão de grau, é insustentável. Ela ignora a *Lei de Hume*, ou a impossibilidade lógica de extrair conclusões normativas de premissas puramente empíricas (HUME, 2000, p. 302). Mas há que se reconhecer que, de tal separação, não decorre necessariamente a impossibilidade absoluta de que o objeto de uma perspectiva seja comunicado à outra, como defendido por Weber (1978). Autores como Litowitz (1998, p. 134-135) estão corretos em afirmar que os argumentos formulados a partir de um ponto de vista podem ser “traduzidos” e admitidos em outro, ainda que com perda de conteúdo, desde que respeitada a lógica própria de cada perspectiva. Ora, embora conceitos jurídicos possam ser apreendidos tanto empírica quanto normativamente (ALEXY, 2010a, p. 15), eles ainda pretendem designar as mesmas entidades ou fenômenos. Um conceito jurídico como o de *aborto*, por exemplo, pode ser abordado tanto do ponto de vista empírico quanto do normativo. Em cada caso, dará azo a proposições formuladas da perspectiva do observador ou da do participante, respectivamente. Todavia, apesar da diferença de perspectivas, aquelas ainda pretendem ser proposições verdadeiras/válidas sobre uma mesma coisa.

Pensemos em como isso poderia ser usado em um caso concreto, como na discussão sobre a licitude do aborto consentido. A Constituição de 1988 é silente sobre o tema. Dispõe sobre a inviolabilidade da vida, mas esse argumento pode ser usado pelos dois extremos morais envolvidos no debate. De um lado, grupos pró-criminalização, autointitulados pró-vida, têm em vista a proteção da vida do nascituro. Do outro lado, grupos pró-legalização argumentam que a vida a ser protegida é a da mulher, a qual, mesmo nos casos em que não é fisicamente ameaçada pela manutenção forçada da gravidez, é violada em sua dignidade. Um jurista que, da perspectiva do participante, ache que os argumentos legais trazidos pelas partes são igualmente convincentes poderia mudar de opinião ao tomar conhecimento de argumentos formulados da perspectiva do observador.

O jurista em questão poderia ler estudos sociológicos com estatísticas sobre as altas taxas de mortes/ano causadas pelo aborto clandestino (GRIMES et al., 2006, p. 1908-1919), ou sobre a manutenção ou mesmo diminuição dos índices de aborto/ano nos países que legalizaram a prática (SINGH et al., 2009, p. 44). Em qualquer dos casos, esses dados têm que ser “traduzidos” antes de trazidos para dentro da argumentação jurídica. Como dados puramente empíricos, eles não têm valor normativo algum. Mas uma vez que se aceite uma premissa normativa do tipo, *a solução que salvar o maior número de vidas é a juridicamente correta*, eles se tornam argumentos propriamente jurídicos. Eles demonstram que o argumento dos grupos pró-vida, embora juridicamente coerente, não subsiste a um teste de verdade empírica. No exemplo, a inviolabilidade da vida seria mais bem protegida pela legalização, pois o número de mortes de mulheres e fetos é, na realidade, maior devido à criminalização do que seria caso se legalizasse a prática. Todavia, o mesmo jurista teria que recusar valor jurídico a outros tipos de argumentos externos trazidos pelas partes em disputa, como argumentos exclusivamente religiosos, se eles não satisfazem os critérios de validade internos ao sistema – como a proibição de que alguém seja privado

de direitos por motivo de crença religiosa (BRASIL, 1988, art. 5º, VIII). Como tal, esse tipo de argumento não pode ser “traduzido” para a perspectiva interna. Só o podem ser os argumentos que seriam admitidos em justificação a uma decisão judicial, como se discutirá a seguir.

2.2 O CONTEXTO E O ARGUMENTO PRÓPRIO DE CADA PERSPECTIVA

Próprio da perspectiva do observador é o *contexto da explicação*; do participante, o *contexto da justificação*.⁸ Para entender a diferença entre explicação e justificação, é crucial que se tenha em mente que a distinção original, entre contexto de descoberta e contexto de justificação, dizia respeito à Filosofia da Ciência. Reichenbach (1968, p. 231) cunhou os termos para denominar, respectivamente, (i) o momento criativo de descoberta científica, como na imagem de Arquimedes exclamando “Eureka!”, e (ii) o processo que se segue, de análise e demonstração da descoberta. Posteriormente, outros autores se valeram dos conceitos e os adaptaram à realidade jurídica.⁹ No Direito, o juiz faz as vezes do cientista. O momento da decisão – de “achar” a resposta para o caso – se assemelha ao de descoberta científica porque “[...] envolve pressentimentos, intuições e lampejos de discernimento [*insight*]” (GOLDING, 2001, p. 2). No entanto, as semelhanças acabam aí. O contexto científico de explicação tem de ser refinado para adequadamente apreender as particularidades da prática jurídica, já que nem todo tipo de argumento é admitido em justificação de uma decisão judicial (GOLDING, 2001, p. 138).

No que se refere ao Direito, é mais correto separar o contexto da explicação do contexto da justificação (BAIER, 1966, cap. 6). O contexto de explicação se refere aos fatores externos à argumentação que podem explicar como um juiz chegou a certa conclusão, e não a outra. Possíveis explicações já documentadas na literatura especializada variam de crenças morais arraigadas (MILLIGAN, 2006, p. 1231-1240) ao fato de decidir antes ou depois de comer (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011, p. 6889). Incluem ainda o tipo de educação jurídica a que o juiz teve acesso e as particularidades do órgão judiciário em que atua (VIDMAR, 2011, p. 58-62). De qualquer modo, independentemente de quão relevantes sejam tais explicações, elas são formuladas a partir da perspectiva do observador, e, como tal, não são admitidas na argumentação jurídica como razões aptas a justificar uma decisão judicial. Para a legitimidade dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, relevante é o contexto de justificação, em que se verifica se as razões oferecidas

...

⁸ Para mais detalhes, ver Andrade Neto (2015, p. 31-36). Diversa é a opinião de Múrias (2011, p. 15-16), para quem, não há correlação entre o contexto de explicação e a perspectiva do observador, de um lado, nem entre o contexto de justificação e a perspectiva do participante, de outro.

⁹ Ver, por exemplo, Dewey (1914-1925, p. 24), Wasserstrom (1972, p. 26-27) e Atienza (2003, p. 20-23).

são adequadas e suficientes para sustentar as conclusões (GOLDING, 2001, p. 128, 138). Esse é o contexto próprio da perspectiva do participante.

Para afastar mal-entendidos, não se pretende dizer que a justificação das decisões jurídicas não pode ser explicada da perspectiva do observador. Pode-se facilmente imaginar um estudo que, do ponto de vista externo, relate a argumentação desenvolvida perante uma corte, ou um debate entre teóricos, por exemplo. O trabalho de um observador pode incluir considerações “[...] sobre aquilo que os participantes sob observação pensam que o Direito deve ser” (ALEXY, 2013b, p. 103, tradução nossa). Alexy (2013b, p. 103-104) se refere a essas *proposições sobre aquilo que outros pensam que o Direito deve ser* como “considerações indiretas” ou “de terceira pessoa”, em oposição às proposições distintivas da perspectiva do participante, “diretas” ou “em primeira pessoa”. Ou seja, da perspectiva do observador, pode-se observar a existência de uma controvérsia jurídica e reportar os argumentos dos participantes engajados na discussão, sem, no entanto, fazer qualquer juízo acerca do acerto ou erro dos argumentos utilizados. Claro, o mesmo jurista poderia tomar parte na controvérsia, oferecendo razões a favor da resposta que considera correta, caso em que adentraria ele mesmo o contexto de justificação, abandonaria a posição de um observador e assumiria a perspectiva de um participante.

De qualquer modo, a separação entre contextos remete à distinção entre dois tipos de argumentos: explicativo ou justificativo (GOLDING, 2001, p. 4). Argumentos explicativos são condições causais para a ocorrência de um evento ou a existência de um certo estado de coisas (GOLDING, 2001, p. 3). Já argumentos justificativos são “[...] as razões para afirmar que julgamentos ou proposições são corretos ou verdadeiros” (GOLDING, 2001, p. 4, tradução nossa). Proposições acerca do que o Direito comanda, proíbe ou permite demandam argumentos do segundo tipo. Por isso, as decisões judiciais, que constituem o paradigma da argumentação jurídica a partir da perspectiva do participante, têm de ser justificadas, isto é, sustentadas por argumentos justificativos (ATIENZA, 2003, p. 20).

No que se refere ao estudo do Direito, os métodos histórico, psicológico e sociológico se ocupam basicamente de argumentos explicativos, mesmo quando o objeto do estudo em questão é a argumentação desenvolvida por juízes e cortes. Um pesquisador que se debruce sobre a justificação que consta das decisões de um tribunal, mas o faça “[...] reconstruindo os argumentos como expressões de crenças ou valores que têm um efeito psicológico sobre a ação judicial [...]” (GOLDING, 2001, p. 5, tradução nossa), oferece argumentos explicativos e procura por relações de causalidade física. Muito diferente é o caso dos teóricos do Direito que supõem que a argumentação jurídica não é fundada em estados mentais subjetivos, nem em crenças individuais, mas em normas cuja existência é relativamente independente da existência do juiz que as aplica e interpreta. Um estudo desse tipo tem que necessariamente formular argumentos justificativos para suas próprias conclusões (ALEXY, 2010a, p. 228).

2.3 DESCRIÇÃO VERSUS PRESCRIÇÃO: HÁ UM MÉTODO PRÓPRIO A CADA PERSPECTIVA?

Cumpra agora dizer o que a distinção entre a perspectiva metodológica do observador e a do participante não é. Ela não é uma distinção entre os métodos descritivo e prescritivo.¹⁰ Não é correto dizer que os argumentos empregados a partir da perspectiva do observador são exclusivamente descritivos, nem que a perspectiva do participante é exclusivamente prescritiva (ATIENZA, 2003, p. 20). Reconheça-se que a questão é complexa, está longe de ser consensual e já gerou inflamadas discussões entre teóricos, a maior parte delas desencadeada pela polêmica declaração de Hart (1994, p. v) de que a obra *The Concept of Law* “[...] pode ser considerada uma estudo em sociologia descritiva [...]”. Não se discutirá aqui o sentido da afirmação de Hart (1994); apenas se sugerem ao leitor alguns autores que o fazem.¹¹ Sustenta-se, no entanto, que as duas perspectivas, do observador e do participante, autorizam tanto à prescrição quanto à descrição – e, na verdade, muitas vezes requerem ambas, simultaneamente.

Da perspectiva do observador, imagine-se uma socióloga do Direito que se põe a descrever como um tribunal realmente funciona.¹² Ela poderia, por exemplo, concluir que há uma conexão entre a visão política dos juízes de uma turma e a prevalência de certos temas na pauta de julgamentos. Esse estudo seria, então, inteiramente descritivo. Mas a socióloga em questão poderia usar os mesmos dados para propor mudanças no processo de seleção dos juízes que comporão cada turma, a fim de reduzir as chances de que maiorias políticas reprimam as opiniões em contrário. Nesse caso, os resultados do estudo seriam tanto descritivos quanto prescritivos (ou propositivos), embora a perspectiva metodológica adotada fosse inegavelmente a do observador.

Já da perspectiva do participante, toda proposição descritiva é, também e inevitavelmente, prescritiva (ALEXY, 2013a, p. 7; 2008, p. 296-297). Isso porque os elementos que se articulam para compor o Direito são não apenas sociais e institucionais, mas também crítico-avaliativos, ou normativos (ALEXY, 2010b, p. 13). Alguém que afirma o que o Direito é – ou seja, o que ele *diz* – necessariamente aduz argumentos sobre como ele *deve ser* interpretado e aplicado (ALEXY, 2013a, p. 7). Nesses termos, a argumentação jurídica tipicamente circunscrita à esfera do participante se insere no gênero da razão prática (ALEXY, 2010a, p. 212-220).

Pode-se pensar em um jurista dedicado a estudar as circunstâncias nas quais se permite o aborto consentido no Brasil. Imagine-se também que o jurista em questão está convencido

...

¹⁰ Também contra a correspondência entre perspectiva interna e prescrição, de um lado, e perspectiva externa e descrição, de outro, é Múrias (2011, p. 15), mas por razões diversas das aqui apresentadas.

¹¹ Ver, por exemplo, o debate entre Perry (1997, p. 97-135) e Moore (2002, p. 91-114). Ver também Stolz (2007, p. 107-110).

¹² O exemplo foi retirado de Andrade Neto (2015, p. 34-35).

de que a tarefa que tem diante de si é puramente descritiva. Ele pretende dizer o que o Direito é, e não o que ele deve ser. E, de fato, grande parte de seu trabalho consiste simplesmente em reportar como os conceitos de *crime*, *nascituro* e *direito à vida* são entendidos e utilizados na argumentação jurídica, o que implica descrever algo da prática legal por trás desses conceitos – ou seja, como os membros da comunidade jurídica em questão lidam com essas questões.¹³ Todavia, quer o pesquisador queira, quer não, o resultado que obterá será prescritivo, pois esses conceitos jurídicos são, também e essencialmente, normativos (ALEXY, 2008, p. 291-292). Assim, se ele concluir que o aborto consentido é permitido no Brasil nas hipóteses expressamente previstas no art. 128 do Código Penal,¹⁴ estará não apenas prescrevendo o uso correto daqueles conceitos – o que é trivial –, mas também dizendo como mulheres e médicos *devem ser* tratados naquelas circunstâncias e, principalmente, como cortes devem decidir demandas que se subsumam àquela regra.

A questão se torna ainda mais complexa se se considera que o Direito inclui tanto uma dimensão real quanto ideal, e um participante pode apreender ambas (ALEXY, 2013b, p. 103). A dimensão real, ou institucional, compõe-se pelo material jurídico socialmente eficaz e promulgado pela autoridade competente; a dimensão ideal, ou crítico-avaliativa, é constituída por meio de correção moral e razão prática (ALEXY, 2013b, p. 99; 2008, p. 290). Nas palavras de Alexy (2008, p. 290), “Um elemento central da dimensão ideal do Direito é a pretensão de correção (*claim to correctness*) [...]”. Suponha-se que, no exemplo citado acima, o jurista pretendia apenas descrever como as instituições jurídicas têm interpretado e aplicado o Direito sobre o aborto. Isto é, pretendia dizer qual é o Direito realmente aplicado pelos tribunais em relação ao aborto, e não o que ele deve ser. Nesse caso, tanto os argumentos descritivos produzidos no estudo – por exemplo, o fato de que o STF já decidiu que o aborto consentido de um feto anencéfalo não constitui crime (BRASIL, 2013) – quanto as consequências prescritivas intrínsecas a eles – por exemplo, a de que os tribunais e juízes inferiores têm o dever de respeitar a decisão do STF – circunscrever-se-iam ao Direito real, embora formulados da perspectiva do participante. Mas poderia ser o caso que o mesmo estudioso expusesse qual é a opinião doutrinária e jurisprudencial predominante (ou mesmo consensual) sobre a questão para então criticá-la. Nesta hipótese, o pesquisador descreveria o que o Direito real é, para prescrever, com base no Direito ideal, o que deveria ser.

A distinção entre Direitos real e ideal (ou entre Direito institucionalizado e Direito justo/racional) impacta o modo como os argumentos de diferentes participantes são recebidos

...

13 Sobre o aspecto descritivo dos conceitos jurídicos, ver Moore (2002, p. 101-102).

14 ¹⁴ “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 1940).

pelos demais, e sobre isso se falará novamente a seguir, ao se enfrentar a objeção que Raz (2007) opõe à concepção de participante defendida aqui.

3 REFINANDO A DISTINÇÃO ENTRE OBSERVADORES E PARTICIPANTES

Conforme exposto acima, a perspectiva do participante é adotada por quem afirma (ou pretende afirmar) o que é permitido, proibido ou determinado por um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas desse sistema (ALEXY, 2010b, p. 25). A possibilidade de formular tais argumentos inclui a aptidão de aceitar, questionar ou rejeitar argumentos similares feitos por outros, bem como participar do debate acerca do sentido (conteúdo e finalidade) correto de proposições jurídicas. Somente a partir da perspectiva do participante, pode-se adentrar o contexto de justificação e aduzir argumentos justificativos a favor ou contra a validade de proposições jurídicas. Para fazer tais afirmações, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Noutras palavras, “participante” e “membro” não necessariamente se equivalem. Uma primeira consequência prática relevante de tal concepção de participação é que mesmo aqueles que não são membros de uma comunidade jurídica podem adotar o ponto de vista de um participante (MACCOR-MICK, 1994, p. 291).

Argumentos formulados da perspectiva do participante são proposições internas à argumentação jurídica acerca do sentido, validade e/ou correção de outras proposições jurídicas. Partindo dessa premissa, pode-se enfrentar a crítica que Raz (2007) dirige à distinção entre participante e observador. Referindo-se à concepção empregada por Alexy (2010b) e endossada neste estudo, Raz (2007, p. 63) afirma que ela é “confusa”. Alexy define a perspectiva do participante como aquela “[...] adotada por quem, dentro do sistema jurídico, participa da disputa sobre o que é obrigatório, proibido ou permitido naquele sistema jurídico, e para qual finalidade se volta o poder nesse sistema jurídico [...]” (ALEXY, 2010b, p. 25). Já Raz (2007) aponta essencialmente para os problemas causados pela expressão “dentro do sistema jurídico”, por considerar que estar “dentro ou fora de um sistema jurídico” é algo controverso. Para ilustrar a dificuldade trazida pelo termo, ele indaga:

Se eu escrevo para uma revista inglesa um artigo sobre a legislação relativa aos refugiados na Alemanha, eu estou dentro ou fora do sistema jurídico? Se meu artigo fosse apresentado a uma corte alemã como parte de uma interpretação da legislação alemã, ele se tornaria um argumento escrito de dentro [do sistema jurídico], enquanto até então ele havia sido escrito de fora? (RAZ, 2007, p. 63-64)

A questão levantada por Raz (2007) traz à tona a excessiva importância dada à aceitação na concepção de participante formulada por Hart (1994). Este já havia percebido o

problema, que tentou contornar, sem sucesso, ao diferenciar os observadores que entendem as normas do sistema, apesar de não as aceitarem, daqueles que as ignoram por completo (HART, 1994, p. 89-90). Os primeiros chegam muito perto de reproduzir o que as normas significam para os participantes, Hart (1994, p. 90) afirma. As falhas nessa solução foram apontadas por Raz (2002) e MacCormick (2008), os quais, no entanto, não fizeram mais que aumentar a confusão ao introduzir novas categorias. Raz (2002, p. 158-159) fala em *participante comprometido*, *participante desinteressado*, *observador desinteressado* e *observador comprometido*; MacCormick (2008, p. 22-23), em pontos de vista *interno*, *externo não extremo* (ou *hermenêutico*) e *externo extremo*. Este estudo defende que a distinção apresentada acima entre membro e participante de um sistema jurídico é capaz de responder adequadamente à crítica de Raz (2007) de uma forma mais simples que as categorias especiais introduzidas por ele, Hart (1994) e MacCormick (2008).

Todo aquele que se imagina na posição de um membro da comunidade, e, a partir desse ponto de vista, afirma o que é obrigatório, proibido ou permitido no sistema jurídico dessa mesma comunidade, adota a perspectiva do participante (ALEXY, 2010b, p. 25). Dessa maneira, se o artigo sobre o Direito alemão dos refugiados publicado por um autor israelense em uma revista inglesa está focado, por exemplo, no desenvolvimento desse ramo jurídico (como mero relato da sucessão de fatos legislativos e judiciais), ou nas estatísticas judiciais acerca do número de processos julgados anualmente sobre o tema, a perspectiva adotada é a do observador. Se, no entanto, o artigo critica uma decisão proferida pela Tribunal Constitucional Federal (TCF) acerca da matéria, e propõe como o caso deveria ser corretamente decidido de acordo com o Direito alemão – ou ainda, considerando os direitos humanos ou o Direito Internacional,¹⁵ por exemplo –, a perspectiva adotada é a do participante. O fato de tratar-se de um autor israelense escrevendo a uma revista inglesa sobre o Direito alemão pouco importa para essa definição.

CONCLUSÃO

A ideia de que os fenômenos jurídicos podem ser encarados a partir de dois pontos de vista metodológicos distintos apareceu primeiro na obra de Max Weber e de autores estadunidenses da primeira metade do século XX, como Dickinson e Cohen. No entanto, foi Hart quem a difundiu. A Teoria do Direito contemporânea apropriou-se dos conceitos hartianos, que foram reinterpretados por Dworkin, Alexy, MacCormick e Raz. Este estudo pretendeu reabilitar a distinção entre as perspectivas e rerepresentá-las, refinadas e com modificações, à doutrina jurídica brasileira. O trabalho se justifica na medida em que a opção pela perspectiva correta constitui uma escolha metodológica fundamental, que, como tal, condiciona o acerto ou o erro das conclusões sustentadas pelo jurista ou operador do Direito.

Partindo da concepção alexyana, afirmou-se que a perspectiva metodológica do observador deve ser adotada por quem pretende examinar como decisões jurídicas são realmente

tomadas em um sistema jurídico ou como as instituições de tal sistema funcionam de fato. O ponto de vista do observador é, portanto, externo à esfera propriamente normativa do Direito: ele enxerga as práticas jurídicas “de fora”, a partir de um contexto mais amplo. Assim, proposições feitas dessa perspectiva são avaliadas de acordo com o critério geral de verdade/falsidade empírica, como o são proposições sobre fatos históricos, políticos, sociológicos, psicológicos, econômicos, antropológicos ou neurológicos, por exemplo.

Já a perspectiva do participante é a que permite a alguém afirmar o que um sistema jurídico, uma norma ou um conjunto de normas daquele sistema proíbe, permite ou obriga. A possibilidade de formular tais proposições pressupõe a de aceitar, questionar ou rejeitar proposições similares formuladas por outros participantes na argumentação jurídica. Assim, quem adota a perspectiva do participante inevitavelmente toma parte do debate acerca do sentido, conteúdo e finalidade do Direito. Esse debate segue regras comuns ao discurso prático geral, mas também regras específicas do discurso jurídico. Do conjunto dessas regras, extraem-se critérios de correção internos a um dado sistema jurídico, de modo que, estritamente falando, proposições formuladas da perspectiva do participante só são válidas naquele contexto – embora possam aspirar, e frequentemente aspirem, ao convencimento de uma audiência universal. Distintivo do ponto de vista do participante é que proposições formuladas a partir dessa perspectiva serão sempre prescritivas, ainda que também descritivas.

Isso leva aos resultados deste trabalho. A escolha de uma perspectiva é inevitável, pois metodologicamente necessária, e impõe limites à argumentação desenvolvida pelo estudioso ou operador do Direito, mas tais limites não incluem uma separação rígida entre os métodos prescritivo e descritivo. Se não é correto dizer que os argumentos empregados da perspectiva do participante são exclusivamente prescritivos, tampouco são necessária e exclusivamente descritivos os argumentos formulados da perspectiva do observador. As duas perspectivas autorizam tanto à prescrição quanto à descrição – e, na verdade, por vezes exigem o emprego simultâneo de ambas.

Mas se a escolha de uma perspectiva não implica uma separação rígida entre descrição e prescrição, que limites ela impõe? Primeiro, ela impede que resultados obtidos a partir da perspectiva do observador adentrem a perspectiva do participante em sua forma pura, ou seja, sem antes serem “traduzidos”. Isso equivale a dizer que conclusões normativas não podem ser logicamente extraídas de premissas puramente empíricas nem derivadas de argumentos puramente descritivos. Segundo, ela restringe o uso de certos tipos de argumentos. Só da perspectiva do participante, podem-se formular argumentos justificativos; da perspectiva do observador, só se podem formular argumentos explicativos, ainda que o contexto em questão seja o de justificação de decisões ou proposições jurídicas.

Um terceiro resultado alcançado por este trabalho foi o refinamento da perspectiva do participante. Diferenciou-se o conceito de membro – aplicável a quem se sujeita às normas de uma comunidade, ainda que involuntariamente –, do de participante. Para adotar

a perspectiva do participante, isto é, afirmar o que uma norma, um conjunto de normas ou o sistema jurídico proíbem, permitem ou determinam, é necessário imaginar-se na posição de um membro da comunidade, ainda que, de fato, não se esteja obrigado pelas normas jurídicas que a regem. Tal diferença entre membro e participante é especialmente útil para o Direito Comparado, pois autoriza o comparatista, que não é membro das comunidades jurídicas que analisa, a estudá-las mesmo assim. Mas não é útil somente para esse ramo do Direito. Ela autoriza, por exemplo, que os trabalhos de renomados teóricos estrangeiros sejam absorvidos pela prática jurídica local, às vezes como maior intensidade que obras de estudiosos nativos.

Falta detalhar, no entanto, por que as proposições formuladas por diferentes juristas ou operadores do Direito são recebidas pelos membros da comunidade de maneira tão diversa. Falta, ainda mais, explicar por que, dentre tantos e diversos participantes, o juiz seja usualmente considerado como detentor da posição paradigmática de participação, de modo que qualquer um que pretenda afirmar o que o Direito, corretamente interpretado, proíbe, obriga ou permite, tem que se colocar na posição de um juiz ideal. Esses, no entanto, são temas a serem explorados em pesquisas posteriores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. What We Do, and Why We Do It. *Stanford Law Review*, p. 1885-1904, 1993.

ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford; Portland, Or.: Hart, 2007. p. 37-55.

_____. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.

_____. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Trad. Ruth Adler; Neil MacCormic. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010a.

_____. *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Trad. Stanley L. Paulson; Bonnie Litschewski Paulson. New York: Oxford University Press, 2010b.

ALEXY, Robert. Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (Eds.). *Neutrality and theory of law*. New York: Springer, 2013a. p. 225-238.

_____. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 58, n. 2, p. 97-110, 2013b.

ANDRADE NETO, João. *On the Influence of the Principles Theory on the Case Law of the Federal Supreme Court of Brazil: A case study on judicial borrowing*. Tese (Doutorado em Direito) - Universität Hamburg, Hamburgo, 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BAIER, Kurt. *The Moral Point of View: A rational basis of ethics*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1966.

BARNETT, Randy. The Internal and External Analysis of Concepts. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 3, p. 525-535, 1989.

BÓDIG, Mátyás. Legal Theory and Legal Doctrinal Scholarship. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 23, n. 2, p. 483-514, 2010.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *DO*, 31 dez. 1940.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *DOU*, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 Abr. 2012. *DJe*, 80, 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 7 mai. 2014.

COHEN, L. Jonathan. *The Principles of World Citizenship*. Oxford: Blackwell, 1954.

DANZIGER, S.; LEVAV, J.; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

DEWEY, John. Logical Method and Law. *The Cornell Law Quarterly*, v. 10, p. 17-27, 1914-1925.

DICKINSON, J. Legal Rules: Their Function in the Process of Decision. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, v. 79, n. 7, p. 833-868, 1931.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Belknap, 1986.

GOLDING, Martin P. *Legal Reasoning*. Ontario: Broadview, 2001.

GRIMES, D. A. et al. Unsafe abortion: the preventable pandemic. *The Lancet*, v. 368, n. 9550, p. 1908-1919, 2006.

HART, H. L. A. *Definition & Theory in Jurisprudence: An Inaugural Lecture Delivered Before the University of Oxford on 30 May, 1953*. Oxford: Clarendon, 1959.

_____. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

LITOWITZ, Douglas E. Internal versus External Perspectives on Law: Toward Mediation. *Florida State University Law Review*, v. 26, n. 1, p. 127-150, 1998.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1994.

_____. *H.L.A. Hart*. 2. ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

MILLIGAN, Joy. Pluralism in America: Why Judicial Diversity Improves Legal Decisions About Public Morality. *New York University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 1206-1248, 2006.

MOORE, Leighton. Description and Analysis in the Concept of Law. *Legal Theory*, v. 8, n. 1, p. 91-114, 2002.

MÚRIAS, Pedro. Weber e Hart sobre as perspectivas externa e interna: uma releitura. In: MIRANDA, J. (Ed.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. I, p. 105-121.

PERRY, Stephen R. Interpretation and methodology in legal theory. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Law and interpretation: essays in legal philosophy*. Oxford: Clarendon, 1997. p. 97-135.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford; Portland, Oregon: Hart, 2007.

REICHENBACH, Hans. *The Rise of Scientific Philosophy*. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 1968.

ROSS, Alf. Tû-tû. *Harvard Law Review*, v. 70, n. 5, p. 812-825, 1957. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/10.2307/1337744>>. Acesso em: 26 out. 2015.

SCHWARTZ, Richard L. Internal and External Method in the Study of Law. *Law and Philosophy*, v. 11, n. 3, p. 179-199, 1992.

SHAPIRO, Scott. What Is the Internal Point of View? *Fordham Law Review*, v. 75, n. 3, p. 1157-1170, 2006.

SINGH, S. et al. *Abortion Worldwide: A decade of uneven progress*. New York: Guttmacher Institute, 2009.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 101-119, 2007.

TAMANAH, Brian Z. The Internal/External Distinction and the Notion of a “Practice” in Legal Theory and Sociolegal Studies. *Law and Society Review*, p. 163-204, 1996.

TWINING, William. Have concepts, will travel: analytical jurisprudence in a global context. *International Journal of Law in Context*, v. 1, n. 1, p. 5-40, 2005.

VIDMAR, N. The Psychology of Trial Judging. *Current Directions in Psychological Science*, v. 20, n. 1, p. 58-62, 2011.

WASSERSTROM, Richard A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. Stanford; London: Stanford University Press; Oxford University Press, 1972.

WEBER, Max. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Trad. Ephraim Fischhoff et al. Berkeley: University of California Press, 1978.

WINCH, Peter. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge, 1990.

João Andrade Neto

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSITÄT HAMBURG (UHH). MESTRE
E BACHAREL EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS
GERAIS (UFMG). PROFESSOR DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO À
DISTÂNCIA DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS
GERAIS (PUC MINAS VIRTUAL).

andrdneto.joao@gmail.com