



Horácio Lopes Mousinho Neiva

META-TEORIA DO DIREITO

ENSAIOS REUNIDOS

29

| φ

Este livro insere-se no contexto do debate metodológico, e pretende analisá-lo sob a ótica de quatro diferentes teóricos: Joseph Raz, Scott J. Shapiro, John Finnis e Ronald Dworkin. O objetivo é, a partir de artigos que discutem em detalhes as propostas metodológicas diversas de cada um deles, apresentar ao leitor um panorama das posições e questões atualmente discutidas na área. O livro se inicia com um capítulo sobre as diversas faces do positivismo jurídico, que, segundo argumento, passou ter significados - ou níveis - diversos, com a virada metodológica descrita anteriormente. Em seguida, analiso duas propostas metodológicas relacionadas - as de Raz e Shapiro - que defendem a neutralidade moral da teoria do direito a partir de uma concepção específica sobre a natureza da análise conceitual. Raz e Shapiro, conforme argumento, podem bem ser descritos como positivistas metodológicos. A crítica a suas posições é brevemente apresentada já nos capítulos que analisam suas teorias, mas as objeções mais gerais à própria ideia de uma teoria do direito moralmente neutra, defendida pelos positivistas metodológicos, são mais extensamente exploradas nos capítulos dedicados a John Finnis e Ronald Dworkin. No primeiro, mostro como a proposta jusnaturalista de Finnis inclui uma poderosa crítica metodológica - baseada nos dispositivos do caso central e significado focal - à metodologia moralmente inerte dos positivistas. No capítulo dedicado a Dworkin, mostro como o que Macedo Junior chamou de nova "conceitografia" de Dworkin oferece uma crítica importante ao positivismo, que ignoraria os diversos contextos de uso dos nossos diversos conceitos. Segundo argumento, o desafio lançado por Dworkin mostra como os positivistas tentam reduzir os nossos diversos "conceitos" de direito a um único conceito, criterial, que poderia ser analisado de maneira moralmente neutra. Será esse erro que Dworkin procurará explorar na sua importante crítica ao positivismo metodológico.



META-TEORIA DO DIREITO



Série *Comitê editorial da*
Ciências Jurídicas & Sociais

- Liane Tabarelli, PUCRS, Brasil
- Marcia Andrea Bühring . PUCRS, Brasil
- Orci Paulino Bretanha Teixeira, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
- Voltaire de Lima Moraes, PUCRS, Brasil
- Thadeu Weber, PUCRS, Brasil.
- Fernanda Medeiros, PUCRS, Brasil.

META-TEORIA DO DIREITO

ENSAIOS REUNIDOS

Horácio Lopes Mousinho Neiva

φ editora fi

Direção editorial: Liane Tabarelli
Marcia Andrea Bühring
Orci Paulino Bretanha Teixeira
Voltaire de Lima Moraes

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Fotografia de capa: PACIFIC CENTURY PLACE - Kristopher - www.krismatheson.com

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais - 29

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho.

Meta-teoria do direito: ensaios reunidos. [recurso eletrônico] / Horácio Lopes Mousinho Neiva -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

129 p.

ISBN - 978-85-5696-153-2

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito. 2. Filosofia do direito. 3. Positivismo jurídico. 4. Metodologia. 5. Jusnaturalismo. 6. Crítica e interpretação. I. Título. II. Série

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1: AS VÁRIAS FACES DO POSITIVISMO JURÍDICO	17
CAPÍTULO 2 - MÉTODO E SUBSTÂNCIA NO POSITIVISMO JURÍDICO DE JOSEPH RAZ.....	29
2.1 O método descritivista de Joseph Raz	29
2.1.1 Conceito e Natureza do direito	30
2.1.2 Análise conceitual, intuições e o conceito de direito.....	35
2.1.3 Explicando as divergências.....	37
2.2 O Positivismo Jurídico Exclusivo	40
2.3 Conclusão.....	46
CAPÍTULO 3 - SCOTT J. SHAPIRO E A METODOLOGIA DA TEORIA DO DIREITO.....	49
3.1 O que é a teoria do direito?.....	50
3.1.1 Teoria analítica x teoria normativa do direito	50
3.1.2 Os vários sentidos da pergunta “o que é o direito?”	52
3.1.3 A Natureza do Direito.....	53
3.2 Análise conceitual	54
3.3 Problemas metodológicas na teoria de Shapiro	61
3.4 Conclusão.....	68
CAPÍTULO 4 - JOHN FINNIS— O JUSNATURALISMO ENFRENTA O DEBATE METODOLÓGICO ...	71
4.1 Definindo a controvérsia	71
4.2 A estrutura do argumento metodológico de Finnis	74
4.3 Os múltiplos conceitos de direito.....	77
4.4 A insuficiência do apelo a intuições.....	80
4.5 Caso central e significado focal: a alternativa metodológica de Finnis.....	84
4.5.1 Construindo uma teoria geral do direito	86
4.5.2 Critérios de centralidade e argumentos normativos.....	90
CAPÍTULO 5 - CONCEITOS INTERPRETATIVOS E A CRÍTICA METODOLÓGICA DE RONALD DWORKIN	97
5.1 Conceito e concepção.....	98
5.2 Os diversos contextos de uso dos conceitos.....	111
5.3 O papel da interpretação	117
5.4 Conceitos interpretativos e natureza normativa da teoria do direito.....	123
REFERÊNCIAS.....	125

PREFÁCIO

*Ronaldo Porto Macedo Jr.*¹

Quatro autores em busca do método perdido (E com uma pequena ajuda do Horácio)

Existem diversas portas de entrada para o estudo da teoria do direito. Não obstante, elas nem são infinitas, nem igualmente boas ou adequadas. O leitor tem em suas mãos um valioso e bem escolhido caminho para o estudo da teoria do direito contemporânea.

Horácio Neiva nos oferece uma leitura madura de um dos pontos centrais do debate teórico jurídico contemporâneo: a sua inevitável natureza metodológica. Isto porque as clássicas perguntas que sempre ocuparam a mente dos teóricos do direito do passado, assumiram contemporaneamente (e de maneira muito especial a partir da publicação do clássico *O conceito de Direito*, de H.L.A. Hart) novos contornos e exigências. A perguntas clássicas do passado: “O que é o direito? Em que consiste uma teoria do direito?” já não podem ser respondidas como o foram no passado. Não apenas porque as respostas são distintas ou porque o direito mudou, mas também porque a própria determinação do objeto e natureza do direito, bem como os meios adequados para compreendê-lo estão também centro das questões a serem respondidas pelos teóricos do direito. Esta inevitável reflexão metodológica (com seus tentáculos na epistemologia, teoria da verdade, teoria da ação social e filosofia da linguagem) tornou-se central no debate contemporâneo em teoria do direito.

Hoje em dia as clássicas *questões persistentes* (como as denominava Hart) acerca da relação entre Direito e Moral, Regra e Direito ou Poder e Direito, assumiram nova e cada vez mais sofisticada dimensão filosófica. Isto porque a pergunta pela natureza do direito nos obriga a tomarmos posição sobre o seu caráter normativo. Hoje não se disputa que o direito seja uma prática social. Mas seria uma prática social regulada exclusivamente por fatos dotados de autoridade? Ou haveria *razões* para agir constituídas nesta

¹ Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP e da FGV Direito São Paulo

prática? Mas seriam estas razões avaliativas ou apenas motivações (causas para agir, como o medo ou a força)? Por fim, seriam estas razões avaliativas de tipo moral (envolvendo juízos sobre o que é certo ou errado fazer) ou apenas razões não-morais, fixadas pela capacidade de uma autoridade gerar obediência pacífica e/ou coordenação social?

Do lado da teoria do direito, também as velhas questões assumem novos contornos no debate contemporâneo. Seria a teoria do direito meramente descritiva de uma prática social, ou teria ela também uma dimensão normativa ou prescritiva? Qual é a tarefa da teoria do direito, descrever o direito, tal como outras ciências descrevem os seus objetos? Ou *também* orientar comportamentos, na medida em que descreve uma normatividade *também* moral no interior do qual os próprios teóricos se situam? Estas questões certamente ecoam a velhas questões da teoria jurídica do passado como aquela acerca da sua natureza descritiva de um *ser* (práticas sociais) ou de parâmetros do *dever-ser* (critérios de justiça) ou a pergunta sobre se o direito injusto ainda é direito. Contudo, a semelhança esconde uma enorme diferença na forma do tratamento das questões.

O debate contemporâneo se revitalizou radicalmente nos últimos 50 anos em razão do enorme impacto da filosofia da linguagem, da epistemologia e da renovação da filosofia moral nas últimas décadas. Isto tornou o debate mais complexo e, em boa medida, também mais técnico-filosófico. Conceitos centrais da teoria do direito como verdade, objetividade, ciência, prática social e moral passaram ter os seus significados questionados e redefinidos em relação a novos sistemas filosóficos. Estas transformações se expressaram na forma como as questões clássicas (O que é o direito? O que é a teoria do direito?) passaram a ser compreendidas.

A sofisticação filosófica sempre foi um desafio e uma dificuldade para o jurista. Como enfrentar questões complexas sem o necessário treino ou formação filosófica? Esta não é uma questão que merece resposta simples. Na verdade os caminhos do filosofar e o próprio objeto da filosofia sempre foram duas das questões persistentes da própria filosofia. Mas é possível visualizar um caminho prudente que Horácio nos auxilia a seguir.

O caminho consiste em humildemente colocarmo-nos nos ombros de grandes nomes do debate contemporâneo (quase supondo que sejam gigantes) e tentar compreendê-los em seus desacordos. Situar as questões e problemas que escolheram (e por que escolheram)

e analisar as razões de suas divergências. A prudência recomenda algo mais. Localizarmos estes problemas não em amplos e genéricos panoramas, mas a partir de alguns sistemas de pensamento (ou autores) selecionados a partir dos quais se pode ter uma visão do debate. Ao invés de pretender ver a floresta de uma só vez, começar por algumas espécies centrais de árvores que deram muitos frutos.

É isto que autor nos oferece com elegância, clareza e bom estilo. Percorrer o tema da natureza do direito a partir de referências centrais do positivismo jurídico (especialmente Joseph Raz e Scott Shapiro, mas também H.L.A. Hart aparece no *backstage*) e da crítica ao positivismo (John Finnis e Ronald Dworkin) e mostrar ao leitor como nelas se organizou o debate contemporâneo e porque assumiu um caráter marcadamente “metodológico” (ou filosófico).

Não espere o leitor um resumo simplificador de ideias alheias. O livro tem um recorte analítico claro. Ele percorre o tema da natureza do direito e da teoria do direito, mostrando como ele se constitui dentro de variantes do positivismo jurídico e do pensamento anti-positivista. A interpretação dos autores é cuidadosa e cirúrgica e a serviço deste propósito. Sintético e direto, o livro introduz o seu leitor nesta complexa floresta de autores e conceitos pela qual enxergamos a teoria do direito.

Horácio não apenas apresenta um debate. Ele se situa dentro dele, endossando vários dos principais argumentos metodológicos oferecidos por Finnis e Dworkin em suas críticas a forma como positivismo jurídico define a natureza do direito e da própria teoria do direito. Ao fazê-lo, mais do que expressar a sua mera opinião, ele expõe argumentos poderosos e convida os defensores do positivismo a uma reação a altura do seu próprio empreendimento. É o que esperamos!

É isto que faz deste pequeno livro (e que também é bom por ser sintético!) um presente tanto para quem se introduz no estudo da teoria do direito, como para aquele que já se movimenta dentro dela. Nele encontramos um convite elegante para seguir uma das portas importantes para a compreensão da real condição da teoria do direito do presente, em particular daquela de analítica e anglo-saxã e que a cada dia expande suas influências no contexto brasileiro.

São Paulo, 18 de junho de 2017.

INTRODUÇÃO

A preocupação dos teóricos do direito com questões sobre a natureza da própria teoria do direito é, sem dúvida alguma, um dos traços mais característicos do debate contemporâneo na área. Um pesquisador iniciante, ao estudar a literatura acadêmica produzida nas últimas décadas, encontrará teóricos tentando responder não apenas a questão central da disciplina - o que é o direito? - mas também o que é, e o como se faz, teoria do direito.

As razões para essa “virada metodológica” são várias. Uma das principais é que os termos do debate contemporâneo foram definidos por trabalhos de forte caráter metodológico. Tanto em *Natural Law and Natural Rights*, de John Finnis, quanto em *Law's Empire*, de Ronald Dworkin, o positivismo jurídico - até então, a posição dominante no debate teórico de língua inglesa - foi criticado não apenas por ser uma teoria que descreve mal as nossas práticas jurídicas, mas também por ser uma teoria do direito que aplica (ou crê aplicar) uma metodologia inadequada para explicar um fenômeno como o Direito.

Mas seria um erro afirmar que a “virada metodológica” do debate teórico contemporâneo se iniciou com as objeções anti-positivistas de Finnis e Dworkin. H.L.A. Hart, logo no início de seu ensaio inaugural como professor da cadeira de teoria do direito na Universidade de Oxford, *Definition and Theory in Jurisprudence*, afirmava que:

No direito, como alhures, nós podemos saber e, ainda assim, não entender. Sombras frequentemente obscurecem nosso conhecimento, as quais não apenas variam de intensidade, mas colocam diferentes obstáculos à luz. Estas não podem ser removidas pelos mesmos métodos, e até que o caráter preciso da nossa perplexidade seja determinado, nós não podemos dizer que ferramentas iremos precisar (Hart, 1983, p. 21).

Macedo Júnior escreve, de maneira apropriada, que Hart foi o responsável por introduzir, no debate contemporâneo, “o ‘ovo da serpente’ metodológico” (Macedo Jr., 2013a, p. 52). A partir dessa introdução, os teóricos que passaram a escrever na

tradição iniciada por Hart, trataram o problema metodológico como um dos pontos centrais da disciplina. Sua preocupação, nesse ponto, era definir a fonte das perplexidades, e as ferramentas necessárias para contorná-las, para usarmos a expressão de Hart. E, de algum modo, não é surpresa que isso seja assim: o direito é um fenômeno complexo, composto por práticas humanas impregnadas por termos como “dever”, “obrigação” e “direito subjetivo” que não tem um correspondente direito na nossa realidade física. Saber como entender esses conceitos, os contextos em que são usados e, com isso, avançar na compreensão das práticas e enunciados jurídicos, é a um avanço importante para qualquer disciplina filosófica.

Esse avanço torna-se ainda mais relevante diante da nova agenda filosófica, que se impregnou na teoria do direito, principalmente com os trabalhos de Hart (Macedo Jr., 2013a, pp. 52–64). Questões sobre verdade, objetividade e natureza da linguagem colocaram em xeque antigas formas de compreender o fenômeno jurídico, dando espaço para concepções metodológicas mais sofisticadas e complexas (Michelon Jr., 2004). Essas questões floresceram, e geraram novas controvérsias - em especial, acerca da natureza *normativa* da teoria do direito. Além de discutir as relações entre direito e moral, os teóricos passaram a discutir a relação entre a moral e a própria *teoria do direito*, o que fez surgir uma vasta literatura sobre o tema.

Este livro insere-se no contexto do debate metodológico, e pretende analisá-lo sob a ótica de quatro diferentes teóricos: Joseph Raz, Scott J. Shapiro, John Finnis e Ronald Dworkin. O objetivo é, a partir de artigos que discutem em detalhes as propostas metodológicas diversas de cada um deles, apresentar ao leitor um panorama das posições e questões atualmente discutidas na área. O livro se inicia com um capítulo sobre as diversas faces do positivismo jurídico, que, segundo argumento, passou ter significados - ou níveis - diversos, com a virada metodológica descrita anteriormente. Em seguida, analiso duas propostas metodológicas relacionadas - as de Raz e Shapiro - que defendem a neutralidade moral da teoria do direito a partir de uma concepção específica sobre a natureza da análise conceitual.

Raz e Shapiro, conforme argumento, podem bem ser descritos como positivistas *metodológicos*. A crítica a suas posições é brevemente apresentada já nos capítulos que analisam suas teorias, mas as objeções mais gerais à própria ideia de uma teoria do direito moralmente neutra, defendida pelos positivistas metodológicos, são mais extensamente exploradas nos capítulos dedicados a John Finnis e Ronald Dworkin. No primeiro, mostro como a proposta jusnaturalista de Finnis inclui uma poderosa crítica metodológica - baseada nos dispositivos do caso central e significado focal - à metodologia moralmente inerte dos positivistas. No capítulo dedicado a Dworkin, mostro como o que Macedo Junior (2013a) chamou de nova “conceitografia” de Dworkin oferece uma crítica importante ao positivismo, que ignoraria os diversos *contextos* de uso dos nossos diversos conceitos. Segundo argumento, o desafio lançado por Dworkin mostra como os positivistas tentam reduzir os nossos diversos “conceitos” de direito a um único conceito, criterial, que poderia ser analisado de maneira moralmente neutra. Será esse erro que Dworkin procurará explorar na sua importante crítica ao positivismo metodológico.

Este livro reúne artigos produzidos nos últimos anos, no qual o foco de minhas preocupações acadêmicas foi analisar as diversas posições do debate metodológico contemporâneo. O capítulo 2 foi originalmente publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (n. 65, jul./dez., 2014), e o capítulo 5 é uma versão substancialmente modificada de trechos da minha dissertação de mestrado, apresentada à Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, intitulada *Uma Crítica Metodológica ao Positivismo Jurídico Exclusivo de Joseph Raz*. Os artigos possuem uma evidente unidade temática, mas podem ser lidos isoladamente, e em ordens diversas. Meu objetivo foi apresentar duas posições tipicamente positivistas, e duas críticas - no meu entender, as mais importantes críticas - à proposta geral de uma teoria do direito normativamente inerte. Espero que a obra possa ser útil àqueles que agora se iniciam, ou mesmo para os que já estão familiarizados, com as discussões de meta-teoria do direito.

CAPÍTULO 1

AS VÁRIAS FACES DO POSITIVISMO JURÍDICO

Não é fácil oferecer uma caracterização geral do positivismo jurídico. Essa dificuldade, é verdade, não é específica dessa posição teórica, e pode ser encontrada (e provavelmente será) na caracterização de qualquer “escola” de pensamento: dada a diversidade de autores e de teses, é difícil (e sempre questionável) identificar aquilo que pode ser razoavelmente considerado o núcleo duro comum a todos os membros de determinada “tradição” teórica (Dickson, 2012, p. 48).

Como primeiro passo para entendermos as diversas faces dessa corrente, podemos utilizar a formulação de John Gardner daquilo que seria o núcleo central do positivismo jurídico contemporâneo. Utilizo essa formulação específica por considerá-la clara e concisa e também por ser uma formulação bem aceita entre a comunidade de teóricos do direito (o artigo no qual Gardner a apresenta é um dos mais lidos e citados a respeito do tema, sendo utilizado como referência inclusive por alguns críticos do positivismo). Para Gardner, a tese central do positivismo jurídico pode ser formulada da seguinte maneira:

Em qualquer sistema jurídico, se uma norma é juridicamente válida, e se ela faz parte, assim, do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos (onde os seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes) (Gardner, 2012, p. 21).

Formulações semelhantes daquilo que poderia ser considerado o núcleo do positivismo jurídico podem ser encontradas, por exemplo, em Marmor (2001, p. 71) e Raz (2011b, pp. 37, 319), o que sugere que a formulação de Gardner serve de fato como uma razoável síntese do núcleo das diversas teorias positivistas. De acordo com ela, não há uma conexão necessária entre valores morais e os *critérios de validade jurídica*. Para sabermos se uma possível norma *p* faz ou não parte de determinado sistema

jurídico *S*, devemos investigar suas fontes (caso existentes) e não seus méritos intrínsecos. A dimensão dessa tese varia, no entanto, de acordo com a versão do positivismo com a qual estamos lidando. Para os assim chamados positivistas inclusivos, valores morais podem funcionar como critérios de validade jurídica, desde que sejam incorporados como critérios relevantes por alguma fonte social específica. Para eles, é possível existir uma conexão entre direito e moral (entendida essa conexão de acordo com a fórmula de Gardner), mas ela não é necessária. Para os positivistas exclusivos, ao contrário, além de não ser necessário que valores morais figurem como critérios de validade jurídica, isso não é sequer conceitualmente possível: a separação entre direito e moral (mais uma vez, entendida essa separação de acordo com a fórmula de Gardner) é necessária e não simplesmente contingente. A conclusão de Gardner, então, é que o positivismo jurídico é “uma tese apenas sobre as condições de validade jurídica” (Gardner, 2012, p. 49).

A separação entre valores morais e critérios de validade jurídica, no entanto, não representa a única face do positivismo jurídico contemporâneo. Alguns positivistas, nos últimos anos, têm defendido não só uma das duas versões da tese da separação sintetizada na fórmula de Gardner, mas também um outro tipo de separação: a separação entre valores morais e a própria teoria do direito. De acordo com essa tese, para construirmos teorias do direito não é necessário realizar qualquer tipo de julgamento de valor moral a respeito do nosso objeto de estudo. Isso quer dizer que, no momento de nos decidirmos a respeito da verdade ou falsidade do positivismo jurídico (como sintetizado na fórmula de Gardner), ou mesmo de qualquer outra tese substantiva do campo da teoria do direito, o “valor moral” expresso na tese não entrará no conjunto de razões relevantes para sua aceitação.

Para diferenciar e explicar as afirmações acima, utilizarei a distinção feita por Stephen Perry (1996, p. 361, 1998, p. 467, 2004, p. 311) entre as versões (ou faces) *substantiva* e *metodológica* do positivismo jurídico. Os positivistas *substantivos* defendem alguma versão (inclusivista ou exclusivista) da tese da separação sintetizada na fórmula de Gardner. Para eles, para determinarmos se uma

norma é ou não juridicamente válida não é necessário (para alguns, sequer é possível) recorrer a valores morais. Os positivistas *metodológicos*, por sua vez, sustentam que a própria teoria do direito é moralmente neutra e puramente descritiva: suas teses não dependem, para ser verdadeiras, de algum tipo de teste moral. Para sabermos, por exemplo, se a famosa tese das fontes de Joseph Raz é ou não é correta, não é nem preciso nem desejável, de acordo com um positivista metodológico, que recorramos a valores morais ou investiguemos a utilidade, justiça ou praticidade do conteúdo da tese.

Ainda que ambas as faces (substantiva e metodológica) recebam o nome de positivismo jurídico, elas afirmam proposições logicamente distintas (Perry, 1996, p. 361). Não há, assim, nenhum tipo de inconsistência ou contradição em um positivista metodológico que defenda, por exemplo, uma versão do jusnaturalismo de acordo com a qual uma norma, a despeito de passar num teste de *pedigree* relevante, será juridicamente inválida se for também moralmente iníqua. H.L.A. Hart, é verdade, era tanto um positivista jurídico substantivo (pois defendia uma versão inclusivista da tese da separação (Hart, 1994)) quanto um positivista jurídico metodológico (pois defendia a inércia normativa moral da teoria do direito). A relação entre essas duas faces, no entanto, não é necessária: é logicamente possível tanto um positivista metodológico defender uma forma de jusnaturalismo substantivo (como é o caso, por exemplo, de Michael S. Moore), quanto um não-positivista metodológico defender uma forma de positivismo substantivo (como é o caso, por exemplo, de Jeremy Waldron). Isso não significa que qualquer uma dessas combinações será correta, mas tão somente que não há contradição lógica num autor que defenda uma ou outra.

A divisão entre dois níveis ou faces do positivismo torna a própria pertinência do uso do termo “positivismo” questionável. Quando concebemos a possibilidade de um positivista metodológico ser um jusnaturalista substantivo, o uso do termo “positivista” ou perde a importância ou torna-se confuso: afinal, quando nos referimos simplesmente a “positivismo jurídico”, de que variante estamos tratando? Esse é um problema real, e alguns

autores têm insistido que o melhor, para evitá-lo, é abrir mão, na discussão filosófica, do uso de “rótulos”. Os rótulos, no entanto, são de uso corrente no debate teórico contemporâneo, e abrir mão de todos eles pode mais dificultar do que ajudar no engajamento com a literatura especializada. Em todo o caso, a melhor solução para a questão parece ser a seguinte: em primeiro lugar, clareza – sempre deixar o mais claro possível com que tipo de positivismo estamos lidando; em segundo lugar, bom senso – não devemos dar mais peso às definições e rótulos do que eles de fato possuem. O que nos importa é saber se uma tese é ou não verdadeira, e não se podemos ou não a chamar de positivista.

Voltemos ao ponto central deste capítulo: há pelo menos duas teses distintas associadas aos autores positivistas. A primeira, e mais comum, é aquela capturada na fórmula de Gardner de acordo com a qual há uma separação (necessária ou contingente) entre valores morais e critérios de validade jurídica; a segunda é aquela que diz que para construirmos teorias do direito não é preciso (nem recomendável) utilizar argumentos morais. Uma tese não implica logicamente a outra. Ainda assim, as duas se relacionam da seguinte maneira: para um autor que subscreva ao positivismo metodológico, os argumentos que ele poderá se valer para decidir-se pela verdade de sua tese substantiva a respeito da validade jurídica não incluirão argumentos morais. Se um autor rejeita o positivismo metodológico, por sua vez, isso não significa que ele deva também subscrever a uma versão de não-positivismo substantivo: é possível que ele defenda a tese exclusivista da separação entre valores morais e critérios de validade jurídica com base em argumentos *morais*. Em ambos os casos, a verdade ou falsidade da tese substantiva dependerá diretamente dos argumentos permitidos pela tese metodológica. A mais importante consequência desse ponto é a seguinte: um autor poderá ser criticado ou por defender uma tese substantiva equivocada ou por subscrever a uma tese metodológica equivocada. Se conseguíssemos mostrar, por exemplo, que a análise conceitual não resiste às críticas metodológicas naturalistas, a teoria do direito de um autor que aplique essa metodologia estará errada não por conta de sua tese substantiva (que pode estar correta de acordo com

outra metodologia que julgemos adequada), mas por conta de sua tese metodológica.

Diante do quadro traçado acima, é possível notar que os debates contemporâneos em teoria do direito operam em dois níveis distintos. O debate entre positivistas inclusivos e exclusivos, por exemplo, tende a operar apenas no nível substantivo: ambos os lados aderem ao positivismo metodológico (i.e., entendem a teoria do direito como um empreendimento moralmente neutro e puramente descritivo) enquanto disputam qual é a melhor explicação do direito de acordo com esse compromisso metodológico básico. Por outro lado, a crítica, por exemplo, de John Finnis (2011e) ao positivismo em *Natural Law and Natural Rights* dirige-se não à tese positivista substantiva, e sim à tese metodológica que apoiaria essa tese substantiva: não é que, para Finnis, valores morais devam servir (ou de fato sirvam) como critérios relevantes de validade jurídica; é que, para ele, para decidirmos se isso é ou não é o caso, devemos construir uma teoria normativa que utilize avaliações morais.

Ter em vista os diversos níveis do debate nos permite distinguir os diversos tipos de disputas que ocorrem atualmente no campo da teoria do direito. Positivismo *substantivo* e positivismo *metodológico* indicam não apenas duas faces do positivismo jurídico, mas dois níveis distintos de debate na teoria do direito contemporânea. Oberdiek & Patterson (2007, p. 60) utilizam os termos *primeira* e *segunda ordem* para fazer uma distinção similar. As questões de primeira ordem seriam aquelas relativas à verdade ou falsidade da tese central do positivismo (em especial – mas não exclusivamente -- àquela a respeito das condições de validade jurídica); as questões de segunda ordem, por sua vez, diriam respeito ao problema de saber “como se deve fazer teoria do direito” (Oberdiek & Patterson, 2007, p. 60). Nesse sentido, há tanto um positivismo de primeira ordem quanto um positivismo de segunda ordem, bem como um não-positivismo de primeira ordem e um não-positivismo de segunda ordem. O positivismo de primeira ordem seria equivalente ao que Perry chama de positivismo substantivo; o positivismo de segunda ordem, àquilo que ele chama de positivismo metodológico. De maneira similar,

Waluchow & Sciaraffa (2013, pp. xiii–xiv) distinguem entre positivismo e não-positivismo de primeira ordem e positivismo e não-positivismo metodológico. Alguns autores preferem utilizar o termo *descriptivismo* para referir-se ao positivismo metodológico e à tese de que a teoria do direito é puramente descritiva e normativamente inerte. Em oposição ao descriptivismo, podemos chamar de *normativismo* a posição contrária, associada ao não-positivismo metodológico.

Percebe-se, assim, uma forte tendência na literatura de distinguir duas faces do positivismo jurídico (e, na verdade, das teorias do direito em geral): uma substantiva ou de primeira ordem, e outra metodológica ou de segunda ordem. Quando confrontados com uma proposição teórica, portanto, devemos primeiro situá-la dentro desse quadro esquemático e considerar se se trata de uma tese substantiva ou metodológica (assumindo-se que é possível distingui-las) para podermos avaliá-la de maneira adequada.

Para percebermos a utilidade e importância da distinção entre as faces do positivismo, podemos, sucintamente, considerar o debate travado entre Joseph Raz e John Finnis. Uma leitura apressada de Finnis, que se concentrasse tão somente no fato de ele ser considerado um autor jusnaturalista, poderia sugerir que ele diverge de Raz no nível dos critérios de validade jurídica. Assume-se, tradicionalmente, que o debate entre positivistas e jusnaturalistas ocorra no nível substantivo. Os positivistas defenderiam alguma versão da tese das fontes sociais, enquanto os jusnaturalistas a negariam. Para estes, *lex iniusta non est lex* – uma lei injusta não é uma lei. Os primeiros negam, enquanto os segundos defendem, que há uma conexão necessária entre direito e moral (ou entre direito e justiça). Ainda que essa questão permaneça viva nas atuais discussões acadêmicas, não é dela que trata o principal debate entre Finnis e Raz.

Para Finnis, o erro principal dos autores positivistas (ao menos desde Herbert Hart) está na maneira pela qual eles entendem que devem ser construídas teorias do direito ou, em outras palavras, qual é a natureza desse empreendimento teórico. A questão que preocupa Finnis, e que anima o debate entre ele e seus oponentes positivistas (especialmente Hart e Raz) é se “é

mesmo possível uma teoria do direito puramente descritiva, 100 por cento normativamente inerte” (Finnis, 2011b, p. 32). Brian Bix fornece um bom resumo dessa questão:

Finnis afirmará que o aspecto mais importante da separação entre direito e moralidade está na separação entre *teoria do direito* e avaliação moral. A questão que o positivismo levanta (...) é se uma teoria do direito puramente conceitual e descritiva é tanto possível quanto interessante. O pequeno desafio inicial de Finnis a respeito da melhor maneira de construir a “perspectiva interna” de um sistema jurídico pode ser visto como um desafio ao positivismo jurídico neste sentido (B. Bix, 2000, p. 1621).

O alvo de Finnis é o positivismo metodológico, a ideia de que é possível uma teoria do direito livre de avaliações morais. Nesse sentido, seu debate com Raz ocorre no nível metodológico, e não substantivo, do esquema proposto por Perry.

Voltemos à distinção. Tanto no nível substantivo quanto no nível metodológico usa-se o rótulo “positivismo” para qualificar ou caracterizar um determinado conjunto específico de teses. Ocorre que, como já afirmei, não há uma relação de implicação lógica entre os dois níveis, de maneira que é possível aderir ao positivismo em um deles e rejeitá-lo no outro. Isso cria uma dificuldade para o estudo da teoria do direito: identificar a que nível estamos nos referindo quando tratamos de determinada tese. Essa dificuldade é ainda mais acentuada se levarmos em conta que a própria distinção entre os níveis substantivo e metodológico (bem como o lugar preciso em que devemos traçar a linha que “divide” os dois níveis) não é unânime: Macedo Júnior, por exemplo, parece situar a tese das fontes sociais entre os compromissos teóricos do positivismo *metodológico*, enquanto Perry a coloca como parte do positivismo substantivo. Como, então, definir em que nível estamos debatendo quando debatemos uma determinada tese de teoria do direito?

Afirmei anteriormente que *clareza* e *bom senso* bastariam para nos permitir distinguir quando estamos lidando com uma ou outra das duas faces do positivismo jurídico apresentadas acima. No

entanto, é possível tornar essa distinção ainda mais clara se adotarmos uma terminologia um tanto específica que nos permita diferenciar mais facilmente as teses pertencentes ao positivismo substantivo e metodológico.

Uma alternativa possível é chamar de *descriptivismo* a posição segundo a qual para construirmos teorias do direito não é necessário (nem recomendável) recorrermos a argumentos morais – o que Perry chamou de positivismo metodológico. De acordo com o descriptivismo, uma tese substantiva de teoria do direito (por exemplo, a tese das fontes sociais) será verdadeira se descrever (em um sentido de “descrever” que deveremos ainda explorar) adequadamente seu objeto. Argumentos morais estão, desta forma, excluídos do conjunto de razões relevantes que um teórico do direito deve levar em conta para avaliar uma tese substantiva.

Em oposição ao descriptivismo, os defensores do que se poderia chamar *normativismo* rejeitam que a teoria do direito seja um empreendimento teórico moralmente neutro. Para eles, as teses substantivas da teoria do direito devem estar (e de fato estão) respaldadas em argumentos morais: a teoria do direito é, portanto, normativa. Se a tese das fontes for verdadeira, por exemplo, ela o será porque coloca o direito em “sua melhor luz” ou descreve adequadamente o caso central do conceito de direito (construído a partir de avaliações diretamente morais). Tanto num caso como no outro, não há neutralidade moral.

O termo normativismo aplicar-se-ia à teoria de autores jusnaturalistas como John Finnis. No entanto, ele é melhor (porque mais abrangente) do que um termo como, por exemplo, jusnaturalismo metodológico. A razão disso é que não só autores autodeclarados jusnaturalistas endossam a ideia de que a teoria do direito não é um empreendimento teórico separado de valores morais, o que sugere que o normativismo não é uma tese tipicamente jusnaturalista. O caso mais exemplar disso é Ronald Dworkin, um dos principais críticos normativistas do positivismo, cuja teoria é frequentemente descrita como *interpretativista* e não propriamente jusnaturalista. Se é verdade que, ao considerarmos Finnis um autor representativo da tradição de teorias da lei natural, é possível reconhecer no jusnaturalismo duas faces (uma

substantiva e outra metodológica), também é verdade que a tese metodológica de Finnis não é, contemporaneamente, tipicamente jusnaturalista, razão pela qual seria preferível utilizarmos o termo normativismo para nos referirmos a ela.

Contudo, como todo termo genérico utilizado para fazer referência a um conjunto bastante variado e por vezes heterogêneo de autores e teorias, “descritivismo” e “normativismo” também têm um caráter bastante esquemático. Isso quer dizer que muitas diferenças específicas entre autores são deixadas de lado quando nos referimos a eles, genericamente, como descritivistas e normativistas. A melhor maneira de superar esse problema é estabelecer, de maneira clara, que características o termo inclui e que características ele não inclui dentro dos critérios relevantes para sua aplicação. A disputa entre descritivistas e normativistas pode ser descrita como uma disputa a respeito do que chamarei de *tese da neutralidade*. Ela pode ser expressa da seguinte forma:

TN: A teoria do direito não deve realizar avaliações morais a respeito do seu objeto.

Como deve estar claro, descritivistas endossam TN, enquanto normativistas a rejeitam. O critério para aplicação do termo, portanto, é *apenas* a posição dos autores a respeito de TN. Isso implica que autores com concepções metodológicas distintas poderão estar juntos sob o mesmo manto descritivista – tudo o que é necessário é que ambos endossem TN. Um exemplo deve bastar para ilustrar esse ponto.

Brian Leiter, de acordo com a caracterização do descritivismo apresentada acima, seria um teórico descritivista. Para ele, a filosofia em geral, e a teoria do direito em particular, não seriam nada mais do que a “parte abstrata” das teorias científicas de sucesso e, como tal, deveriam guiar-se apenas por valores epistêmicos aplicados a essas teorias. Como não aplicamos valores morais na elaboração de teorias científicas, também não deveríamos aplicá-los na avaliação de teorias jurídicas (e filosóficas). Portanto, TN é verdadeira.

Jules Coleman é outro autor que podemos considerar descritivista. Segundo Coleman, a teoria do direito é uma teoria do conceito de direito que não precisa (sob o risco de petição de princípio) garantir uma inferência de legitimidade moral a partir da simples legalidade. A teoria do direito seria normativa apenas num sentido banal de ser “responsiva às normas que governam a construção de teorias” – e essas normas não são morais (COLEMAN, 2001, p.178). Para Coleman, portanto, TN é verdadeira.

Temos aqui, então, dois autores que defendem TN e que, de acordo com a caracterização apresentada, seriam considerados descritivistas (ou positivistas metodológicos). Não obstante esse fato, é um erro considerar que ambos têm uma mesma concepção a respeito da natureza da teoria do direito. Leiter é um dos principais (senão o principal) proponente de uma versão “naturalizada” da teoria do direito. Essa teoria do direito naturalizada, no entanto, é extensamente criticada por Coleman, que defende o uso do método de análise conceitual, expressamente rejeitado por Leiter e pelos assim chamados “naturalistas”. Não podemos assumir, portanto, que, por estarem os dois no lado descritivista da disputa, tanto Leiter quanto Coleman entendem o projeto da teoria do direito (e os métodos apropriados a ela) da mesma forma. Na verdade, não entendem.

O caráter esquemático a que fiz referência deve-se, então, à existência de teóricos que mantêm divergências fundamentais a respeito dos métodos da teoria do direito no mesmo campo da disputa (descritivista ou normativista, ou, ainda, no campo do positivismo e anti-positivismo metodológico). Isso não é surpresa, mas é importante fazer o esclarecimento de forma expressa para que se evite qualquer tipo de leitura que tente ver nos autores descritivistas algum compromisso maior do que a defesa de TN. É claro que pode haver outro compromisso amplamente partilhado entre os autores que identifiquei como descritivistas, mas, ao usar o termo, quero me referir, prioritariamente (senão exclusivamente) à posição dos autores em relação a TN.

Isso nos leva a um segundo ponto. Os termos descritivista, descritivo e descrição, no contexto do debate metodológico, são

ambíguos. Para que possamos utilizá-los de maneira proveitosa, é necessário delimitar de maneira precisa em que sentido eles estão sendo utilizados.

O termo “descritivo” (e os correlatos “descritivista” e “descrição”) pode ter o sentido dado por Hart no pós-escrito a *The Concept of Law*. Para Hart, sua teoria seria “descritiva” no sentido de ser moralmente neutra e não ter nenhum objetivo justificatório. Isso significa, na explicação de Hart, que a teoria do direito “não procura justificar ou recomendar com base em fundamentos morais ou de outro tipo as formas e estruturas que aparecem na [sua] explicação geral do direito” (Hart, 1994, p. 240).

Esse sentido de descritivo foi formalizado anteriormente como uma posição tomada em relação à uma tese em específica: a tese da neutralidade. Endossar TN é o mesmo que sustentar que a teoria do direito deva ser moralmente neutra e, nesse sentido, o conceito de descritivismo tem uma clara influência hartiana.

O uso do termo “descritivo” (e “descritivista”) para caracterizar a teoria de Hart (e de outros autores com compromissos teóricos similares), contudo, foi considerado por alguns teóricos como um equívoco. Segundo Coleman (2001, p.173), o termo “teoria do direito descritiva” (*descriptive jurisprudence*) utilizado por Hart é um rótulo “infeliz”. Para John Gardner (2012, p. 275), a caracterização do trabalho de Hart como sendo uma espécie de empreitada “descritiva” é “enganadora” e Hart teria feito melhor se a tivesse abandonado.

Para esses autores, o epíteto “descritivo” usado para referir-se às teorias do direito transmite a falsa ideia de que o que os teóricos “descritivos” estão fazendo é algum tipo de descrição empírica do fenômeno concreto conhecido como direito. Isto é, suas explicações do que seja o direito seriam resultado de observações, medições e comparações do que acontece num conjunto determinado de sistemas jurídicos (ou mesmo, na totalidade dos sistemas jurídicos) existentes. O problema do uso do termo descritivo, segundo eles, é que descritivo pode bem significar “empírico”, e é um erro caracterizar a teoria de Hart (e, nesse sentido, de Coleman, Raz e outros) como empírica. Ao dizer que Hart é um teórico descritivo poderíamos passar a

(supostamente) falsa imagem de Hart como um teórico que fornece explicações empíricas a respeito do fenômeno jurídico – o que não se ajustaria, segundo eles, aos objetivos e métodos do autor de *The Concept of Law*.

Não é necessário insistir muito nesse ponto. O problema apontado por Coleman e Gardner em relação ao termo descritivo é que ele pode significar “empírico” e autores como Hart e Raz não estão engajados em um empreendimento empírico. Mas entender “descritivo” como “empírico” é só uma das possibilidades disponíveis: como o próprio Gardner reconhece, podemos entender o termo “descritivo” como significando, simplesmente, “não-avaliativo”. Nesse sentido, e somente nesse, a teoria de Hart seria descritiva. É questionável, portanto, se Hart pode ser criticado por auto-caracterizar sua teoria como descritiva, já que ele próprio faz questão de especificar o sentido preciso em que devemos entender essa caracterização. Descritivo, para ele, é nada mais do que “moralmente neutro”. É possível entendermos o termo descritivo de outra forma, mas não faz sentido fazê-lo quando o autor que popularizou o termo apressou-se em adiantar em que sentido o estava utilizando.

Seja como for, é importante perceber que o debate entre descritivistas e normativistas gira em torno de TN, que é, ao fim e ao cabo, o núcleo da divergência do debate entre positivistas e não-positivistas no nível metodológico. Este capítulo mostrou como a distinção entre esses dois níveis teóricos tem marcado as discussões contemporâneas de teoria do direito, o que nos obriga a ter atenção redobrada na identificação do nível em que determinado argumento está sendo proposto. Apresentei uma alternativa para se evitar a ambiguidade que o uso do termo positivista, em ambos os níveis, pode gerar. Vimos, contudo, que o termo descritivismo não está, ele próprio, isento de suas próprias ambiguidades. Ainda assim, seja por uso de um termo mais preciso, seja por uma maior atenção na análise e exposição teóricas, é fundamental que o estudante e o pesquisador levem em conta as várias faces do positivismo jurídico - e do debate contemporâneo de teoria do direito.

CAPÍTULO 2

MÉTODO E SUBSTÂNCIA NO POSITIVISMO JURÍDICO DE JOSEPH RAZ

O positivismo jurídico é tradicionalmente entendido como a tese que afirma a separação (necessária ou contingente) entre direito e moral, tese rejeitada pelos não-positivistas, que afirmam existir uma conexão necessária entre direito e moral (Raz, 2011b, pp. 313–314). A virada metodológica citada no capítulo anterior, no entanto, trouxe à tona outro problema que divide positivistas e não-positivistas: trata-se agora de enfrentar o problema a respeito das relações entre avaliações morais e teoria do direito ou, de maneira mais genérica, a respeito da natureza (descritiva ou normativa) dessa teoria. John Finnis (2011a, p. 32) resumiu a questão metodológica que divide positivistas e não-positivistas da seguinte maneira: “É mesmo possível uma teoria do direito puramente descritiva, cem por cento normativamente inerte? Pode tal teoria identificar que características todo o guiamento jurídico necessariamente possui?”. Neste capítulo, analiso os argumentos de Joseph Raz, um dos mais influentes teóricos do direito contemporâneos, a favor da possibilidade de uma teoria do direito normativamente inerte, e argumento que, ao contrário do sugerido por Jeremy Waldron (2004), o positivismo jurídico exclusivo de Raz (segundo o qual valores morais não podem contar como critérios de validade jurídica) é defendido com base nessa metodologia, e não com base em argumentos morais. Concluo, ao final, que, para Raz, o positivismo não é uma teoria acerca de como devem os juízes decidir os casos ou como devem as pessoas se comportar em relação a ele: críticas que se dirijam a uma leitura do positivismo que afirme uma dessas duas posições não se aplicam, sem maiores argumentos, à teoria de Raz.

2.1 O método descritivista de Joseph Raz

Este artigo tem o objetivo analisar os argumentos de Joseph Raz a favor do que chamei de *descriptivismo* – a ideia de que a

teoria do direito é um empreendimento normativamente inerte e separado, portanto, da filosofia política e moral. O pressuposto implícito na formulação anterior é o de que Raz é um autor descritivista. Entretanto, esse não é um pressuposto universalmente aceito nem inquestionavelmente verdadeiro. Para Jeremy Waldron (2004, p. 414), por exemplo, o positivismo exclusivo não raro é proposto como uma tese normativa (e não conceitual) e o fato de alguém advogar essa posição (como é o caso de Raz) “levanta a questão de se o seu positivismo em teoria do direito tem uma coloração normativa”. De acordo com Waldron, Raz “talvez” seja um dos autores que entendem o positivismo como uma teoria normativa, e não conceitual e descritiva. Para Waldron, implícita na tese positivista exclusiva, está a premissa metodológica de acordo com a qual é bom e desejável (do ponto de vista moral) que os critérios de validade jurídica não incluem valores morais.

O primeiro passo do capítulo será, então, mostrar porque a teoria do direito de Raz é melhor entendida como uma teoria descritiva, e não normativa como sugerido por Waldron. Esse objetivo precisa ser adequadamente entendido: não se trata de afirmar que o positivismo jurídico é melhor entendido como uma tese descritiva, mas sim estabelecer que, nos textos de Raz, é assim que ele trata o positivismo e é de acordo com essa metodologia que ele avança suas teses. Este tópico será dedicado a apresentar os detalhes da concepção metodológica de Joseph Raz e, a partir da apresentação destes detalhes, mostrar porque sua metodologia é, ao contrário do sugerido por Waldron, um caso específico de descritivismo (e, portanto, um exemplo claro de positivismo metodológico).

2.1.1 Conceito e Natureza do direito

A teoria do direito, segundo Raz (2011a, p. 17), deve explicar a *natureza* do direito, o que, para ele, significa elucidar as características necessárias do direito que explicam aquilo que o direito é: ou seja, não é qualquer característica necessária, mas apenas as características necessárias não-triviais capazes de fazer

avancar o nosso entendimento do direito enquanto instituição social (Dickson, 2001, p. 18). Essas características estarão presentes onde quer e quando quer que exista um sistema jurídico. Essa é a principal diferença entre a teoria do direito e a sociologia jurídica: aquela está preocupada com o que é essencial ao direito; esta, com o que é importante, mas contingente.

É um critério de adequação de uma teoria do direito que ela é verdadeira para todos os casos intuitivamente claros de sistemas jurídicos locais. Na medida em que uma teoria do direito deve ser verdadeira para todos os sistemas jurídicos, as características identificadoras pelas quais ela os caracteriza devem, necessariamente, ser muito gerais e abstratas. Ela deve desconsiderar aquelas funções que alguns sistemas jurídicos desempenham em algumas sociedades devido a condições sociais, econômicas ou culturais especiais dessas sociedades. Ela deve fixar-se apenas naquelas características dos sistemas jurídicos que elas devem possuir a despeito de circunstâncias especiais das sociedades nas quais eles vigoram. Essa é a diferença entre a filosofia jurídica e a sociologia do direito. A última está preocupada com o contingente e com o particular, a primeira com o necessário e universal. A sociologia do direito fornece uma riqueza de informações e análises detalhadas das funções do direito em algumas sociedades particulares. A filosofia jurídica deve contentar-se com aquelas poucas características que todos os sistemas jurídicos necessariamente possuem (Raz, 2011b, pp. 104–105).

A sociologia do direito e a filosofia (ou teoria) do direito podem, à primeira vista, estar ambas preocupadas com o que é o direito (Lacey, 2006). É essa aparente semelhança inicial que explica o porquê de Raz precisar diferenciá-las. Para ele, no entanto, a sociologia do direito está interessada em características contingentes e particulares dos sistemas jurídicos concretos, enquanto a teoria do direito está preocupada com aquilo que é universal e necessário. "Uma teoria consiste em verdades necessárias", afirma Raz (2011a, p. 24), "pois só verdades

necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito". A natureza de um objeto consiste, conforme se infere do trecho acima, naquele conjunto (pequeno) de características que o objeto necessariamente possui: isto é, aquelas características que uma possível instância do objeto deve possuir para poder contar como uma verdadeira instância daquele objeto. Ficam de fora do escopo da teoria direito aquelas características que, a despeito de serem importantes, úteis e interessantes, não são necessárias.

O objetivo primário do teórico, portanto, é explicar a natureza do direito. Além de ser diferente, segundo Raz, de um empreendimento sociológico, ela também é diferente de uma teoria da decisão judicial: não é objetivo da teoria do direito, para ele, oferecer razões que justifiquem uma decisão judicial ou responder à questão sobre como deveriam os juízes decidir casos concretos.

Dado que o objetivo da teoria é explicar a natureza do direito, o método adequado para se chegar a essa natureza é uma análise do conceito de direito. Para Raz, entretanto – e este é um ponto importante – esse conceito não é uniforme nem único: não há algo como “o” conceito de direito e este conceito não é o mesmo nem ao longo do tempo nem em sociedades distintas (Raz, 2011a, pp. 94–95). É possível, inclusive, que exista direito sem que haja, na sociedade em questão, um (ou o nosso) conceito de direito (Raz, 2011a, pp. 36–41). Nossa sociedade, no entanto, possui um conceito de direito (“o nosso conceito de direito”) e é através deste conceito que podemos chegar à natureza do nosso objeto.

Raz precisa explicar, contudo, porque a análise de um conceito geográfica e temporalmente limitado nos permitiria explicar a natureza do direito, i.e., as características essenciais de uma instituição que não existe apenas em nossa sociedade ou nas sociedades que compartilham o nosso conceito. Uma alternativa possível para resolver esse problema seria assumir que o conceito de direito é um conceito de tipo hermenêutico. Um conceito hermenêutico possui duas características principais: (i) ele possui uma *função hermenêutica* (i.e., o conceito figura na maneira pela qual tornamos nossas práticas inteligíveis para nós mesmos); e (ii) a função hermenêutica fixa a extensão do conceito (Farrell, 2006, p.

1002). Em outras palavras, a extensão dos conceitos hermenêuticos é “determinada em relação àquilo que entendemos que o conceito seja” (Farrell, 2006, p. 1002).

Há algumas evidências nos textos de Raz que reforçam a ideia de que, para ele, o conceito de direito é um conceito de tipo hermenêutico, ainda que ele próprio não utilize essa terminologia específica. A mais explícita dela é a afirmação de que

o conceito de direito é parte de nossa cultura e de nossas tradições culturais. Ele desempenha um papel na maneira pela qual pessoas ordinárias bem como profissionais do direito entendem suas próprias ações e a dos demais. Ele faz parte da forma pela qual conceitualizamos a realidade social. Mas a cultura e tradição da qual o conceito é uma parte não lhe fornece nem contornos precisamente definidos nem um foco claramente identificável (...) Cabe à teoria do direito selecionar aqueles que são centrais e significativos para a maneira pela qual o conceito desempenha o seu papel no entendimento das pessoas a respeito da sociedade, elaborá-los e explicá-los (...) Diferentemente de conceitos como ‘massa’ e ‘elétron’, ‘o direito’ é um conceito usado pelas pessoas para entenderem a si mesmas. Nós não somos livres para escolher qualquer conceito frutífero (Raz, 1994, p. 237).

Ao afirmar que o conceito de direito “desempenha um papel na maneira pela qual pessoas ordinárias bem como profissionais do direito entendem suas próprias ações e a dos demais”, Raz afirma a função hermenêutica do conceito; ao diferenciá-lo dos conceitos de massa e elétron, e dizer que ele é usado pelas pessoas para entenderem a si mesmas, Raz afirma que a função hermenêutica fixa a extensão do conceito.

A análise filosófica do nosso conceito de direito, no entanto, não prejudica o caráter “geral” da teoria do direito: isto porque, ainda que se trate de um conceito que Raz chama de “paroquial”, ele aplica-se a outras instituições políticas além das nossas próprias. Há sociedades que não possuem o nosso conceito de direito, ou que conceitualizam suas próprias instituições de maneiras distintas das nossas – isso não significa, no entanto, que

elas não possuam instituições jurídicas. Para Raz, é possível que exista direito, sistema jurídico e regras jurídicas sem que exista um conceito de direito compartilhado ou, em outras palavras, que determinada sociedade entenda suas regras de conduta e seu sistema normativo como sendo “jurídicos”. Isso não impede, contudo, que afirmemos (de acordo com o nosso conceito) que aquela sociedade possui um sistema jurídico. Isso sugere que há uma distinção fundamental entre as práticas conceituais que constituem o conceito e as práticas jurídicas que constituem o objeto do conceito. É possível que uma exista sem a outra e isso implica que as práticas conceituais (i.e., o ‘conceito de direito’ não possui uma relação direta com as práticas jurídicas, que podem existir e desenvolver-se sem referência a ele). “Nosso’ conceito de direito provavelmente é estranho à cultura das teocracias islâmicas, mas seria absurdo pensar que o Irã, por exemplo, não possui um sistema jurídico” (Raz, 2011a p. 95).

É importante notar neste ponto que Raz está interessado na realidade concreta do direito, i.e., nas suas instituições e as práticas que o compõem, e não no conceito de direito em si mesmo. A distinção entre um e outro, como vimos, é expressamente defendida por Raz quando ele assume que é possível existir direito sem que haja um conceito compartilhado de direito, e que é possível que existam instituições jurídicas sem que os membros da comunidade em que existem essas instituições estejam cientes desse caráter. Em relação à essa “realidade”, diversos conceitos podem ser construídos. Nossa sociedade, no entanto, desenvolveu um conceito de direito, e é através desse nosso conceito que ganhamos acesso à natureza dessas práticas.

Nossa sociedade compartilha um mesmo conceito de direito (daí se falar no “nosso” conceito de direito) e não é necessário (e nem recomendável) que o teórico elabore um novo (e melhorado) conceito ou mesmo que escolha dentre um dos supostamente vários conceitos existentes. Primeiro porque o conceito de direito faz parte de nossa cultura e de nossas tradições culturais, além de ser parte importante da forma pela qual nossa sociedade “conceitualiza” a realidade social. O teórico não é livre para distorcer esse conceito de acordo com a conveniência (prática

ou teórica) de tal distorção. “Uma das principais tarefas da teoria do direito”, afirma Raz (1994, p. 237), “é avançar o nosso entendimento da sociedade ajudando-nos a entender como as pessoas entendem-se a si mesmas”. Em segundo lugar, ainda que o conceito de direito não seja o mesmo ao longo do tempo e em lugares e sociedades diferentes, ele é o mesmo em nossa sociedade e, portanto, não existem conceitos distintos disponíveis para a escolha do teórico.

2.1.2 Análise conceitual, intuições e o conceito de direito

Quando compartilhamos um conceito, compartilhamos, segundo Raz, os critérios para aplicação do conceito (Raz, 2011a, p. 63). Nossa sociedade compartilha um conceito porque compartilha os mesmos critérios para julgar a correção da aplicação do conceito a determinado caso possível. Como é possível descobrir esses critérios? A melhor resposta fornecida por Raz encontra-se no importante artigo *Legal Positivism and the Sources of Law* (Raz, 2011b, pp. 37–52). Nele Raz analisa as razões que apoiam e justificam a chamada tese forte das fontes sociais e conclui que a razão para aceitá-la é que ela “reflete e explica nossa concepção do direito” (Raz, 2011b, p. 52). Essa concepção reflete-se em distinções comumente feitas por juízes, advogados e cidadãos a respeito do direito: distinguimos, por exemplo, as habilidades jurídicas dos juízes de suas virtudes morais; distinguimos as ocasiões em que os juízes aplicam o direito das ocasiões em que o “desenvolvem”; e distinguimos, ainda, entre o direito estabelecido e o direito não estabelecido. De acordo com Raz (2011b, p. 49), a tese das fontes “explica e sistematiza essas distinções” – e essa é a razão pela qual deveríamos considerá-la correta.

Além de apresentar as razões pelas quais deveríamos aceitar a sua tese das fontes, Raz apresenta nesse artigo razões que, apesar de comumente apresentadas a seu favor, são irrelevantes para a sua verdade enquanto tese de teoria do direito. Para ele, a verdade da tese das fontes sociais não depende de ela (a) corretamente refletir o significado da palavra direito; (b) ser recomendada sob o

fundamento de que permite a separação clara entre a descrição do direito e sua avaliação (moral); e (c) eliminar qualquer tipo de viés (*bias*) do investigador (Raz, 2011b, pp. 41–45). Raz rejeita, portanto, que a teoria do direito seja uma teoria semântica (já que a tese das fontes não se segue do significado da palavra direito) bem como que as consequências benéficas de aderirmos a determinada tese possam contar a favor de sua veracidade. Ao mesmo tempo, ao afirmar que a tese das fontes sociais explica e sistematiza determinadas distinções intuitivas, Raz sustenta que o argumento a favor de sua tese repousa “em características fundamentais da nossa compreensão de determinadas instituições sociais” (Raz, 2011b, p. 50) o que indica que nossas crenças intuitivas a respeito do direito e dos sistemas jurídicos desempenham um papel destacado em sua teoria.

As distinções indicadas por Raz funcionam como “intuições” a respeito do direito e do nosso conceito de direito e compõem parte das características fundamentais de nossa concepção a seu respeito. Essas intuições revelam os critérios compartilhados para o uso do conceito e permitem que delimitemos o nosso conceito (ou concepção) de direito. Ao argumentar que uma das razões pelas quais deveríamos aceitar a tese das fontes é o fato de ela corretamente abarcar e explicar essas distinções intuitivas, Raz mostra que subscreve à tradicional metodologia da análise conceitual: sondando nossas intuições a respeito de casos possíveis e explícitos de direito e as distinções intuitivas que fazemos a seu respeito é possível, sem sair da proverbial “poltrona”, descobrir os critérios compartilhados para sua aplicação e, dessa forma, explicar a natureza do direito. De acordo com Raz, por exemplo, distinguimos, intuitivamente, entre um possível caso de aplicação do direito de outro possível caso de criação do direito. Essa distinção intuitiva faz parte de nossa compreensão do direito e deve ser levada em conta pelo teórico como um teste importante para a verdade de sua teoria. Uma explicação da natureza do direito que não se ajuste a essas intuições deve ser rejeitada. Os trechos a seguir reforçam essa conclusão: “se você nega que uma certa característica é uma característica necessária de um conceito e eu afirmo que ela é, nós iremos

proceder apelando para *exemplos claros, analogias, conexões conceituais aceitas*, e iremos atrás de suas implicações” (Raz, 2011a, p. 71). “É um critério de adequação de uma teoria do direito que ela é verdadeira para todos os casos *intuitivamente claros* de sistemas jurídicos locais” (Raz, 2011b, p. 104).

Essas intuições, contudo, não devem ser avaliadas individualmente. Raz afirma que o tipo de argumento em questão a favor da tese das fontes é que ela “reflete e sistematiza *várias distinções interconectadas* incorporadas (*embedded*) na nossa concepção de direito” (Raz, 2011b, p. 52). Essa afirmação sugere, portanto, que o teste intuitivo, tão central no método raziano, deve levar em conta um conjunto complexo e inter-relacionado de intuições a respeito do objeto de análise, e não intuições individualmente e isoladamente consideradas. As três distinções intuitivas apontadas por ele reforçam-se umas outras, e a tese das fontes não só se ajusta individualmente a cada uma delas, mas também às três tomadas em conjunto.

2.1.3 Explicando as divergências

Como explicar, dentro do esquema metodológico apresentado acima, as frequentes disputas e divergências existentes a respeito do que seja o direito? Divergirmos tanto a respeito de saber qual é o direito em determinado caso concreto quanto a respeito do que é, da maneira mais abstrata possível, “o direito”. É possível contornar a dificuldade dentro do quadro metodológico traçado por Raz? De acordo com ele, sim, é possível.

Para explicar o fato comum de que pessoas discordam a respeito da correta aplicação do conceito de direito a um caso determinado, Raz introduz algumas distinções importantes, dentre elas a distinção entre o domínio completo de um conceito e sua posse mínima (Raz, 2011b, pp. 21–22). De acordo com essa distinção, as divergências comuns existentes nas nossas práticas jurídicas (e mesmo filosóficas) podem bem ser explicadas como diferenças de nível de domínio de um conceito compartilhado: já que é possível que alguém “tenha” um conceito (i.e., seja capaz de utilizá-lo de maneira mais ou menos correta) sem que possua seu

domínio completo (i.e., que não tenha conhecimento de todas as características essenciais do objeto ao qual se aplica ou de todos os critérios adequados para sua aplicação), é possível que pessoas discordem a respeito dos critérios de aplicação do conceito desde que uma delas tenha um nível de domínio do conceito inferior ou simplesmente diferente da outra.

O exemplo utilizado por Raz (2011a, p. 21) para ilustrar esse ponto é o seguinte: é possível que uma pessoa possua o conceito de “triângulo equilátero” sem que saiba que é parte da natureza de tais triângulos serem também equiângulos. Outra pessoa pode, ao contrário, ter esse conhecimento. Ambas compartilham o mesmo conceito – já que sabem que o conceito aplica-se somente aos triângulos que possuem três lados iguais. Uma delas, no entanto, terá um nível de domínio do conceito superior, pois sabe que é parte da natureza dos triângulos equiláteros serem também equiângulos. Esse espaço lógico criado pelos diferentes níveis de domínio de um conceito poderia explicar a divergência entre duas pessoas a seu respeito.

Junto a isso, Raz argumenta que os critérios adequados para a aplicação do conceito não são individuais, mas regras compartilhadas por determinada comunidade linguística. “O compartilhamento [do conceito]”, afirma Raz (2011a, p. 66), “é estabelecido pelo fato de que todos os usuários da língua percebem-se a si mesmos como respondendo a critérios comuns”. A respeito desses critérios comuns, no entanto, é possível que tenhamos um conhecimento apenas parcial ou mesmo que estejamos enganados em diversos e importantes aspectos a seu respeito. “No uso de conceitos”, prossegue Raz (2011a, p. 134), “nós permitimos que sejamos ignorantes sobre muitos dos seus aspectos, que possamos utilizá-los de maneira incorreta, e que seu caráter é determinado pelas regras governando seu uso na comunidade, *regras cujo entendimento pode iludir qualquer um de nós*”. Sendo assim, é possível entender a divergência entre duas pessoas a respeito da correta aplicação do conceito como uma divergência a respeito da correta explicação dos critérios estabelecidos pela regra comum para o uso do conceito existente naquela comunidade.

O exemplo utilizado por Raz, nesse caso, é o uso da palavra “mesa”. Quando dizemos “isto é uma mesa”, estamos cientes de estar usando a palavra “mesa” de acordo com os critérios que regulam seu uso em Português (que poderíamos acreditar incluir a condição de que qualquer móvel com até 50 centímetros de altura, um tampo plano e sobre o qual colocamos objetos é uma mesa). Mas suponhamos que ao dizer “isto é uma mesa” estejamos errados. Chamamos de mesa um item que, na verdade, é uma cadeira. Não diríamos, nesse caso, que não cometemos um erro porque “usei a palavra ‘mesa’ de acordo com a regra segundo a qual isto é uma mesa e não de acordo com a sua regra segundo a qual isto é uma cadeira”. Nós simplesmente não dizemos isso. Pessoas em situações como essas reconhecem que cometeram um erro: elas pretendiam usar ‘mesa’ no chamado *sentido ordinário do termo*. Tínhamos uma noção de qual seria esse sentido (i.e., de qual seria a regra comum para o uso da palavra) mas cometemos um erro. A conclusão que Raz elabora a partir desse exemplo é a seguinte: é possível utilizar palavras e conceitos de acordo com regras a respeito das quais temos apenas conhecimento parcial. É possível, também, que estejamos errados a respeito do critério comum compartilhado na nossa comunidade linguística a respeito do uso de determinado conceito. A consequência disso para as divergências a respeito do conceito de direito são bastante claras: é possível que duas pessoas divirjam a respeito do correto uso do conceito porque elas têm visões distintas dos critérios comuns compartilhados na comunidade em que vivem. Uma delas, portanto, terá cometido um erro ou então concentrando-se numa parte do critério distinta da parte na qual a outra se apoiou.

É possível afirmar, diante do exposto, que a metodologia de Raz está comprometida com a tese da inércia normativa e que, ao contrário da sugestão de Waldron, é uma metodologia descritivista: em nenhum momento da explicação desenvolvida até aqui há a referência a valores morais. O conceito é definido e delimitado pelas nossas práticas conceituais; os critérios para aplicação desse conceito podem ser sondados através de nossas intuições a respeito de casos possíveis e explícitos de aplicação de nosso conceito de direito; as divergências existentes podem ser

explicadas como diferenças no nível de domínio de um conceito ou na explicação dos critérios comuns de aplicação do conceito estabelecidos pela regra de uso compartilhada na comunidade. Além de não incluir argumentos morais em sua metodologia, Raz rejeita expressamente que esses argumentos *possam* ser incluídos: para ele, o teórico não é livre para escolher ou elaborar um novo conceito, já que parte importante do auto entendimento de nossa sociedade (que o teórico deve levar em conta) está condensado num conceito compartilhado que não podemos distorcer com base em critérios morais ou pragmáticos.

2.2 O Positivismo Jurídico Exclusivo

Com base na metodologia descritivista apresentada acima, Raz defende seu positivismo jurídico exclusivo: para ele, e como já vimos, a tese forte das fontes sociais (segundo a qual valores morais não podem contar como critérios de validade jurídica) explica adequadamente distinções intuitivas importantes que fazemos quando pensamos a respeito do direito. Esse não é, contudo, o único argumento de Raz a favor do seu positivismo jurídico exclusivo. Em *Authority, Law, and Morality*, Raz desenvolve um argumento complexo, baseado na noção de autoridade, para defender a tese das fontes (Raz, 1994, pp. 210–237). Explicarei esse argumento a seguir e mostrarei como, em seus passos fundamentais, ele baseia-se no mesmo tipo de análise conceitual descrito anteriormente.

O objetivo de Raz em *Authority, Law, and Morality* é defender a tese das fontes (que chamei anteriormente de tese forte das fontes sociais) contra duas alternativas rivais: a chamada tese da incorporação (a versão inclusivista da tese das fontes) e a tese da coerência (associada, principalmente, a Ronald Dworkin). De acordo com a tese das fontes, todo o direito é exclusivamente baseado em fontes sociais; para a tese da incorporação, por sua vez, todo o direito é *ou* baseado em fontes sociais *ou* implicado pelo direito baseado em fontes sociais; por fim, a tese da coerência afirma que o direito consiste naquilo que foi posto (com base em fontes sociais) somado à melhor justificação (moral) desse direito.

Todas as teses dão especial atenção ao direito posto, mas apenas a primeira não permite a existência de leis e normas jurídicas que não sejam baseadas em fontes sociais. Raz, como já sabemos, defende a tese das fontes.

A questão é: por que deveríamos preferir a tese das fontes em detrimento das teses da incorporação ou da coerência? Essa questão pode ser explorada de maneiras distintas: em primeiro lugar, que tipo de argumento é relevante para nos decidirmos por uma das três teses; em segundo lugar, por que esses argumentos apoiam a tese das fontes. A primeira maneira tem um caráter mais metodológico, mas tratarei de ambas a seguir.

O núcleo do argumento de Raz está apoiado na noção de *autoridade* e o passo fundamental do seu argumento é dado logo no início do tópico II do seu texto: Raz (1994, p. 215) assume, nesse ponto, que o direito tem necessariamente autoridade *de facto* e que isso implica que ou ele *reivindica* autoridade legítima ou é visto por parcela significativa da população como dotado de autoridade legítima (ou ambos). Reivindicar autoridade legítima é apresentar (através dos oficiais e da linguagem das normas e textos jurídicos) as demandas do direito como moralmente justificadas. É possível, porém, que o direito não tenha a autoridade que alegar ter, ou que não tenha legitimidade tão abrangente quanto supõe que tenha: a reivindicação de autoridade legítima, no entanto, é parte da natureza do direito e todo o sistema jurídico afirma que possui autoridade legítima (Raz, 1994, p. 215).

Raz não oferece um argumento independente para essa afirmação, no entanto. Ele mesmo afirma que “irá assumir” que este é o caso. Dada a centralidade dessa assunção, no entanto, é importante avaliá-la com mais detalhes.

De acordo com Raz, as reivindicações feitas pelo direito tornam-se evidentes quando atentamos para a linguagem adotada nas leis e códigos legais e nas opiniões, pareceres e decisões tomadas por aqueles que falam em seu nome (i.e., seus oficiais). Elas também se revelam no fato de as instituições jurídicas serem oficialmente designadas como “autoridades”, por considerarem-se como detentoras do direito de impor obrigações e pela suposição de que seus sujeitos devem a elas obediência e devem obedecer ao

direito da forma como ele requer ser obedecido. Esses fatos, tomados em conjunto, apoiariam a tese da autoridade legítima (Raz, 1994, pp. 215–216).

A questão, no entanto, é que a afirmação de Raz é mais forte do que as considerações acima podem fazer parecer: ele não afirma que a reivindicação de autoridade seja algo comum, típico ou recorrente nos nossos sistemas jurídicos – para ele, essa é uma característica essencial do direito e deverá ser encontrada onde quer que exista um sistema jurídico. O argumento pressuposto, neste caso, parece, mais uma vez, apelar às nossas intuições a respeito do conceito de direito. A reivindicação de autoridade legítima é uma característica essencial do direito porque intuitivamente não consideraríamos um sistema jurídico um possível sistema normativo que não fizesse esse tipo de reivindicação. Se essa sugestão estiver correta, a afirmação de Raz se apoiaria, mais uma vez, num método de análise conceitual em que se testa determinada tese a partir de nossas intuições a respeito da aplicação do conceito a um conjunto de casos possíveis: no caso, a tese de que todo sistema jurídico reivindica autoridade legítima é testada em face do nosso julgamento intuitivo a respeito de um possível sistema normativo que não fizesse essa reivindicação.

Esse tipo de teste intuitivo é expressamente advogado por Robert Alexy, que subscreve a uma tese bastante similar à de Raz: para Alexy, o direito necessariamente reivindica correção moral, e a razão básica para aceitarmos essa tese (tanto em sua substância, quanto em seu caráter) é que, para ele, nossas intuições nos dizem que um sistema normativo que não afirme ser moralmente correto não pode sequer contar como um sistema jurídico. A sugestão de que Raz utiliza o mesmo tipo de argumento para apoiar a tese da autoridade legítima é feita em Finnis (2014a) e estou, obviamente, acompanhando-o nesta leitura do argumento de Raz.

Quais são as consequências do fato de o direito necessariamente reivindicar autoridade legítima, como proposto por Raz? Tudo depende do que entendemos (ou, pelo menos, do que Raz entende) por *autoridade*. Para ele, o conceito de autoridade pode ser dividido em três teses: (i) a tese da dependência; (ii) a tese

da justificação normal; e (iii) a tese da preempção (Raz, 1994, p. 214). De acordo com a primeira tese, toda diretiva dotada de autoridade deve estar baseada, dentre outros fatores, nas razões que se aplicam aos sujeitos daquelas diretivas e além de representarem a visão de alguém a respeito dessas razões; para a tese da justificação normal, uma pessoa terá autoridade legítima se o sujeito de suas diretivas tiver mais chances de conformar-se às razões que se aplicam a ele se ele aceitar as diretivas da suposta autoridade do que se não o fizer. Por fim, a tese da preempção afirma que o fato de uma autoridade exigir determinada ação não é uma razão que deve ser adicionada às demais razões que se aplicam ao sujeito daquela diretiva, mas deve substituir aquele conjunto de razões (Raz, 1994, p. 214).

Mais uma vez, devemos nos perguntar que tipo de argumento Raz pode oferecer (ou de fato oferece) em favor de sua concepção específica de autoridade. Há apenas uma sugestão no artigo em que Raz desenvolve seu argumento: ela se baseia na generalização de um *insight* capturado na análise do exemplo de um árbitro escolhido para decidir uma disputa entre dois litigantes. Num caso como esse, duas características importantes devem ser observadas: em primeiro lugar, a decisão do árbitro é, para os litigantes, uma razão para ação (eles devem agir conforme sua decisão exatamente porque essa é sua decisão); em segundo lugar, a decisão do árbitro relaciona-se às (i.e., depende das) demais razões que se aplicam aos litigantes no caso em questão: ela é (ou, pelo menos, deve ser) a opinião do árbitro a respeito dessas razões. Em terceiro lugar, a decisão do árbitro deve substituir as razões das quais depende, i.e., ao concordarem em ter sua disputa decidida por um árbitro, os litigantes concordam em substituir os seus julgamentos individuais a respeito das razões relevantes pelo julgamento do árbitro a respeito dessas mesmas razões. Em outras palavras, a decisão do árbitro é para os litigantes uma razão preemptiva, o que significa que as razões às quais os litigantes poderiam recorrer para justificar determinada ação *antes* da decisão não podem mais ser usadas uma vez que a decisão (que deve basear-se, em alguma medida, nessas razões) é efetivamente proferida.

As características apresentadas na situação do árbitro descrita acima referem-se às teses da dependência e da preempção. A tese da justificação normal serviria, na concepção mais geral de autoridade, para substituir o consenso prévio entre os litigantes existente na situação do árbitro. Como essas considerações a respeito do conceito de autoridade sustentam a tese forte das fontes sociais? Esse é o passo seguinte do argumento de Raz.

O ponto fundamental que liga a exposição anterior à tese forte das fontes sociais é o seguinte: se o direito reivindica autoridade legítima, ele deve ser ao menos capaz de tê-la. Isso porque não faria sentido que o direito ao mesmo tempo afirmasse possuir autoridade legítima enquanto sequer tivesse a possibilidade de ter autoridade. Se esse fosse o caso, teríamos que admitir que as afirmações feitas pelos oficiais membros de determinado sistema jurídico são ou sistematicamente insinceras ou sistematicamente erradas (i.e., conceitualmente erradas). Ainda que seja possível existir tanto afirmações insinceras quanto afirmações conceitualmente erradas, Raz afirma que a possibilidade de que uma afirmação que é *sempre* feita pelo direito e pelos sistemas jurídicos (i.e., pelos oficiais que falam em seu nome) seja resultado desse tipo de equívoco deve ser rejeitada: é possível que os oficiais estejam ocasionalmente errados; não é possível, contudo, que eles estejam *sistematicamente* errados (Raz, 1994, p. 217).

Duas são as razões pelas quais diríamos que alguém não possui autoridade: ou a suposta autoridade não passa no teste normativo previsto na chamada tese da justificação normal (nesse caso, as condições normativas para a presença de autoridade estarão ausentes); ou ela não passa nos testes não-normativos previstos nas duas demais teses. Uma governante que não atenda as exigências da tese da justificação moral (por ser, por exemplo, perversa e procurar satisfazer apenas a seus interesses egoístas) se enquadrará no primeiro caso; uma governante que não possa sequer se comunicar com as demais pessoas, se enquadrará no segundo. No caso de uma autoridade que não passe no teste normativo da justificação normal, no entanto, ainda podemos dizer que ela é “capaz” de ter autoridade caso passe nos testes não-normativos. Uma pessoa que não pode se comunicar, no entanto,

não passará sequer nesses testes e, portanto, não será sequer capaz de ter autoridade.

Somando-se esse argumento ao argumento anterior a respeito da reivindicação de autoridade legítima, obtemos o seguinte raciocínio: na medida em que o direito *necessariamente* reivindica autoridade legítima, ele não pode estar sistematicamente errado ou conceitualmente confuso a respeito dessa reivindicação; para que ele possa ter a autoridade legítima que ele alega ter é necessário, antes de tudo, que ele atenda às condições não-normativas para poder ter autoridade: apenas se essas condições forem atendidas fará sentido questionar se o direito também satisfaz às exigências normativas da tese da justificação normal. É por conta disso que Raz se concentra nas condições não-normativas para a posse de autoridade.

A necessidade de que as duas condições não-normativas para a posse de autoridade sejam satisfeitas permitem que afirmemos o seguinte: em primeiro lugar, uma diretiva só pode ser dotada de autoridade se de fato for (ou, pelo menos, for apresentada como sendo) a visão de alguém a respeito de como os sujeitos devem agir (tese da dependência); em segundo lugar, deve ser possível identificar a diretiva sem se recorrer às mesmas razões ou considerações que a diretiva em questão pretenderia solucionar (tese da preempção). Imaginemos que o conjunto de razões $\{R1, R2, R3\}$ aplique-se a determinado sujeito que considera se deve agir de uma forma ou de outra. P é a uma suposta autoridade e lança uma diretiva d a respeito de como o sujeito deve agir. Para que possamos considerar d uma diretiva dotada de autoridade, é necessário que (a) ela diga respeito (ou pretenda dizer respeito) ao conjunto de razões $\{R1, R2, R3\}$ que se aplicam ao sujeito e, além disso, represente a visão de P a respeito dessas razões; (b) seja possível identificar d sem recorrer ao conjunto de razões $\{R1, R2, R3\}$, a respeito do qual d é uma decisão dotada de autoridade.

De acordo com Raz, apenas a tese das fontes sociais é compatível com as duas condições não-normativas apresentadas acima e, portanto, apenas ela é compatível com a reivindicação de autoridade que faz parte importante da natureza dos sistemas jurídicos. Tanto a tese da coerência quanto a tese da incorporação

permitiriam que uma norma se tornasse jurídica pelo seu caráter “moralmente correto”. No entanto, isso desafiaria a reivindicação de autoridade feita pelo direito, já que seria possível existir leis que não representariam o julgamento de qualquer pessoa ou instituição a respeito do que os seus sujeitos devem fazer (o que viola a primeira condição, expressa na tese da dependência) e, além disso, faria o direito depender, em determinados casos, de uma avaliação direta do conjunto de razões relevantes que uma lei ou norma dotada de autoridade deveria antecipar e excluir. Esse argumento, combinado com o primeiro argumento segundo o qual a tese das fontes se ajusta a um conjunto importante e sistemático de distinções intuitivas que fazemos a respeito do direito, provariam a veracidade do positivismo jurídico exclusivo e deporiam a favor da teoria positivista de Raz. Nenhum apelo ao caráter bom ou desejável das características do conceito ou da natureza do direito foi necessário. Raz também não afirmou que os juízes *devem* decidir o caso de acordo com as regras juridicamente validadas de acordo com a tese forte das fontes sociais: o argumento acima foi apresentado como a explicação de um conceito compartilhado em determinada sociedade e não como uma análise normativa dos deveres e obrigações morais dos juízes. De acordo com o nosso conceito, os critérios de validade contidos na regra de reconhecimento não podem incluir valores morais: mas se isso é bom ou ruim, ou se isso depõe a favor ou contra a legitimidade do direito, são questões totalmente distintas. A tese forte das fontes sociais segue-se de uma análise conceitual. Como devem os juízes decidir os casos, ou como devem os cidadãos comportar-se diante do direito, são temas que não estão no estrito domínio da teoria do direito (entendida como teoria acerca da *natureza* do direito).

2.3 Conclusão

Como vimos, a metodologia de Raz utiliza um método moralmente neutro de análise conceitual para elucidar a natureza do direito. Sondando nossas intuições a respeito de casos possíveis, é possível testar os limites do ‘nosso’ conceito compartilhado e explicar os critérios que utilizamos para aplicá-lo. Esse conceito

compartilhado, por sua vez, não pode e nem deve ser distorcido pelo teórico com base em argumentos morais externos ao próprio conceito. O positivismo jurídico exclusivo está baseado na intuição fundamental de que o direito reivindica autoridade legítima. Ainda que o conceito de autoridade tenha um aspecto normativo importante (condensado na tese da justificação normal), tudo que é necessário para o teórico defender a tese forte das fontes sociais é concentrar-se nas condições não-normativas para a posse de autoridade. Analisando as implicações dessa intuição básica, Raz chega a conclusão que o direito não pode incorporar valores morais como critérios relevantes de validade jurídica – isto violaria as condições não-normativas para a posse de autoridade. Nada disso sugere, contudo, que esse fato seja ‘bom’ ou ‘desejável’, ou, mesmo que seja, que esse caráter moralmente positivo conte a favor da verdade da tese. O positivismo jurídico exclusivo segue-se da análise do nosso conceito, e o teórico não precisa se comprometer com a legitimidade ou moralidade da tese das fontes.

Duas conclusões principais seguem-se da exposição anterior: a primeira é que, ao contrário de caracterizações comuns, o positivismo de Raz, ao se apresentar como uma tese puramente conceitual, não pretende dizer como os juízes devem decidir casos concretos ou qual deve ser a postura dos cidadãos diante das leis (ele não é uma teoria da decisão judicial nem uma teoria da obrigação moral de obedecer ao direito). Caricaturas muito presentes em manuais introdutórios, que pintam o positivismo como uma teoria que afirma que os juízes devem ser estritamente legalistas, formalistas ou insensíveis às demandas da justiça, não se aplicam ao positivismo de Raz. Críticas feitas à essa caricatura, portanto, não afetam em nada a validade de suas teses. A segunda conclusão está relacionada à última afirmação – se é verdade que críticas à caricatura comum do positivismo não atingem a teoria de Raz, também é verdade que ela não está imune a críticas. A teoria de Raz pode ser criticada e, como vimos, a crítica pode dirigir-se tanto ao conteúdo de suas teses quanto à metodologia que ele utiliza para defendê-las. É importante ter em mente ambos os níveis para que possamos não só entender, mas também avaliar criticamente, o positivismo raziano.

CAPÍTULO 3

SCOTT J. SHAPIRO E A METODOLOGIA DA TEORIA DO DIREITO

No capítulo anterior, analisei com detalhes a meta-teoria do direito defendida por Joseph Raz. Ela não é, contudo, a única posição positivista existente no debate metodológico em teoria do direito. O recente livro de Scott J. Shapiro, *Legality*, insere-se nesse contexto de disputas metodológicas e oferece alguns argumentos originais que são úteis para analisarmos a força do argumento do positivismo metodológico. O primeiro capítulo de *Legality*, intitulado “*What Is Law (and Why Should We Care)?*” representa uma tomada de posição em relação às diversas questões apresentadas até agora: para Shapiro, a teoria do direito é um empreendimento normativamente inerte, i.e., ela não recorre (nem deve recorrer) a argumentos morais; o método apropriado para responder à clássica pergunta da teoria do direito – o que é o direito? – é, segundo ele, o tradicional método de análise conceitual; e o ponto de partida desse método é o levantamento de “truísmos” a respeito do direito.

Este capítulo analisará a metodologia apresentada por Scott Shapiro no primeiro capítulo de *Legality*. Irei me concentrar nas teses apresentadas nesta etapa do seu livro sem preocupar-me se Shapiro é coerente, no restante da obra, com a metodologia que ele mesmo advoga no seu início. A razão disso é simples: o que nos interessa aqui é analisar a própria proposta metodológica, e não a coerência de seu uso ao longo de seu texto. Shapiro pode ter se desviado do método que ele mesmo advogou, mas isso não representa um argumento direto contra a validade do método. Ainda assim, concluirei que existem problemas – talvez insuperáveis – com a metodologia apresentada em *Legality*. Esses problemas podem ser resumidos em dois pontos: em primeiro lugar, o apelo a “truísmos” a respeito do direito é insuficiente; em segundo lugar, a análise conceitual defendida por Shapiro está sujeita à crítica de que redundante em argumentos circulares. Essas críticas serão posteriormente desenvolvidas, em capítulos próprios, nos quais apresento as críticas metodológicas desenvolvidas por Dworkin e

Finnis à ideia de uma teoria do direito moralmente neutra. Por ora, no entanto, avançarei uma crítica pontual à proposta específica de Shapiro.

3.1 O que é a teoria do direito?

Legality é um ambicioso projeto de Scott J. Shapiro. O livro procura oferecer uma teoria positivista do direito baseada, primordialmente, na ideia de que “as regras fundamentais dos sistemas jurídicos são planos” (Shapiro, 2011, p. 119). Os detalhes da parte substantiva do livro de Shapiro não nos interessam nos limites deste artigo. O que nos interessa, aqui, é sua discussão metodológica no capítulo de abertura do livro. Nele, Shapiro lança as bases do método que (supostamente) irá seguir no restante do livro. Antes que possamos responder à pergunta “o que é o direito?” é necessário saber o que, de fato, significa essa pergunta e como poderíamos, de fato, respondê-la. Nesta etapa do seu livro, Shapiro procura enfrentar essas questões.

3.1.1 Teoria analítica x teoria normativa do direito

A distinção entre teorias normativas e analíticas do direito remonta, pelo menos, à distinção de Jeremy Bentham entre *ensorial jurisprudence* e *expositorial jurisprudence*. Para Bentham, é uma confusão perniciosa a não separação entre o direito “como é” (objeto da parte expositiva da teoria do direito) e o direito como “deveria ser” (objeto da parte censória) (Dickson, 2001, pp. 4–5).

Shapiro endossa a distinção de Bentham logo no início do capítulo. De acordo com ele, a teoria normativa do direito estaria preocupada com os fundamentos “morais” do direito, enquanto a teoria analítica preocupar-se-ia com seus fundamentos “metafísicos” (Shapiro, 2011, p. 2). As teorias normativas, por sua vez, poderiam ser ainda mais diferenciadas: há as teorias normativas interpretativas, ocupadas com os fundamentos morais concretos de sistemas jurídicos específicos; e há as teorias normativas críticas, ocupadas não com a descrição dos fundamentos morais concretos dos sistemas jurídicos, mas com a

crítica desses fundamentos – ao invés de analisar quais são de fato os fundamentos morais de determinado sistema jurídico, os teóricos críticos prescreveriam quais deveriam (e quais não deveriam) ser esses fundamentos morais (Shapiro, 2011, p. 3).

A teoria analítica do direito, no entanto, “não está preocupada com a moral” (Shapiro, 2011, p. 3). Os teóricos analíticos estudam a “natureza” do direito, e fazem perguntas tais como: o que diferencia sistemas jurídicos de outros tipos de sistemas normativos? Todas as leis são regras? Direitos e obrigações jurídicos são espécies de direitos e obrigações morais?

A distinção de Shapiro, assim, é bastante tradicional. Contudo, ela não captura parcela importante das controvérsias reais a respeito da metodologia da teoria do direito. Os autores frequentemente citados como defensores do caráter normativo da teoria do direito estão também preocupados com as perguntas que Shapiro afirma serem de interesse exclusivo dos teóricos analíticos. O ponto de divergência está nos métodos adequados para responder a essas perguntas que, para alguns, envolveriam o recurso a argumentos morais. John Finnis, por exemplo, está tão preocupado quanto Hart ou Raz em responder à pergunta “o que é o direito?”. Ele é um teórico normativo no sentido de que acredita que, para se responder a essa pergunta, é necessário realizar avaliações morais (Finnis, 2011e, pp. 3–17). É um erro afirmar que ele está preocupado com uma pergunta distinta (“o que deve ser o direito?” ou “que conteúdo o direito deve ter?”). Nesse aspecto, o esquema apresentado por Shapiro é inadequado por ser insuficiente: ainda que haja de fato o tipo de teoria do direito normativa que Shapiro apresenta, os debates metodológicos travados entre Hart, Raz, Finnis e Dworkin não é explicado por essa divisão (Dickson, 2001, pp. 30–38).

Essa inadequação, contudo, não precisa nos desviar do foco do artigo. Mesmo que Shapiro utilize um esquema conceitual equivocado (ou, ao menos, insuficiente), é possível isolar suas teses metodológicas dessa divisão inicial. Shapiro está interessado na parte analítica da teoria do direito. A pergunta que seu livro procura responder é: o que é o direito? Assim como ele, entretanto, diversos outros teóricos – inclusive defensores do caráter

normativo da teoria do direito – estão interessados nessa pergunta. Vejamos, então, como Shapiro a entende e como julga que deve ser respondida.

3.1.2 Os vários sentidos da pergunta “o que é o direito?”

A pergunta central da teoria analítica do direito – disciplina qual Shapiro afirma estar engajado – é “o que é o direito?”. O real sentido dessa pergunta, no entanto, não é claro, e Shapiro procura esclarecê-lo discutindo exatamente a que pergunta os teóricos do direito oferecem respostas.

A ambiguidade da pergunta “o que é o direito?” é mais grave em inglês. Shapiro diferencia, assim, a pergunta “what is law?” de “what is *the* law?”. Em português a diferença entre as duas é mais sutil, já que traduzimos ambas utilizando o artigo definido “o”. De acordo com Shapiro, contudo, a pergunta “what is *the* law?” “reflete um desejo de entender o que o direito é numa questão *particular* e é o tipo de questão que um cliente provavelmente iria fazer ao seu (sua) advogado(a)” (Shapiro, 2011, p. 7). A pergunta “what is law” (sem o artigo definido *the*), por sua vez, “reflete o esforço filosófico de entender *a natureza do direito em geral*” e não o atual estado do direito de determinada comunidade a respeito de uma situação real ou imaginária. Para entendermos os sentidos diferentes que Shapiro atribui aos dois tipos de perguntas poderíamos traduzir a primeira delas como “o que é o direito?” e a segunda por “qual é o direito?” (i.e., qual é o direito neste caso concreto). Para Shapiro, as duas são perguntas distintas, e os teóricos do direito só estão interessados em uma delas: eles estão interessados na natureza geral do direito.

A pergunta “o que é o direito?” pode ser entendida, ainda, de outra forma: ela pode ser entendida como equivalente à pergunta “o que é ‘direito?’”, esta última sendo uma pergunta a respeito do significado da palavra em questão. Para Shapiro, contudo, ainda que alguns teóricos tenham confundido as duas perguntas, apenas uma delas interessa à teoria do direito. Filósofos e teóricos do direito não são lexicógrafos e não estão interessados no significado de palavras. Eles estão interessados no referente da

palavra “direito”, i.e., na natureza da instituição a que comumente nos referimos através da palavra ‘direito’. Além disso, Shapiro nota que se equacionássemos a teoria do direito com uma investigação acerca do significado da palavra ‘direito’, restringiríamos o escopo da disciplina às comunidades que compartilham aquele idioma e mesmo se nos restringíssemos, por exemplo, à palavra inglesa “law”, perceberíamos que ela é usada também em contextos não-jurídicos (para referir-se a *mathematical laws*, *divine laws* etc.) (Shapiro, 2011, p. 8). Como os limites e contextos de uso de uma palavra são fatores acidentais a determinado idioma e a determinada comunidade linguística, não é disso que o teórico do direito se ocupa – afinal, como já vimos, o que lhe interessa é a natureza geral do objeto a que nos referimos como ‘direito’.

3.1.3 A Natureza do Direito

Tentar responder à pergunta “o que é o direito?” é tentar elucidar ou investigar a *natureza* do direito (Shapiro, 2011, p. 7). A teoria do direito será bem-sucedida se explicar de maneira adequada essa natureza. Mas o que significa a natureza de algo e o que poderia contar como uma explicação dessa natureza?

Para Shapiro, há dois tipos de questões envolvidas na elucidação de natureza de um objeto: a questão da identidade e a questão da implicação. Quando investigamos a natureza de algo podemos estar interessados na identidade desse “algo”, i.e., do nosso objeto de estudo. Perguntar a respeito da identidade de um objeto é perguntar o que está envolvido no fato de ele ser aquele objeto, e não outro. Por exemplo: quando filósofos do conhecimento investigam a natureza do conhecimento, eles estão interessados em responder o que faz de um possível caso de conhecimento um autêntico caso de conhecimento. A resposta clássica é que conhecimento é crença verdadeira e justificada – essa seria a resposta à questão da identidade. Um exemplo hipotético de conhecimento torna-se um caso autêntico de conhecimento se envolver uma crença que é tanto verdadeiro quanto justificada. “Em geral”, afirma Shapiro (2011, p. 8), “perguntar sobre a

identidade de X é perguntar o que há a respeito de X que o torna X e não Y ou Z ou qualquer outra coisa”.

É possível, entretanto, que ao investigar a natureza de um objeto estejamos interessados não nas características que o tornam aquele objeto (e não outro), e sim naquilo que se segue *necessariamente* de ele ser aquele objeto. Há uma diferença importante entre as duas questões: é possível que um objeto X necessariamente tenha determinada característica sem que essa característica explique a identidade do objeto (porque, por exemplo, outros objetos também possuem a mesma característica). Ser primo é uma característica necessária do número 3, mas ela não explica a identidade do número 3 (que é explicada pela propriedade de ser o sucessor do número 2) porque existem outros números primos. Ainda assim, ser primo é uma característica necessária do número 3 e, portanto, parte de sua natureza.

Essas considerações abstratas são introduzidas por Shapiro para explicar em que sentido um teórico do direito está preocupado com natureza do direito. Ele não está preocupado com todas as características que o direito necessariamente possui, mas tão somente com aquelas que lhe são necessárias e *distintivas*, isto é, que são peculiares e permitem diferenciar o direito de outros objetos similares. Essas características podem ser descobertas respondendo às duas questões acima, mas nem todas as respostas a ela são interessantes, porque muitas delas são triviais ou ociosas. O direito não pode cometer um estupro ou apaixonar-se: essas são características necessárias, mas nenhum teórico (nem qualquer pessoa razoável) está interessado nelas.

3.2 Análise conceitual

O tópico anterior apresentou a primeira parte do capítulo de Shapiro. A parte seguinte inicia-se no tópico intitulado “*Conceptual Analysis*” e nele Shapiro (2011, p. 13) apresenta e delinea o método pelo qual poderíamos responder às duas questões envolvidas numa investigação a respeito da natureza do direito – a questão da identidade e a questão da implicação. Se anteriormente mostramos como Shapiro entende a pergunta “o

que é o direito?” (trata-se de uma questão a respeito da natureza do direito), agora apresentaremos o método que ele julga adequado para responder a essa pergunta: o método de análise conceitual.

O primeiro esclarecimento necessário a respeito do método de análise conceitual é que, ainda que o termo sugira o contrário, o objeto de estudo do filósofo é a natureza do direito e não propriamente o conceito de direito. Shapiro endossa a posição de Joseph Raz, que diferencia conceito de um objeto e a natureza desse objeto (Raz, 2011a, pp. 17–24). A razão para essa diferenciação é a seguinte: é possível termos um conceito sem que tenhamos conhecimento de todas as características necessárias do objeto ao qual aquele conceito se refere. A posse mínima de um conceito pode envolver características não essenciais, e tudo que é necessário para que digamos que alguém possui o conceito é que seja capaz de utilizá-lo, no mais das vezes, de maneira correta (uso que pode, inclusive, envolver conhecimento apenas de características não-essenciais). Um “domínio completo” do conceito envolverá um conhecimento da natureza do objeto – razão pela qual a análise conceitual permite uma elucidação da natureza do direito. É importante, contudo, estar ciente da diferença entre as duas categorias (Raz, 2011a, pp. 22–24).

Passemos, então, aos detalhes do método de análise conceitual. Quais os passos o filósofo deve seguir ao utilizá-lo, que argumentos são considerados pertinentes e que tipo de conhecimento ele pode produzir?

A característica mais fundamental do método de análise conceitual é o recurso ao que Shapiro chama de “truísmos”: “a chave da análise conceitual (...) é a coleta de truísmos sobre um dado ente” (Shapiro, 2011, p. 13). Para explicar o que entende por truísmo, Shapiro compara o trabalho de um filósofo analítico ao trabalho de um detetive: um detetive, ao investigar um assassinato ou outro crime qualquer, irá primeiro procurar pelas evidências na cena do crime, coletando o maior número de pistas que puder e, através do seu conhecimento (do mundo, da psicologia e da experiência pessoal), eliminar possíveis suspeitos. O filósofo analítico também coleta pistas e evidências para eliminar possíveis explicações a respeito da identidade de um objeto. A diferença

entre um caso e outro é que enquanto a evidência que os detetives coletam são compostas de “estados de coisas verdadeiros”, aquelas que interessam aos filósofos são compostas, basicamente, por “truísmos”, isto é, pistas que são não só verdadeiras, mas *auto-evidentes* e *evidentemente verdadeiras*. O filósofo, ao contrário do detetive, não procura pistas externas (e, portanto, conhecimentos “novos”) e sim pistas internas através da sondagem daquilo que ele já sabe incontestavelmente a respeito do objeto.

Como diferenciar julgamentos verdadeiros de julgamentos evidentemente verdadeiros (auto-evidentes, truísmos)? Shapiro sugere um teste baseado na negação desses julgamentos. Como interpretamos a negação de um julgamento verdadeiro e a negação de um julgamento evidentemente verdadeiro? De acordo com Shapiro (2011, p. 405), se nos contentamos em atribuir crenças estranhas a alguém que nega determinada afirmação p , então p é simplesmente uma afirmação verdadeira. Se, no entanto, nós ficamos totalmente confusos, estupefatos e inferimos que, ao negar p , o nosso interlocutor simplesmente mudou de assunto, então p é uma afirmação evidentemente verdadeira ou um truísmo. Nossas reações a negações dos dois tipos de afirmação explicariam quando estamos diante de um truísmo e quando estamos diante de uma proposição verdadeira, mas não de um truísmo.

Truísmos, portanto, são verdades óbvias a respeito da qual não conseguimos imaginar uma negação que não envolva uma completa confusão ou uma troca de assunto. A análise de um conceito deve ser sensível a esses truísmos: ainda que ela não precise levar todos em consideração, ou dispensar a mesma atenção a todos eles, ela deve ajustar-se a maior parte dos truísmos que acreditamos a respeito de determinado objeto. A inadequação entre análise e truísmo é uma forte razão para rejeitarmos uma análise.

Um exemplo comum desse tipo de apelo ao que consideraríamos “obviamente verdadeiro” a respeito de determinado objeto é a análise do conceito de conhecimento: são truísmos sobre o conhecimento que não é possível que alguém conheça determinado fato sem que acredite nesse fato; que se alguém conhece algo, não pode estar errado sobre ele etc. Uma

pessoa que negasse esses truísmos ou não teria o conceito de conhecimento ou teria um conceito completamente estranho e confuso de conhecimento.

O que Shapiro chama de truísmo é, assim, o que os filósofos tradicionalmente chamam de “intuições”. O filósofo Frank Jackson, em seu livro *From Metaphysics to Ethics*, afirma que para identificarmos nosso conceito ordinário, devemos “apelar àquilo que nos parece mais óbvio e central” sobre o objeto ao qual aquele conceito se refere (Jackson, 1998, p. 31). Por exemplo, o que me leva a chamar determinada ação de “livre” são minhas intuições sobre se diversos casos são ou não casos de “ações livres”. Essas intuições são os dados que o filósofo deve coletar e, a partir delas, construir sua análise. Uma análise que não se ajuste a essas intuições será falha e deverá ser rejeitada (ou pelo menos haverá boas razões para rejeitá-la).

Assim como o detetive constrói sua explicação do fato ocorrido com base nas evidências coletadas, o filósofo constrói a análise do conceito com base nas intuições ou truísmos que ele coleta (por introspecção): o conjunto de julgamentos que ele julga auto-evidentes e que não está disposto a negar é o ponto de partida para a análise e elucidação da natureza do objeto.

Esse é um ponto importante e parte fundamental do método de análise conceitual: o apelo a truísmos ou intuições é tanto o ponto de partida quanto o teste básico de possíveis análises. Em outras palavras: a maneira pela qual devemos julgar (e possivelmente rejeitar) a análise de um conceito é testá-la em face das afirmações que consideramos obviamente verdadeiras (i.e., dos truísmos). Se uma explicação da natureza de um objeto não se ajusta a uma parcela importante desses truísmos, temos boas razões para rejeitá-la.

Um exemplo clássico desse tipo de rejeição foi fornecido por Edmund Gettier (1963). Os chamados “casos de Gettier” ilustram situações em que estão presentes as condições clássicas para a posse de conhecimento (crença verdadeira e justificada) mas que não julgamos serem autênticos casos de conhecimento. O julgamento intuitivo que os casos de Gettier não são autênticos exemplos de conhecimento (i.e., o truísmo que de que não são

conhecimento) nos oferecem boas razões para rejeitar a análise tradicional do conceito e, portanto, refutam a análise. Essa é a estrutura básica dos argumentos no método de análise conceitual.

Isso não significa, no entanto, que cada intuição ou truísmo, individualmente considerados, tenham um caráter definitivo, e a afirmação anterior deve ser colocada, portanto, em perspectiva. Shapiro (2011, p. 17) acrescenta que “o fato de que uma explicação não se ajusta com algumas de nossas intuições (...) pode contar contra aquela explicação mas não é de qualquer forma fatal a ela”. Quer dizer, devemos considerar a totalidade dos nossos truísmos e não simplesmente cada um tomado de maneira individual. É possível que rejeitemos algo que considerávamos de início intuitivamente verdadeiro porque não estamos dispostos a abandonar um truísmo ao qual atribuímos maior prioridade e centralidade e que, de alguma maneira, conflita com aquele truísmo.

Embora a análise conceitual proceda com base em nossas intuições, é obviamente importante que nós não tomemos qualquer de nossas reações como sacrossantas ou não revisáveis. O fato de que uma explicação não se ajustar com algumas de nossas intuições (...) pode contar contra aquela explicação mas não é de qualquer forma fatal a ela. Nós devemos considerar a totalidade de nossas reações e estar dispostos a abrir mão de algumas de nossas visões quando elas não coerem com outros julgamentos aos quais atribuímos uma prioridade maior e estamos, desta forma, menos dispostos a abandonar. Nesse sentido, a análise conceitual é como um exercício de reconstrução racional. A menos que nossa compreensão de uma entidade seja perfeita, é possível que nós estaremos equivocados, pelo menos de alguma forma, sobre o que é evidentemente [*self-evidently*] verdadeiro sobre o ente em questão. A análise conceitual procura encontrar as fontes dessa confusão e ajudar-nos a resolvê-las (Shapiro, 2011, p. 17).

A explicação acima parece insuficiente em ao menos um sentido: a partir de que critério devemos atribuir uma “prioridade maior” a determina intuições ou conjunto de intuições? Shapiro

não explora este ponto, e voltaremos a ele no tópico seguinte. Por ora, tenhamos em mente simplesmente que, de alguma maneira, possíveis divergências podem ser resolvidas no interior de um método de análise conceitual a partir da análise considerada de um conjunto de intuições que nos permitiria tratar divergências de truísmos através do abandono de truísmos divergentes em favor de truísmos que consideramos de maior importância.

É uma objeção ao uso de intuições e truísmos a afirmação de que se uma teoria *parte* de truísmos ela só pode resultar em outros truísmos? Essa é uma versão do clássico problema conhecido como “paradoxo da análise”: como é possível que uma definição ou análise seja *informativa* se ela não vai além do que nós já sabemos ou das verdades que já conhecemos sobre determinado objeto (McGinn, 2012, pp. 47–48)? O detetive deve coletar evidências que ele ainda não conhece para construir sua explicação. O filósofo, ao contrário, parte daquilo que ele já conhece e, portanto, não pode fazer avançar nosso conhecimento – se seu trabalho é apenas um de “introspecção”, de sondar e coletar um conjunto de truísmos, como sua teoria pode nos ser útil ou nos fornecer um conhecimento novo e aprimorado?

Shapiro lida com o paradoxo da análise de maneira breve em seu texto. Ele concede o ponto de que “não haveria nenhum propósito em se engajar em análise conceitual se a identidade de algum ente fosse óbvia para todos” (Shapiro, 2011, p. 18). Ocorre que, do fato de uma análise conceitual *partir* de truísmos e intuições não significa que ela resulte em truísmos e verdades intuitivas. “Muitos que são apresentados a respostas da Questão da Identidade podem não ser capazes de ‘ver’ que ela é a melhor explicação do ente em questão, quanto menos que ela é evidentemente a melhor explicação” (Shapiro, 2011, p. 18). Em outras palavras, entre os truísmos que são o ponto de partida da teoria e a própria explicação teórica, há a mediação de argumentos, análises, analogias etc. que fazem a explicação ir, de alguma forma, além do truísmo de que partiu.

Ficou claro, portanto, que o método de análise conceitual parte de truísmos para construir suas explicações de determinado conceito ou objeto, e usa esses truísmos como testes para essas

explicações (i.e., uma explicação que não se ajuste a esses truísmos deve ser rejeitada ou então devemos considerar que existem boas razões para rejeitá-la). Quais são, contudo, os truísmos que Shapiro elenca a respeito do direito?

Shapiro lista uma série não exaustiva de truísmos sobre o direito que o teórico “deve incluir” (Shapiro, 2011, p. 15) e levar em consideração. Dentre esses truísmos ou intuições estão as afirmações de que “todos os sistemas jurídicos devem ter juízes” e “todos os sistemas jurídicos possuem instituições para modificar o direito”; “algumas leis são regras” e “algumas regras impõem obrigações”; “autoridades jurídicas têm o poder de obrigar mesmo quando seus julgamentos são errados” e “em todo o sistema jurídico alguma pessoa possui autoridade suprema para criar determinadas leis”, dentre muitos outros.

Esses e outros truísmos são o ponto de partida da análise e possíveis explicações da natureza do direito devem ser testadas em face deles. Para ilustrar esse ponto, Shapiro apresenta um exemplo de aplicação do método. “Suponhamos”, afirma Shapiro (Shapiro, 2011, p. 15), “que alguém proponha a seguinte explicação da natureza do direito: o direito é o que quer que os tribunais digam que ele é”. Essa é uma explicação bastante popular entre juristas práticos e pessoas comuns. Como saber se ela é uma explicação adequada da natureza do direito? A resposta já está clara: testando essa explicação em face do conjunto de truísmos coletados a respeito do direito. Utilizando esse método, podemos perceber que essa é uma explicação falha porque “viola muitos truísmos jurídicos” (Shapiro, 2011, p. 15). Se o direito é o que quer que os tribunais digam que ele é, então (a) todos os tribunais devem ser infalíveis; (b) não é possível existirem juízes e tribunais com maior conhecimento do direito do que outros; (c) não faz sentido dizer que os tribunais superiores “corrigem” as decisões de juízes e tribunais inferiores; (d) não é possível afirmar que as decisões jurídicas são frequentemente previsíveis porque os juízes, em geral, seguem e vinculam-se ao direito pré-existente. Toda as afirmações implicadas pela explicação da natureza do direito como “o que quer que os tribunais digam que é o direito” violam truísmos importantes a respeito do direito. É um truísmo, por exemplo, que

os juízes e tribunais podem errar em matéria de direito. Se a teoria em questão não se ajusta a esse (e muitos outros truísmos) então devemos rejeitá-la. “Essa explicação viola tantos truísmos que não pode ser vista como revelando a identidade do ente referido pelo nosso conceito de direito” (Shapiro, 2011, p. 16).

Fica claro, portanto, o papel dos truísmos na teoria do direito, bem como os contornos e a forma de uso do método de análise conceitual defendido por Shapiro. Para Shapiro, coletando truísmos sobre o direito e construindo e testando explicações em face desses truísmos, é possível explicar a natureza do direito – i.e., as características necessárias do direito *em* geral. Assim como ele, diversos autores defendem métodos similares (B. H. Bix, 2007; Dickson, 2001; Raz, 2011b), e todos são versões mais ou menos semelhantes do tradicional método de análise conceitual defendido por autores como Frank Jackson para outros domínios filosóficos. A questão que passarei a explorar no próximo tópico, no entanto, é se esse método é realmente capaz de elucidar de maneira adequada a natureza do direito e explicar como tantos teóricos do direito podem divergir a respeito dessas questões.

3.3 Problemas metodológicas na teoria de Shapiro

Os detalhes do método de análise conceitual defendido por Scott Shapiro foram apresentados anteriormente. Resta, no entanto, a pergunta: esse é um método capaz de explicar a natureza do direito, i.e., as características básicas de nossas instituições e práticas jurídicas? A tese central deste artigo é que ele *não* é capaz. As razões para isso serão explicadas neste tópico. Nele apresento alguns problemas com a metodologia defendida por Shapiro.

Podemos resumir o núcleo do método de análise conceitual defendido por Shapiro da seguinte maneira: a teoria do direito deve “procurar a estrutura profunda do conceito de direito explorando as implicações do que pode ser incontroversamente afirmado sobre ele” (Murphy, 2004, p. 381). Os truísmos a que Shapiro faz constante referência ou as intuições (termo mais utilizado nas discussões de metodologia filosófica em geral) representariam aquilo “que pode ser incontroversamente afirmado” sobre o

direito. O problema fundamental da metodologia de Shapiro é, segundo irei argumentar, justamente o papel que ele atribui a esses truísmos. Começemos, então, com dois exemplos.

Joseph Raz (1994, p. 215) fez a famosa afirmação de que *todo* o sistema jurídico *necessariamente* afirma possuir autoridade legítima. Mais ainda, um sistema normativo que não faça esse tipo de afirmação não poderá contar como um sistema jurídico. Reivindicar autoridade legítima, portanto, é uma necessidade conceitual e um sistema que não a faça carecerá de uma das características essenciais dos sistemas jurídicos. A reivindicação de autoridade legítima explicaria, de acordo com Raz, a distinção entre um sistema jurídico e um sistema de pura força ou entre ele e o conjunto de regras de uma sociedade criminosa; ela é parte importante – na verdade, parte fundamental – de nossa concepção de direito.

Para John Finnis (2014a), assim como para Matthew Kramer (2003), contudo, a reivindicação de autoridade legítima não é, ao contrário do sugerido por Raz, necessária. Finnis (2014a, pp. 91–92) afirma que é plenamente possível imaginar um regime que afirme, por exemplo, que “o nosso direito” satisfaz todos os critérios hartianos para a existência de um sistema jurídico (regras primárias que proibam violência, roubo e fraude; regras de reconhecimento, mudança e decisão; etc.) e impõe *apenas* obrigações jurídicas, as quais irá cumprir de maneira estrita. Essas obrigações jurídicas não dizem nada a respeito de obrigações morais, e os direitos jurídicos conferidos aos cidadãos nada têm a ver com direitos morais: esse é um regime que não tem nada a dizer a respeito de justiça ou bem comum, sendo simplesmente uma estrutura ordenadora de poder destinada a perseguir um conjunto específico de interesses setoriais.

Que razão teríamos para negar que esse seja um regime ou sistema jurídico ou, pior ainda, que é conceitualmente impossível que ele seja um regime jurídico? Para Finnis (2014a, p. 93), não há “nenhuma razão convincente para dizer que isto não seria uma ordem jurídica”. Como poderíamos responder de maneira não circular a essa objeção?

O método de Shapiro, como vimos, propõe que casos como esse sejam decididos por um teste intuitivo: devemos testar qual das duas explicações viola nossos truísmos sobre o direito. Mas que truísmo é violado pela explicação de Finnis e Kramer segundo a qual não é necessário que o direito reivindique autoridade legítima. Provavelmente, o truísmo segundo o qual o direito *reivindica autoridade legítima*. Mas esse é, justamente, o ponto controverso da questão e não podemos afirmar que se trata de uma proposição evidentemente verdadeira quando ela é colocada de maneira razoável em questão. Talvez fosse possível afirmar que a negação da reivindicação de autoridade violaria *outros* possíveis truísmos. Mas quais truísmos exatamente seriam violados? Lembremos que parte da definição de Shapiro para truísmo era: uma afirmação cuja negação interpretamos como confusão conceitual, erro completo ou mudança de assunto. O caso da negação da reivindicação de autoridade legítima não parece se enquadrar em nenhuma das hipóteses. Afinal, por que o sistema hipotético apresentado por Finnis não pode ser considerado um sistema jurídico?

Comparemos esse caso com a refutação de Gettier da definição tradicional de conhecimento. Os contraexemplos de Gettier são quase imediatamente tratados como instâncias falsas de conhecimento (i.e., não são casos reais de conhecimento). O contraexemplo de Finnis, no entanto, não desperta esse tipo de reação imediata, e não parece um erro (ainda que não seja necessariamente correto) afirmar que se trata de um sistema jurídico.

No caso da reivindicação de autoridade legítima, assim, não é possível afirmar sem argumentos que uma ordem normativa que não faça esse tipo de reivindicação não é uma ordem jurídica, porque é a necessidade dessa reivindicação que está em questão. Se Raz afirmasse, por exemplo, que não existem ou mesmo que são inconcebíveis sistemas jurídicos tais quais o descrito por Finnis (i.e., que é um truísmo que o direito reivindica autoridade legítima), ele estaria já assumindo a reivindicação de autoridade como critério necessário para a existência do direito. O contraexemplo de Finnis, destinado justamente a refutar a necessidade dessa reivindicação,

só pode ser contornado por Raz com a sua exclusão liminar e injustificada. Essa exclusão, no entanto, pressupõe o que se quer provar, redundando numa petição de princípio: a reivindicação não pode ser considerada uma afirmação incontroversa (e, portanto, um truísmo) se, no nosso exemplo, ela é justamente o foco da controvérsia. O sistema descrito por Finnis não é um sistema de *pura força*, mas sim um sistema regulado por regras hartianas primárias e secundárias. Por que excluí-lo do conjunto S formado por todos os sistemas jurídicos? Raz poderia recorrer às nossas intuições a respeito do que sejam sistemas jurídicos, mas o que o contraexemplo de Finnis mostra é, justamente, que as intuições que Raz julga serem compartilhadas, de fato não são: nesse caso, assume-se determinada característica como necessária, mas quando ela é posta em jogo não há uma saída não-circular ou que não apele a truísmos supostamente compartilhadas para resolver o problema.

Vejamus outro exemplo: em *Practical Reason and Norms* Raz (2002, pp. 159–160) argumentou que as sanções não fazem parte de nossa concepção de direito. De acordo com ele, uma sociedade de anjos – em que todos estariam dispostos a obedecer as regras – não teria necessidade de sanções, ainda que tivesse necessidade de órgãos legislativos, judicantes etc. O sistema normativo dessa sociedade de anjos seria um sistema jurídico, mesmo que não tivesse sanções. Logo, as sanções não são necessárias para a existência do direito.

O tipo de argumento empregado por Raz nesse passo é muito similar ao tipo de argumento utilizado nos contraexemplos de Gettier, e que Shapiro cita como exemplo típico do método que defende. Testa-se uma análise em face de casos hipotéticos que julgamos intuitivamente (i.e., evidentemente) serem (ou não serem) casos do objeto em questão. Nos casos de Gettier, a análise tradicional de conhecimento é testada em face de exemplos que julgamos intuitivamente não serem casos de conhecimento. No caso de Raz, a explicação do direito como sistema normativo essencialmente coercitivo é testada em face de um contraexemplo que julgamos intuitivamente ser um caso de direito.

O primeiro ponto a ser levado em consideração aqui é porque deveríamos nos interessar por uma sociedade de anjos? Por

que a ordem normativa em uma sociedade não humana deveria servir como contraexemplo a determinada característica do direito? A resposta de Shapiro a essa questão é, mais uma vez, um apelo a um truísmo: “é um truísmo que não-humanos poderiam ter direito” (Shapiro, 2011, p. 407). A primeira objeção a esse ponto é óbvia: de acordo com o que ou com quem deveríamos considerar um truísmo que não-humanos podem ter direito?

O ponto mais importante, no entanto, é outro: que resposta Raz ou Shapiro poderiam dar a alguém que, diante do exemplo da sociedade de anjos, simplesmente afirmasse: “esse não é um exemplo de sistema jurídico e, portanto, não refuta minha explicação do direito como essencialmente sancionatório”. A força do argumento de Raz depende de considerarmos a ordem normativa da sociedade de anjos em questão um caso intuitivamente claro de sistema jurídico. Mas não nos parece absurdo rejeitar que esse seja o caso. Para usar o critério de Shapiro, não reagimos à negação de que a sociedade de anjos possui um sistema jurídico da mesma forma que reagimos à negação de que os casos de Gettier não são casos de conhecimento.

Esses exemplos ilustram um problema fundamental no método de análise conceitual proposto por Shapiro. A ênfase excessiva em truísmos não é capaz de explicar as divergências entre diferentes explicações da natureza do direito como as oferecidas acima (afinal, em nenhum dos exemplos acima algum dos lados parece ignorar ou violar algum truísmo importante sobre o direito). Além disso, o apelo a truísmos parece inadequado quando afirmações que julgaríamos evidentemente verdadeiras (como, talvez, a reivindicação de autoridade legítima) são colocadas em xeque. Nesse caso, o teórico não é capaz de argumentar de maneira não-circular que o que ele julga ser um truísmo não verdade não é. Talvez pudéssemos nos valer da sugestão de Shapiro e testar esses truísmos diante de outros truísmos que consideramos mais importantes. Mas, mais uma vez, enfrentamos o problema: com base em que ou em quem devemos julgar um truísmo mais importante que outro? Para Shapiro, por exemplo, é um truísmo que todo sistema jurídico possui órgãos com poder de modificar o direito. Mas que argumento ele poderia oferecer a alguém que

negasse que isso é um truísmo ou mesmo que se trata de uma característica necessária do direito? Por que não poderíamos considerar jurídico um sistema normativo que possuísse regras secundárias de reconhecimento e adjudicação, mas que não possuísse regras secundárias de modificação? Uma alternativa seria considerar que as regras secundárias de modificação são *importantes*, valiosas e temos boas razões para introduzi-las e mantê-las no nosso sistema jurídico (Finnis, 2011b). Esse, contudo, não é um argumento conceitual, e sim normativo: ele aponta para o caráter bom ou desejável da existência de regras secundárias, e não para algum tipo de necessidade lógica ou conceitual derivada de nossas intuições sobre o direito. John Finnis resumiu o problema enfrentado pelo tipo de análise conceitual proposto por Shapiro da seguinte maneira:

Argumentos conceituais-analíticos tornam-se frequentemente (...) uma disputa enfadonha entre intuições rivais sobre conceitos que se supõe já estarem totalmente e corretamente estabelecidos, e sobre cenários mais ou menos imaginários, supostamente ilustrativos dos limites daqueles conceitos estabelecidos (Finnis, 2014b, p. 9).

A ideia de que seria possível derivar uma teoria do direito informativa e explicativa a partir única e exclusivamente de truísmos sobre o direito depende de que haja um consenso robusto no que contaria como truísmo e de quais seriam os truísmos relevantes a respeito do direito a partir dos quais deveríamos construir nossas teorias. Ela depende, em outras palavras, de que o conceito de direito já estava “totalmente e corretamente estabelecido”. Esse consenso, no entanto, não existe – ou pelo menos, ele não existe a respeito daquelas proposições importantes a partir das quais os teóricos constroem suas teorias. Existem, é claro, muitos truísmos sobre o direito: o que os exemplos acima colocaram em questão foi justamente se esses truísmos são capazes de explicar e resolver as divergências mais importantes entre os teóricos do direito. Hart e Raz, por exemplo, afirmam que o propósito primordial do direito é fornecer padrões, na forma de leis individuais, para o guiamento de condutas. Para Dworkin, ao

contrário, esse propósito seria justificar o uso político da coerção estatal. Como aponta Stephen Perry (1996, pp. 374–377), parte importante das teorias de Hart, Raz e Dworkin dependem dessas concepções de propósito. Mas como determinar qual delas é correta? Nenhuma das duas parece óbvia a ponto de tornar a outra não só falsa, mas absurda; nenhuma das duas parece violar algum “truísmo” acerca do direito e nenhuma das duas parece ser “unanimemente” ou “incontroversamente” aceita entre os participantes da prática jurídica. Se nenhuma das duas concepções de propósito é um truísmo, e se elas não podem ser estabelecidas por apelo a outros truísmos, como é possível argumentar a seu favor a partir do método advogado por Shapiro? Não há respostas a essa pergunta no seu texto. Shapiro (2011, p. 206) afirma, por exemplo, que “sistemas jurídicos, por sua própria natureza, [devem] supostamente ser bons”. A isso poderíamos perguntar: com base em que Shapiro faz essa afirmação? Ela não parece ser obviamente verdadeira e nem um truísmo. Shapiro também não fornece nenhuma evidência nesse sentido, e não parece absurdo negar que o caráter supostamente “bom” dos sistemas jurídicos seja uma característica necessária do direito (Tinturé, 2011, p. 186). Mais uma vez, os problemas apontados anteriormente se repetem.

Para que o método de análise conceitual pudesse de fato revelar verdades necessárias e importantes sobre o direito, seria necessário um acordo robusto a respeito do que contaria e do que não contaria como direito logo no início da análise (Murphy, 2005). Os teóricos partiriam desses “dados” (i.e., desses truísmos) e construiriam daí suas explicações. Ocorre que, na maior parte das vezes, o que está em jogo é justamente o que de fato entra no conjunto de “dados” que o teórico deve explicar. Afinal, a ordem normativa de uma sociedade de anjos entra ou não entra no conjunto de sistemas jurídicos que deve ser abarcado por nossa análise filosófica? Shapiro não parece fornecer um argumento independente para nos decidirmos a respeito dessa questão. O resultado disso para a teoria do direito é o seguinte: diante de contraexemplos a determinada explicação da natureza do direito, o teórico tem sempre duas opções: ele pode rever sua explicação para ajustar o contraexemplo (porque considera o contraexemplo um

caso claro de direito); ou ele pode manter sua explicação e excluir o contraexemplo (porque considera que não se trata de um autêntico caso de direito). O problema aqui é que não há um argumento independente e não-circular que justifique uma ou outra das duas opções (Priel, 2007, p. 188).

O apelo a truísmos, portanto, não parece ser capaz de justificar a atenção dada às disputas entre teóricos do direito – poucas disputas poderiam ser resolvidas apelando-se a “truísmos” ignorados ou violados por explicações rivais. Esse apelo também é incapaz de explicar como lidar com os casos em que é questionável se um contraexemplo é ou não uma instância do objeto em questão. Por fim, mesmo que controvérsias em torno de determinados truísmos pudessem, hipoteticamente, ser resolvidas por apelo a outros truísmos que julgamos “mais relevantes”, precisaríamos oferecer (e Shapiro não oferece) um critério para julgar os distintos níveis de importância de diferentes truísmos.

3.4 Conclusão

Maris Köpcke Tinture, numa revisão do livro de Shapiro, nota que, a despeito de sua defesa do método de análise conceitual e da importância atribuída aos truísmos sobre o direito, o termo truísmo praticamente não aparece no restante do livro depois do seu capítulo de abertura (Tinturé, 2011, p. 211). Para ela, Shapiro não é coerente, no restante da obra, com a agenda metodológica que ele estabelece no primeiro capítulo de seu livro.

Esse ponto, como já afirmei, ainda que importante, não afeta a análise do artigo. O que nos interessou aqui foram os detalhes e os limites da metodologia proposta por Shapiro. Mesmo que ele não a usasse de maneira coerente, ela poderia sustentar-se se argumentos independentes depusessem em seu favor. Como vimos, esse não é o caso.

O artigo mostrou que o recurso a truísmos é insuficiente para produzir teorias do direito dignas de atenção. Não temos consenso robusto nos nossos julgamentos intuitivos sobre o direito (ao menos naqueles julgamentos importantes e não-triviais de que depende a teoria do direito) e Shapiro não fornece nenhum

argumento independente em seu favor. Ele também não fornece um argumento independente para resolver conflitos entre truísmos opostos, além de um vago apelo a “truísmos mais importantes” (apelo que não é acompanhado pela identificação de critérios relevantes pelos quais poderíamos julgar um truísmo mais importante que outro). Os diversos exemplos citados no artigo, ademais, mostraram que, diferente dos contraexemplos de Gettier, contraexemplos em teoria do direito são frequentemente mais controversos e o teórico acaba sempre podendo adotar uma das duas opções seguintes: revisar sua explicação em face do contraexemplo, ou rejeitar o contraexemplo e manter sua explicação. O problema é que, contrariamente aos casos de Gettier, os contraexemplos oferecidos pelos teóricos do direito não despertam uma reação imediata e não os consideramos nem obviamente verdadeiros nem obviamente falsos. Seria necessário um argumento independente para que pudéssemos nos decidir por uma dessas duas opções, mas Shapiro não o fornece.

A conclusão do artigo, então, é que o método de análise conceitual defendido por Shapiro não é capaz nem de explicar as atuais divergências entre teóricos do direito nem de resolvê-las. A necessidade de consenso robusto nos nossos julgamentos intuitivos (ou naquilo que consideraríamos um truísmo) não ocorre no caso do direito e, portanto, o apelo a truísmos redundava em escolhas conceituais arbitrárias e na assunção injustificada de alguma característica como sendo “necessária” ao direito. Para alguns autores, como Brian Leiter (2011a, pp. 131–135), a solução para esse problema é abandonar o método de análise conceitual em favor de uma teoria do direito “naturalizada”, i.e., que se baseie e seja contínua com os métodos e resultados das ciências sociais empíricas. Para outros, como Finnis (2011e, pp. 3–17) e Perry (2004, pp. 347–353), a solução é abandonar a inércia normativa e valer-se de argumentos morais para testar possíveis explicações da natureza do direito. No capítulo seguinte, analisarei os méritos específicos de uma dessas propostas: a de John Finnis.

CAPÍTULO 4

JOHN FINNIS – O JUSNATURALISMO ENFRENTA O DEBATE METODOLÓGICO

Para Joseph Raz e Scott Shapiro, o objetivo da teoria do direito é, de alguma forma, explicar a natureza do direito. O método adequado para isso, segundo eles, é uma análise do nosso conceito de direito que não envolve qualquer tipo de consideração moralmente normativa. Se nossa sociedade compartilha um conceito, e se esse conceito é delimitado por um conjunto específico de critérios compartilhados, por que seria necessário algum tipo de avaliação moral?

Shapiro e Raz oferecem, assim, versões complexas do argumento *descriptivista*, ou do que se pode chamar de positivismo metodológico. Mas - como já sabemos - o positivismo não é objeto de críticas apenas em relação ao que afirma sobre os critérios de validade jurídica: ele também é criticado por defender uma metodologia inadequada.

No contexto dos debates metodológicos, um dos autores mais destacados é John Finnis. Responsável por resgatar o jusnaturalismo e o inserir novamente nas discussões acadêmicas do meio analítico anglo-saxão, Finnis dedicou diversos textos ao que entendia serem os erros metodológicos do positivismo, em especial sua insistência na neutralidade moral da teoria do direito. Neste capítulo, apresentarei, de maneira sistemática, os argumentos de Finnis, e mostrarei em que medida eles oferecem objeções poderosas ao tipo de metodologia advogado por Raz e por Shapiro.

4.1 Definindo a controvérsia

Finnis elabora seus argumentos a favor da natureza normativa da teoria do direito contrastando-os com concepções opostas dessa mesma natureza. O objeto de sua crítica é a ideia de que a teoria do direito é um empreendimento moralmente neutro. Portanto, o foco de sua argumentação, nesse passo, será o

positivismo metodológico, e não propriamente a ideia de que os critérios de validade jurídica devem ou possam incluir critérios morais. Logo na primeira página do capítulo 1 de NLNR ele apresenta a visão tradicional que tentará criticar e, no limite, refutar. Escreve ele:

Supõe-se frequentemente que uma avaliação do direito como um tipo de instituição social, se é mesmo para ser feita, deverá ser precedida por uma descrição e análise livres de valores daquela instituição como ela existe de fato. Mas o desenvolvimento da teoria do direito moderna sugere, e uma reflexão sobre a metodologia de qualquer ciência social confirma, que nenhuma teórica pode dar uma descrição ou análise teórica de fatos sociais sem também participar no trabalho de avaliação, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas, e o que é realmente exigido pela razoabilidade prática (Finnis, 2011e, p. 3).

O trecho acima contém duas partes. Na segunda, Finnis sugere já alguns aspectos da metodologia que ele entende ser apropriada não só para a teoria do direito, mas para qualquer ciência social. Esta metodologia conterà avaliações, e elas dirão respeito aquilo que é “bom” para as pessoas e que é exigido pela “razoabilidade prática”. Estes aspectos serão tratados mais à frente. O ponto importante, agora, é a primeira parte do trecho acima. Nele Finnis afirma que é uma suposição comum imaginar-se que qualquer avaliação — do tipo que ele sugere na segunda parte do trecho — deve ser precedida por uma “descrição e análise livres de valores” da instituição social objeto que se pretende avaliar. Esta análise e esta descrição deverão concentrar-se na estrutura real da instituição, i.e., na forma como ela “existe de fato”. Qualquer avaliação, caso deva ser feita, só poderá ocorrer *após* este esforço de descrição e análise livres de valores ser levado à cabo. Seguir-se-ia do trecho acima que as críticas que Finnis elabora no capítulo são dirigidas à tese metodológica que entende que (1) a descrição e análise do direito devem ser feitas de maneira “livre de valores” e (2) uma descrição livre de valores precede, logicamente, qualquer avaliação sobre o direito.

Se tomarmos o trecho acima de maneira literal, poderíamos ser levados à seguinte conclusão: Finnis critica a tese metodológica segunda a qual a teoria do direito seria (ou deveria ser) livre de valores. Raz, no entanto, admite de maneira expressa que sua teoria (bem como todas as boas teorias) são avaliativas — elas envolvem julgamentos de importância, e todo julgamento de importância é um julgamento avaliativo. Na esteira de Dickson (2001), isso significa que o teórico deve valer-se de “avaliações indiretas” sobre a importância de determinadas características do direito. Essas avaliações não implicam nenhuma avaliação direta ou moral sobre o mérito destas características, mas não deixam de ser avaliações. Se Finnis considera que teorias do direito livres de valores não são possíveis, Raz simplesmente concordará com ele e dirá que teorias do direito, de fato, não podem ser livres de valores, e que ele nunca pretendeu afirmar o contrário. Finnis pode até ter refutado a tese da ausência de valores, mas esta refutação não atinge a metodologia de Raz ou de Dickson.

A conclusão acima dá ao trecho citado de Finnis uma interpretação excessivamente literal. Raz concorda com a proposição “a teoria do direito é avaliativa”, mas dá a ela um significado particular: a teoria do direito é avaliativa porque o teórico do direito realiza julgamentos de importância (Raz, 1994). Estes julgamentos, no entanto, não implicam nenhum tipo de avaliação moral. A questão que divide Finnis e Dworkin, de um lado, e Hart, Raz, Shapiro e outros positivistas, de outro, não é, portanto, se a teoria do direito é ou não avaliativa, mas sim que tipo de avaliações são importantes. Mesmo que Finnis inicialmente coloque o problema em termos da oposição entre teorias avaliativas e teorias livres de valores, é evidente que ele aceita esta descrição. Isso torna-se evidente quando analisamos a segunda parte do trecho citado: Finnis defende não apenas que a teoria do direito realize avaliações sobre seu objeto, mas também que essas avaliações sejam de um tipo de específico: o teórico do direito finnisiano deve realizar avaliações sobre o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente exigido pela razoabilidade prática. Essas avaliações são do tipo que Dickson (2001) chamou de avaliações diretas. Portanto, mesmo que a

interpretação literal do trecho acima sugira o contrário, o que Finnis defende é que (i) a teoria do direito é diretamente avaliativa; (ii) teorias do direito que não recorram à avaliações diretas (seja porque se pretendem livres de valores, seja porque reduzem as avaliações necessárias a meras avaliações indiretas) são inadequadas.

Podemos, então, entender a crítica de Finnis como se dirigindo a qualquer metodologia que procure isolar a teoria do direito das avaliações diretas. O desafio que Finnis lança ao positivismo baseia-se, como ficará claro, na (i) a insuficiência do recurso ao ponto de vista interno ou ao “nosso” conceito de direito); (ii) na insuficiência do apelo a intuições; (iii) na existência dos vários conceitos de direito. A combinação destes três elementos nos permitirá desenvolver uma crítica a pontos essenciais da metodologia positivista. No limite, nos obrigará a rejeitá-la.

4.2 A estrutura do argumento metodológico de Finnis

Para os positivistas metodológicos, o objetivo da teoria do direito é explicar a natureza do direito e o método adequado para isso é uma análise do nosso conceito de direito. Se nossa sociedade compartilha um conceito, e se esse conceito é delimitado por um conjunto específico de critérios compartilhados, por que seria necessário algum tipo de avaliação moral? A resposta de Finnis começa com a seguinte constatação:

O teórico do direito deseja descrever, digamos, o direito como uma instituição social. Mas as concepções de direito (...) que as pessoas têm elaborado e usado para moldar suas próprias condutas, são bastante variadas (Finnis, 2011e, p. 4).

Na formulação acima, Finnis utiliza o termo ‘concepção’ de maneira genérica, para referir-se também a ‘conceitos’ ou qualquer tipo de imagem, representação ou descrição de um determinado objeto. Na página seguinte, inclusive, ele afirma que o problema metodológico com que os teóricos do direito se

deparam (e que alguns, especialmente Kelsen, negligenciaram) é “selecionar conceitos para os propósitos de uma teoria geral descritiva ou livre de valores” (Finnis, 2011e, p. 5) – utilizando o termo ‘conceito’ no mesmo contexto em que anteriormente havia utilizado o termo ‘concepção’.

O fato de existirem diversas concepções ou conceitos de direito não é de menor importância. Pelo contrário: essa constatação desempenhará um papel fundamental em todo o argumento finnisiano e servirá de ponto de partida para sua crítica ao descritivismo. Mas quais as consequências metodológicas da existência de vários conceitos de direito, como prová-la e por que ela representa uma crítica ao descritivismo?

Em *Law and What I Truly Should Decide* (publicado posteriormente como *Describing Law Normatively*), Finnis (2011b, pp. 23–45) fornece um resumo bastante condensado da estrutura de seu argumento. Irei utilizar esse resumo como ponto de partida para o restante da exposição dos argumentos finnisianos. De acordo com Finnis:

(1) qualquer teoria plausível que resulte de um esforço de descrever o direito, um objeto considerado como algo que transcende qualquer história local, não tem sido e não será normativamente inerte; (2) Isto se deve, em grande parte, porque, dado que qualquer teoria geral do direito, mesmo que com ambições meramente descritivas, necessariamente prefere um conceito de direito a inumeráveis outros (...) explicações de porque este conceito é um conceito melhor, a ser preferido em relação a outros conceitos, são elaboradas para mostrar que este conceito, esta teoria, dá mais sentido à ideia complexa de que o direito é algo que há razão para se ter (Finnis, 2011b, p. 35).

O argumento acima, por si só, não é suficiente para estabelecer a tese que atribuí a Finnis, de acordo com a qual o descritivismo é falso e a teoria do direito não deve se comprometer com a tese da neutralidade. A partir dele, contudo, é possível isolar as duas proposições que precisamos estabelecer para que ele se torne um argumento sólido. As proposições são as seguintes:

- (a) Qualquer teoria geral do direito prefere um conceito de direito a inumeráveis outros;
- (b) Um conceito deve ser preferido em relação aos demais se der mais sentido à ideia complexa de que o direito é algo que há razão para se ter.

A segunda proposição depende da verdade da primeira (afinal, não faria sentido se falar nas razões para se preferir um conceito se não existirem conceitos em relação aos quais podemos preferir um e não outros). Estabelecer a veracidade da primeira, no entanto, não é suficiente para estabelecer a veracidade da segunda, já que ela não se segue logicamente da anterior: é possível, por exemplo, que as razões para preferirmos um conceito em relação a outros não se relacionem com a “ideia complexa de que o direito é algo que há razão para se ter”. Temos, portanto, duas premissas que precisam ser estabelecidas para que possamos provar a solidez do silogismo finnisiano a favor do normativismo.

Antes de prosseguirmos, no entanto, é útil mostrar exatamente em que medida o raciocínio acima apresenta uma crítica ao descritivismo. Como procurei demonstrar anteriormente, parte importante da metodologia positivista de Shapiro e Raz é a afirmação de que a teoria do direito é uma teoria do “nosso conceito de direito”. Como compartilhamos esse conceito, e como esse conceito pode ser explicado de maneira criterial, nenhum argumento moral é necessário para argumentarmos contra ou a favor uma tese de teoria do direito. Quando afirmarmos, no entanto, que não há um conceito compartilhado – há, sim, vários conceitos, e “preferir” um em relação aos demais é um passo inescapável de qualquer esforço teórico – uma das premissas fundamentais da metodologia positivistas é colocada em xeque. Fora isso, a existência de múltiplos conceitos de direito faz surgir a questão de que razões poderíamos ter para justificar uma escolha conceitual em detrimento de outras – nas palavras de Finnis, por que preferir um conceito de direito em relação aos demais. Se essas razões forem razões normativas, teremos um bom argumento em favor do normativismo e contra o descritivismo. Tentemos, então, argumentar a favor de cada uma das proposições acima.

4.3 Os múltiplos conceitos de direito

Segundo os positivistas metodológicos, compartilhamos um conceito de direito e esse conceito está disponível para análise filosófica: é através dele que reconhecemos outras instituições como instituições *jurídicas* e outros conceitos como variantes do nosso conceito de *direito*. Finnis rejeita essa ideia: para ele, “conceitos de direito e sociedade são, de maneira legítima, numerosos” e supor o contrário seria incorrer numa espécie de “dogmatismo conceitual” (Finnis, 2011e, p. 273). Como o que está em jogo nessa disputa é a questão de saber se compartilhamos ou não um mesmo conceito de direito, não podemos partir de nenhuma das duas hipóteses anteriores, sob pena de incorrer em uma petição de princípio, para construir uma defesa ou crítica à metodologia positivista. Precisamos, antes de tudo, avaliar quem está com a razão a respeito desse ponto.

Para Joseph Raz, o nosso conceito de direito é parte importante de nossa cultura, nossas tradições culturais e nosso autoentendimento enquanto sociedade. Esse conceito dificilmente é compartilhado por sociedades como as teocracias islâmicas, mas ele é compartilhado na nossa sociedade. Raz, no entanto, não oferece nenhum argumento positivo a favor da sua hipótese de um único conceito compartilhado (talvez porque pense que ela seja suficientemente óbvia para não precisar de alguma defesa). Brian Bix (2007, p. 4) afirma, em análise dos textos de Raz acerca da metodologia da teoria do direito, que ele não ofereceu nenhuma resposta ao desafio colocado pela possível existência de vários conceitos de direito. Mas podemos assumir, a título de argumentação, a posição de Raz a esse respeito como a posição positivista *padrão*: isso significa que o ônus argumentativo recai sobre aquele que defende a existência de vários conceitos e, não havendo bons argumentos a favor dessa hipótese, mesmo na ausência de razões positivas a favor da posição *raziana* devemos optar por ela.

Para Finnis (2011e, pp. 3–4), o direito é constituído por um conjunto complexo de práticas humanas a respeito das quais os

indivíduos podem ter (e de fato tem) concepções de propósito bastante distintas. Isto parece suficientemente claro, e nem Raz nem nenhum outro positivista parece negá-lo. Ocorre que essas diferentes concepções de propósito refletir-se-ão em diferentes “distinções conceituais”, i.e., a maneira pela qual as pessoas ou grupos ‘conceitualizam’ determinada realidade social depende diretamente da concepção de propósito que estas pessoas e grupos atribuem àquela prática. Se essas concepções de propósito são diversas, as distinções conceituais também o serão – o que é o mesmo que dizer que os conceitos empregados por pessoas ou grupos com concepções distintas de propósito serão também distintos (Finnis, 2011e, pp. 3–4).

Finnis apresenta a premissa do raciocínio acima logo na primeira página do capítulo de abertura de *NLNR*: ações e práticas humanas só podem ser adequadamente entendidas uma vez que entendemos seu *point*, propósito ou valor (Finnis, 2011e, p. 3). Diferentes propósitos gerarão diferentes formas de entender uma prática ou ação e, desta forma, diferentes conceitos dessa prática ou dessa ação.

Finnis (2011e, pp. 6–9) ilustra esse ponto numa breve revisão das teorias de Kelsen, Hart, Raz e Fuller. Todos esses autores ofereceram teorias com objetivos *descritivos* (i.e., eles pretendiam descrever e adequadamente caracterizar o direito). No entanto, apesar de, como nota Finnis, todos serem “igualmente e totalmente familiares” com os dados (i.e., as práticas jurídicas e o nosso conhecimento pré-teórico a seu respeito) que pretendiam explicar, eles ofereceram teorias bastante distintas. Como explicar esse fato? Kelsen identificava o direito com uma “técnica social específica”, enquanto Hart o criticava porque essa descrição do direito obscurecia o “caráter específico do direito como um meio de controle social (...) distorcendo as diferentes funções sociais que diferentes tipos de regras jurídicas desempenhavam”. Raz refina ainda mais a crítica de Hart, e aponta que o direito não é *qualquer* conjunto de normas, mas um conjunto de normas que fornece um método (i.e., uma técnica) para a solução autoritativa de disputas. Esse é seu propósito. Fuller, por sua vez, rejeita a ideia hartiana de “meios de controle social”, e afirma que o propósito do direito não

é apenas o “controle social”, mas o controle por meio de colaboração e reciprocidade entre governantes e governados (Finnis, 2011e, p. 9). Mais importante, no entanto, do que os detalhes específicos de cada posição teórica, é a conclusão de Finnis sobre as diferenças entre elas: “as diferenças na descrição derivam de diferenças de opinião, entre os teóricos descritivos, sobre o que é *importante* e *significativo* no campo de dados e experiências com os quais todos eles estão igualmente e totalmente familiarizados” (Finnis, 2011e, p. 9).

Um argumento, bastante similar a este e de clara influência finnisiana, é desenvolvido por Stephen Perry (1996, 2004). De acordo com ele, (a) é necessário um pano de fundo conceitual que demarque e delimite os dados que nossa teoria pretende descrever e explicar; (b) parte desse pano de fundo conceitual, ao menos na teoria do direito, depende de uma visão a respeito das *funções* do direito (na linguagem de Finnis, do seu propósito ou *point*); (c) nossas concepções a respeito das funções do direito, no entanto, são diversas e bastante variadas. Por conta disso, não é possível especificar que função devemos considerar prioritária (e, portanto, que pano de fundo conceitual deve ser preferível) sem nos engajarmos em argumentos normativos.

Uma concepção a respeito das funções do direito, como Perry (1996, p. 377) reconhece, está presente na teoria de Raz (em especial quando ele trata das relações entre direito e autoridade que vimos acima). No entanto, para Raz, essa concepção de função *também* é compartilhada e podemos sondá-la a partir de nossas intuições a respeito de seu conteúdo. A literatura de teoria do direito sugere, no entanto – e este é o ponto que Perry enfatiza – que as diferentes concepções do *point* do direito não são tão convergentes a ponto de permitirem uma análise que não tomasse partido de uma concepção em detrimento de outras. De acordo com Perry (1996, pp. 374–375), Hart e Raz veriam como propósito primordial do direito fornecer padrões, na forma de leis individuais, para o guiamento de condutas, enquanto para Dworkin, por exemplo, esse propósito seria justificar o uso político da coerção estatal. Não é possível afirmar que há uma concepção

compartilhada das funções e dos propósitos do direito (e, assim, do próprio conceito de direito) diante de divergências como essas.

É importante notar, entretanto, que a existência de vários conceitos de direito não significa que *qualquer* conceito de direito seja igualmente relevante para a teoria do direito. O argumento de Finnis (e também o de Perry) parte da premissa hartiana de que a teoria do direito deve levar em conta o ponto de vista interno dos participantes da prática jurídica (premissa que equivale, na teoria de Raz, à necessidade de o teórico analisar o “nosso” conceito de direito). O que Finnis aponta é, justamente, que o “nosso conceito de direito” não é suficientemente diferenciado – isto é, que não há um acordo robusto a respeito desse conceito que nos permita utilizá-lo como objeto de análise conceitual. O foco no “nosso conceito de direito” é mais adequado do que análises feitas a partir de um ponto de vista externo porque se concentra na forma como as pessoas entendem sua sociedade e seu sistema jurídico (Raz, 2011a, p. 93). Raz não elabora, no entanto, essa restrição metodológica e a crítica de Finnis a este ponto é que o que Raz chama de “nosso conceito de direito” é na verdade um conjunto complexo e concorrente de diferentes conceitos, como demonstrado pelas diferentes concepções de propósito apontadas por Finnis e por Perry.

4.4 A insuficiência do apelo a intuições

Se, no entanto, a ideia de que nossas distinções conceituais a respeito de práticas humanas são guiadas por considerações de propósitos não bastar para sustentar a hipótese dos múltiplos conceitos de direito, dois outros argumentos podem ser apresentados.

O primeiro deles explora o fato – demonstrado anteriormente – de que em pontos fundamentais da metodologia positivista, positivistas como Raz e Shapiro apelam às nossas intuições ou truísmos a respeito de casos explícitos de direito. Para que pudéssemos dizer com razoável certeza que compartilhamos um mesmo conceito, seria preciso um acordo robusto a respeito dessas intuições (Murphy, 2005, p. 7). Existe, porém, tal acordo?

Podemos começar a responder à questão acima recordando de um exemplo: o problema da reivindicação de autoridade legítima. De acordo com Raz, *todo* o sistema jurídico *necessariamente* afirma possuir autoridade legítima. Mais ainda, um sistema normativo que não faça esse tipo de afirmação não poderá contar como um sistema jurídico. Reivindicar autoridade legítima, portanto, é uma necessidade conceitual e um sistema que não a faça carecerá de uma das características essenciais dos sistemas jurídicos. A reivindicação de autoridade legítima explicaria, de acordo com Raz, a distinção entre um sistema jurídico e um sistema de pura força ou entre ele e o conjunto de regras de uma sociedade criminosa; ela é parte importante – como vimos, parte fundamental – de nossa concepção de direito.

Para Finnis, contudo, a reivindicação de autoridade legítima não é, ao contrário do sugerido por Raz, necessária. Finnis (Finnis, 2014a, pp. 91–92) afirma que é plenamente possível imaginar um regime que afirme, por exemplo, que “o nosso direito” satisfaz todos os critérios hartianos para a existência de um sistema jurídico (regras primárias que proíbam violência, roubo e fraude; regras de reconhecimento, mudança e decisão; etc.) e impõe *apenas* obrigações jurídicas, as quais irá cumprir de maneira estrita. Essas obrigações jurídicas, prosseguiriam os oficiais desse regime hipotético, não dizem nada a respeito de obrigações morais, e os direitos jurídicos conferidos aos cidadãos nada têm a ver com direitos morais: esse é um regime que não tem nada a dizer a respeito de justiça ou bem comum, sendo simplesmente uma estrutura ordenadora de poder destinada a perseguir um conjunto específico de interesses setoriais.

Que razão teríamos para negar que esse seja um regime ou sistema jurídico ou, pior ainda, que é conceitualmente impossível que ele seja um regime jurídico? Para Finnis, não há “nenhuma razão convincente para dizer que isto não seria uma ordem jurídica”. Como Raz ou Shapiro poderiam responder de maneira não circular a essa objeção? Qualquer resposta fornecida por eles que procurasse, de acordo com seus pressupostos metodológicos, defender que é o caso que esse regime não seria jurídico *pressuporia* a tese que está em questão. O problema do tipo de análise

conceitual proposto por Raz e Shapiro é, como já vimos, que ela não consegue argumentar de maneira não circular em defesa de teses controversas. No caso da reivindicação de autoridade legítima, não é possível afirmar sem argumentos que uma ordem normativa que não faça esse tipo de reivindicação não é uma ordem jurídica porque é a necessidade dessa reivindicação que está em questão. Se Raz afirmasse, por exemplo, que não existem ou mesmo que são inconcebíveis sistemas jurídicos tais quais o descrito por Finnis, ele estaria já assumindo a reivindicação de autoridade como critério necessário para a existência do direito. O contraexemplo de Finnis, destinado justamente a refutar a necessidade dessa reivindicação, só pode ser contornado por Raz com a sua exclusão liminar e injustificada. Essa exclusão, no entanto, pressupõe o que se quer provar, redundando numa petição de princípio. O sistema descrito por Finnis não é, como dito, um sistema de *pura força*, mas sim um sistema regulado por regras hartianas primárias e secundárias. Por que o excluir do conjunto S formado por todos os sistemas jurídicos?.

Raz (2011a, p. 75) afirma que o objetivo da teoria do direito é explicar “o conceito como ele é, o conceito que as pessoas usam para entender características de suas próprias vidas e do mundo ao seu redor”. O tipo de controvérsia apontada acima sugere, no entanto, que esse entendimento não é tão compartilhado quanto Raz imagina e quanto é necessário para que a metodologia positivista possa sustentar-se na forma por ele apresentada. Aqui, Murphy (2005, p. 8) parece estar correto ao afirmar que “em um certo ponto a falta de convergência no uso é um mau sinal”. Isto é, a falta de convergência em nossas intuições indica que, em seus pontos mais fundamentais e importantes, não há consenso nem convergência a respeito do nosso conceito ordinário de direito.

Se o objetivo de Raz e Shapiro era “procurar a estrutura profunda do conceito de direito explorando as implicações do que pode ser incontrovertidamente afirmado sobre ele” (Murphy, 2004, p. 381), temos sérios problemas quando as afirmações que eles julgam incontrovertidas são colocadas em questão. O problema aqui é, mais uma vez, a inexistência de um argumento não-circular para defender o caráter incontrovertido de uma afirmação disputada, e é

questionável se aquelas afirmações que de fato são universalmente aceitas permitem algum tipo de construção teórica relevante.

A metodologia positivista de Raz e Shapiro para elucidar um conceito baseava-se numa investigação do que as pessoas estão “dispostas” a chamar de direito e a quais casos elas estão dispostas a aplicar o conceito (Endicott, 2002, p. 231). Nossas intuições a respeito de casos explícitos, nesse caso, teriam papel importante. Como vimos, porém, não temos argumentos para supor que essas intuições são tão robustas e generalizadas quanto seria necessário. Os participantes de uma prática têm diferentes razões (e, portanto, diferentes disposições) para usar o conceito de uma forma ou de outra. Para Finnis, isso significa que eles possuem conceitos distintos a respeito da prática da qual todos estão mais ou menos familiarizados (Finnis, 2011e, p. 9). Sem um critério independente que permita argumentar contra ou a favor determinado uso, enfrentaremos sempre duas dificuldades: ou escolheremos de maneira injustificada e arbitrária um conceito ou faremos um levantamento sem sentido de tudo aquilo que as pessoas estão dispostas a chamar de direito e das razões pelas quais elas estão dispostas a assim fazê-lo. Para Finnis, isso não passaria de “uma conjunção de lexicografia e história local”, algo bastante diferente, segundo ele, de uma teoria geral do direito.

É claro que a diferença entre esses diversos conceitos não é tão ampla e radical a ponto de impedir qualquer tipo de comunicação. Algum tipo de convergência é necessário até mesmo para que possamos discordar. Finnis não rejeita *completamente* o uso de intuições, o recurso àquilo que nos é mais familiar e aos conhecimentos comuns expressamente compartilhados ou pressupostos no discurso jurídico ordinário. O que Finnis rejeita é que essas intuições ou esse suposto conhecimento comum tenham o papel relevante (e definitivo) que eles têm na metodologia de Raz. O nosso conhecimento pré-teórico acerca do direito é importante para nos colocar no lugar correto, i.e., para identificar, de maneira mais ou menos imprecisa o objeto com o qual estamos lidando. Esse conhecimento pré-teórico é um ponto de partida necessário para uma investigação normativa (Finnis, 2011b, p. 23).

Os exemplos acima ressaltam, contudo, que as principais divergências entre os teóricos do direito não podem ser resolvidas por apelo a um conceito comum supostamente compartilhado por todos, como se uma maior clareza a respeito do nosso conhecimento pré-teórico pudesse solucioná-las. Todos concordam, por exemplo, que o direito não pode cometer um estupro ou se apaixonar – mas dificilmente algum ganho teórico relevante pode ser conseguido a partir desse tipo de acordo. Quando passamos a teses mais substantivas, percebemos que elas são também mais controversas e isso cria uma dificuldade, a meu ver insuperável, dentro do âmbito da metodologia raziana.

Por conta disso, Finnis afirma que qualquer teoria relevante irá, inapelavelmente, preferir um conceito de direito a muitos outros conceitos possíveis. O que é necessário é que existam critérios razoáveis (e não-circulares) que justifiquem essa preferência. Os positivistas, segundo ele, não oferecem um critério para isso, contentando-se em afirmar que a teoria do direito deve oferecer uma análise do nosso conceito de direito.

Se a aspiração de alguém for oferecer uma explicação geral de práticas ou instituições humanas, tais como o *direito*, amizade, constituições, e assim por diante (...) ele enfrenta a necessidade de selecionar e priorizar não simplesmente a investigação em si mesma, mas, além disso, algum conjunto de conceitos (e os termos correspondentes) a partir do (...) conjunto de termos e conceitos já empregados no autoentendimento dos indivíduos e grupos sob (ou disponíveis para) estudo (Finnis, 2002).

4.5 Caso central e significado focal: a alternativa metodológica de Finnis

Para John Finnis, o problema do descritivismo é a ausência de argumentos não-circulares em favor de suas escolhas conceituais. Esses argumentos estão ausentes, segundo ele, porque os positivistas metodológicos estão comprometidos com a tese de que a teoria do direito é normativamente inerte e não deve se valer de julgamentos de valor moral, o que os leva a rejeitarem qualquer

tipo de argumento normativo (i.e., moralmente normativo) em favor de suas teses. A solução para os problemas apontados acima (existência de diversos conceitos de direito, intuições e opiniões diversas a respeito dos limites do direito e de seus propósitos) passa pela rejeição da tese da neutralidade.

Isso nos leva, então, ao segundo passo do argumento de Finnis a favor da natureza normativa da teoria do direito. De acordo com ele, um conceito deve ser preferido em relação aos demais se der mais sentido à ideia complexa de que o direito é algo que há razão para se ter. Em outras palavras, razões normativas devem guiar nossas escolhas conceituais. A questão é: por que? O uso de argumentos normativos para justificar a preferência por um conceito de direito (ou de autoridade) não se segue logicamente dos argumentos anteriores contra a metodologia positivista. É preciso, então, considerar esse ponto de maneira independente e tentar demonstrar que esse é o caso.

Antes de passarmos aos detalhes do argumento, contudo, é necessário definir de maneira mais precisa o que são argumentos normativos, razões normativas, argumentos morais etc. (termos que utilizei, até aqui, de maneira mais ou menos intercambiável). Seguirei aqui a caracterização de Julie Dickson do que ela chama de “proposições diretamente avaliativas”: de acordo com ela, tais proposições incluirão ou implicarão ao menos uma proposição da forma “*x é bom*” (Dickson, 2001, p. 52). Argumentos normativos, então, são os argumentos que apontam para o caráter “bom” de determinada característica ou propriedade do direito.

Esclarecido o que se quer dizer por “argumentos normativos” (e outros termos correlatos), é possível passar aos argumentos de Finnis. Duas questões principais precisam ser respondidas: em primeiro lugar, como é possível existir uma teoria geral do direito se essa teoria, conforme Finnis afirma, necessariamente irá preferir um conceito de direito a diversos outros conceitos possíveis? Se isso é assim, a teoria do direito não redundaria sempre na análise de conceitos particulares, de pouca relevância para aqueles que não os compartilham? Em segundo lugar, e por fim, por que a seleção (ou elaboração) de conceitos deve se basear em argumentos normativos? Por que não optar, por

exemplo, pelo conceito estatisticamente mais frequente ou mesmo por aquilo que exista de comum entre os diversos conceitos existentes?

4.5.1 Construindo uma teoria geral do direito

A primeira questão colocada anteriormente era: como é possível existir uma teoria geral do direito diante da variedade de práticas, instituições e de concepções de direito existentes? Finnis responde à ela introduzindo um dispositivo teórico de origem aristotélica através do qual seria possível uma “descrição cada vez mais *diferenciada* do direito ser oferecida como ainda uma teoria *geral* do direito” (Finnis, 2011e, p. 9). Trata-se da chamada análise ou identificação do *significado focal* de determinado conceito, que permitiria a identificação do *caso central* das práticas que constituem o objeto de estudo.

Em situações em que indivíduos e comunidades usam diferentes conceitos (com algum tipo de sobreposição) para referir-se a determinado objeto (como acontece com o conceito de direito), a análise baseada no significado focal propõe que se procure pelo conceito mais diferenciado (que identificaria o caso mais “maduro” da prática) a partir do qual *os demais conceitos deveriam ser entendidos como variantes*. Aristóteles empregou este método para tratar do conceito de “amizade”. Tal como ocorre com o conceito de direito, não há um conceito unívoco de amizade: há diversos conceitos de amizade, cada um correspondendo à uma ideia do que seja amizade e de qual seja seu valor e seu propósito (amizades movidas a interesse; amizades movidas a dinheiro; amizades movidas pela preocupação com o bem-estar do outro). Isso não significa, no entanto, que esses conceitos não se relacionem de alguma maneira: na verdade, há entre eles diversas relações analógicas e o objetivo do teórico é identificar o caso padrão ou central a partir do qual os demais usos do conceito possam ser adequadamente entendidos e explicados. Seria errado assumir – como, de acordo com Finnis, assume Kelsen – que o objetivo do teórico (do direito ou da amizade) é procurar pelo “denominador comum” a todos esses usos do conceito de direito ou de amizade.

Isso é assim porque, de acordo com Aristóteles, todos os usos do conceito de amizade estão relacionados por um tipo específico de relação (que ele chama de homonímia “*pros hen*”) em que um caso central ou padrão explica e justifica a extensão do conceito para os casos não-centrais ou desviantes. Numa explicação sobre o que seja amizade, portanto, precisamos *primeiro* identificar o significado focal de amizade e, a partir dele, entender os demais usos (desviantes) do conceito.

Diante da variedade de conceitos, ideias e concepções acerca do que é o direito, o estado, a amizade etc., “se tentássemos extrair os elementos comuns dessas definições, provavelmente terminaríamos com uma explicação inutilmente estreita (*thin*)” do direito, do estado, da amizade etc. (Barber, 2012, p. 5). O dispositivo do caso central e do significado focal permite atribuir algum tipo de *ordem* a essa variedade de conceitos e concepções e seu uso se justifica porque os diversos usos do conceito de direito (e de estado, de amizade etc.) relacionam-se uns com os outros através de um conjunto de relações analógicas a um caso central.

Finnis reconhece que há muitas semelhanças (apesar de algumas diferenças) entre o método do caso central e a metodologia weberiana baseada nos “tipos ideais” (Finnis, 2011e, p. 16). Ele também nota que H.L.A. Hart, de uma forma ou de outra, já utilizava uma metodologia baseada em casos centrais (Finnis, 2011d, p. 168). Em *The Concept of Law*, por exemplo, Hart (1994, p. 16) afirmou que “as várias instâncias de um termo geral (...) podem estar ligadas por analogia [ou] (...) por relações *diferentes* a um elemento central”. Ele também escreveu, a respeito da crença de que “se um termo geral (e.g., ‘direito’, ‘estado’, ‘nação’, ‘crime’, ‘bem’, ‘justo’) é corretamente usado, a extensão das instâncias para os quais ele é aplicado devem todas compartilhar ‘qualidades comuns’” que ela é “irrefletida”, “fonte de muita confusão” e uma “visão equivocada” (Hart, 1994, pp. 279–280). Além de Weber e Hart, Finnis afirma que Raz também utiliza a mesma ideia (ou uma versão dela) expressa na metodologia dos casos centrais, ao afirmar que:

Os traços gerais que marcam um sistema como jurídico são vários e cada um deles admite, em princípio, vários graus.

Em instâncias típicas de sistemas jurídicos todos esses traços são manifestados num elevado grau. Mas é possível encontrar sistemas nos quais todos ou alguns estão presentes apenas num grau menor, ou nos quais um ou dois estão completamente ausentes (...) Diante de tais casos fronteiriços, é melhor admitir suas credenciais problemáticas, enumerar suas similaridades e diferenças aos casos típicos, e deixá-los assim (Raz, 2002, p. 150).

Na passagem acima, Raz se refere a casos em que há dúvidas a respeito da aplicação do conceito de sistema jurídico. Para ele, os limites do caso central ou paradigmático do conceito estariam bem definidos (nas instâncias típicas de sistemas jurídicos), e os problemas surgiriam no momento de sua aplicação a determinado exemplo hipotético (que representaria um caso fronteiriço). As explicações anteriores mostraram, no entanto, que a questão é justamente as características ou propriedades que entram (ou não entram) no nosso conceito focal (e, portanto, o que conta como uma instância típica de sistema jurídico e, além disso, que características a tornam, de fato, típica). O problema não é saber se determinado sistema normativo exhibe ou não características suficientes de um conceito de direito compartilhado e suficientemente estabelecido, mas sim saber que características de fato constituem o nosso conceito ou, melhor dizendo, o caso central desse conceito, bem como os critérios e argumentos para defini-lo como central. O apelo a intuições (amplamente utilizado por Raz e Shapiro) não é suficiente para justificar de maneira não-circular a inclusão ou exclusão de determinada característica nem o julgamento de que (e porque) determinada instância é ou não é típica.

Mas voltemos aos detalhes da concepção finnisiana do método do caso central e significado focal. É importante salientar que as explicações anteriores não devem ser lidas como se sugerissem que há apenas um significado focal para determinado conceito e que a questão de “qual o caso central” de um conceito possa ser respondida em abstrato (Endicott, 2013, p. 328). “A ideia de casos centrais e significados focais”, afirma Finnis (2007, p. 317), “é, ela mesma, uma ideia analógica”. Em outras palavras, um

mesmo conceito pode admitir diversos e diferentes critérios de “centralidade”.

Vejam os exemplos do conceito de “ser humano”. Podemos afirmar que uma pessoa se torna “menos humana” (e, portanto, um caso desviante em relação ao caso central de ser humano) à medida que ela passa a agir de maneira irracional ou pouco razoável ou mesmo quando ela se torna completamente incapaz de agir racionalmente. Utilizando como critério de centralidade a “capacidade de responder adequadamente às demandas da razão”, poderíamos dizer, então, que essa pessoa não representaria o caso paradigmático de ser humano (ainda que continuasse a ser um ser humano) que é um ser humano sensível às demandas da razão. Esse não é, contudo, o único critério disponível para avaliarmos o significado focal do conceito: é possível que, de acordo com um critério puramente biológico ou genético, por exemplo, a mesma pessoa que, pelo critério anterior, representava um caso não-central de ser humano, passe a contar como um exemplo paradigmático e central do tipo em questão. Nesse caso, a “capacidade de responder adequadamente às demandas da razão” não contaria como um critério de centralidade.

Para um sociólogo do direito, por exemplo, o caso central do direito (ou o significado focal do conceito de direito) pode ser um, enquanto, para um teórico do direito, pode ser outro. Isso ocorre porque o significado focal de um conceito depende do ponto de vista e dos critérios a partir dos quais julgamos seu caráter focal. Endicott (2002, p. 234), analisando o dispositivo do caso central na obra de Finnis, chama isso de “princípio do contexto”: o que conta como significado focal de um conceito depende do contexto no qual o conceito é usado, e das preocupações e propósitos que justifiquem o seu uso. Em outras palavras: não existe uma resposta única e abstrata para a pergunta “qual o significado focal do conceito de direito?”. Essa resposta dependerá do contexto no qual a pergunta é formulada e dos propósitos do teórico que procure respondê-la. No contexto de uma pesquisa empírica sobre as formas de organização social existentes no mundo, é possível afirmar que o caso central de direito será aquele

estatisticamente mais frequente. “O que é central num conjunto de tipos e instâncias, ou focal num conjunto de significados, é relativo ao ponto de vista e aos propósitos, inclusive os propósitos teóricos” (Finnis, 2011e, pp. 429–430).

A identificação do caso central do direito, no entanto, não é um empreendimento paralelo (e relativamente independente) à identificação do próprio direito, como uma leitura mais fraca do método de Finnis pode sugerir. A posição de Finnis é, a meu ver com razão, mais forte do que essa: segundo ele, a identificação do caso central do direito é um pressuposto necessário para a resposta à pergunta “o que é o direito?”. Isso ocorre porque é através do caso central que podemos entender e explicar os casos desviantes. Além disso, a ideia de que a identificação do “direito” (de forma genérica) possa ser feita de maneira independente da análise do seu significado focal enfrenta a dificuldade incontornável de ter que lidar com diversos conceitos de direito e diversas concepções a respeito do seu propósito.

4.5.2 Critérios de centralidade e argumentos normativos

A simples afirmação de que a teoria do direito deve se concentrar no caso central do direito (ou no significado focal do conceito de direito), porém, não é suficiente para estabelecer a tese central do argumento de Finnis. A afirmação acima comprova esse ponto: há diversos pontos de vista e diversos critérios a partir dos quais julgar se determinado conceito é ou não focal. O que é preciso mostrar é que a teoria do direito deve utilizar argumentos normativos (i.e., deve abandonar a tese da neutralidade) para delimitar o conceito focal de direito. “O uso da metodologia do caso central”, escreve Tinturé (2013, p. 84), “pressupõe que haja uma razão de *porque o caso central é central*”. Essa razão, para que o normativismo seja verdadeiro e o descritivismo falso, deve ser uma razão de tipo moral (em outras palavras, que aponte para o caráter ‘bom’ ou ‘desejável’ das características que compõem o caso central do direito). A conclusão que precisa ser estabelecida, então, é a seguinte: “os julgamentos práticos (morais e políticos) da pessoa praticamente razoável [o termo de Finnis para o que chamei de

argumentos normativos], são o critério correto para estabelecer (...) qual o entendimento, concepção ou ideia de direito é adequada para ser usada como o significado focal de ‘direito’” (Finnis, 2011e, p. 431).

O primeiro passo do argumento de Finnis é, ao menos entre os teóricos do direito, bastante incontroverso: o direito é uma *prática social* ou, como afirma Leiter (2011b, p. 666), um “artefato”, i.e., ele deve sua existência a um conjunto complexo de atividades humanas destinadas a criá-lo e mantê-lo em existência. Nem o direito nem as leis humanas “existem em qualquer forma interessante a menos que pessoas humanas, que poderiam pensar e escolher o contrário, compreendam o conjunto relacionado de boas razões que existem para tentar criá-las e mantê-las” (Finnis, 2011c, p. 35).

Finnis explora essa intuição básica (e dificilmente questionável) a respeito do direito logo no início de *NLNR*. A questão que deve ser respondida (e que Finnis procura responder) é: como entender uma prática social? Práticas sociais são um conjunto complexo e relativamente estruturado de ações humanas e é útil começar com essas (que representam uma unidade mais básica) do que diretamente com aquelas. Como devemos entender uma ação humana (e, conseqüentemente, uma prática social e uma instituição social constituída por tais práticas)?

O *insight* básico de Finnis é apresentado logo nas primeiras páginas do primeiro capítulo de *NLNR*: ações humanas (e as práticas sociais constituídas por tais ações) só podem ser plenamente entendidas se entendermos seu *point*, i.e., seu objetivo, valor ou propósito, tal como concebido pelas pessoas que praticaram ou se engajaram nessa ação. Essa concepção de *point* reflete-se (e influi diretamente) nas distinções conceituais feitas pelo sujeito: o conceito, concepção, explicação ou descrição (termos que Finnis usa de maneira mais ou menos sinônima) da ação do sujeito depende, diretamente, da ideia que o sujeito possui a respeito do *point* ou propósito de sua ação (Finnis, 2011e, pp. 3–4).

O *insight* acima reflete um *insight* metodológico de Tomás de Aquino que Finnis (1998, p. 29) expressamente aprova e (nem

tão expressamente) adota. Trata-se do seguinte “princípio epistemológico”: a natureza de x é entendida pela compreensão das capacidades de x ; essas capacidades, por sua vez, são entendidas pela compreensão de suas ativações ou *atos*; esses atos ou ativações, por sua vez, são entendidos a partir da compreensão de seus objetos (o objeto do ato sendo, neste caso, o seu *objetivo*, o objeto em sentido amplo que o ato visa).

Esse princípio, como o próprio Finnis reconhece, é uma derivação de um princípio aristotélico desenvolvido em *De Anima*. Sua aplicação ao estudo de objetos e fenômenos naturais é bastante questionável, apesar de Finnis (seguindo Tomás) defendê-la. Como nosso interesse não é a defesa abstrata e geral do método, mas sim uma análise de sua aplicação a ações humanas, não é preciso entrar nos detalhes dessa parte do argumento de Finnis. Podemos passar diretamente à aplicação do princípio ao estudo das ações e atos humanos.

Em qualquer ocasião, em relação a *atos humanos*, seja de fazer {actio} ou criar {factio}, nós podemos aceitar aquela parte do princípio de [Tomás de] Aquino que é última em expressão mas primeira em aplicação: atos são entendidos através de seus objetos. Para descobrir e descrever de maneira proveitosa *o que* alguém está fazendo, a questão estratégica a ser feita e respondida é sempre a questão *por que*: “por que você está agindo dessa maneira?” (Finnis, 1998, p. 31)

A pergunta “por que?”, quando aplicada a ações humanas, demanda como resposta uma declaração de propósito (ou de razão). Para entendermos o princípio e testarmos sua razoabilidade, podemos utilizar um exemplo (o mesmo utilizado por Finnis e inspirado em Tomás). Imaginemos a seguinte sequência de perguntas e respostas: O que você está fazendo? Estou indo ao armário. Por que? Para pegar algumas ervas. Por que? Para preparar um remédio. Por que? Para perder peso. Por que? Porque, dessa forma, eu ficarei em forma e me sentirei *saudável* novamente.

Cada pergunta acima recebeu como resposta uma declaração de propósito ou a apresentação de uma *razão* para determinado ato específico. O que inicialmente poderia ser interpretado como um ato de “caminhar” (a pessoa estava caminhando em direção ao armário), passa, então, a ser entendido como um ato de “preparar um remédio”. Uma descrição desse ato (ou dessa sequência de atos) que não levasse em conta o propósito com que a ação está sendo praticada seria inadequada. O propósito da ação, assim, guia e justifica as distinções conceituais feitas pelo agente e deve ser levado em consideração pelo teórico que pretenda analisar ou descrever o que ele, de fato, estava fazendo. Conforme afirma Finnis (2011e, pp. 3–4), “essas concepções de *point*, valor, significado e importância estarão refletidas no discurso daquelas mesmas pessoas, nas distinções conceituais que elas fazem e deixam ou se recusam a fazer”.

Assim, para entender uma ação é necessário entender o seu *point*, propósito ou objetivo. Em outras palavras, as razões que o sujeito que pratica a ação apresenta para justificá-la e como motivo pelo qual a realiza. Essa concepção específica de propósito, *point* e valor reflete-se na descrição da própria ação e nas distinções conceituais que são feitas a seu respeito.

O problema que surge nesse ponto, e para o qual o método do caso central e do significado focal representa uma solução, é que *essas concepções de point, propósito e valor, quando aplicadas ao direito, são distintas e variadas*, e isso resulta em diferentes conceitos de direito (Finnis, 2011e, pp. 3–4).

Finnis concorda com Hart (1994) que é possível descrever as avaliações de determinado sujeito (e suas concepções de propósito) sem, necessariamente, endossá-las. A ação de um sujeito pode ser adequadamente descrita sem que o teórico se pronuncie a respeito de seus méritos ou de seu valor. É isso que detetives e historiadores fazem quando descrevem as avaliações e compreensões de uma pessoa ou de um conjunto de pessoas. O teórico do direito, no entanto, enfrenta dificuldades que o detetive não enfrenta.

Em primeiro lugar, o direito é, como já disse, uma *prática social*. Como tal, ele não é composto pelas ações individuais de um

único sujeito, nem pelas ações individualmente consideradas de vários sujeitos. Como determinar, nesse caso, qual a concepção relevante de propósito que deve guiar a análise de prática, se não há uma única pessoa que podemos inquirir a esse respeito? “Como determinar a concepção relevante” é o mesmo que perguntar: a partir de que critério julgar essa relevância? Para entendermos uma prática, assim como para entendermos uma ação individual, a pergunta estratégica, para Finnis, é *por que?* Ao contrário da ação individual, no entanto, não há um indivíduo cujo resposta à pergunta “por que?” poderíamos considerar determinante para a correta compreensão da prática. É possível, é claro, que um grupo (ao invés de um indivíduo) compartilhe determinada concepção específica de propósito. No entanto, as explicações anteriores mostraram que as disputas a respeito do *point* de nossas práticas jurídicas apontam para a inexistência dessa concepção compartilhada, o que torna o recurso a “concepções de grupo” insuficiente para responder à objeção presente. Pessoas diferentes (ou grupos diferentes) podem ter concepções diferentes a respeito do propósito de uma mesma prática (o que resulta em distinções conceituais diferentes). Como decidir qual delas deve ter prioridade na nossa explicação teórica do direito?

Há um segundo problema: como nota Finnis, o objetivo da teoria do direito é fornecer uma explicação *geral* do direito, e não simplesmente uma explicação restrita ao nosso sistema jurídico particular (e às práticas jurídicas a ele correspondentes). Isso agrava o problema apontado no parágrafo anterior: se levando-se em conta uma única prática já é questionável que concepção de propósito deve ter prioridade na sua explicação, a situação torna-se ainda mais difícil quando levamos em conta não só uma prática específica, mas um conjunto de práticas mais ou menos similares e que, a partir de nossa conhecimento pré-teórico, consideraríamos (ainda que de maneira não definitiva) como exemplos de práticas jurídicas. É claro que partimos de algum conhecimento (e de algum julgamento preliminar de similaridade) a respeito dessas práticas: mas esse é um julgamento *apenas* preliminar, e, como já vimos, o descritivismo enfrenta grandes dificuldades quando parcela importante desses julgamentos preliminares (por exemplo, o de

que o direito necessariamente reivindica autoridade legítima) é colocado em questão.

A solução de Finnis para esses problemas parte de uma concepção específica de ação humana e do raciocínio prático que subjaz a essas ações. Ação, para Finnis, não é algo irracional, uma alteração física que simplesmente “ocorre” (ainda que, é verdade, ela possua dimensões físicas e naturais). A ação humana é, antes de tudo, a escolha de determinado comportamento como resposta a uma razão (Sáez, 2008, p. 21). O pressuposto desse argumento é que o ser humano é capaz de ações e escolhas livres. Não é possível argumentar a favor desse pressuposto neste trabalho (e o próprio Finnis raramente o faz), de maneira que irei apenas adotá-lo como correto. Assumir que a ação humana é ação em resposta a *razões* nos permite concluir que também práticas humanas devem ser entendidas como respondendo a razões. Assim, se não podemos entender uma ação sem entender as razões que motivaram aquela ação, também não é possível entender uma prática social (e o direito é uma prática social) sem entendermos as razões que justificam ou explicam sua existência.

As razões que motivaram uma pessoa (ou grupo) a agir de uma forma ou de outra podem ser descritas e analisadas sem que o teórico, necessariamente, as endosse e sem que ele se engaje numa avaliação de quais seriam as ações racionalmente adequadas naquela situação. Esse tipo de descrição, no entanto, só é possível para ações e práticas específicas e desde que, nesse último caso, haja convergência suficiente a respeito dos detalhes e do *point* da prática (Finnis, 2011e, pp. 426–427). Isso não ocorre no caso do direito, no entanto, e como o objetivo do teórico ou filósofo é oferecer uma explicação geral de um conjunto de ações humanas (as práticas sociais que constituem o direito, a amizade etc.), e como ações humanas (e práticas sociais) são responsivas a razões, Finnis (2002) conclui que não há razão para “não priorizar aquelas formas da prática ou instituição que são mais racionais, mais razoáveis, mais responsivas à razões”.

Por que priorizar as formas mais racionais e razoáveis da prática ou as concepções que as tornem mais racionais e razoáveis? Porque, do ponto de vista do agente (i.e., do ponto de vista

interno), as razões são *transparentes* (Finnis, 1983): para o sujeito que age, “eu devo considerar *p* uma boa razão para agir” é transparente para “eu acredito que *p* é uma boa razão para agir”, que, por sua vez, é transparente para “*p* é uma boa razão para agir”. Isso significa que, do ponto de vista interno, todas as razões são *boas* razões e um erro ou engano, nesse caso, é considerar “boa” uma razão que não o é. Dessa transparência segue-se que: (i) as diferentes concepções de propósito que diferentes indivíduos ou grupos têm a respeito do direito são, para eles, *boas concepções de propósitos* (mesmo que, tudo considerado, não o sejam); (ii) essas concepções, apesar de distintas, são, do ponto de vista interno daquelas que as adotam, igualmente *boas*; (iii) o teórico só pode decidir quais dessas concepções melhor explicam o conjunto das práticas que definimos preliminarmente como jurídicas se ele mesmo se engajar no esforço avaliativo de decidir o que são boas razões para ação e que razões tornam mais inteligível a prática em questão (nas palavras de Finnis (2011c, p. 35), que “dão mais sentido à ideia complexa de que o direito é algo que há razão para se ter”). Se todas as razões pretendem-se *boas* razões, o critério de centralidade é, obviamente, aquilo que o próprio teórico considera como boas razões. Ao engajar-se, no entanto, nesse tipo de raciocínio avaliativo, o teórico do direito inevitavelmente rompe a barreira da inércia normativa. Para Finnis, portanto, a pretensão de construir uma teoria *geral* do direito não só não terá – como não poderá ter – sucesso no contexto de uma metodologia puramente positivista.

CAPÍTULO 5

CONCEITOS INTERPRETATIVOS E A CRÍTICA METODOLÓGICA DE RONALD DWORKIN

No capítulo anterior, vimos a crítica de Finnis à ideia de uma teoria do direito normativamente inerte. Finnis, contudo, não é o único teórico a lançar uma crítica contra as pretensões exclusivamente descritivas dos autores positivistas. Em *Law's Empire*, Ronald Dworkin (1998) mostra como parte essencial da metodologia positivista consistia na defesa de uma explicação criterial de conceitos, e exatamente neste ponto estaria o seu erro fundametal. Segundo Dworkin, os positivistas estariam comprometidos com uma tese semântica segundo a qual, ao utilizarmos um conceito, compartilhamos os mesmos critérios para sua aplicação. Assim, quando utilizamos o conceito de “livro” ou de “porta”, utilizamos uma mesma regra, que identifica certos critérios compartilhadas para o uso correto desse conceito.

Dworkin argumentou, no entanto, que essa semântica criterial era incapaz de explicar as frequentes divergências existentes na prática jurídica, especialmente quando essas divergências tomavam a forma do que ele chamou de desacordos teóricos (Dworkin, 1998, p. 5). Se juristas discordam sobre os fundamentos do direito, argumentava ele, é porque não concordam quanto aos critérios para a correta aplicação do conceito.

Uma explicação criterial de conceitos justificava porque os positivistas defendiam a neutralidade moral da teoria do direito. Ao se afirmar que conceitos devem ser explicados por via da identificação de uma regra comum de uso que fixa sua extensão (e que contém os critérios para seu uso correto), os positivistas reduziam o trabalho do teórico à análise do uso do conceito e identificação dos critérios *efetiva e convencionalmente* utilizados na comunidade linguística. Como apontou Dworkin, nesse modelo metodológico, “atenção cuidadosa, ajudada por experimentos mentais sobre o que pareceria correto dizer em situações particulares, irá trazer à tona esses critérios escondidos”.

Se os indivíduos compartilham um determinado critério para o uso de um conceito, como, então, explicar as constantes divergências que surgem entre eles? - esse era o desafio lançado por Dworkin. Os positivistas afirmariam, segundo Dworkin, que não podemos ter desacordos *genuínos* sobre os critérios para uso do conceito - do contrário, estaríamos falando de coisas distintas. Na verdade, o desacordo surge apenas porque estamos confusos acerca dos critérios ou da regra de uso comum, de modo que é possível que *ambos* estejamos certos, na medida em que apontamos para partes distintas, mas igualmente integrantes, da mesma regra compartilhada. É possível, ainda, que o desacordo ocorra apenas quanto à aplicação de um conceito a um caso controverso - mas não quanto ao próprio conceito.

Dworkin chama esse tipo de desacordo aparente, para contrastá-lo com desacordos genuínos, de “desacordos espúrios” (Dworkin, 2011, p. 161). Neste capítulo, procurarei apresentar a proposta metodológica de Dworkin a partir de uma análise detalhada da sua explicação sobre os desacordos teóricos. Mostrarei como, para ele, a explicação dos desacordos teóricos no direito envolve uma compreensão adequada dos diversos contextos de uso da linguagem, o que resultará na identificação de diversos usos do conceito de direito. Segundo Dworkin, o erro do positivismo metodológico é tentar reduzir, de maneira indevida, todos os contextos de uso do conceito de direito a um único, o que acaba por distorcer a prática jurídica na qual são utilizados.

5.1 Conceito e concepção

Dworkin afirma que, para os defensores de uma teoria semântica ou de uma explicação criterial de conceitos, “as pessoas compartilham alguns conceitos apenas quando elas concordam em uma definição – vaga ou precisa – que estabelece os critérios para a aplicação correta do termo ou frase associado” (Dworkin, 2006, p. 9). Se fosse possível que as pessoas compartilhassem um conceito sem estarem cientes de sua definição, e mesmo discordando quanto a ela (já que os critérios, sendo complexos, permitem diversas definições distintas), Dworkin estaria

supostamente errado ao afirmar que o compartilhamento de conceitos criteriais depende de um acordo *atual* sobre sua definição.

Em *Justice for Hedgehogs* Dworkin deixa claro, contudo, que “as pessoas que compartilham um conceito desta forma podem, ainda assim, ser vítimas de desacordos ilusórios sobre seu uso apropriado em algumas circunstâncias. Os critérios que compartilhamos para um triângulo equilátero são precisos, mas aqueles que compartilhamos para aplicar outros conceitos criteriais não são” (Dworkin, 2011, p. 158). Mais importante ainda, entretanto, é que o argumento dos desacordos teóricos e do agulhão semântico desenvolvidos por Dworkin não procuravam estabelecer, simplesmente, a impossibilidade de desacordos acerca de conceitos criteriais: eles procuravam estabelecer a impossibilidade de se explicar os desacordos teóricos significativos que surgem na prática jurídica a partir de um modelo de semântica criterial. Já em *Law’s Empire* Dworkin deixou claro que os defensores de teorias semânticas (ou partidários de uma explicação criterial de conceitos) oferecem uma explicação “do que torna os desacordos possíveis que se encaixa muito mal com os tipos de desacordos que advogados realmente têm” (Dworkin, 1998, p. 46). O ponto, portanto, não era afastar qualquer possibilidade de desacordos no âmbito de uma explicação criterial, mas afastar a possibilidade de que, no contexto dos debates que ocorrem na prática jurídica, os desacordos possam ser explicados como desacordos sobre critérios compartilhados. Conforme afirmou Gerald Postema, “Dworkin argumentou que, embora uma semântica criterial possa ser adequada para alguns conceitos (livro, árvore, casa, veículo, parque), ela falha completamente para [explicar] o conceito de direito” (Postema, 2011, p. 416).

Os exemplos de conceitos criteriais utilizados por Raz (2011a) – de triângulo equilátero e de mesa -- são exemplos que Dworkin aceitaria como casos de conceitos criteriais (Dworkin, 2006, p. 9, 2011, pp. 158–159). Se Raz está certo que mesmo em relação a estes conceitos podem existir desacordos (ainda que espúrios), também não parece que Dworkin iria discordar (ainda que ele deixe claro, o que Raz não faz, que esses desacordos são

meramente ilusórios). Nesse sentido, a real questão colocada não é se é possível explicar desacordos no contexto de uma explicação criterial de conceitos, mas sim se os desacordos em torno de conceitos políticos como direito e autoridade podem ser explicados como desacordos criteriosais. Mais uma vez, Postema esclarece o ponto:

O aguilhão que desarma o positivismo metodológico é que uma semântica criterial não pode explicar este fato dos desacordos teóricos pervasivos na prática jurídica. Ele falha porque assume que a comunicação, e assim o desacordo, só é possível se as partes compartilharem regras fixando a extensão dos conceitos que usam (...) O argumento não afirma que as teorias semânticas assumem que conceitos são sempre usados corretamente e que os usuários podem, sem muitos problemas, afirmar, ou pelo menos imediatamente reconhecer, afirmações corretas de suas regras comuns. O argumento aceita que teorias semânticas podem reconhecer desacordos sobre as regras entre pessoas que não as entenderam adequadamente. Ele mantém, contudo, que os ‘desacordos teóricos’ no direito não podem todos ser explicados como desacordos entre usuários que não são plenamente competentes (Postema, 2011, p. 417).

Existem desacordos significativos que não podem ser afastados ou encarados como meros desacordos sobre os critérios (complexos) presentes numa regra de uso compartilhada de um conceito. Precisamos saber se os desacordos em torno dos conceitos de direito inserem-se nesse modelo alternativo ou não. Mas antes, obviamente, precisamos conhecer esse modelo. O primeiro passo será, então, diferenciar conceitos criteriosais dos chamados *conceitos interpretativos*.

Em vários contextos, utilizamos conceitos que funcionam de maneira distinta dos conceitos criteriosais de mesa, triângulo equilátero e livro. Pensemos no conceito de Justiça. Concordamos que se trata de um valor (e um importante valor), mas, além disso, parecem existir mais controvérsias do que acordos. Talvez concordemos que alguns atos são injustos (por exemplo, agredir

gratuitamente alguém), mas discordamos sobre muitos outros (por exemplo, se um sistema de cotas ofende ou não princípios de justiça). Também discordamos sobre os próprios critérios que definiriam um ação ou política como justa ou injusta: para alguns, o sistema de cotas é injusto porque viola a livre competição entre candidatos e desvaloriza a meritocracia e o esforço individual; para outros, o sistema é não só justo como necessário porque equipara pessoas em circunstâncias sociais dramaticamente distintas e que não teriam, sem o sistema, a menor chance de competir, num livre mercado de vestibulandos, com aqueles que cresceram e viveram em circunstâncias sociais mais favoráveis.

Para Dworkin, o que diferencia o conceito de Justiça dos conceitos de mesa, triângulos e livro é que o conceito de Justiça funciona, no contexto citado acima, como um conceito *interpretativo*. Escreve ele:

Alguns de nossos conceitos funcionam de maneira diferente: eles funcionam como conceitos interpretativos que nos encorajam a refletir sobre e contestar o que alguma prática que construímos requer (...) As pessoas compartilham o conceito de justiça a despeito de profundos desacordos tanto sobre os critérios para identificar uma injustiça quanto sobre que instituições são injustas (Dworkin, 2006, pp. 10–11).

Mas como é possível que as pessoas compartilhem um conceito de Justiça se discordam, aberta e conscientemente, sobre os critérios para sua aplicação? Para entendermos melhor este ponto, é necessário apresentar e analisar a importante distinção, utilizada por Dworkin e por outros teóricos, entre conceito e concepção.

William Gallie introduziu a distinção entre conceito e concepções em seu famoso artigo *Essentially Contested Concepts* (Gallie, 1956). Gallie argumentava, basicamente, que alguns conceitos morais seriam “essencialmente contestados”. “Bom” e “justo”, por exemplo, têm um núcleo de significado compartilhado a partir do qual surgem muitas divergências significativas. Num debate em que afirmo que evitar danos desnecessários é algo

“bom”, minha interlocutora entenderá perfeitamente o que estou dizendo e muito provavelmente concordará comigo. Mas é possível que discordemos sobre os critérios para aplicação do termo “bom”. Posso acreditar, por exemplo, que um estado de coisas será bom se produzir prazer ou diminuir/eliminar a dor. Minha interlocutora, ao contrário, poderá dizer que um estado de coisas será bom se fomentar uma vida humana próspera e realizada de acordo com um conjunto de virtudes relevantes. Nesse caso, discordamos a respeito dos critérios para aplicação do conceito de “bom”. Se seguíssemos aqui a metodologia positivista, concluiríamos que um de nós está errado (ou talvez ambos) e que, na realidade, compartilhamos os mesmos critérios para uso correto do conceito (a menos, é claro, que admitamos que temos conceitos distintos). Esses critérios são fixados pela prática social da nossa comunidade linguística, de modo que nossa divergência seria meramente aparente e concordaríamos que a demonstração de que a comunidade linguística usa um critério ou outro resolveria nossa questão.

Pelo menos em relação ao conceito de “bom” a proposta positivista parece não ser satisfatória. Quando discutimos o significado de “bom”, não estamos nos reportando a uma prática social compartilhada, e sim àquilo que realmente consideramos ser bom (ou ruim). Há, portanto, uma dimensão valorativa presente na instância de aplicação do conceito. Concordamos que diminuir sofrimento desnecessário é algo bom e sabemos o que cada um está falando quando avança uma resposta diferente à questão “o que é bom?”. Minha interlocutora realmente acredita que “bom” relaciona-se à virtude e a uma vida humana próspera e eu tenho uma opinião contrária. No esquema de Gallie, temos concepções distintas sobre o mesmo conceito. Isso não implica em “individualismo conceitual”. Compartilhamos ao menos critérios gerais para identificar o conceito de “bom”, e também concordamos quanto a alguns casos paradigmáticos do conceito: do contrário, não estaríamos falando da mesma coisa. O ponto levantado por Gallie é que em relação a alguns conceitos, a partir do ponto em que concordamos sobre o que estamos debatendo, as pessoas avançam concepções distintas acerca do correto

significado do conceito. Essas concepções não refletem critérios socialmente compartilhados para o seu uso correto, mas concepções particulares acerca de qual é, realmente, o significado daquele conceito que compartilham e do que julgamos valioso na instância de aplicação do conceito. Mesmo após identificarem o ponto de suas divergências, e mesmo após se apontar para algum suposto critério socialmente compartilhado, as pessoas podem bem continuar a argumentar a favor de sua própria concepção de bem ou de justiça (Gallie, 1956, p. 168).

Para Gallie (1956, p. 171), as divergências entre concepções diversas possuem um elemento valorativo importante. Esse fato fica evidente no exemplo utilizado: a discussão sobre o conceito de “bom” diz respeito a diferentes concepções de valor, do que tornaria algo *realmente* bom ou ruim. Adrian Sgarbi (2013, p. 33), citando José Juan Moreso, Pablo Navarro e Maria Cristina Redondo, identifica três características fundamentais dos conceitos essencialmente contestados: (a) eles são valorativos, “no sentido de que atribui aos casos de aplicação do conceito a posse de alguma coisa valiosa/desvaliosa”; (b) “a estrutura do conceito é internamente complexa de maneira que permite critérios distintos que reconstroem seu significado e que competem entre eles; (c) apresentam casos, reais ou hipotéticos, que são paradigmas de aplicação do conceito”.

O próprio Gallie (1956, pp. 170–171) lista quatro características fundamentais dos conceitos contestados, na mesma linha daquelas citadas por Sgarbi. A primeira delas é que o conceito deve ser “aprazível”, no sentido de que atribui um tipo de “objetivo valioso” ao objeto ou prática. Em segundo lugar, esse “objetivo valioso” deve ter um “caráter complexo”. Em terceiro lugar, “qualquer explicação de seu valor deve, dessa forma, incluir referência à contribuição respectiva de suas várias partes ou características”. Por fim, o objetivo valioso atribuído deve “admitir modificação considerável a luz de circunstâncias diferentes”.

Vários autores utilizaram a distinção entre conceito e concepção sugerida por Gallie. John Rawls talvez seja o mais famoso. Rawls afirmou que existem tanto um conceito de Justiça quanto várias concepções particulares de Justiça. Sua teoria —

justiça como equidade — seria a *melhor* concepção do conceito. Escreveu ele:

Parece natural pensar no conceito de justiça como distinto das várias concepções de justiça e sendo especificado pelo papel que estes diferentes conjuntos de princípios, estas diferentes concepções, têm em comum. Aqueles que mantêm concepções de justiça diferentes podem, então, ainda concordar que instituições são justas quando nenhuma distinção arbitrária é feita na atribuição de direitos e deveres básicos entre as pessoas e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações conflitantes em prol das vantagens da vida social. Pessoas podem concordar com esta descrição de instituições justas na medida em que a noção de uma distinção arbitrária e de um equilíbrio adequado, que estão incluídas no conceito de justiça, são deixadas em aberto para cada um interpretar de acordo com os princípios de justiça que aceita (Rawls, 1999, p. 5).

Se duas pessoas discordarem que uma sociedade justa é uma sociedade em que não ocorrem distinções arbitrárias na distribuição de direitos e deveres e em que vigora um equilíbrio adequado de reivindicações conflitantes, elas terão conceitos de “justiça” distintos. Mas, em geral, as pessoas concordam quanto a estes pontos, mas discordam sobre o que realmente eles significam. Um libertário pode defender uma concepção libertária de equilíbrio adequado de alocação justa de direitos e responsabilidades. Um comunitarista pode defender uma concepção distinta. Ambos concordam quanto a aspectos básicos e gerais do que seria uma sociedade justa, ou de quais são os elementos básicos do conceito de justiça, porém cada um dá a esses elementos uma interpretação distinta, de acordo com os princípios de moralidade política que entendem ser corretos. De maneira bastante similar, H.L.A. Hart (1994, p. 160) escreve que “a ideia de justiça (...) consiste em duas partes: uma característica uniforme ou constante, resumida no preceito “trate casos similares de maneira similar”, e um critério móvel e variável usado para

determinar quando, para qualquer propósito dado, casos são semelhantes ou diferentes”.

Ronald Dworkin também utiliza a distinção entre conceito e concepção ao tratar da prática da cortesia (base de uma analogia com o direito apresentada em *LE* e extensamente explorada por Ronaldo Macedo). Para começar, imaginemos que José e Ronaldo estejam discutindo sobre se José agiu de maneira cortês ao pagar integralmente a conta do jantar que teve com sua namorada na noite anterior (Macedo Jr., 2013a, p. 203). José afirma que a cortesia exige que o homem pague a conta, primeiro porque este é um comportamento tradicional, segundo porque é o homem quem deve arcar com os custos de um encontro, ainda mais tendo sido ele a convidá-la para jantar. Ronaldo objeta que, de fato, a cortesia exige respeito à mulher, mas que o respeito exigido demanda que ela seja tratada de maneira igualitária, e não subalterna, o que implica dividir a conta na proporção do que cada um tenha consumido. Tomar iniciativa de pagar a conta talvez pareça cortês, mas na realidade mostra um profundo desrespeito à mulher, por supor que ela não tem condições de arcar de maneira igualitária com os custos de um encontro.

A discussão entre José e Ronaldo não é uma discussão sem sentido. Há um desacordo genuíno entre eles, e a discussão que travam é dotada de sentido e plenamente inteligível. Ambos concordam que a cortesia se relaciona a respeito, mas discordam sobre o que o respeito *realmente* exige, tanto em abstrato quanto no caso concreto de um casal que enfrenta a escolha de dividir a conta ou deixá-la integralmente para o homem. Escreve Dworkin:

Nestas circunstâncias, o tronco inicial da árvore — a ligação presente e incontroversa entre cortesia e respeito — agiria, na argumentação pública bem como em discussões privadas, como um tipo de platô sobre o qual explicações e argumentos posteriores seriam construídos. Seria, então, natural para as pessoas considerar aquela ligação como especial e, desta forma, conceitual, dizer, por exemplo, que respeito é parte do ‘próprio significado’ de cortesia (...) Nosso filósofo [da cortesia] servirá sua comunidade se puder demonstrar esta estrutura e isolar esta conexão

‘conceitual’ entre cortesia e respeito. Ele pode capturá-la na proposição que, para esta comunidade, respeito fornece o *conceito* de cortesia e que posições rivais sobre o que o respeito realmente exige são *concepções* daquele conceito. O contraste entre conceito e concepção é, aqui, um contraste entre níveis de abstração nos quais a interpretação da prática pode ser estudada. No primeiro nível, o acordo é conseguido em torno de ideias distintas que são empregadas de maneira incontroversa em todas as interpretações; no segundo nível, a controvérsia latente nesta abstração é identificada e enfrentada (Dworkin, 1998, pp. 70–71).

O acordo quanto ao conceito de cortesia — que há uma relação conceitual entre cortesia e respeito — é necessário para que o desacordo sobre o que o respeito realmente exige possa fazer sentido. Este acordo preliminar elimina a possibilidade de duas pessoas estarem falando de coisas distintas sem perceber que estão a fazê-lo. Uma explicação do que está envolvido neste nível mais básico e geral do significado de cortesia é necessária, mas ainda não é suficiente: à par de concordarem que cortesia se relaciona a respeito, José e Ronaldo discordam de maneira significativa quanto ao que o respeito exige — isto é, quanto às questões de valor envolvidas na aplicação do conceito de cortesia. Poderíamos parar no ponto em que afirmamos simplesmente a conexão entre cortesia e respeito, mas algo da prática da cortesia e da discussão da comunidade ficaria de fora de nossa explicação teórica. O primeiro nível, de acordo básico quanto ao que está envolvido na cortesia, traz “latente” (para usar um termo utilizado por Dworkin) uma série de desacordos que implicarão em limites conceituais distintos. José e Ronaldo podem discordar sobre se determinado comportamento foi ou não cortês e sobre o que a cortesia exige. Eles também podem discordar sobre as razões pelas quais uma atitude que ambos concordam ser cortês ser de fato exigida pela cortesia.

O que vale para a cortesia vale também para o Direito, ao menos de acordo com Dworkin. “Os filósofos do direito”, escreve ele, “estão na mesma situação dos filósofos da justiça e do filósofo

da cortesia que imaginamos” (Dworkin, 1998, p. 90). Assim como no caso da cortesia, é necessário um acordo geral quanto ao que conta como direito para que possamos ter uma discussão genuína e inteligível sobre o seu correto significado. Este acordo não irá nos dizer tudo que queremos saber, nem nos permitirá responder todas as questões teóricas ou mesmo práticas colocadas pelo direito. Todavia, ele será um ponto de partida comum e compartilhado que nos permite ter desacordos dotados de significado. “O direito não pode florescer como uma prática interpretativa em qualquer comunidade a menos que haja um acordo inicial suficiente sobre que práticas são práticas jurídicas de modo que juristas argumentem sobre a melhor interpretação, mais ou menos, da mesma prática” (Dworkin, 1998, pp. 90–91). Este acordo inicial, ainda que provisório e precário, garante que as discussões ocorram sobre o mesmo objeto, e não sobre objetos distintos. Dworkin chama isso de “acordo pré-interpretativo” (Dworkin, 1998, p. 91).

O acordo pré-interpretativo, no entanto, não é suficiente, pois contém, de maneira latente, diversas divergências. Além disso, seria um erro assumir que as instituições e práticas que identificamos neste primeiro estágio são identificadas por meio da individualização e aplicação de um conjunto de critérios compartilhados que nos permitiram apontar características que o direito e os sistemas jurídicos necessariamente possuem. “Nossa sociedade nos apresenta com instituições jurídicas e com a ideia de que elas formam um sistema” — e isto é tudo. O acordo inicial marca o conjunto de dados de que parte a investigação teórica, mas ele não é suficiente nem mesmo para afirmar que uma ou outra característica (além daquelas mais óbvias) são necessárias ou suficientes. “A questão de quais características elas [as instituições jurídicas] têm, em virtude do que elas se combinam como um sistema jurídico distinto, é parte do problema interpretativo” (Dworkin, 1998, p. 91). Portanto, não podem ser resolvidas com base exclusivamente no acordo pré-interpretativo inicial.

Como teóricos do direito, precisamos começar nosso trabalho a partir de uma “identificação pré-interpretativa razoavelmente incontroversa do domínio do direito” (Dworkin,

1998, p. 92). Dworkin observa que temos alguns “paradigmas jurídicos” que concordamos ser exemplos claros de direito, sistema jurídico ou proposição jurídica. Podemos sempre imaginar um argumento que tenha a estrutura: *p* é um paradigma de direito; *t* é uma teoria do direito que não explica *p*; logo, há boas razões para rejeitarmos *t*. Paradigmas, no entanto, podem ser confrontados sem que a pessoa que o confronta seja acusada de contradição ou de falar algo ininteligível. Ela encarará um ônus argumentativo maior, mas não dirá algo tão absurdo quanto alguém que afirme que Memórias Póstumas de Brás Cubas não é um livro, ou que um homem adulto que nunca se casou nem fez voto de castidade é “solteiro”. Paradigmas e acordo pré-interpretativo permitem identificar em linhas gerais *do que estamos falando quando discutimos sobre o direito*. Entretanto, eles não fornecem um critério claro e definitivo sobre o que seja ou não uma prática jurídica ou uma proposição jurídica. Eles permitem identificar o conceito, mas não resolvem a questão sobre suas diferentes concepções.

Paradigmas de aplicação de um conceito interpretativo são importantes para determinarmos sua existência e compartilhamento. A questão é: se os conceitos interpretativos são marcados pelas divergências exemplificadas nos casos da justiça e da cortesia, como podemos determinar se as pessoas realmente os “compartilham”? “Compartilhar um conceito”, responde Dworkin (Dworkin, 2006, p. 218), “não significa necessariamente compartilhar os critérios para sua aplicação, mas pode, ao invés disso, significar compartilhar paradigmas como base para afirmações interpretativas”. Para que possamos falar que a despeito de divergências fundamentais entre concepções rivais as pessoas compartilham um mesmo conceito, é necessário algum acordo em torno desses paradigmas de aplicação. Dworkin é claro ao afirmar que o acordo acerca de paradigmas não serve de base para a procura de critérios compartilhados subjacentes à aplicação do conceito àqueles casos. Na verdade, o acordo acerca de paradigmas é base para a elaboração e discussão de “afirmações interpretativas”. O que diferencia o funcionamento de conceitos criteriosos de conceitos interpretativos não é, portanto, apenas o acordo inicial em torno de casos paradigmáticos, mas como esse

acordo inicial é utilizado para a discussão posterior: se como base para a identificação de critérios socialmente compartilhados, ou como base para a elaboração de argumentos interpretativos acerca do valor das práticas exemplificadas por aqueles paradigmas. Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin explica em detalhes o papel dos paradigmas no uso de conceitos interpretativos:

As pessoas participam de práticas sociais nas quais elas tratam certos conceitos como identificando um valor ou ausência de valor [*disvalue*], mas discordam sobre como aquele valor deveria ser caracterizado ou identificado. O conceito de justiça e outros conceitos morais funcionam dessa forma para nós. Nós concordamos – no geral – que estes são valores, mas não concordamos sobre o caráter preciso desses valores. Não concordamos sobre o que torna um ato justo ou injusto, certo ou errado, uma invasão da liberdade ou um ato mal-educado. Também não concordamos sobre que resposta, se alguma, seria necessária ou justificada por uma atribuição correta do conceito. Mas nós concordamos suficientemente sobre o que consideramos instâncias paradigmáticas do conceito, e casos paradigmáticos de reações apropriadas àquelas instâncias, para nos permitir argumentar, de uma maneira inteligível aos outros que compartilham o conceito conosco, que uma caracterização particular do valor ou ausência de valor melhor justifica aqueles paradigmas compartilhados.

Nós concordamos, por exemplo, a despeito de muitos desacordos em outras áreas, que seria injusto para o governo taxar a renda de pobres industriais com o único objetivo de beneficiar os ricos preguiçosos ou punir alguém sabidamente inocente de qualquer crime. Nós concordamos suficientemente sobre tais paradigmas para permitir que cada um de nós proponha uma teoria ou concepção de justiça que justifique os julgamentos que fazemos naqueles paradigmas, e que possa ser reconhecida pelos outros como uma teoria ou concepção daquele conceito (Dworkin, 2011, pp. 160–161).

No modelo criterial dos positivistas, os casos paradigmáticos de aplicação do conceito funcionam como argumentos numa discussão sobre os critérios compartilhados para sua aplicação. Assim, se divergimos acerca dos critérios para aplicação de um conceito criterial, podemos resolver nossa disputa apontando para exemplos claros e conexões conceituais aceitas (Raz, 2011a; Shapiro, 2011): em resumo, para casos paradigmáticos. Esses casos ilustrariam a regra de uso compartilhada na comunidade e seriam argumentos a favor de sua existência e conteúdo. Se você afirma que o conceito de “livro” está restrito a exemplares de capa dura, posso apontar para casos paradigmáticos de uso do conceito em relação a exemplares em brochura.

No caso de conceitos interpretativos os paradigmas não funcionam dessa forma. Eles são o início da discussão, oferecendo um ponto de acordo que identifica o conceito e a partir do qual surgem diversas divergências. Nenhuma quantidade de paradigmas será suficiente, por si só, para explicar nem a divergência entre partidários e críticos do sistema de cotas, nem oferecer um critério que possa resolver a disputa entre eles. Afinal, a própria questão de porque os paradigmas são casos paradigmáticos de aplicação do conceito faz parte do problema interpretativo.

É interessante notar, neste ponto, que, a despeito de sua defesa de uma explicação criterial de conceitos (e seu argumento de que tais explicações seriam capazes de explicar os conceitos de direito e autoridade), Raz admite que podem existir desacordos de tipo distinto daqueles que ele tentou explicar (e que Dworkin chamou de desacordos espúrios). Em *Two Views About the Nature of the Theory of Law* Raz aceita a existência de desacordos em termos similares aos aqui explicados:

Concentrando-se em conceitos avaliativos, um objetor pode aceitar tudo que escrevi até aqui e responder que isso ainda falha em explicar o tipo de desacordo que marca disputas sobre, por exemplo, se a justiça requer redistribuição para os pobres, ou se o aborto é assassinato. Nós devemos admitir que isso é assim, o que dificilmente seria uma surpresa. Seria um erro pensar que todos os

desacordos avaliativos são de um único tipo. O fato de que os desacordos que apontei não serem como aqueles acerca da distribuição e justiça, ou sobre aborto e assassinato, não significa que eles não possam ser exemplos típicos de desacordos avaliativos comuns (Raz, 2011a, p. 69).

Para os chamados conceitos avaliativos, Raz admite, há a possibilidade de desacordos da forma indicada por Dworkin. Ele acrescenta, contudo, que os desacordos de que tratou no artigo – que procurava refutar o argumento dworkiniano do agulhão semântico – não teriam a mesma estrutura dos desacordos sobre se a justiça requer redistribuição de renda ou se o aborto é uma agressão a vida humana similar ao homicídio. Assim, a melhor interpretação de Raz é aquela que afirma que ele admite a possibilidade de desacordos interpretativos, mas rejeita que esses desacordos expliquem os desacordos acerca dos conceitos de direito e autoridade (que não seriam, nessa visão, conceitos avaliativos). Devemos, então, enfrentar a questão de se os desacordos sobre o conceito de direito e sobre o conceito de autoridade são desacordos interpretativos (o que sugeriria serem eles conceitos interpretativos contestados), ou desacordos espúrios, uma vez que são eles conceitos criteriais tradicionais.

5.2 Os diversos contextos de uso dos conceitos

Queremos saber como identificar um conceito interpretativo e se o conceito de direito, no contexto das práticas jurídicas, funciona de maneira interpretativa ou criterial. Ao contrário do que uma leitura mais apressada dos textos de Dworkin e da exposição anterior possa sugerir, todavia, não devemos entender as noções de conceitos criteriais e conceitos interpretativos como fixas, de modo que alguns conceitos seriam essencialmente criteriais e outros, interpretativos.

A distinção entre conceitos criteriais e conceitos interpretativos não é uma distinção metafísica, mas uma distinção de *uso*. Precisamos saber, em determinado contexto de uso, se um dado conceito funciona como um conceito criterial ou como um

conceito interpretativo. A resposta a essa questão pode variar à medida que também variam os contextos.

Dworkin (2011, p. 164) afirma que, “na maior parte das circunstâncias, seria bizarro tratar o conceito de livro como algo diferente de um conceito criterial”. No geral, não acreditamos que uma discussão sobre se um panfleto ou um libreto de ópera são “livros” envolve uma profunda discussão sobre o valor das práticas na qual o conceito figura. Em situações distintas, no entanto, é possível que usemos o conceito de maneira distinta.

A Constituição Federal Brasileira prevê, no seu art. 150, algumas limitações ao poder de tributar do Estado. Na alínea “d”, do inciso VI do artigo citado, o texto constitucional estabelece: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão”. A Lei Federal nº 10.753/2003, que institui a política nacional do livro, equipara aos livros “álbuns para colorir” (art. 2º, parágrafo único, inciso IV), “atlas geográficos” (inciso V) e “livros em meio digital” (incisos VII). Imaginemos agora que uma empresa que produz leitores de livros digitais (como o Kindle) procurasse conseguir na Justiça isenção de imposto sobre o seu produto (*e-reader* destinado exclusivamente à leitura). A alegação é que, para os fins da constituição e da lei, leitores de *e-book* estão dentro da referência do conceito “livro” ou são “equiparadas a livro”, nos termos da lei federal. Como sabermos se essa alegação jurídica tem ou não fundamento? Precisamos saber se o conceito de “livro” aplica-se ou não aos “*e-readers*”, e saber o porquê. Concordamos com vários casos paradigmáticos de livros, mas discordamos sobre se os *e-readers* contam ou não como livros. O eventual debate travado no tribunal não será sobre se o nosso conceito criterial de livro aplica-se ou não aos *e-readers*, mas sim sobre se a melhor interpretação da nossa prática jurídica e das práticas de uso de livros (e do conceito de livro) autorizam a conclusão de que um *e-reader* é um livro, para os fins do direito. O conceito de “livro” não estará sendo usado, aqui, como um conceito criterial, e sim como um conceito interpretativo. “Conceitos que normalmente são criteriosais”, conclui

Dworkin (2011, p. 165), “não raro se tornam interpretativos quando incorporados ao direito desta maneira”.

No nosso exemplo do livro, é possível que uma lei expressamente preveja que *e-readers* são espécies de livro (como o faz o Projeto de Lei do Senado nº 114 de 2010). Nesse caso, mais uma vez, estaríamos utilizando o conceito como um conceito criterial, e não interpretativo.

Nesse sentido, talvez a principal tese de Ronaldo Macedo em *Do Xadrez à Cortesia* seja a de que a “tipologia” de conceitos de Dworkin é, em realidade, a identificação de diversos contextos de uso distintos para os conceitos. Não se trata, com Macedo nota, de uma “conceitografia geral”: “A linguagem não possui uma estrutura gramatical única (...) Antes o contrário: ao compreendermos o uso de cada conceito, devemos atentar para o fato de que o usamos (e, portanto, atribuímos a ele sentido) segundo jogos de linguagem possivelmente distintos” (Macedo Jr., 2013a, p. 242). Conceitos interpretativos e conceitos criteriais são apenas duas *formas* possíveis de uso de conceitos. Podemos, em determinado contexto, utilizar o conceito de democracia como um conceito criterial: definimos, para os fins de uma pesquisa empírica, que democracia abrange as características “representantes eleitos” e “eleições periódicas”. No contexto da nossa pesquisa, o conceito será utilizado criterialmente. Contudo, é possível que, num contexto linguístico distinto (por exemplo, um debate filosófico ou mesmo uma discussão pública sobre as relações externas do nosso país com países antidemocráticos), o que esteja em discussão seja o nosso próprio entendimento do que a democracia é e do que ela exige. Para muitas pessoas, o conceito que utilizamos na realização de nossa pesquisa é insuficiente porque a democracia exige respeito a direitos individuais e pluripartidarismo. Para outros, um país não poderá ser democrático (ou será menos democrático) se autorizar a revisão judicial das leis regularmente promulgadas pelo legislativo. Essas discussões não podem ser resolvidas (nem os seus participantes creem que possa) por meio de um apelo a “regras compartilhadas para o uso do conceito”. O que está em jogo é o sentido e valor das práticas que associamos à democracia, e nenhum de nós aceitaria como resposta o argumento de que “a

regra compartilhada na nossa sociedade, goste você ou não, é que a democracia não exige pluripartidarismo”. Trata-se de uma divergência interpretativa, e não criterial, e só argumentos interpretativos (e, portanto, morais) podem resolvê-la.

Afirmar que nossa divergência acerca do conceito de democracia poderia ser resolvida por apelo a uma regra convencional de uso do conceito entende mal a *gramática* do nosso desacordo nesse contexto específico. As divergências sobre conceitos interpretativos se diferenciam das divergências sobre conceitos criteriosais porque há entre eles uma “diferença gramatical”: a gramática que utilizamos em contextos de aplicação de um contexto criterial é distinta da gramática usada em contextos interpretativos. Ao discordamos sobre justiça não estamos engajados no mesmo tipo de argumento no qual nos engajamos quando discutimos sobre se um triângulo equilátero é também equiângulo. Os conceitos não estão sendo *utilizados* da mesma forma. Dworkin é cuidadoso ao afirmar que o que marca a distinção entre os conceitos é a *função* que desempenham em determinados contextos de uso: ao introduzir, em *Justice in Robes*, a noção de conceito interpretativo ele escreve que nem todos os conceitos “funcionam” como conceitos criteriosais (Dworkin, 2006, p. 10). Para sabermos se um conceito funciona como um conceito interpretativo ou não é necessário identificar o contexto em que ele está sendo usado, e a função que desempenha, ou a gramática de acordo com a qual opera, nesse contexto.

Portanto, diante de desacordos, devemos, em primeiro lugar, identificar qual a gramática das disputas travadas. Em outras palavras, num debate acerca do conceito de justiça, devemos saber se os participantes estão engajados no jogo de linguagem de um conceito interpretativo, ou no jogo de linguagem de um conceito criterial. Só então poderemos saber que espécie de argumento ou consideração é capaz de resolver sua disputa (se é que sua disputa é, realmente, uma disputa genuína).

Como, então, determinar os contextos em que utilizamos um conceito como um conceito interpretativo e aqueles nos quais ele funciona como um conceito criterial? A resposta é: pelo *uso*. “As distinções que traçamos entre conceitos criteriosais, de tipo

natural, e interpretativos são justificadas pelo uso [*usage*] – pela forma como as pessoas usam e respondem aos conceitos” (Dworkin, 2011, p. 163). A identificação do contexto de uso, contudo, é ela mesma uma questão problemática, e a solução proposta por Dworkin é a seguinte: as distinções que traçamos entre os diferentes contextos de uso são “interpretações do uso” (Dworkin, 2011, p. 163). Escreve ele:

Seria um erro tentar tornar mais esta explicação de conceitos interpretativos mais geral (...) Em cada caso, é uma questão interpretativa em si mesmo [saber] se damos mais sentido a como um conceito funciona sob aquele pressuposto [de que ele é um conceito interpretativo] do que fazemos sob pressuposto rival que declara que os acordos e desacordos são espúrios (...) A questão sempre permanece, mesmo a despeito de desacordos radicais, de se o padrão de desacordo é melhor explicado pela hipótese de que aqueles que discordam compartilham um único conceito interpretativo e discordam sobre seu caráter, ou pela hipótese alternativa de que o desacordo é ilusório como o nosso acordo de nos encontrar no banco (...) Tratar um conceito como interpretativo supõe que esta forma de entender uma prática melhor interpreta a prática do que uma interpretação rival que torna ou acordo ou desacordo aparente espúrio (Dworkin, 2011, pp. 161–162).

Parte do nosso trabalho de investigação passa por interpretar o próprio contexto de uso de um conceito, e determinar se a melhor interpretação dessas práticas de uso envolve tratá-lo como um conceito interpretativo ou não. Qual a melhor interpretação dos usos do conceito de justiça? Os desacordos que surgem sobre o seu significado são melhor descritos como desacordos espúrios – no modelo de Raz – ou como desacordos interpretativos, no modelo aqui exposto? “Não parece haver dúvidas”, escreve Dworkin (2011, p. 162), “de qual das duas assunções alternativas é mais persuasiva no caso da justiça. Lutamos campanhas, mesmo guerras, sobre justiça, e é obviamente falso que, se apenas refletíssemos no que queremos dizer com o termo, iríamos ver que realmente não temos nada sobre o que

discordar”. Se refletirmos sobre os próprios debates, em filosofia política, acerca do conceito de justiça, veremos que a melhor interpretação do seu uso é como um conceito interpretativo: do contrário, como explicar as divergências entre utilitaristas e kantianos? “Se não pudermos fazer isso”, conclui Dworkin (2011, p. 162), “teremos que aceitar o que parece ridículo: que os mais fervorosos e apaixonados dos nossos argumentos políticos são meras confusões bobas”.

É importante acrescentar, aqui, que as pessoas engajadas no debate, os participantes do contexto que pretendemos interpretar, não precisam encarar o seu próprio uso do conceito como interpretativo ou criterial. Nossa conclusão em um sentido ou outro é uma interpretação do seu uso, e não faz parte, necessariamente, da linguagem utilizada no debate. Dworkin observa que poucas pessoas engajadas num debate sobre o conceito de democracia concordariam que o significado do conceito depende da teoria política que melhor justifica os paradigmas do seu uso. Contudo, “nós precisamos da ideia de um conceito interpretativo para explicar seu comportamento”: não para explicar o que elas entendem por conceitos, mas sim para explicar “porque elas apoiam ou se opõem a teorias da democracia da forma que fazem, e porque seus acordos e desacordos sobre se governos particulares são democracias são genuínos” (Dworkin, 2011, p. 163).

As pessoas (...) não precisam ter – e a maior parte não tem – qualquer conceito de um conceito, muito menos o conceito de um tipo de conceito, muito menos o conceito de um conceito criterial, de tipo natural e interpretativo. Estas são ideias de filósofos: elas não são reconhecidas na prática, mas são justificadas pelo seu papel em dar sentido à prática. Nossa explicação dos conceitos que estruturam um domínio intelectual é, em si mesma, uma interpretação daquele domínio, um mecanismo para dar sentido à investigação, reflexão, argumentos e estratégias que marcam o domínio (Dworkin, 2011, p. 163).

Para decidirmos se a melhor explicação do conceito de direito é aquela que vê os desacordos da prática jurídica nos moldes positivistas ou nos moldes de um conceito interpretativo, é necessário oferecer uma *interpretação* da própria prática de uso do conceito de direito. Dworkin demonstrou que, nos contextos em que debatemos os significados de liberdade, igualdade e democracia, utilizamos esses conceitos como conceitos *interpretativos*, o que implica que seu significado é definido pela interpretação que melhor se ajusta e justifica as práticas paradigmáticas (Dworkin, 2011, pp. 345–348). Será esse também o caso com o conceito de Direito?

5.3 O papel da interpretação

Ao analisarmos os diversos desacordos interpretativos apresentados no tópico anterior – sobre a cortesia, a justiça e a democracia – parece fácil perceber que o que está em jogo nessas controvérsias é um *valor* que justificaria as práticas identificadas em casos paradigmáticos e em relação ao qual as demais características do conceito estariam relacionadas. Quando afirmamos, por exemplo, que o *judicial review* é incompatível com a democracia, assumimos que (i) as práticas democráticas têm um valor; (ii) os elementos da democracia são sensíveis a este valor; (iii) o valor que melhor justifica essas práticas é incompatível com a existência de autoridades não eleitas com poder final de invalidar leis democraticamente promulgadas e que, por consequência, (iv) o conceito de democracia não se aplica à prática do *judicial review*. Do mesmo modo, quando discutimos sobre a justiça do sistema de cotas, precisamos, primeiro, determinar qual o valor melhor justifica as práticas de justiça e, segundo, avaliar se o sistema de cotas é ou não compatível com esse valor. Parte essencial da noção de conceitos contestados (e também de conceitos interpretativos) era, afinal, a existência de um caráter “valioso” nas práticas referidas por ele, e a estrutura complexa tanto do valor quanto das práticas às quais o conceito se aplicaria.

Nos contextos em que usamos conceitos interpretativos, desenvolvemos o que Dworkin (1998, p. 47) chamou de *atitude*

interpretativa em relação à prática. Esta atitude interpretativa possui dois elementos básicos e relativamente independentes: o primeiro é a premissa de que “a prática (...) não apenas existe mas tem um valor, que ela serve algum interesse ou propósito ou reforça algum princípio – em resumo, que ela tem algum *point*” (Dworkin, 1998, p. 47). O segundo elemento da atitude interpretativa é a premissa adicional de que “os requisitos [da prática] não são necessariamente ou exclusivamente o que eles sempre foram tidos como se fossem, mas, ao invés disso, são sensíveis ao seu *point*, de maneira que as regras estritas devem ser entendidas ou aplicadas ou estendidas ou modificadas ou qualificadas ou limitadas por aquele *point*” (Dworkin, 1998, p. 47).

Os dois componentes fazem parte da atitude interpretativa, mas é possível que adotemos apenas um deles em relação a uma prática. Nesse caso, assumiríamos que a prática tem um *point*, que serve a algum valor, mas que suas regras e características não são “sensíveis” a esse objetivo valioso. Algumas práticas, como o jogo de xadrez, não são sensíveis ao seu próprio *point* da maneira como, segundo Dworkin, ocorre com a cortesia. “Para os cidadãos cortesões”, escreve ele, “a interpretação decide não apenas por que a cortesia existe, mas também o que, adequadamente entendida, ela agora requer. Valor e conteúdo tornam-se emaranhados” (Dworkin, 1998, pp. 47–48).

O recurso a argumentos avaliativos para a determinação do significado dos conceitos interpretativos torna-se necessário em virtude da relação de dependência entre prática e propósito: seus elementos, características, exigências e demandas *dependem* da concepção de valor que atribuímos a ela. A correta compreensão de um conceito interpretativo dependerá, então, de um trabalho de “interpretação construtiva” que, de acordo com Dworkin, envolve “impor propósito a um objeto ou prática para torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele tido como se pertencesse (...) Um participante interpretando uma prática social (...) propõe um valor para a prática descrevendo algum esquema de interesses ou objetivos ou princípios que a prática pode ser tida como servindo ou expressando ou exemplificando” (Dworkin, 1998, p. 52).

É claro que não se trata de “qualquer valor”: a interpretação deve ser capaz de atribuir um valor que justifique a prática, mas também que se “ajuste” a ela. “A história ou forma de uma prática ou objeto restringe as interpretações disponíveis sobre ela” (Dworkin, 1998, p. 52). Isso não significa que a própria história da prática deva ser tomada como um elemento dado e definitivo. As práticas convencionais, especialmente aquelas identificadas nos casos paradigmáticos, servem de referência, mas não de constrição absoluta. Macedo Júnior (2013a, p. 219) explica que, de acordo com Dworkin, “as práticas passam a ser condicionadas aos próprios valores e a sua interpretação valorativa. Desse modo, os intérpretes podem reconhecer que determinadas práticas convencionais e muito aceitas podem estar erradas da perspectiva dos valores que lhe servem de intencionalidade básica (*point*)”.

Não obstante, não se deve concluir do fato de a interpretação envolver a atribuição de um valor e, mais ainda, a compreensão da prática *a partir* daquele valor, que o intérprete está comprometido com a hipótese de que, tudo o mais considerado, a prática efetivamente é valiosa. Como afirma Macedo (2013a, p. 221), “a interpretação reconstrutiva deve prestar contas com eventuais objeções céticas”. Essa objeção, contudo, deverá ser resultado da interpretação e, portanto, ela mesma uma conclusão interpretativa. Escreve Postema (2011, p. 426):

O trabalho do intérprete toma forma pela hipótese de que a prática em questão serve um valor e seu trabalho é identificar o valor ou *point* que pode justificar a prática e mostrar o significado prática da atividade à luz daquele valor. Todavia, esta hipótese é derrotável. Não há garantia de que uma prática sirva qualquer valor reconhecível de maneira adequada para fundamentar pelo menos uma justificação mínima de participação nela. A interpretação construtiva sempre mantém à mão a opção cética.

O tipo de ceticismo a que aludem Macedo e Postema é o que Dworkin chamou de ceticismo *interno* (em oposição ao ceticismo externo). Ceticismo interno é o “ceticismo *dentro* do empreendimento de interpretação, como uma posição substantiva

sobre a melhor interpretação de alguma prática ou trabalho de arte” (Dworkin, 1998, p. 78). O ceticismo externo, por sua vez, “é uma teoria metafísica, não uma posição moral ou interpretativa” (Dworkin, 1998, p. 79). Para Dworkin, o único ceticismo digno de nota e com o qual os intérpretes devem se preocupar é o ceticismo interno (Dworkin, 1998, pp. 78–85, 2011, pp. 23–68; Neiva, 2014, pp. 134–197). O ceticismo externo seria problemático porque atribui àqueles que avançam argumentos morais “afirmações absurdas” que nenhum deles realmente está fazendo: como a de que, ao afirmarmos que a escravidão é *objetivamente* imoral, estamos querendo dizer que há alguma coisa no mundo (como partículas morais) que as tornasse erradas. Quando afirmamos que a escravidão é errada, não supomos que fatos físicos ou estados de coisas no mundo tornem essa proposição verdadeira (ainda que esses fatos e estados possam ter algum peso no nosso argumento moral), de modo que quando um cético externo nos aponta a inexistência de “fatos morais”, apenas respondemos que nunca supomos que eles existissem, o que, de fato, não altera a imoralidade da prática.

Neste ponto, convém esclarecer uma outra objeção discutida por Postema e Macedo. Ambos lembram que Leslie Green (1987) afirma que “os debates sobre o direito não são bem descritos pelo conceito de conceito contestado”. Para Green, nós temos interesse em compartilhar uma concepção única de direito porque, nas palavras de Postema (2011, p. 417), “alguns conceitos só podem realizar seu trabalho se *não* forem contestados, e o direito é um desses conceitos”. Essa, contudo, é uma posição sobre o próprio *valor* da prática jurídica (promover coesão social, reduzir conflitos etc.), e depende da interpretação dessas mesmas práticas. O fato de o conceito ser interpretativo, e ser necessário oferecer uma interpretação para determinarmos seu significado, *não* impede que a melhor justificativa para a prática jurídica seja uma justificativa positivista que realize o valor que Green julga fundamental. “Uma vez que começemos o processo de interpretação (...) podemos descobrir, por exemplo, que as únicas justificações que se adequam ao que consideramos ser a prática jurídica em algum lugar remoto implica, no estágio doutrinal, uma

explicação positivista das funções de verdade do direito” (Dworkin, 2006, p. 231). A conclusão de Green, ao invés de refutar o caráter interpretativo do conceito, reforça esse caráter por ser, ela mesma, uma interpretação construtiva.

A dimensão valorativa e de intencionalidade da prática, bem como a relação existente entre seus elementos e requisitos e o seu *point* e propósito, demonstram que a interpretação necessária para determinarmos seu significado é uma interpretação avaliativa, moralmente carregada e baseada em argumentos, no caso de conceitos políticos, de moralidade política. Dworkin chama esse tipo de interpretação de interpretação construtiva, mas é necessário salientar, para que não se pense que para Dworkin esta é a única forma de interpretação aceitável, que esse não é o único tipo de interpretação possível. Dworkin afirma que existem outros tipos de interpretação, e explica dois deles: a interpretação científica e a interpretação conversacional. No primeiro caso, a intencionalidade (ou seja, o *point* e valor da prática) não desempenha nenhum papel. Exemplo desse tipo de empreendimento é interpretação dos dados coletados por um cientista que tenta estabelecer relações causais entre os fatos a que seus dados fazem referência. A interpretação conversacional, por sua vez, destina-se a entender o que alguém quis dizer num contexto de conversa ou diálogo. A interpretação conversacional leva em conta o elemento de intencionalidade, mas é inadequada para a interpretação de práticas sociais (como o direito e a autoridade) pois neles não está presente *a situação de diálogo* (Macedo Jr., 2013b, pp. 107–108). A interpretação construtiva é exigida apenas nos casos das práticas sociais nas quais está presente a chamada atitude interpretativa. Em outras palavras, ela é exigida para determinarmos o significado de uma prática identificada por um conceito interpretativo.

Sabemos, então, que a interpretação construtiva é um empreendimento *avaliativo*. Mas quais os seus passos? Ronaldo Macedo afirma que, para Dworkin, “quando discutimos sobre a melhor concepção de um conceito valorativo devemos seguir um certo protocolo” (Macedo Jr., 2013b, p. 117). Num primeiro momento, chamado de *pré-interpretativo*, devemos identificar os casos paradigmáticos que aceitamos serem casos de aplicação do conceito. O momento pré-interpretativo de acordo em torno de paradigmas é

importante pois funciona como uma espécie de constrangimento a possíveis interpretações. O fato de que o conceito é interpretativo não significa que qualquer interpretação seja possível e que não tenhamos de prestar contas a fatos e regras sociais. Ronaldo Macedo oferece uma explicação bastante clara sobre este ponto:

Para Dworkin, as controvérsias que podem surgir quando interpretamos um empreendimento artístico são inevitáveis e raramente encontramos um consenso em torno de qual delas seria a melhor interpretação. Isto, contudo, não equivale a afirmar que todas as possíveis interpretações são igualmente boas ou válidas. Mas se não há consenso, como afirmar que alguma delas seria melhor, correta ou superior? Para ele, sempre que descrevemos empreendimentos complexos como um empreendimento artístico ou jurídico, tomamos por base conceitos que se reportam a práticas socialmente convergentes e compartilhadas de reconhecimento deste mesmo empreendimento. Assim, se queremos entender o conceito de filme, devemos observar as práticas linguísticas e não linguísticas de reconhecimento do que é um filme. Normalmente, tais práticas se cristalizam na forma de um conjunto canônico de objetos e reconhecimento do que é um filme (...) Quando procuramos compreender o sentido de um conceito socialmente compartilhado, somos obrigados a atentar para as regras sociais que o definem. A objetividade dessa determinação depende de sua adequação (“*fit*”) com o uso socialmente compartilhado do conceito, fixado por regras sociais de uso (Macedo Jr., 2013, pp. 215–216).

Essa identificação ainda não é suficiente, dada as controvérsias que surgem a partir de concepções distintas do conceito identificado naquele momento inicial. É isso que faz surgir a necessidade da interpretação construtiva. Aqui, precisamos saber como avaliar que interpretação daquela prática é realmente a *melhor* já que as divergências darão origem a diversas interpretações a partir daqueles paradigmas comuns. Mais uma vez, Macedo explica os dois critérios sugeridos por Dworkin (ajuste e justificação):

Há dois critérios que nos autorizam a afirmar que uma concepção é melhor. Por um lado, ela deve se ajustar (*fit*) à prática, isto é, deve corresponder ao sentido das práticas que lhe servem de paradigma. Por outro lado, a melhor concepção é também aquela que oferece a melhor explicação do seu apelo valorativo (*valorative appeal*), isto é, que identifica o valor encarnado no paradigma da forma mais coerente e iluminadora das práticas paradigmáticas. Esse é um processo complexo e reflexivo (Macedo Jr., 2013, p. 119).

A intencionalidade e propósito da prática exigem, para sua interpretação, de um “estágio interpretativo” em que o “intérprete decide-se por alguma justificação geral para os principais elementos da prática identificada no estágio pré-interpretativo” (Dworkin, 1998, p. 66). Este processo consistirá “em um argumento de porque a prática com aquela forma geral merece ser perseguida, caso seja” (Dworkin, 1998, p. 66). Essa justificação não precisa se encaixar a todos os elementos da prática preliminarmente identificada, mas precisa se encaixar com uma quantidade importante deles para que possamos afirmar que ela é uma interpretação da prática e não de outra coisa.

Há, ainda, um terceiro estágio, chamado por Dworkin de “pós-interpretativo”, em que o intérprete “ajusta seu sentido do que a prática ‘realmente’ requer de maneira a melhor servir a justificação que ele aceita no estágio interpretativo” (Dworkin, 1998, p. 66). Assim, na medida em que a prática é reflexiva, é possível retornarmos ao estágio inicial de identificação pré-interpretativa após o “protocolo” valorativo da segunda etapa e avaliar os próprios casos paradigmáticos inicialmente identificados, ou rejeitar determinadas exigências da prática por serem incompatíveis com sua melhor justificação.

5.4 Conceitos interpretativos e natureza normativa da teoria do direito

A extensa exposição anterior procurou apresentar o argumento metodológico desenvolvido por Dworkin a partir das implicações teóricas da ideia de desacordos teóricos. Como vimos,

Dworkin argumenta que não há um único tipo de conceito de direito. Na verdade, usamos o conceito em diversos contextos de uso distintos e, em cada um deles, o conceito tem uma *função* própria. Em cada um desses contextos, ademais, os sentidos do conceito se alteram, e não há nem continuidade nem uniformidade em seu uso ao longo desses diversos contextos.

Assim, por exemplo, há contextos em que usamos o conceito de direito como um conceito de tipo *criteria*, e neles a explicação positivista bem poderia ser adequada. O problema é que os desacordos existentes na prática jurídica revelam um uso diferente do conceito de direito. Tentar explicar esse uso específico em termos puramente criteriosais (e moralmente neutros) é distorcer a forma e função próprias que o conceito desempenha na prática jurídica. Se a teoria do direito pretende explicar adequadamente o conceito de direito ela deve, em primeiro lugar, identificar e especificar cada um desses contextos e, em segundo, definir um método próprio para o contexto de uso relevante. Essa distinção, como vimos, não é metafísica, mas de uso, e a definição do contexto de uso relevante é, ela própria, um problema interpretativo.

Dworkin mostra – e esse é o núcleo do seu argumento – que as divergências da prática jurídica indicam que o conceito de direito funciona, nessas situações, como um conceito *interpretativo* e, como tal, exige uma metodologia própria, que seja atenta tanto às características concretas da prática quanto ao valor que essas práticas, de algum modo, realizam ou incorporam. É justamente por conta disso que a ideia de uma teoria do direito moralmente neutra ou puramente descritiva está equivocada: os positivistas não percebem que, ao invés de excluir as divergências em nome de uma metodologia própria para contextos nos quais elas não são relevantes, deveriam atentar para os diversos conceitos – e contextos de uso – de direito, e explorar uma metodologia que fosse adequada para explicar uma prática marcada por divergências, como é a prática jurídica.

REFERÊNCIAS

- Barber, N. W. (2012). *The Constitutional State*. Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. (2000). On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism. *Notre Dame Law Review*, 75(5), 1613–1624.
- Bix, B. H. (2007). Joseph Raz and Conceptual Analysis.pdf. *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 6(2), 1–7.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Dickson, J. (2012). Legal Positivism: Contemporary Debates. In A. Marmor (Ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 48–64). New York: Routledge.
- Dworkin, R. (1998). *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press.
- Endicott, T. (2002). How to Speak the Truth. *American Journal of Jurisprudence*, 46, 229–248.
- Endicott, T. (2013). The Irony of Law. In R. P. George & J. Keown (Eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis* (pp. 327–345). Oxford: Oxford University Press.
- Farrell, I. P. (2006). H. L. A. Hart and the Methodology of Jurisprudence. *Texas Law Review*, 84, 983–1011.
- Finnis, J. (1983). *Fundamentals of Ethics*. Washington: Georgetown University Press.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2002). Natural Law Theories. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 40, 126–127. <https://doi.org/10.1353/hph.2002.0014>

- Finnis, J. (2007). Grounds of Law and Legal Theory: A Response. *Legal Theory*, 13. <https://doi.org/10.1017/S1352325208070122>
- Finnis, J. (2011a). *Collected Essays, vol. I: Reason in Action*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). *Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011c). Describing Law Normatively. In *Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law* (pp. 23–45). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011d). Legal Philosophy: Roots and recent themes. In *Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law* (pp. 157–173). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011e). *Natural Law and Natural Rights* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2014a). Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal Dimension.” *The American Journal of Jurisprudence*, 59(1), 85–109. <https://doi.org/10.1093/ajj/auu007>
- Finnis, J. (2014b). What is the Philosophy of Law? *The American Journal of Jurisprudence*, 59(2), 133–142. <https://doi.org/10.1093/ajj/auu012>
- Gallie, W. B. (1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167–98.
- Gardner, J. (2012). *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press.
- Gettier, E. L. (1963). Is Justified True Belief Knowledge? *Analysis*, 23(6), 121–123.
- Green, L. (1987). The Political Content of Legal Theory. *Philosophy of the Social Sciences*, 17(1), 1–20.
- Hart, H. L. A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press.

- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Jackson, F. (1998). *From Metaphysics to Ethics: a defence of conceptual analysis*. New York: Oxford University Press.
- Kramer, M. H. (2003). *In Defense of Legal Positivism: Law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, N. (2006). Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. *Texas Law Review*, 84, 945–981.
- Leiter, B. (2011a). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Leiter, B. (2011b). The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 663–677.
- Macedo Jr., R. P. (2013). *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva.
- Macedo Jr., R. P. (2013). *Ensaio de Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- Macedo Jr., R. P. (2013). *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*. Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Marmor, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*. New York: Oxford University Press.
- McGinn, C. (2012). *Truth by Analysis: games, names, and philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Michelon Jr., C. F. (2004). *Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Murphy, L. (2004). The Political Question of the Concept of Law. In J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 371–409). Oxford: Oxford University Press.

- Murphy, L. (2005). Concepts of Law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 30, 1–19.
- Neiva, H. L. M. (2014). Dworkin e a Objetividade da Moral: uma crítica ao naturalismo de Brian Leiter. *InterScience Place*, 1(30), 134–197.
- Oberdiek, J., & Patterson, D. (2007). Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology. In M. Freeman & R. Harrison (Eds.), *Law and Philosophy: Current Legal Issues* (Vol. 4, pp. 60–75). New York: Oxford University Press.
- Perry, S. R. (1996). The Varieties of Legal Positivism. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9, 361–381.
- Perry, S. R. (1998). Hart's Methodological Positivism. *Legal Theory*, 4(4), 427–467. <https://doi.org/10.1017/S1352325200001105>
- Perry, S. R. (2004). Hart's Methodological Positivism. In J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Postema, G. J. (2011). *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Dordrecht: Springer.
- Priel, D. (2007). Jurisprudence and Necessity. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20(1), 173–200.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (Revised). Cambridge: Harvard University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2002). *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2011a). *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (2011b). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press, USA.

- Sáez, C. P. (2008). *La autoridad del derecho: Un diálogo con John M. Finnis*. Granada: Editorial Comares.
- Sgarbi, A. (2013). *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons.
- Shapiro, S. J. (2011). *Legality*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tinturé, M. K. (2011). Positive Law's Moral Purpose(s): towards a new consensus? *The American Journal of Jurisprudence*, 56, 183–214.
- Tinturé, M. K. (2013). Concept and Purpose in Legal Theory: How to “Reclaim” Fuller. *The American Journal of Jurisprudence*, 58(1), 75–96. <https://doi.org/10.1093/ajj/aut005>
- Waldron, J. (2004). Normative (or Ethical) Positivism. In J. Coleman (Ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* (pp. 411–433). Oxford: Oxford University Press.
- Waluchow, W. J., & Sciaraffa, S. (2013). Introduction. In W. J. Waluchow & S. Sciaraffa (Eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.