

RAZÕES, REGRAS E INTERPRETAÇÃO: O RETORNO DO LEGISLADOR RACIONAL NA FILOSOFIA DO DIREITO

REASONS, RULES, AND INTERPRETATION: THE RETURN OF
THE RATIONAL LEGISLATOR IN THE JURISPRUDENCE

Matheus Thiago Carvalho Mendonça¹

Resumo: No último terço do século XX, insistiu-se sobre a utilidade e o rendimento teórico de abarcar as regras jurídicas em termos de razões. Um subgrupo de teóricos do direito considera que a noção de razão, por um lado, outorga uma dimensão explicativa ao fenômeno prático do direito e, por outro lado, que essa noção é conceitualmente primordial em relação à regra. Nesse contexto, o presente artigo almeja demonstrar que os teóricos que mantêm a necessidade de pressupor razões ou a necessidade de encontrar razões incorreram em uma falácia *non sequitur* no tocante às suas pressuposições teóricas. Para tal, pretende-se argumentar que, embora possa ser verdade que a noção de razão constitua uma categoria central para a análise das normas jurídicas, dela foram extraídas conclusões injustificadas. Também argumentar-se-á que isso determinou a revitalização de um pressuposto antigo, contrário ao espírito do juspositivismo clássico: a ideia do legislador racional. Pretende-se demonstrar que aqueles que deram esse salto injustificado confundiram a noção de razão necessária para interpretar uma linguagem com a ideia de razão prática.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Teoria do Direito; Processo Legislativo; Normas Jurídicas; Filosofia da Linguagem.

¹ Graduando na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Integrante dos grupos de pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA), e “Direito dos Refugiados e o Brasil”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro e Pesquisador-Assistente da Human Development & Capability Association.

Abstract: In the last third of the 20th century, there was an insistence on the usefulness and theoretical performance of embracing legal rules in terms of reasons. A subgroup of legal theorists considers that the notion of reason, on the one hand, gives an explanatory dimension to the practical phenomenon of law and, on the other hand, that this notion is conceptually paramount in relation to the rule. In this context, this article aims to demonstrate that theorists who maintain the need to assume reasons or the need to find reasons have incurred a non sequitur fallacy with respect to their theoretical assumptions. To this end, it is intended to argue that, although it may be true that the notion of reason constitutes a central category for the analysis of legal rules, unjustified conclusions were drawn from it. It will also be argued that this determined the revitalization of an old assumption, contrary to the spirit of classical juspositivism: the idea of the rational legislator. It is intended to demonstrate that those who took this unjustified leap confused the notion of reason necessary to interpret a language with the idea of practical reason.

Keywords: Philosophy of Law; Theory of Law; Legislative Process; Legal Rules; Philosophy of Language.

1. INTRODUÇÃO

No último terço do século XX, têm-se insistido sobre a utilidade e o rendimento teórico de abarcar as regras jurídicas em termos de razões. Um subgrupo de teóricos do direito considera que a noção de razão, por um lado, outorga uma dimensão explicativa sobre o fenômeno prático do direito e, por outro lado, que essa noção é conceitualmente primordial em relação à regra. Entender as regras jurídicas em função das razões subjacentes – ou em função das razões afetadas pelas regras – tem sido assumido, nesse subgrupo de teóricos, como uma categoria central a partir da qual é possível explicar diferentes fenômenos centrais do direito, como o da autoridade ou o da interpretação das normas jurídicas.

O alcance e o desempenho da categoria da razão, no entanto, nem sempre foram instrumentalizados de forma consequente. É possível argumentar que alguns teóricos extraíram conclusões injustificadas sobre como ela deve ser utilizada. A adoção da ideia da razão como central no empreendimento teórico levou a supor que todo direito e toda regra não pode ser entendida sem a noção de razão. Nesse sentido, o direito e as regras jurídicas seriam, em qualquer caso, uma função de um conjunto de razões que devem ser pressupostas ou devem ser encontradas. Assim, seja qual for o caso, argumenta-se, não é possível perceber o fenômeno prático do direito e das regras jurídicas sem a noção de razão.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que um subgrupo de teóricos que mantém a necessidade de pressupor razões ou a necessidade de encontrar razões incorreu em uma falácia *non sequitur* no tocante aos seus pontos de partida teóricos. Este salto no raciocínio será chamado aqui de *non sequitur interpretativo*. Em termos de objetivos específicos, pretende-se argumentar que, embora possa ser verdade que a noção de razão constitua uma categoria central para a análise das normas jurídicas, dela foram extraídas conclusões injustificadas. Também argumentar-se-á que isso determinou, em um sentido importante, a revitalização de um pressuposto antigo, contrário ao espírito do juspositivismo clássico: a ideia do legislador racional. Ao final, se almeja demonstrar que aqueles que deram esse

salto injustificado confundiram a noção de razão necessária para interpretar uma linguagem (aqui chamada de *razão conceitual*), com a ideia de razão prática (aqui chamada de *razão avaliativa*).

Esse texto argumentará principalmente que essa confusão (1) provém de uma interpretação errônea de noções fundamentais da teoria da linguagem – paradigmaticamente da doutrina de Donald Davidson; (2) impede a possibilidade de descrever o direito; (3) desempenha certo papel ideológico na medida em que atribui aos processos coletivos de tomada de decisão – como os de sancionar uma lei, por exemplo – uma propriedade da racionalidade que eles não têm ou podem não ter. Ademais, tentará mostrar que esse *non sequitur*, originado pela interpretação errônea de certas teorias da linguagem, não é atribuível – como alguns positivistas acreditam – à noção mais refinada da lei natural atual, incorporada na figura de John Finnis. Não se trata de defender a doutrina de Finnis, mas de indicar em que sentido a ideia de razão e interpretação pode ser bem ou mal compreendida, e por que se considera que o *não se segue* que pode ser atribuído a alguns teóricos (paradoxalmente juspositivistas) não é atribuível a autores como Finnis.

Por fim, ressaltar-se-á que a ideologia do legislador racional põe em risco precisamente a possibilidade de detectar e denunciar a passagem de premissas descritivas para prescritivas (do *ser* ao *dever ser*). A subestimação ou esquecimento da famosa guilhotina de Hume não apenas impede a atividade teórica daqueles que (como no caso de juspositivistas exclusivos) consideram como valor a possibilidade de descrever fenômenos sociais, mas também daqueles que acreditam (como no caso de filósofos críticos do direito) que o interessante é ter ferramentas para detectar e denunciar atos de exercício do poder e os espaços através dos quais a violência e o controle são exercidos e essa prática é encoberta sob o eufemismo da racionalidade.

Em resumo – a partir da investigação bibliográfica como metodologia –, será discutido: (i) que o uso indevido da noção de razão no campo do direito reavivou a ideia de um legislador racional; (ii) que a ideia de um legislador racional contém uma carga ideológica que busca ocultar a maneira eficaz pela qual os processos de tomada de decisão coletiva são realizados; (iii) que a referida suposição impede

o uso da noção básica da guilhotina de Hume; (iv) que a guilhotina de Hume é importante tanto para quem quer se limitar a descrever fenômenos sociais sem avaliá-los, quanto para quem deseja descrevê-los com o objetivo de indicar ou expor as formas de poder e controle social que estão ocultas por trás da retórica jurídica.

2. A IDEIA DE RAZÃO SUBJACENTE EM SCHAUER

Um dos usos mais refinados da noção de razão no campo do direito é o apresentado por Frederick Schauer (1991; 2004). Segundo esse autor, toda regra possui um conjunto de razões subjacentes que, mais cedo ou mais tarde – e isso dependerá de qual modelo de decisão for adotado –, gerarão o efeito de *sobre* e *subinclusão* em relação às consequências escolhidas como relevantes pela regra. Assim, uma regra de trânsito que proíba superar os 60 km/h e que tenha como razão subjacente a proteção da integridade dos transeuntes e dos cidadãos em geral, será sobreinclusiva no caso de uma ambulância que precise transportar um ferido, transitando em velocidade superior aos 60 km/h; e será subinclusiva no caso de quem dirige abaixo dessa velocidade, mas que tenha, por exemplo, propensão a sofrer ataques epiléticos ou desmaiar em estações de alta temperatura. A *pretensão* da regra (seus motivos subjacentes) visava, de uma maneira ou de outra, evitar acidentes e maximizar a integridade física no trânsito. Claramente, essa justificativa subjacente não é satisfeita nem no caso da ambulância (a regra inclui algo que, de acordo com a justificativa subjacente, não deveria ser incluída por ela, daí a sobreinclusão), nem no caso de alguém que sofre desmaios repentinos (a regra não inclui um caso em que, de acordo com a máxima “maximizemos a segurança nas ruas”, deveria ser incluída, daí a subinclusão).

É importante ressaltar que Schauer concebe a possibilidade de sobre e subinclusão como uma característica constitutiva, estrutural ou endêmica de um sistema de regras jurídicas que visa orientar o comportamento de outros (sejam eles juízes ou cidadãos).

A possibilidade de evitar a tensão potencial ou atual que surge entre as razões subjacentes e as consequências previstas por uma re-

gra não dependerá, em nenhum caso, da existência ou não de razões subjacentes (uma vez que estão sempre presentes), mas da atitude que se decida adotar frente a essa tensão. Basicamente, é possível escolher entre: i) um modelo opaco das regras com relação às razões subjacentes (modelo *entrincheirado* de regras ou *baseado em regras*), ii) um modelo permeável ou transparente com relação às razões subjacentes (modelo *não-entrincheirado* ou *particularista*). O que esta apresentação não elimina é a existência, em qualquer caso, de ditas razões subjacentes. Em qualquer caso, o aplicador, ou um grupo de pessoas, pode adotar as regras *como se fossem opacas* em relação às razões subjacentes. A escolha de um ou de outro modelo, portanto, não é imposta pela *ausência* de razões subjacentes (que imporiam a tomada apenas das regras e suas consequências independentemente de qualquer outra consideração), mas pela posição ou decisão tomada em relação a qual modelo seria mais conveniente em um Estado de Direito²

Ou seja, dado que será gerada uma tensão entre adotar um modelo baseado em regras ou um modelo particularista, a escolha de um deles deve ser decidida pelos motivos que justificam a adoção de um ou outro. A adoção do primeiro modelo (*entrincheirado* ou opaco em relação às razões subjacentes) tem uma vantagem e uma desvantagem.

- a. A vantagem é que o legislador escolhe uma situação precisa (não transitar a mais de 60 km/h, v.g.) que concorda – mas não se sobrepõe completamente – com as razões subjacentes e impede que seja reaberto (no nível de aplicação do direito) o balance de razões sobre o estado de coisas que maximizariam a satisfação das razões subjacentes. Nesse sentido, a possibilidade de decisão discricionária do juiz é encerrada e um órgão eleito não democraticamente resta impedido de decidir

² Isso, por sua vez, coloca a discussão em termos de duas opções: a que sustenta que existem boas *razões* para considerar as *razões subjacentes* frente a que sustenta que existem boas *razões* para confiar em um modelo de regras. Essa distinção, em Schauer, origina dois tipos de justificativas ou razões a favor dos modelos: a justificativa *substantiva* e a justificativa para a *geração de regras*. De acordo com a definição do próprio autor, “[...] [a] justificativa *substantiva* determina as razões ou objetivos subjacentes à regra [...]. A justificativa para *geração de regras* fornece o fundamento para especificar a justificativa substantiva na forma de regras” (SCHAUER, 1991, p. 94; 2004, p. 154).

sobre assuntos exclusivos do Poder Legislativo³. As vantagens políticas, nesse sentido, consistem em evitar, em primeiro lugar, a delegação de Poder Legislativo, impossibilitando a reabertura do equilíbrio de razões pelo juiz; em segundo lugar, o ideal de segurança jurídica é reforçado. Mediante regras claras e precisas, é possível que o cidadão saiba antecipadamente e exaustivamente qual é o estado de coisas que deve evitar ou ao qual deve ajustar sua conduta;

- b. A desvantagem, por sua vez, consiste precisamente no fenômeno de sobre e subinclusão. Casos extravagantes podem sempre surgir onde se mostra custoso adotar um sistema de regras entrincheirado. No caso de sobreinclusão, porque se considera que há um estado de coisas que deve ser excluído do escopo da norma; no caso de subinclusão, porque estima-se que algo que não se enquadre no escopo da norma deveria, de acordo com suas razões subjacentes, estar incluído nela. A desvantagem é precisamente que existem situações que se pretendia favorecer ou desencorajar, mas que, dada a técnica de entrincheiramento e opacidade, são reguladas de maneira subóptima (SCHAUER, 1991, p. 100-101; 2004, p. 160-161).

Pelo contrário, o segundo modelo (não entrincheirado ou não focado em decisões baseadas em regras) pode considerar que a satisfação das razões subjacentes é um valor supremo, razão pela qual se justifica adotar fórmulas legislativas que, em vez de especificar exaustivamente um estado de coisas, limita-se a expressar com mais ou menos clareza as razões ou valores que busca favorecer. Assim, por exemplo, é possível alterar a técnica legislativa, abandonando o modelo das regras e formulando um princípio que (segundo o exemplo anterior) teria o seguinte conteúdo: “Devem ser sancionados os atos que ponham em perigo ou efetivamente prejudiquem transeuntes e motoristas no trânsito” ou “Deve maximizar-se a segurança no trânsito”. Naturalmente, a adoção do segundo modelo também possui um claro grupo de vantagens e um claro grupo de desvantagens:

³ Esta é paradigmaticamente uma das maneiras pelas quais o problema do argumento contra-majoritário ou do ativismo judicial pode ser discutido no campo da Filosofia Política e do Direito Constitucional. Em outras palavras, a possibilidade e a conveniência de que juízes tomem para si poderes que deveriam estar nas mãos de órgãos democráticos. (cf. GARGARELLA, 2000). Quanto à relevância da discussão na esfera constitucional, ver FERRERES COMELLA, 2000.

- a. Como vantagem, elimina o efeito da sobre e subinclusão, uma vez que uma fórmula com tal amplitude está em condições de lidar ou resolver corretamente casos extravagantes, incluindo casos como o de pessoas com problemas de saúde que não devem dirigir (que, no modelo anterior, restavam fora do alcance da regra) e excluindo casos como o da ambulância (que, no modelo anterior, era atingido pela regra);
- b. Como desvantagem aparece precisamente a negação das duas vantagens do modelo anterior. Em primeiro lugar, é delegado a um órgão não legislativo a possibilidade de decidir qual seria o estado das coisas que corresponde a uma fórmula ampla – como “maximizar a segurança no trânsito”, v.g. Em segundo lugar, a segurança jurídica está seriamente comprometida, vez que não é possível saber com antecedência e com precisão quais estados de coisas o cidadão deve buscar ou evitar. Finalmente – e como consequência do anterior –, a autonomia individual das pessoas é seriamente comprometida, já que que não são previamente informadas das regras e condições pelas quais poderiam elaborar um determinado plano de vida⁴.

Como indicado anteriormente, esta apresentação das opções entre dois modelos visa retratar uma certa tensão e dilema frente a qual se deve decidir pelo modelo que protege e favorece as razões subjacentes escolhidas pelo legislador, que outorga poder aos juizes e que põe em risco a segurança jurídica; ou por aquele que nem sempre satisfaz a justificativa subjacente, não delega poder aos órgãos de aplicação e favorece a certeza ou o princípio da legalidade em um sentido amplo. Basta dizer aqui que o trabalho de Schauer visa apoiar uma defesa do modelo baseada em regras opacas às suas razões subjacentes. No entanto, não planeja estacionar nesse ponto, mas tem interesse nos elementos a partir dos quais Schauer realiza esse tipo de análise e o tipo de *entidades* que o autor supõe existir em qualquer análise do direito.

Acerca da *ontologia* de Schauer, pode-se dizer que o autor pres-supõe pelo menos três tipos de entidades ou elementos no campo do direito: (i) razões ou propósitos subjacentes buscados pelo legislador; (ii) regras opacas a essas razões ou propósitos; (iii) princípios ou normas que não são opacas às razões.

4 Sobre a relação entre certeza, autonomia e plano de vida, ver BAYÓN, 1996.

Ora, é fácil perceber que o modelo de Schauer sustenta que, em qualquer caso, as regras têm um propósito ou motivo subjacente que pode ou não ser levado em conta de acordo com o modelo que se decide adotar. Em nenhum caso existe a possibilidade de regras ditadas irracionalmente, às cegas, sem conhecimento de propósitos ou sem a previsão de certos propósitos ou objetivos a serem protegidos ou alcançados. Regras sem razões subjacentes são definitivamente excluídas. Esse pode ser considerado o primeiro passo para revitalizar a ideia do legislador racional. Toda regra, seja qual for o caso, terá uma razão subjacente que – por razões políticas, morais ou prudenciais – pode ser deixada de lado (adotando um modelo de regras entrincheirado e opaco). Não se sustenta que há casos em que existem regras desprovidas de razões ou que foram emitidas sem a menor consideração de que estado de coisas se pretendia favorecer. Em vez disso, argumenta-se que sempre existem essas considerações que podem ou serem consideradas relevantes ao decidir um caso, e isso dependerá dos valores (certeza, autonomia, divisão de poderes etc.) que se pretende proteger. Postula-se que, definitivamente, não há regras sem razões.

Posteriormente, esse argumento será retomado com o intento de demonstrar como o ponto anterior contribui para uma tergiversação da maneira como os processos de decisão coletiva realmente se processam e como essa análise não é capaz de descrever os casos (bastante usuais) em que o legislador age por engano, desinteresse ou desconhecimento do tipo de interesses ou valores que, em última instância, favorece. Por fim, exclui a distinção entre o que se chamaria de um bom legislador – reflexivo, aberto à discussão e ao equilíbrio de razões – e um mau legislador – aquele que não leva em consideração o conjunto de valores em jogo ao legislar⁵.

5 Como será visto, a análise aos moldes de Schauer inviabiliza a utilização, em primeiro lugar, da máxima conhecida segundo a qual uma coisa é o direito, outra o seu mérito ou demérito – que, no presente caso, deveria ser: “uma coisa são as regras ou leis, outra é se são, de fato, produto de uma decisão racional ou levam em consideração as razões. Em segundo lugar, evita levar em conta os casos em que o legislador desconhece completamente o tipo de valores (supondo que existam) ou a ideologia que ele favorece em última instância, o que constitui um elemento central de análise para aqueles que acreditam que os funcionários (e qualquer cidadão em geral) atua como um veículo inconsciente de poder (Foucault), *i.e.*, agindo pelos interesses de outras pessoas e fortalecendo certas estruturas de poder sem perceber.

Mas, antes de analisar com mais detalhes as possíveis origens dessa posição por parte de Schauer, analisar-se-á um discurso teórico que segue a linha de Schauer e que tenta extrair dessa teoria consequências concretas para a interpretação de certas instituições jurídicas, como o abuso de direito e a fraude à lei – a saber, a análise realizada por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero em *Ilícitos Atípicos* (2000).

3. REGRAS E PRINCÍPIOS EM ATIENZA E RUIZ MANERO

Tomando a estrutura de Schauer descrita anteriormente, os autores distinguem claramente entre dois tipos de normas: regras e princípios. As regras, por sua vez, são subdivididas em dois tipos: as regras de ação e as regras finais. As regras de ação são diretrizes específicas de conduta que estabelecem mandatos ou permissões e têm a seguinte estrutura: um antecedente ou condição de explicação que contém um conjunto fechado de propriedades (no caso mencionado anteriormente, a máxima de 60 km/h) e um conseqüente ou solução normativa com dois elementos, uma ação ou classe de ações e sua qualificação deôntica (e.g., “é obrigatório penalizar com multa de 130 a 880 reais”) (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1975). As regras finais, por outro lado, preveem, como solução ou conseqüência normativa, não a execução de uma ação (punir, sancionar etc.), mas a conquista de um certo estado de coisas (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 16-17). Para a presente análise, o primeiro tipo de regras será suficiente.

Por sua vez, os princípios são definidos, em oposição às regras, como normas que possuem uma característica:

[...] que seu antecedente ou condição de aplicação não contém mais do que a propriedade de que há uma oportunidade de realizar a conduta prescrita no conseqüente; e esse último contém uma proibição, um dever ou permissão *prima facie* de realizar uma determinada ação (no caso dos princípios, em sentido estrito) ou de dar lugar a certo estado de coisas, tanto quanto possível (no caso das diretrizes ou normas programáticas) [...]. Dessa forma, os prin-

cípios – diferentemente das regras – não pretendem excluir a deliberação do destinatário como base para determinar a conduta a ser seguida, mas, ao contrário, exigem tal deliberação [...] (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 18-19, tradução livre).

Para esses autores, a diferença central entre regras e princípios é precisamente que, no antecedente da regra, existem condições fechadas, enquanto, nos princípios, existem condições abertas de aplicação que forcem (ou estimulam) a deliberação sobre o estado das coisas que seria correspondente ao objetivo do princípio. Como segunda diferença, enquanto as regras estipulam a ação seguida como consequência da verificação das condições da aplicação (e.g., a consequência de sancionar, punir etc.), os princípios estipulam consequências que têm o peso ou o valor dos deveres ou qualificações deonticas *prima facie*, *i.e.*, são aplicadas na ausência de outros princípios que *derrotem* o princípio em questão⁶. Por outro lado, e no que diz respeito à presente discussão, os autores distinguem – como visto no parágrafo citado – entre princípios no *sentido estrito* e princípios como *diretrizes* ou *normas programáticas*. Os princípios, no sentido estrito, têm a função fundamental de fornecer a justificativa subjacente às regras. Assim, a regra da velocidade máxima no trânsito tem um princípio no sentido estrito que lhe justifica, segundo o qual “é valioso maximizar a segurança no trânsito” ou “devem-se minimizar situações de perigo ou danos a terceiros”.

Para os autores, a função primordial dos princípios é fornecer a justificativa subjacente para as regras, o que os aproxima ainda mais da posição de Schauer no sentido de que eles simples e claramente afirmam que as regras têm esse aspecto subjacente, o qual, mais tarde, poderá ser desconsiderado, ao levar em conta apenas o estado de coisas *entrenchado* pela regra, descartando sua base justificativa. É

6 A diferença entre deveres absolutos e *prima facie* se origina de uma distinção derivada da filosofia moral e atribuída a David Ross (2001). A terminologia também foi adotada no campo do direito, a fim de explicar a distinção proposta por Ronald Dworkin entre princípios e regras. Segundo Dworkin, as regras têm uma dimensão de tudo ou nada (elas esgotam o espaço lógico de aplicação), enquanto os princípios têm uma dimensão de peso que permite a relação de conflito e superação entre elas (derrotabilidade). Também tentou-se falar ou reconstruir as regras em termos de deveres *prima facie* e derrotabilidade. A literatura nesse sentido está começando a se tornar infinita. Acerca da presente discussão, recomenda-se, minimamente, ver ALCHOURRÓN, 1996 e BAYÓN, 2001.

essa concepção das regras que permite aos autores distinguir entre o elemento propriamente *diretivo* das normas e o aspecto *justificativo*. Nas suas palavras:

[seria necessário] distinguir entre o elemento propriamente diretivo das normas – sua função de direcionar a conduta – e o elemento justificativo – o que faz com que a conduta proibida apareça como desvaliosa, a obrigatória como valiosa e a permitida como indiferente. Há, portanto, uma relação intrínseca entre normas e valores, posto que estabelecer, por exemplo, a obrigatoriedade de uma ação ‘p’ implica necessariamente atribuir a essa ação um valor positivo [...] (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2000, p. 20-21, tradução livre).

Àquilo que os autores se referem com a expressão “*o que faz com que a conduta apareça como desvaliosa, valiosa ou indiferente*” é precisamente a ideia de valor, razão ou justificativa subjacente. Ou seja, aquilo que está subjacente a toda diretiva e que lhes permitirá dizer mais tarde, seguindo Schauer, que todas as regras apresentarão esse defeito endêmico ou estrutural da *sobre* e *subinclusão* em relação às razões que motivaram sua promulgação. Esse compromisso teórico leva Atienza e Ruiz Manero a terminar assumindo que “não se pode descartar a possibilidade de que, em um determinado caso, o que a regra ordena ou permite difira do que é ordenado ou permitido por sua justificativa subjacente – o princípio do qual regra é uma especificação” (2000, p. 23, tradução livre).

Parece resultar claramente da transcrição – e especialmente da parte destacada – que os autores estão dispostos, como Schauer, a partir do pressuposto de que toda regra tem ao menos um princípio subjacente ou uma razão que a justifique. Portanto, assumem que toda regra possui uma razão e que pode expressar um juízo de desaprovação (se for proibitiva), de aprovação (se for obrigatória) ou de indiferença (se for permitida).

Ocorre que, considerando o compromisso com a descrição das normas que emanam do Poder Legislativo, não está clara a necessidade do compromisso em assumir que toda norma que expressa uma obrigação possui uma razão subjacente ou base justificativa considerada pelo legislador ao momento de produzir a norma. Ora,

parece perfeitamente imaginável a situação de um Poder Legislativo que continuamente sanciona as leis sem entender o que está sancionando, sem levar em consideração as razões que favorece ou sem pensar em qualquer razão ou estado de coisas aos quais favorecer ou proteger. É inteiramente possível contar com legisladores – maus legisladores, é preciso dizer – que aprovam leis sem nenhum mérito, razão ou justificativa. Reitera-se: os atos do Legislativo são uma coisa (e é isso que um teórico do direito deveria limitar-se a descrever), seus méritos ou deméritos, outra⁷.

Na próxima seção, analisar-se-á a relevância da noção de razão no campo da interpretação da linguagem, com o intuito de demonstrar que os tipos de razões necessárias para interpretar a linguagem de terceiros não precisam supor o tipo de razão sobre as quais teorizaram Schauer, Atienza e Ruiz Manero.

4. A ORIGEM DA CONFUSÃO: A NECESSIDADE DE ATRIBUIR RAZÕES À SITUAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO

4.1 Razões conceituais e razões avaliativas na interpretação. O *non sequitur* interpretativo

Após a virada “pós-positivista” da filosofia anglo-saxônica nos anos cinquenta do século passado, assumiu-se, como resposta aos desafios céticos, que a noção de interpretação e tradução de uma linguagem está intimamente ligada à necessidade conceitual de atribuir razões ao falante ou sujeito a ser interpretado⁸. Em particular,

⁷ Em vez disso, os autores poderiam estar a pensar na ideia de regra *como* razão, que é atribuída ao pensamento de H. L. A. Hart e, mais precisamente, à noção de regra do segundo Wittgenstein. Contudo, se fosse esse o caso – e esse texto retornará a esse ponto em um momento ulterior –, a tergiversação é dupla. Porque nem Hart e nem Wittgenstein acreditam que *por trás* da regra subsistem razões, mas sim que a regra *é* uma razão para quem a segue, *i.e.*, quem vê um motivo para segui-la e está disposto para, a partir dela, formular um juízo de reprovação ante o desvio ou desobediência. Esse conceito de regra não inclui algo subjacente ou algo *em virtude* do qual uma coisa se torna ou se apresenta como outra (uma regra como função de suas razões subjacentes), mas a noção de identidade segundo a qual *ter* uma regra é *ter* uma disposição para segui-la e criticar sua desobediência.

⁸ Sobre o impacto do pós-positivismo no campo do direito, ver PATTERSON, 1996. Sobre a mesma guinada, mas no campo exclusivamente filosófico (com uma análise do trabalho

considera-se que não é possível tentar interpretar uma linguagem (jurídica ou prática em geral) se não se parte de certas suposições ou atribuições às intenções do falante.

De acordo com essa maneira de ver as coisas, seria impossível empreender uma tentativa de averiguar o conteúdo semântico de uma linguagem sem assumir que a pessoa interpretada assume, pelo menos, algumas das suposições que o intérprete leva em consideração para construir seu manual de tradução – no presente caso, um texto de dogmática ou qualquer obra de doutrina que tente decifrar o que o legislador quis dizer. Argumenta-se que, se fosse baseado no fato de o falante não atender a certas condições mínimas da linguagem, a atividade de interpretar constituiria um absurdo e a queda no ceticismo seria inevitável. É nesse contexto que se enquadra o trabalho de Donald Davidson, e especialmente dois de seus artigos que tentam, por um lado, escapar ao ceticismo e, por outro, explicar os compromissos teóricos mínimos que devem ser assumidos para ao interpretar a linguagem de um terceiro⁹.

Voltando à noção do princípio de *Caridade* usado por Quine – que, por sua vez, toma de Neil L. Wilson (SANCHEZ DURÁ Y VIDARTE, 1999, p. 172) –, Davidson sustenta que devem-se assumir certas suposições conceituais ou lógicos acerca do falante interpretado. Em especial, o princípio da caridade inclui a atribuição ao falante de certas categorias que aqui serão chamadas *conceituais*. Segundo tais categorias, deve-se assumir que o falante usa os princípios da não-contradição e do terceiro excluído, e que as informações que fornece sobre o mundo são verdadeiras – ou seja, o falante não padece de alucinações nem pretende enganar sobre as coisas as quais se refere. Por fim, a linguagem deve ser interpretada de maneira *teleológica* ou *intencional*, isso é, nos termos dos propósitos do sujeito interpretado. Aqui surgem duas possibilidades: ou atribuímos ao falante a *intenção* ou *atitude proposicional* de descrever o mundo (*i.e.*, a expressão de uma crença) ou atribuímos ao falante a *intenção* ou *atitude proposicio-*

do segundo Wittgenstein e suas conexões com Quine, ver HACKER, 1996, onde é analisado especificamente o que o mesmo autor chama de *repúdio à análise*.

⁹ A teoria de Davidson, na realidade, vincula estreitamente a teoria da ação com a da linguagem e interpretação. Os pontos básicos da teoria da ação em Davidson – com repercussões em *On the Very Idea of a Conceptual Scheme* (1984) e em *A Coherence Theory of Truth and Knowledge* (1986) são encontrados em *Actions Reasons and Causes* (1969).

nal de que um determinado estado do mundo mude em certo aspecto (a expressão de um desejo).

Assim, em termos práticos, se o interlocutor expressa que não deseja que os carros circulem a mais de 60 km/h, deve-se *pressupor* pelo menos – e isso pode ser refutado posteriormente, dependendo de outros testes empíricos – que, quando ele disse “carro”, não se referiu a veículos de tração animal (princípio de identidade), que não concorda ao mesmo tempo que se circule e *não* se circule a mais de 60 km/h (princípio da não-contradição), que não tentou enganar e que deseja que o mundo mude *nesse* aspecto. Ou seja, que sua expressão ou ação é explicada por sua vontade de que os veículos não atinjam essa velocidade e não, por exemplo, por outra crença mítica ou irracional. Assume-se, portanto, que a razão subjacente a essa expressão de desejos é que o indivíduo considera essa velocidade indesejável.

Até agora, pode-se ver qual o papel que a atribuição ou pressuposição desses esquemas ou categorias no falante desempenha na situação da interpretação (princípio da não-contradição, identidade, veracidade etc.). Se não fosse possível partir dessas suposições, mas sim partir da suposição de que o falante identifica minimamente o mundo como o intérprete, e tampouco fosse possível atribuir a seus desejos uma certa explicação em termos do que o sujeito queria ou não queria, seria impossível empreender qualquer atividade teórica de interpretação¹⁰. Em determinada hipótese, pode-se dizer que é necessário atribuir ao falante (ou conjunto de falantes) um *minimum* de racionalidade sem o qual a tradução não pode começar. Chamar-se-á a esse conjunto de pré-compromissos de *razões conceituais ou lógicas*.

Como se pode ver, elas constituem uma série de pressupostos *epistemológicos* a partir dos quais deve-se elucidar o significado e o conteúdo das palavras ou textos de outros¹¹. Essas razões ou pressu-

10 Para Davidson, constitui uma espécie de contradição (teórica) em termos de sustentar que uma linguagem existe, mas não é traduzível: “[...] nada pode contar como evidência de que uma determinada atividade ou prática não possa ser interpretada em nossa linguagem sem implicar, ao mesmo tempo, prova de que essa linguagem não é realmente uma instância de comportamento linguístico [...]” (DAVIDSON, 1984, p. 185, tradução livre).

11 Faz-se necessário informar que, na verdade, a teoria de Davidson é completada com mais dois princípios: o princípio da *autonomia semântica* e o *princípio do triângulo* (ACERO; BUS-TOS; QUESADA, 1989, p. 235-239). Para os fins do presente trabalho, não é necessário fazer referência a eles. Por outro lado, deve-se esclarecer, para evitar confusão, que não há relação entre a noção davidsoniana de autonomia semântica e a que Schauer (1991, p. 53-62; 2004,

postos conceituais, por sua vez, só podem ser utilizadas sob certas restrições. As restrições se referem especialmente a que ou quanto é admissível *atribuir* ou *pressupor* ao falante quando de sua interpretação. Se *todas* as categorias, crenças e convicções do intérprete fossem simplesmente pressupostas no falante, a linha entre descrição e invenção (tergiversação de dados) desapareceria, vez que tudo o que o teórico pensa que o falante *deveria* ter seria transformado em *tudo* que o falante pensa ou acredita. Em suma, não haveria distinção entre crenças e o mundo, entre hipóteses e realidade. Nas palavras de Acero, Bustos e Quesada:

O intérprete há de atribuir ao interlocutor aquelas crenças e intenções que otimizam o acordo mútuo sobre qual seja a causa racional do enunciado. Em outras palavras, o Princípio da Caridade pede ao intérprete que atribua ao falante as crenças e intenções que constituiriam para o primeiro uma racionalização do enunciado. Obviamente, esse princípio é válido dentro de certos limites, e a primeira restrição a que deve submeter-se é aquela que não nos leva a pensar que o falante tenha desejos e/ou crenças explicitamente contraditórias, e que ele o sabe. Se tal conclusão fosse alcançada, seria necessário admitir que o intérprete havia cometido um equívoco em suas designações anteriores e seria necessário prosseguir para sua localização. Por outro lado, esse princípio também não abre as portas para atribuir ao interlocutor quaisquer crenças e desejos e, por conseguinte, essa atribuição está sempre à custa de informação ulterior. Em suma, a racionalização que o intérprete faça das preferências dos falantes tem todo o caráter de uma hipótese empírica passível de ser confirmada ou definitivamente falsada. O Princípio da Caridade não é de todo incompatível com as demandas da pesquisa científica (ACERO, BUSTOS; QUESADA, 1989, p. 236, tradução livre).

Pelo que foi dito, segue-se que, embora seja verdade que devem-se atribuir razões de um certo tipo devam à pessoa que expressa seus desejos em uma linguagem, essas razões não têm porquê ir – embora de fato possam ir – além do mínimo necessário para entender em que aspecto esse indivíduo pretende mudar o mundo.

p. 113-122) tem em mente.

Supõe-se que o falante, quando diz o que diz, acredita que é conveniente para o mundo se adaptar a esse desejo, mas não se segue necessariamente que o indivíduo tenha uma concepção de quais são os fatos ou razões subjacentes a seus desejos. Seu desejo se *explica* em virtude de que se atribui uma certa *intenção*, mas não se segue que essa intenção, por sua vez, possa necessariamente ser racionalizada em uma concepção mais ampla do que ele considera valioso sobre o mundo ou o trânsito. Só é necessário pressupor, para *começar* a interpretar sua linguagem, razões conceituais que indicam que o falante quis dizer o que disse e que deseja que o mundo mude exatamente em relação ao estado de coisas que ele expressou, que ninguém circula a mais de 60 km/h, por exemplo.

É, portanto, uma questão de fato, desnecessária ao iniciar uma atividade interpretativa, se o falante tiver mais razões do que aquelas expressas por seu enunciado interpretado sob razões do tipo conceituais. É certo que, na verdade, o indivíduo pode conceber seu desejo como enquadrado em uma teoria mais ampla do bem-estar social, mas a existência dessa concepção subjacente a seus desejos é uma questão de fato que não se precisa pressupor para iniciar a tradução de sua linguagem.

É possível, então, que autores como Schauer, Atienza e Ruiz Manero considerem a ideia de razões ou justificativas subjacentes como o conjunto de critérios ou pré-compromissos epistemológicos que se deve pressupor para que seja possível começar a interpretar a linguagem jurídica. No entanto, como demonstrado, as razões conceituais que devem ser assumidas para que a tradução seja lógica e teoricamente possível não incluem os tipos de razões nas quais esses autores estavam pensando. Não incluem necessariamente a existência de valores ou razões subjacentes. É perfeitamente possível começar a interpretação de uma linguagem pressupondo apenas *razões conceituais* sem pressupor o que aqui se convencionou chamar de *razões avaliativas* (*i.e.*, razões que incluem uma certa concepção de que estado das coisas constituiria um mundo *valioso, bom, belo* ou *correto*). E, o mais importante, é possível que o resultado ou a conclusão da interpretação produza um resultado intrigante: que o falante não tenha em mente nada além de seu desejo de que o mundo mude nesse aspecto e somente nesse aspecto.

Portanto, a atribuição de razões *avaliativas* não é *logicamente* necessária no início de uma interpretação, nem *empiricamente* necessária no final da investigação linguística. Dito noutra forma, pode ser o caso de que, ao final da investigação dogmática, se descobre que o legislador não tinha em mente nenhuma concepção de bem ou de segurança no trânsito. Posto isso, é evidente que não há espaço no modelo Schauer-Atienza-Ruiz Manero para uma conclusão semelhante. Chamar-se-á a desse raciocínio inválido – segundo o qual, se razões devem ser atribuídas, deve-se atribuir razões avaliativas – o *non sequitur interpretativo*.

4.2 Razões conceituais e razões avaliativas na descrição do direito. A metodologia da teoria do Direito. O *non sequitur* descritivo.

Alguns autores, a exemplo de Dworkin (1986) e Finnis (1980), argumentaram – ao contrário do que foi dito na subseção anterior – que a própria teoria do direito é impossível se não tentar ao menos explicar um aspecto central do direito e das regras: sua referência a valores e princípios substantivos. Essa abordagem é um pouco diferente e mais ampla do que aquela que sustenta que se deve pressupor valores ou razões subjacentes ao interpretar. Enquanto o modelo acima argumenta – incorrendo no *non sequitur interpretativo* – que se deve pressupor razões avaliativas como *pressupostos epistemológicos* ou *interpretativos*, esse modelo sustenta, antes, que *de fato* o direito é uma questão de valores e princípios substanciais do tipo moral, acrescentando que a descrição dos valores só pode ser feita *através* de avaliações análogas às descritas. Assim, neste caso, parece somar-se ao pressuposto epistemológico da seção anterior um pressuposto ontológico segundo o qual o direito, como fato prático, consiste em razões justificativas regularmente independentes das fontes sociais. Dworkin, por exemplo, argumentou que o direito em si mesmo é um conceito interpretativo, *i.e.*, um conceito que não se pode entender, a menos que se entenda o valor ou o objeto do direito; em suas palavras, “uma concepção de direito deve explicar como o que é considerado direito fornece uma justificativa para o exercício do poder coercitivo pelo Estado” (DWORKIN, 1986, p. 190, tradução livre).

Não se pretende aqui entrar na discussão sobre os problemas dessa abordagem. Uma resposta rápida a essa concepção – que a torna, por sua vez, rapidamente contestável – pode ser oferecida argumentando-se que, ainda que se admitisse que a tarefa central de um teórico do direito é dar conta do aspecto central do direito e, admitindo ainda que o propósito central do direito é tratar de proporcionar algum tipo de justificação, não se segue que quem descreve o direito deva comprometer-se em argumentos avaliativos, como deseja Dworkin (embora, como se verá adiante, essa resposta possa ser questionável). Nesse sentido, a fraqueza da abordagem de Dworkin é dupla, pois:

- 1) caso se admita que o objetivo central do direito é justificar a coerção do Estado de acordo com certos valores (morais ou avaliativos de qualquer tipo), não se segue que, para descrever essa atividade de justificação, os intérpretes devem ingressar em atividades avaliativas¹²;
- 2) não há razão para supor – e esta é a principal crítica levantada contra Dworkin – que todo direito ou todo sistema jurídico seja, de fato, intencionado como um objetivo fundamental de justificar a maneira como o controle social é exercido¹³.

12 Salvo que se pressuponha que a descrição dos valores possa ser feita apenas através de outros valores. Se, por outro lado, o que se quer dizer é que, para descrever um valor, é preciso compreender o valor ou entender mais ou menos a mesma coisa que é entendida por dito valor na comunidade em análise, então não há contradição em sustentar, sem nenhum juízo de valor, “eles consideram tal estado de coisas bom”. Hart resume essa intuição sustentando que “uma descrição ainda pode ser uma descrição, mesmo quando o que é descrito consiste em uma avaliação”. Na realidade, após essa discussão, encontra-se com o problema de até que ponto é possível entender e interpretar um conjunto de valores sem comprometer-se, nesse empreendimento, com argumentos avaliativos. O problema reside na possibilidade de descrever uma certa atitude interna ante aos fatos práticos do ponto de vista externo. No que se chamou de *virada hermenêutica* da obra hartiana, realiza-se uma tentativa de explorar a possibilidade de descrever ou explicar as práticas de uma comunidade sem a necessidade de culminar a descrição na valoração. Hart considera que não há contradição entre entender uma prática do ponto de vista externo e sua descrição como eventuais participantes dessa prática – ou seja, como indivíduos que veem em certas regras algo mais que mera regularidade. Nessa perspectiva, um analista de uma prática pode assumir um ponto de vista externo não extremo ou hermenêutico, que possibilite descrever o ponto de vista interno daqueles que aceitam essa prática e veem nela uma razão de ação. Como ver-se-á mais adiante, essa crença hartiana de que certas práticas podem ser descritas sem o uso de termos avaliativos – conforme reivindicado por um dworkiniano ou um finisiano – está sujeita à crença de que o direito (ou seus casos centrais) de fato não recorrem em todo caso às categorias avaliativas. Sobre a virada hermenêutica em Hart, cf. MACCORMICK, 1981, p. 37-40. Raz, por sua vez, parece argumentar que é possível descrever, apesar de que, para isso, o envolvimento em argumentos avaliativos é necessário (RAZ, 2001, p. 21).

13 A crítica feita a Dworkin é precisamente a caracterização do direito que ele acaba

No entanto, tem sido argumentado nos últimos tempos que o verdadeiro desafio à teoria juspositivista não é o apresentado por Dworkin, mas, na verdade, o proposto por Finnis (LEITER, 2003)¹⁴. Uma das razões para tal afirmativa deve-se ao fato que parece possível afirmar que Finnis aceitou um aspecto metodológico central da virada hermenêutica hartiana, *i.e.*, admitiu que abarcar um fenômeno como o direito só pode ser realizar-se compreendendo o que os participantes veem (ponto de vista interno) nas regras. Nesse sentido, Finnis argumenta que “ações, práticas etc. só podem ser totalmente entendidas por meio do entendimento de seus propósitos, ou seja, de seus objetivos, valores, alcance ou importância, segundo foram concebidos pelas pessoas que as realizaram, nelas se engajaram [...]” (FINNIS, 2007, p. 17).

Para Leiter, é exatamente isso que aproxima (em termos metodológicos) Hart e Finnis, e coloca o último em uma posição prioritária em relação a Dworkin na disputa pelo título de “mais importante anti-juspositivista”. Nesse sentido, Leiter sustenta:

A última observação, no entanto, não implica uma disputa entre a teoria descritiva de Hart, uma vez que o próprio Hart aceita a restrição hermenêutica própria das descrições dos fenômenos sociais, ou seja, segundo a qual uma descrição adequada de uma prática humana ou social deve se encarregar de como os participantes da prática entendem seu significado e propósito (LEITER, 2003, p. 33, tradução livre).

Consequentemente, Leiter argumenta, a autêntica disputa entre Hart e Finnis é que este último afirma que, se a preocupação teórica reside em dar conta dos casos centrais do direito, e eles se referem a questões avaliativas baseadas nas noções de importância, relevância e razoabilidade prática (*practical reasonableness*), essas categorias devem

oferecendo é do tipo *provincial* ou *local*, ou seja, que ele acaba por reconstruir como características de todo o direito as quais seriam, na realidade, as características (e isso ainda está em discussão) típicas do direito estadunidense (RAZ, 2001, p. 27-28; 35-37)

14 Embora o presente texto concorde com parte dos postulados de Leiter, deve-se observar que é exagerado argumentar que o verdadeiro desafio ao juspositivismo é o da lei natural. Ora, é possível demonstrar que juspositivistas clássicos como Kelsen compartilham com jusnaturalistas certos aspectos metodológicos, que alguns atribuem à *racionalidade* e outros à *natureza*. Em qualquer caso, seria necessário distinguir entre dois tipos de desafios ao juspositivismo: um interno ao discurso anglo-saxão – onde Finnis representaria o interlocutor máximo do juspositivismo – e um externo, representado pela Escola Crítica que dirige seus ataques a ambas as reconstruções jusnaturalistas e juspositivistas. A esse respeito, ver RUIZ, 2001, p. 10-11 e, em um sentido mais geral, CÁRCOVA, 1996.

ser usadas ao descrever. Para Finnis (1980, p. 16; 2007, p. 29), um teórico do direito deve considerar não apenas a existência do direito, mas também explicar – o que Hart não faria – por que é valioso ou relevante para uma comunidade possuir o que possui, ou seja: o direito. Para Leiter, isso constitui em Finnis um *non sequitur* em relação às premissas teóricas de partida (ponto de vista interno, concepção hermenêutica etc.). A seguir, são expostos quais são as premissas das quais Finnis incorre neste *non sequitur*, de acordo com Leiter (2003).

Segundo Leiter, o jusfilósofo australiano concluiu injustificadamente, a partir de pontos de partida epistemológico-hermenêuticos, que o valor, a importância e a racionalidade prática do direito devem ser percebidos usando esses mesmos valores. A crítica ao *non sequitur* teria o seguinte conteúdo: do fato de assumir-se que é necessário entender que tipo de razões um grupo de juristas vê no direito, não se segue que essas razões sejam aquelas que Finnis tem em mente, nem que há de se fazer da maneira que Finnis pensa. É possível descrever os compromissos práticos (em relação ao direito) mantidos por um grupo, mas não se segue necessariamente que esse grupo tenha ou desenvolva compromissos práticos em relação ao direito com base em valores, importância ou razoabilidade prática. E, o que é mais sério para Finnis, não se segue que na seleção e análise desses fatos seja o próprio teórico que deva desenvolver valorações ou avaliações levando em consideração esses elementos. Embora seja verdade que as avaliações proliferam no grupo analisado – e este ainda é um debate aberto –, não é verdade que, para a seleção e descrição dessas avaliações, também os teóricos tenham de entender o direito através dessas categorias. Por fim, Leiter argumenta que, mesmo quando se supõe que o grupo tenha certas categorias avaliativas para reconhecer e seguir o direito, não se segue que o teórico não possa descrever essas categorias (mencioná-las) sem usá-las. Portanto:

- i) É contestado que os compromissos práticos do grupo analisado consistem em ver na lei certas propriedades avaliativas ou morais,
- ii) Ao conceder (i), isso não força a aceitar que o teórico deveria usar essas mesmas categorias para a análise do objeto (o direito).

Segundo Leiter, a *genealogia* desse *non sequitur* pode ser redirecionada para parte dos postulados pós-Quineanos e pós-Kuhnianos, segundo os quais não é possível descrever certos fatos sem nenhuma carga teórica. O legado de Quine e Kuhn argumentaria que é impossível descrever um determinado fato sem fazê-lo, ao mesmo tempo, com uma certa carga teórica. Segundo Quine e Kuhn, em resumo, não haveria descrição sem avaliação e, portanto, não há afirmação que possa reivindicar os créditos de objetividade ou imparcialidade diante dos fatos. Isso equivale a colocar em crise o velho ideal de *eine wertfreie Wissenschaft* (Weber). As afirmações teóricas, lembram esses autores, são estruturalmente teórico-dependentes (*theory-laden*). Leiter, sem responder a esse postulado, apenas sustenta que teóricos como Finnis banalizaram esse pressuposto teórico, crendo ver nele a confirmação de que a descrição de fatos práticos – que Finnis já assume com um determinado conteúdo avaliativo – não pode ser feita sem, de uma forma ou de outra, usar as mesmas categorias que o grupo analisado. Em resumo, a descrição de práticas avaliativas, como o direito, não pode ser feita sem certa *intoxicação*. Finnis estaria afirmando que, se ao direito consiste em valores, e se pretende abarcá-los, então deve-se não apenas mencioná-los - como afirmaria um hartiano –, mas também usá-los.

[...] na formulação de Finnis, o *non-sequitur* tem lugar [...] como resultado do que chamarei de “A Verdade ou Afirmação Banal”, segundo a qual “[...] as avaliações [...] constituem um componente indispensável e decisivo na seleção ou formação de quaisquer conceitos a serem utilizados na descrição de aspectos de questões humanas, tais como o direito ou a ordem jurídica [...]”, a partir da qual se seguiria a afirmação de que a avaliação em questão implica “[...] decidir quais são as exigências da razoabilidade prática [practical reasonableness] que realmente existem [...]”. Considero como “A Verdade ou Afirmação Banal” o inegável legado da filosofia da ciência pós-Kuhniana e pós-Quineana segundo o qual não existe tal coisa como pesquisa sem pressupostos ou fatos que são desprovidos de “carga teórica”. Mas isso está muito longe da alegação de que os pressupostos do empreendimento descritivo exigem juízos ou enunciados do tipo que Finnis chama de “razoabilidade prática” [...] ou o ponto de vista do qual essas afirmações sobre “importân-

cia” ou “relevância” são fatos que necessariamente correspondem a um “ponto de vista prático” [...] (LEITER, 2003, p. 34, tradução livre)

O núcleo básico da crítica de Leiter a Finnis pode ser resumido precisamente usando a expressão cunhada pelas visões de Quine e Kuhn. Eles sustentam, no que é considerado um *topos* em Filosofia da Ciência e da Linguagem, que toda análise de fatos é irremediavelmente *theory-laden* (dependente da teoria). Leiter estaria argumentando que, pelo fato de as análises serem *theory-laden*, não se segue que elas também sejam *morally-laden*. Chamar-se-á ao *non sequitur* atribuído por Leiter a Finnis, o *non sequitur descritivo*, que teria a seguinte estrutura:

- i) pressupõe que o empreendimento teórico da descrição do direito deva partir de um ponto de vista hermenêutico;
- ii) sustenta que as descrições não são desprovidas de valoração ou carga teórica (*theory-free*);
- iii) dado que descrições são teórico-dependentes (*theory-laden*), portanto, são avaliativamente dependentes (*morally-laden*).

Nos parágrafos seguintes, porém, esse estudo pretende argumentar que: embora seja inegável que Finnis assuma o ponto de vista hermenêutico; e ele está ciente do problema da carga teórica ou valorativa das afirmações descritivas, não é em virtude disso que ele conclui que deve abordar o direito através desses valores. Em suma, embora possa ser verdade que Finnis assuma (i) e (ii), não é verdade, como propõe Leiter, que por isso o autor conclui (iii). Além disso, o presente estudo ambiciona questionar se a conclusão de Finnis é precisamente a que Leiter deseja extrair da análise de seu trabalho. Para tal, o intento consiste em simplesmente evidenciar que não é tão claro, a partir do texto e parágrafo citados, que Finnis está afirmando o que Leiter pretende: *i.e.*, que, como os juízos são teórico-dependentes (*theory-laden*), logo são moral ou avaliativamente dependentes (*morally-laden*). A esquemática será mostrar que Finnis concorda com Hart em (i) e discrepa do resultado desse ponto de partida, ou seja, sobre o tipo de fatos que são verificados ou constatados no direito (o conteúdo das sentenças, a atitude dos participantes em relação às regras etc.).

Como afirmado anteriormente, há um ponto de convergência entre a teoria de Hart e a de Finnis: ambos os autores concordariam quanto as bases epistemológicas a partir das quais se pode realizar uma pesquisa no terreno social (*i*). O ponto de partida hermenêutico sustenta precisamente – em resposta, por exemplo, a desafios realistas – que, se o objetivo é dar conta da dimensão social das regras, é necessário não apenas descrever seu seguimento como mera regularidade, mas também explicar o que os seguidores de regras veem nelas. Para Hart, paradigmaticamente, os participantes de uma prática observam a regra como uma razão para adequar-se ao que ela impõe e criticar o desvio ou a violação dela; aceitam-na como razão para orientar suas condutas e criticar a de outros. Sem levar em conta esse ponto de vista interno em relação às regras, uma análise do direito se perderia de toda uma dimensão explicativa do direito como fenômeno social, devendo reduzir sua análise à mera constatação estatística da regularidade e à antecipação de futuras reações dos participantes.

Até aqui estendeu-se o consenso entre Hart e Finnis. No entanto, grande parte das críticas feitas a Hart consistem em argumentar que o autor não tomou partido pelo *conteúdo* dessas razões. Argumenta-se que haveria bons motivos para pensar que o que os participantes veem como razão é, na verdade, razão baseada em valores morais. Portanto, argumenta-se, reconstruir o monitoramento das regras jurídicas em termos de razões é uma condição necessária para uma descrição completa do fenômeno social do direito, mas não suficiente. Também é necessário dar conta do conteúdo dessas razões que os participantes aceitam, o qual não poderia ser outro, conclui-se, que não sejam morais ou avaliativos.

H. L. A. Hart, em resposta a isso, argumentou claramente que o fato de os indivíduos adotarem uma regra como razão para ação, aceitá-la e estarem dispostos a criticar sua desobediência, não implica necessariamente que esse conteúdo seja de natureza moral. É perfeitamente possível, para Hart, aceitar uma regra pelas mais diversas razões, que não podem ser reduzidas – sob pena de arbitrariedade – a meros motivos ou razões morais. O direito e suas regras, argumenta Hart (1994, p. 203), podem ser aceitos pelas mais diversas razões, como oportunismo, cálculo, inércia etc.

Finnis, por outro lado, está convencido de que os participantes concebem as regras jurídicas como algo inextricavelmente ligado à avaliação e aos valores morais. Enquanto Hart postula que a aceitação e o conteúdo das regras não incluem necessariamente (nas sociedades modernas) conteúdo de natureza moral, Finnis argumenta que, observando as mesmas práticas às quais Hart faz alusão, diversas conclusões podem ser obtidas. Nesse sentido, pode-se dizer que Hart e Finnis concordam com a metodologia (*i*), mas discordam acerca dos fatos. Enquanto um acredita ter verificado que, de fato, existem regras não baseadas ou não aceitas por razões morais, o outro entende que todas as regras são seguidas com base em razões morais e aceitas em virtude de questões avaliativas – pelo menos em casos centrais do direito.

Como se pôde ver nesta reconstrução, a divergência entre Finnis e Hart parece ser empírica ou fática. Ambos concordam com as precauções que devem ser tomadas para analisar um fenômeno social (abordagem hermenêutica), mas não concordam com os resultados da investigação, uma vez que essas precauções foram tomadas. Não está absolutamente claro como uma disputa desse tipo poderia ser resolvida, *i.e.* sobre quais são os fatos que realmente existem nas práticas jurídicas – se aqueles que adotam a regra como uma razão sem considerar razões avaliativas ou morais, ou aqueles que adotam a regra como uma razão vinculada a considerações morais). De qualquer forma, não está claro qual *tribunal* deve decidir ou aferir o resultado dessas duas investigações¹⁵, declarando o erro de uma e o sucesso da outra em relação aos fatos práticos. Um grande número de casos judiciais mostra que os juízes seguem regras sem necessariamente levar em conta razões morais (e identificando e aplicando o direito de acordo com o *pedigree* ou sua fonte social), enquanto outro número grande, não menos importante, mostra que os juízes concebem o direito como algo dependente de fontes substanciais ou morais¹⁶.

De qualquer forma, parece claro que, se Hart assumisse o mesmo que Finnis como resultado de sua observação (*i.e.*, que as atitudes dos participantes para com o direito incluem aspectos morais ou avaliativos

15 Por *tribunal*, faz-se referência aqui especificamente à expressão cunhada por Quine, segundo a qual se postula a possibilidade e a conveniência de redirecionar disputas ao tribunal da experiência (método empírico) ou outro (como gostaria tanto o racionalista como o naturalista) são levantadas.

16 Como exemplo, basta citar o conhecido caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506 [1889]), citado por Dworkin (1986).

vos), ele aceitaria a necessidade de compreender o direito em termos de valores e não de fontes sociais. Se fosse verdade que todas as razões que os participantes veem nas regras levam a valores morais, isso forçaria, de uma maneira ou de outra, a considerar isso de maneira análoga à forma como os participantes consideram: através de juízos e enunciados de valor. Se dar conta do que *eles* veem no direito implica pelo menos em fazê-lo nos *mesmos* termos em que o grupo analisado o faz (sob pena de perda do poder explicativo da teoria), parece forçosa a conclusão de que, no caso de Finnis estar certo, o direito só poderia ser descrito com, no mínimo, categorias e sentenças análogas às levadas em consideração pelo grupo analisado, ou seja, com termos conectados ou relacionados à valoração moral¹⁷.

Assim, é possível reconstruir a divergência entre Hart e Finnis como um acordo sobre a metodologia e um desacordo sobre os fatos que dela são obtidos ou observados. Se isso é verdade, então, é falso que Finnis tenha incorrido no *non sequitur* descritivo que lhe é atribuído por Leiter. Com efeito, sob a perspectiva proposta aqui, Finnis não está dizendo que, como as descrições são teórico-dependentes (intoxicadas por valorações, *theory-laden*), logo são valorativamente-dependentes (*morally-laden*). A conclusão de que os participantes, de fato, concebem o direito e as regras como uma prática baseada em valores substanciais e não em fontes sociais *não se segue* dos pontos de partida epistemológicos ou metodológicos de Finnis (se assim fosse, ele incorreria no *non sequitur* descritivo), mas dos fatos que ele pensa observar depois de realizar sua investigação social com certas precauções.

Finnis acredita ter constatado uma propriedade persistente no direito, segundo a qual o direito é concebido como uma prática relacio-

17 Hart poderia redobrar a aposta, argumentando que isso não compromete os teóricos a usar termos avaliativos ou morais ao descrever práticas (depois de assumida sua dimensão valorativa ou ligada à moral). Se essa fosse a resposta, haveria um efeito cascata precisamente sobre seu ponto de partida hermenêutico, porque afirmaria que é possível explicar um ponto de vista interno (neste caso eminentemente moral ou valorativo) em termos *completamente estranhos* à linguagem em que ditos valores são formulados e reconhecidos. Em suma, ele abandonaria a ideia de que uma explicação é melhor que outra se chegar o mais próximo possível dos termos em que a comunidade analisada concebe um fenômeno. Parece haver uma certa contradição ao argumentar que há compromisso em descrever e dar conta dos fenômenos sociais de um grupo de acordo *com a forma com que eles* os concebem e, depois, sustentar que é possível fazê-lo em termos completamente estranhos à terminologia e concepção analisada.

nada a valores substanciais e que privar a análise do direito desse componente encerraria a possibilidade de descrever o aspecto central do fenômeno. Sustenta, em suma, que o direito é uma questão de valores *uma vez que* o teórico realiza sua pesquisa com certas precauções metodológicas e não *porque* realiza essa pesquisa com essas precauções. Não existe um *non sequitur* em argumentar que, na pesquisa, um ponto de partida hermenêutico é adotado, e que o resultado da pesquisa mostra como fatos sociais um conjunto de fenômenos relacionados à moralidade. É verdade, no entanto, que Finnis acaba sustentando que os enunciados teóricos dependem de avaliações morais (*morally-laden*), mas mantém isso como resultado da conjunção entre os pontos de partida metodológicos e o resultado que a observação das práticas produziu, e não apenas, como afirma Leiter (2003), como consequência do primeiro. Portanto, Finnis argumentaria:

- i) que o empreendimento teórico da descrição do direito deve partir de um ponto de vista hermenêutico;
- ii) que o direito é uma questão de valores morais ou atitudes morais em relação ao direito;
- iii) que as descrições não são isentas de valoração ou carga teórica (*theory-free*);
- iv) que, dado que (i) e (ii) são verdadeiros, não é possível realizar uma análise do direito sem que isso implique necessariamente assumir na análise o tipo de valoração que se têm em conta no fenômeno analisado.

É precisamente no ponto (ii) que reside a discordância entre Hart e Finnis. Somente porque Finnis assume a conjunção entre um ponto de partida epistemológico e um determinado resultado da investigação realizada a partir deles, é que ele afirma que os fatos existentes devem ser descritos fazendo pelo menos as mesmas suposições e avaliações que são realizadas na linguagem-objeto. Dado que Hart não assume (ii) como propriedade necessária de todos os sistemas jurídicos, pode concluir que não é necessário, nessa descrição do ponto de vista interno, fazer avaliações do tipo que Finnis tem em mente. Para Hart, e não para Finnis, tudo o que a pesquisa sociológica sobre sistemas jurídicos modernos produz é uma certa estrutura concei-

tual que permanece (união de regras primárias e secundárias, regras como razões etc.) e um conjunto de propriedades que não permanecem (recurso à moral, conteúdo avaliativo das razões, etc.). Em termos de Raz:

Uma característica central da explicação de Hart sobre a natureza do direito se refere a que esse, em última instância, é absolutamente independente de seu conteúdo [substancial]. Em outras palavras, os critérios fundamentais para decidir a validade, aqueles cuja existência, por sua vez, não pressupõe outros, são completamente e – em última instância – independentes de seu conteúdo. A teoria do direito sustenta que os sistemas jurídicos são sistemas com uma certa estrutura (que inclui autoridades para a produção e aplicação de leis). Mas, para além disso, tudo o resto é contingente. O conteúdo do direito e a específica identidade e o poder de suas instituições são completamente dependentes das práticas de cada país, isto é, de sua regra de reconhecimento (RAZ, 2001, p. 39, tradução livre).

Para Finnis, por outro lado, não apenas a estrutura conceitual enfatizada por Hart permanece, mas outra mais importante: o recurso a valores ou avaliações morais.

Em resumo, embora a declaração empírica ou fática de Finnis possa ser discutível, parece acertado que essa declaração não decorre de um *non sequitur*, como entende Leiter. Finnis argumenta que, uma vez analisados os fatos com certa cautela, eles mostram uma certa conexão lógica com certos valores. E dado o compromisso assumido em descrever esses fatos sociais da maneira mais próxima a como são feitos na comunidade analisada, não há outra saída senão tentar explicar esses valores usando, tanto quanto possível, as noções que os participantes usam. Hart, por outro lado, não acredita que os participantes de todo sistema jurídico usem essas noções com conteúdo substancial.

Portanto, é possível permanecer respeitoso à abordagem hermenêutica formulando suas análises em termos não avaliativos. Mostra-se ser possível concluir que, se Hart aceitasse (ii), ou seja, se coincidissem com Finnis sobre a *natureza* dos fatos práticos analisados, ver-se-ia

forçado pela abordagem hermenêutica a dar conta desses fatos, pelo menos, em termos não absolutamente estranhos aos termos em que os participantes se expressam e agem, *i.e.* usando termos avaliativos.

Independentemente disso, parece claro que Finnis não incorre na banalização do legado pós-Quineano e pós-Kuhniano, como pretende afirmar Leiter. Finnis não argumenta que, dado que os enunciados são teórico-dependentes, então são avaliativo-dependentes. Pelo contrário, está dizendo que os enunciados são teórico-dependentes e devem ser usados com certa cautela metodológica. E que, *uma vez* tomada a devida cautela, sua investigação mostra que os fatos assim analisados *têm conteúdo moral ou avaliativo*. Em resumo, o *non sequitur* descritivo não seria atribuível a Finnis, pois ele não sustenta que as descrições são moral ou avaliativamente dependentes *porque* são teórico-dependentes, mas porque acredita que, de fato, o direito consiste em valores. Sua afirmação se reduz a sustentar que os enunciados descritivos são avaliativamente dependentes *porque* o direito é avaliativamente dependente.

Uma vez esclarecida a diferença entre esses dois *non sequitur*, é interessante retornar à noção de *non sequitur interpretativo*, com a pretensão de mostrar que através dele, o uso da guilhotina de Hume é esquecido e se impede a descrição dos fenômenos sociais de maneira apropriada.

5. A FALÁCIA NATURALISTA E A IDEALIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE DECISÃO COLETIVA

Um dos aspectos mais discutidos na Filosofia Analítica – ao menos até o segundo terço do século XX – tem sido a possibilidade de derivar enunciados prescritivos de enunciados descritivos ou, mais simplesmente, de derivar uma obrigação de uma descrição (*Ought from Is*). Com base nos postulados que têm suas raízes em Hume, argumentou-se que há um certo salto ou abismo lógico entre os enunciados desses dois tipos. Os problemas e desafios que surgem das declarações de Hume foram chamados de problema da *guilhotina de Hume*¹⁸. Essa discussão está intimamente relacionada à possibilidade de construir uma

18 No original, *Hume's Guillotine* – expressão proveniente de Max Black (1964, p. 166).

lógica de normas. Se a noção de consequência lógica está intimamente ligada à noção de verdade e falsidade dos enunciados contidos em um raciocínio, e se é verdade que as normas não são verdadeiras nem falsas, parece ser certo que uma lógica de normas não pode ser construída. Os problemas, então, são subdivididos em dois grandes grupos – a partir da sistemática de Von Wright (1985):

- i) É possível construir uma ponte entre enunciados descritivos e prescritivos, entre ser e dever ser?¹⁹
- ii) As normas são verdadeiras ou falsas?

A resposta referente à primeira pergunta depende em grande parte da resposta (e posição) adotada em relação à segunda. Existem dois tipos de respostas em relação a essa última. Aquela que responde com um retumbante “não, as normas não são verdadeiras nem falsas”, e aquela que responde afirmativamente. Por sua vez, isso divide a abordagem sobre as normas em dois grandes grupos: prescritivismo (não cognitivismo) e descritivismo (cognitivismo).

O prescritivista sustenta que as normas não têm valor de verdade e que sua existência depende de uma expressão ou expressão de desejo ou vontade de uma pessoa ou grupo de pessoas (autoridade normativa, autoridade legislativa etc.). Quando uma pessoa sustenta que existe uma norma pela qual se deve fazer *A*, ela expressa que esse é o seu desejo (caso de legislação autônoma: o indivíduo decide submeter-se a determinada norma) ou afirma que esse é o desejo de um grupo de pessoas (legislação heterônoma). Em todo caso, sustentar que existe uma norma sob essa concepção é sustentar pelo menos um desejo e predisposição para ajustar a conduta ao estado de coisas previsto na norma e somente isso. Em termos do dilema de Eutífron (Platão), não se quer ou se deseja algo porque é devido (bom, valioso etc.), mas algo é devido (bom ou valioso etc.) porque é desejado. É devido porque é desejado, e não vice-versa. Nesse caso, o aspecto decisivo ou volitivo, no prescritivismo, tem uma capacidade constitutiva de um dever. Se deve porque se deseja²⁰.

19 Discussão que teve Jorgen Jørgensen, Max Black e John R. Searle como os principais protagonistas.

20 Em termos de Von Wright, “[...] assentir (ou aceitar) uma norma não é afirmar sua ver-

O cognitivismo, por sua vez, afirma categoricamente a possibilidade de falar de normas e valores em termos de verdade e falsidade. Sob essa perspectiva, não haveria dificuldade em construir uma lógica de normas padrão usando a ideia de consequência lógica. Assumir que as normas são verdadeiras ou falsas supõe, por um lado, assumir um pressuposto ontológico mais forte do que o assumido pelo prescritivismo e, por outro, apagar do mapa o problema do salto ou abismo lógico entre a ilha do *ser* e a do *deve ser*. Em resumo, o cognitivismo afirma que não entende bem a razão de construir-se uma ponte entre dois locais que estão sobre a *mesma* terra firme.

Independentemente dessa discussão – a qual não se pretende abordar neste trabalho –, parece inegável que um juspositivista coerente deveria posicionar-se no campo não-cognitivista ou prescritivista das normas, e daí sustentar que aquilo que parece um salto lógico é, em realidade, um produto da decisão humana individual ou de grupal (v.g., do Poder Legislativo). A guilhotina de Hume serve precisamente para desmascarar – se é que há algo a desmascarar – a passagem de premissas descritivas para prescritivas, disfarçadas de afirmações jusnaturalistas como “[...] existe, portanto é bom; é bom, portanto, é devido [...]”. O que um prescritivista (e um juspositivista em geral) tenta mostrar é que entre essas três premissas, há pelo menos uma decisão de um grupo de pessoas que visa fazer o mundo mudar ou adaptar-se a determinado aspecto. Em termos mais simples, que existe uma decisão atribuível a alguém e cabe ao teórico verificar quem a fez, *qual é o seu conteúdo* e em que medida é justificada de acordo com outros valores (políticos, prudenciais etc.). Portanto, o desempenho dessa categoria reside precisamente no fato de reduzir a existência de obrigações jurídicas à decisão dos sujeitos e, como consequência, não reconstruir esses deveres como atribuíveis ao que é o mundo ou como é a natureza.

A atividade do teórico do direito, neste caso, consiste em detectar quando foi decidido que um determinado estado de coisa deve ocorrer, *qual o seu conteúdo* e por que essa decisão pode ser plausível, razoável ou criticável. Parece claro que isso torna-se inviável se um certo problema não for detectado na passagem das premissas descri-

– e não assentir (ou não aceitar) não implica negar sua verdade. Asseverar ou recusar uma norma se parece mais a um ato de legislação ou de outorga de uma norma a si mesmo” (VON WRIGHT, 1985, p. 278, tradução livre).

tivas às prescritivas – e não se presume que exista alguém que tenha decidido que o mundo deveria ser assim. O prescritivismo, o juspositivismo em geral, associado à guilhotina de Hume, visa sustentar:

- i) por um lado, que não existem deveres per se, ou naturais;
- ii) por outro, que é necessário aceitar um salto lógico entre ser e dever ser caso o propósito seja encontrar-se em condições de detectar onde ocorreu o salto e quem o realizou²¹;
- iii) e, por (ii), que o conteúdo e alcance desses deveres depende do conteúdo e alcance da decisão humana, i.e., da efetiva forma em que esses sujeitos decidiram ordenar o mundo e que coisas foram consideradas ao formular essas normas.

Abordagens como as de Schauer, Atienza e Ruiz Manero injustificadamente misturam essas máximas juspositivistas com certas noções jusnaturalistas e assumem que as decisões humanas (as normas promulgadas) necessariamente têm um certo conteúdo (razões subjacentes ou base justificativa) que, como mostrado acima, constitui um *non sequitur* interpretativo. Em caso de assumir que os deveres são um produto humano (fontes sociais) e que, portanto, o conteúdo desse dever *criado* depende do que esse grupo humano realmente tinha em mente ao ditá-lo – e não do que deveriam idealmente levar em consideração ao momento de legislar – pode-se concluir que não é verdade que sempre existem razões subjacentes (entendidas em sentido avaliativo) após o ditado de uma norma (após a decisão prescritivista).

A guilhotina de Hume, em conjunto com o prescritivismo, mostra que os deveres têm o conteúdo que têm, dependendo do que o

21 Na verdade, a tese de Von Wright, por exemplo, tenta mostrar que não haveria salto, porque o dever em questão não decorre dos fatos, mas de certa decisão normativa. De qualquer forma, o que Von Wright estaria assumindo é que se assume que a ponte entre ser e dever é irrecuperável, ou se assume que não houve salto de um ponto a outro, mas sim deslocamentos no terreno dos deveres e das consequências que decorrem deles. Nesse sentido, pode-se dizer que a estratégia de Von Wright é precisamente a negação da estratégia naturalista. Essa diz que não há necessidade de uma ponte porque todos os aspectos estão no mesmo âmbito do ser, ao passo que Von Wright estaria argumentando que não há necessidade de uma ponte, porque, entre prescritivistas, o ponto continua sendo os deveres e as consequências que decorrem deles. Ele acrescenta, nessa linha, que a sensação desse salto é dada por uma confusão de planos entre o que a norma prescreve e o estado das coisas que deveria existir no mundo para que essa norma fosse satisfeita – diferença entre dever “normativo” e dever “técnico” em relação à relação entre meios e fins (VON WRIGHT, 1986, p. 276-277).

grupo de sujeitos que os decretou quis ou não, e não o conteúdo que *deveriam* ter de acordo com outros sistemas de valores. Em todo caso, que a adequação entre os deveres existentes (ditados pela autoridade) e um determinado sistema de valores é um aspecto contingente. Não apenas pode ser verdade que o Poder Legislativo considere uma base axiológica diferente daquela que aplicadores ou cidadãos (caso de desacordo entre dois esquemas axiológicos), mas também pode ser verdade que a autoridade não leva em consideração nenhum sistema. Assumir que o legislador, em cada promulgação de uma norma, tenha em conta *ao menos* uma base axiológica ou justificativa a partir da qual ele decide o que decide é justamente assumir o que um juspositivista deveria negar. Desde que se pretenda preservar a possibilidade de distinguir entre o que é *de fato* o direito e o que *deveria ser*. Um juspositivista trai seus pontos de partida metodológicos não apenas quando o sistema axiológico usado pelo legislador em seu próprio sistema de valores entra em colapso, mas também quando ele assume que, seja qual for o caso, o legislador sempre tem *ao menos* um sistema de valores que pretende favorecer ou desencorajar.

Por sua vez, a conjunção dessas ferramentas metodológicas (diferenciação entre fato e valor, inderivabilidade do *ser* do *dever ser*, guilhotina de Hume, normas como produto de decisões humanas, prescritivismo etc.) não constitui apenas uma ferramenta de análise fundamental para aqueles que, como o juspositivista, decidem limitar-se a descrever os aspectos estruturais ou conceituais de um sistema jurídico, mas também para aqueles que decidem descrevê-los e submetê-los a críticas (apelando à história, economia, sociologia, política etc.).²²

22 É possível argumentar que críticos e juspositivistas discordam precisamente sobre quais são os fatos que uma teoria deve ter em conta para ser considerada *completa* ou *satisfatória*. O presente é de parecer que a teoria crítica em geral não sustenta que as análises positivistas (baseadas na lógica e na filosofia da linguagem) são falsas, mas sim reducionistas e, portanto, insuficientes. Nesse sentido, a escola Crítica não se opõe à incorreção dessas ferramentas, mas à ideia de que a análise do direito pode ser reduzida a esses e somente a esses aspectos. Nesse sentido, por exemplo, Carlos Maria Cárcova afirma: “[...] no entanto, os positivistas vernaculares tendem a incorrer mal-entendidos teóricos e excessos retóricos a esse respeito [...] é o caráter redutivo e, portanto, *insuficiente* dessa concepção, que considera apenas a dimensão normativa do fenômeno jurídico, deixando ‘de fora’, ou seja, declarando impertinentes as suas dimensões éticas, políticas, teleológicas, etc., o que viabiliza a aura de sistemática da qual é portadora” (CÁRCOVA, 2001, p. 20, tradução livre, grifo nosso).

Foi precisamente a vertente *crítica* que insistiu na necessidade de desmistificar os processos legislativos e de decisão coletiva, convidando a desconstruir os verdadeiros fatores que motivam uma decisão legislativa (ideológicos, econômicos, políticos). Não há razão para pensar que o processo de legislação se reduza – embora fosse desejável – a promulgar normas, levando em consideração o melhor estado de coisas possível para uma determinada comunidade. Em vez disso, os dados da sociologia e da história mostram que, na decisão legislativa, atuam os aspectos dos quais o legislador pode estar plenamente ciente – como o favorecimento a um grupo majoritário em detrimento das minorias ou o favorecimento de um interesse de classe em detrimento da maioria, etc. – ou completamente inconsciente. Tais fatores eventualmente estariam na base justificativa de seus atos, levando-o a atuar como um *veículo inconsciente de poder* – para usar uma terminologia cunhada por Foucault – *i.e.*, com ignorância de quais são os valores políticos ou morais que ele está promovendo.

De qualquer forma, a existência por *trás* da regra de uma concepção de como o mundo deveria ser ou o que maximizaria o bem-estar de um grupo é um aspecto contingente, que dependerá da qualidade e legitimidade de cada órgão legislativo em particular. Não é de todo óbvio que as normas emanadas do Poder Legislativo sempre possuam essa carga de *racionalidade* que costumam lhes atribuir as abordagens como as que incorrem no *non sequitur interpretativo*. Em todo caso, seria valioso que o legislador fosse *racional* – e ainda resta decidir sob quais condições chamar-se-ia a alguém *racional* –, mas *não se segue* que de fato ele seja. Também *não se segue* que seja necessário, no nível interpretativo, atribuir mais do que uma modesta carga de racionalidade baseada no que aqui se chamou de *razões conceituais*.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o presente estudo pontua as seguintes conclusões:

- i) É falso que, para interpretar uma linguagem jurídica, mais coisas devam ser pressupostas do que o que foi chamado aqui de razões conceituais. A montagem teórica de autores como Davidson convida a atribuir apenas esses tipos de razões e deixa em aberto a possibilidade de que pesquisas empíricas demonstrem (contingentemente) que existem o que aqui se chamou de razões avaliativas;
- ii) A confusão entre razões conceituais e razões avaliativas pode ser vista como uma revitalização do legislador racional, i.e. a crença de que o legislador sempre leva em conta as circunstâncias às quais a regra se aplica e formula, com base nisso, um equilíbrio de razões que se concretizam na promulgação de regras com razões subjacentes;
- iii) É possível traçar uma distinção entre o que foi chamado de non sequitur interpretativo e non sequitur descritivo. Um atribui razões avaliativas como pressuposto ou pré-compromisso da interpretação; o outro atribui razões avaliativas com base na crença (herdada de Quine e Kuhn) de que não há enunciados descritivos puros (Leiter);
- iv) O non sequitur descritivo não seria atribuível a Finnis, dado que ele não sustenta que as descrições são moral ou avaliativamente-dependentes porque são dependentes da teoria, mas porque ele entende que, de fato, o direito consiste em valores. Sua declaração se reduz a sustentar que os enunciados descritivos são avaliativamente-dependentes porque o direito é avaliativamente-dependente;
- v) Reconstruções como a de Schauer, Atienza e Ruiz Manero contradizem abertamente os pontos de partida juspositivistas (prescritivismo, tese de fontes sociais, distinção entre ser e dever), uma vez que sustentam como necessárias características do direito que são apenas contingentes;
- vi) A distinção entre ser e dever ser e as precauções metodológicas as que a guilhotina de Hume convida são úteis tanto para um juspositivista quanto para aqueles que pretendem descrever e depois sujeitar a críticas o tipo de relações de poder que surgem e que explicam o processos de decisão coletiva;
- vii) Não é incomum para alguns teóricos do direito mitifiquem certos aspectos do direito. Isto alcança igualmente alguns positivistas e alguns jusnaturalistas. De qualquer forma – e adaptando os versos de um poeta cubano²³ – os juristas, às vezes, têm maneiras muito

23 Os versos originais seriam: “[...] *qué maneras más curiosas de recordar tiene uno / [...] hoy*

curiosas de recordar (reconstruir) certos fatos. Não obstante, pensam ver nessas memórias coisas claras que realmente emergiram do escuro, que não eram belas nem racionais, e que no momento de seu nascimento foram pouco mais que confusão, pouco mais que fumaça – como grande parte das regras jurídicas.

recuerdo mariposas, / que ayer sólo fueron humo, mariposas, / mariposas, que emergieron del oscuro [...]” (RODRÍGUEZ, 1999).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACERO, J. J.; BUSTOS, E.; QUESADA, D. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1989

ALCHOURRÓN, C. E., Para una lógica de las razones prima facie. *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, v. 16, n. 2, p. 113-124, 1996

_____.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*. Buenos Aires: Astrea, 1975

ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

BAYÓN, J. C. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, p. 35-62, 2001

_____. Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional. *Jueces para la Democracia*, n. 27, 1996.

BLACK, M. The Gap between “Is” and “Should”. *Philosophical Review*, v. 73, n. 2, p. 165-181, 1964

CÁRCOVA, C. M. Iusnaturalismo y positivismo jurídico: un debate superado. In: _____. *Derecho, política y magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.

_____. Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. In: COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001

DAVIDSON, D. A Coherence Theory of Truth and Knowledge. In: LePORE, E. (ed.). *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*. Oxford: Blackwell, 1986, p. 307-319.

_____. Actions Reasons and Causes. In: WHITE, A. (ed.). *Philosophy of Action*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

_____. On the Very Idea of a Conceptual Scheme. In: _____. *Inquiries into Truth and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 183-198

DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986

FERRERES COMELLA, V. Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, p. 29-49, 2000

FINNIS, J. *Lei Natural e Direitos Naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007

_____. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980

GARGARELLA, R. Los jueces frente al “coto vedado”. *Revista Discusiones*, n. 1, p. 53-65, 2000

HACKER, P. M. S. *Wittgenstein's Place in Twentieth-Century Analytic Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996

HART, H. L. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1994

LEITER, B. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, n. 48, p. 17-51, 2003

MACCORMICK, N. *H. L. A. Hart*. Londres: Edward Arnold, 1981

PATTERSON, D. Postmodernism. In: _____ (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Cambridge: Blackwell, 1996

RAZ, J. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In: COLEMAN, J. (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001

RODRÍGUEZ, S. Mariposas. *Mariposas*. La Habana, Ojalá, 1999

ROSS, D. *Lo correcto y lo bueno*. Trad. Leonardo Rodríguez Duplá. México: Sígueme, 2001

RUIZ, A. E. C. Derecho, Democracia y teorías críticas al fin del siglo. In: COURTIS, C. (comp.). *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2001

SANCHEZ DURÁ Y VIDARTE, V. S. Interpretación: radical y cultural. In: DASCAL, M. (ed.). *Filosofía del Lenguaje II*. Pragmática. Enci-

clopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta, 1999

SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991

_____. *Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons, 2004

VON WRIGHT, G. H. Is and Ought. *In*: BULYGIN, E.; GARDIES, J. L.; NIINILUOTO, I. (eds.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1985