

THAIS NUNES DE ARRUDA

DIREITO E OBJETIVIDADE

**A viabilidade do projeto de naturalização da teoria do direito por Brian
Leiter**

TESE DE DOUTORADO

**ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DOUTOR RONALDO PORTO
MACEDO JÚNIOR**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

**SÃO PAULO – SP
2015**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O projeto de naturalização da teoria do direito	6
2. Por que estudar um projeto de naturalização da teoria do direito?	18
3. Um caso paradigmático de aplicação do naturalismo ao direito: MacPherson.....	25
4. O projeto de naturalização enquanto reposicionamento de Quine na teoria do direito	30
5. Estrutura da tese – apresentação e crítica à viabilidade do projeto de naturalização de Leiter	38
CAPÍTULO I – DA FILOSOFIA PRIMEIRA AO NATURALISMO – IMPACTOS NA TEORIA DO DIREITO	43
1. A epistemologia na tradição filosófica ocidental	45
1.1 O conceito de conhecimento e o desafio cético.....	45
1.2 Concepções fisicalistas do mundo: de Descartes a Carnap	52
2. Impactos do fisicalismo na teoria do direito: de Kelsen ao Realismo Jurídico	68
2.1 Kelsen e as fronteiras entre o objetivo e o subjetivo	70
2.2 O Realismo Escandinavo e a psicologia do direito	75
2.3 O Realismo Jurídico Norte-Americano: o ceticismo behaviorista	81
3. A Filosofia da Linguagem: O “Segundo” Wittgenstein e Quine	89
4. A epistemologia naturalizada de Willard Van Orman Quine	94
4.1 A recusa aos dogmas do empirismo	102
4.1.1 A distinção analítico-sintético	102
4.1.2 O reducionismo.....	108
4.2 As teses substitutivas de Quine	110
4.2.1 O Holismo.....	110
4.2.1.1 O Barco de Neurath e a teoria arregimentada de Quine.....	113
4.2.1.2 Análise conceitual e intuição	116
4.2.2 A Indeterminação da tradução	119

4.3 O abandono do desafio cético e o novo fisicalismo	126
4.4 Justificação e normatividade: a circularidade da justificação da ciência	130
4.5 As críticas ao projeto de naturalismo substitutivo de Quine	135
4.5.1 Naturalismo quineano e Realismo Jurídico: entre o behaviorismo e a análise conceitual	140
5. H.L.A. Hart e a nova concepção de objetividade.....	142
5.1 A crítica de Hart ao Realismo Jurídico: indeterminação e ceticismo.....	148
CAPÍTULO II – COMO NATURALIZAR A TEORIA DO DIREITO – O PROJETO DE BRIAN LEITER	157
1. A recusa de Leiter à crítica Hartiana ao Realismo Jurídico	162
2. A reconstrução naturalizada do realismo jurídico norte-americano	165
2.1 Naturalismo e Realismo Jurídico Norte-Americano	167
2.1.1 Indeterminação jurídica e indeterminação da tradução	173
2.1.1.1 Indeterminação e previsibilidade	178
2.1.2 A tese central e o naturalismo: antifundacionismo e substituição	181
2.2 Pragmatismo e Realismo Jurídico	184
2.2.1 O pragmatismo realista e o pragmatismo de Richard Posner: semelhanças e diferenças	190
3. Limites de leitura naturalizada da teoria do direito.....	195
3.1 A limitação do projeto de naturalização à teoria da decisão judicial	196
3.2 O impacto causal das razões não-jurídicas	199
4. Critério de legalidade e justificação: o quietismo como resposta à crítica de Hart ...	201
4.1 Que tipo de positivismo? Os argumentos conceituais do positivismo exclusivista	205
4.2 A relação justificativa entre ciência empírica e positivismo	209
4.3 Por uma teoria descritiva do direito: metodologia e o novo papel da análise conceitual.....	213
4.3.1 As vantagens de uma teoria causal-nomológica do direito: Segal & Spaeth e o modelo atitudinal	221

4.3.2 A filosofia experimental e a esperança de naturalização da teoria do direito	227
5. Objetividade, moralidade e decisão judicial	230
5.1 A moral fora da melhor explicação do mundo	232
5.2 A leitura de Leiter de Ronald Dworkin: a objetividade não-naturalizada.....	233
5.3 O argumento do ceticismo externo.....	238
5.4 Leiter contra a concepção não-naturalista de objetividade.....	242
5.4.1 Irrelevância da objetividade naturalizada?	242
5.4.2 Suscetibilidade a razões	246
5.5 A concepção de objetividade naturalizada de Brian Leiter	247
5.6 Direito e Objetividade Naturalizados – A defesa da objetividade mínima	251
5.6.1 Da objetividade modesta à objetividade mínima.....	254
5.6.2 A objetividade na teoria dworkiniana sob o ponto de vista de Leiter.....	262
5.6.2.1 O elogio ao Realismo: o caso MacPherson.....	265
CAPÍTULO III – A VIABILIDADE DA NATURALIZAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO – LEITER E SEUS CRÍTICOS	271
1. Leiter é um bom leitor de Quine?	275
1.1. Precisamos decretar a falha do fundacionismo?.....	278
1.1.2 A tese da substituição e a falha do fundacionismo	282
1.2 A tese da indeterminação do Realismo Jurídico sustenta a tese da substituição?	287
1.3 Quando a justificação se torna um problema no projeto de Leiter	292
1.4 Por que defender a análise conceitual?.....	297
2. Leiter é um bom leitor do Realismo Jurídico?	303
2.1 Seriam os Realistas Positivistas?.....	304
2.2 Há de fato novidade em postular uma teoria preditiva no direito?.....	309
2.3 Leiter compreendeu a crítica de H.L.A. Hart? O ceticismo de regras.....	317
3. Leiter tem sucesso na substituição do interpretativismo dworkiniano?.....	322
3.1 Precisamos de um ceticismo naturalizado? A questão da objetividade	326
3.1.2 Pode-se dizer que Dworkin é um quineano?	338

3.1.2.1 Dworkin e a decisão do caso MacPherson.....	346
4. A aposta na filosofia experimental.....	352
4.1 Leiter e a tentativa de defesa de sucesso das ciências empíricas	355
4.2 Por que devemos confiar na filosofia experimental?	357
4.3 Por que não precisamos de uma objetividade naturalizada?	361
CONCLUSÃO	369
BIBLIOGRAFIA	379

INTRODUÇÃO

1. O projeto de naturalização da teoria do direito

Embora seja assunto recorrente na teoria do direito, o processo de tomada de decisões das Cortes Superiores tem merecido grande atenção da sociedade. A presença midiática na jurisdição constitucional promove a visibilidade de grandes temas da teoria do direito. Abre-se a oportunidade para a reapreciação, pela opinião pública e pela Academia, de questões clássicas, tais como “o que é o direito?”, “qual é a sua natureza?”, “há determinação no direito?”, “há respostas corretas para as questões jurídicas?”, “é o direito objetivo?” ou ainda, “é possível falar em ciência jurídica?”.

Esta tese visa analisar a contribuição do projeto de naturalização da teoria do direito defendida por Brian Leiter, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, ao debate teórico sobre essas questões, já de há muito recorrentes no direito anglo-saxão e continental europeu¹. Desde que o naturalismo de Willard Van Orman Quine sucedeu à virada linguística e se tornou tópico importante nas áreas centrais da filosofia, tais como a epistemologia, a filosofia da linguagem e a filosofia da mente, Brian Leiter assumiu a tarefa de explorar o impacto dessa virada naturalista na filosofia² e na teoria do direito, mais precisamente sobre a questão central, a saber: “o que é o direito?”.

A pesquisa aqui apresentada tem como objetivo mostrar, em detalhe, em que consistem os principais elementos do projeto de naturalização da teoria do direito por Brian Leiter, bem como as críticas apresentadas a esse projeto. Com isso, pretendo mostrar os motivos pelos quais acredito que o projeto de Leiter é fadado ao insucesso. Em primeiro lugar, a

¹ O desenvolvimento e a qualificação da teoria do direito como ciência é peculiar à tradição continental. No Brasil, os estudos nas áreas da ciência política e do direito não se mostram alheios ao debate argumentativo sobre as questões clássicas fora dos limites da Academia. Em estudo coordenado por Maria Teresa Sadek e conduzido pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, intitulado *Magistrados: uma imagem em movimento*, de 2006, foi concluído que a relevância dos temas decididos e seu potencial para provocar impactos no âmbito público, na esfera de ação de corporações e na área privada, justificam que se dirija a atenção para as decisões do Supremo. Em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo* em 29 de setembro de 2014, o Professor Titular aposentado da Universidade de São Paulo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, indica que a justificação das decisões judiciais ganha importância inédita: “contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes, uma prática de interpretação e argumentação” (FERRAZ JÚNIOR, 2014).

² Leiter caracteriza a virada naturalista na filosofia anglo-saxã, ocorrida em meados da década de 1960 como o reconhecimento que, para esclarecer questões filosóficas sobre conhecimento, mente e moral seria necessário que a filosofia procedesse em conjunto com as ciências, em especial o ramo das ciências empíricas (2007a, p. 03).

naturalização da teoria do direito não é um método satisfatório para a avaliação da justificação das decisões judiciais, isto é, não consegue indicar a razão pela qual os juízes seguem na busca de justificativas que vão além de explicações causais. Em segundo lugar, ao hesitar entre a “dureza” do positivismo exclusivista e o perigo do “cientismo³” decorrente do radicalismo da proposta de naturalização da filosofia quineana, Leiter nos propõe uma teoria do direito frágil, sustentada por um argumento pragmático, qual seja, o “sucesso das ciências”, sem que seja ofertado um critério de sucesso dos vários tipos de investigação das teorias do direito. Ausente uma abordagem sobre o que se quer dizer com “sucesso” no processo decisório, o projeto de naturalização sucumbe a um projeto meramente empírico. Ao defender um projeto empirista para a teoria do direito, inspirado numa reconstrução naturalizada do Realismo Jurídico Norte-Americano, Leiter precisa promover uma manobra grandiosa⁴, consubstanciada naquilo que chamou de “naturalismo relaxado” (ou naturalismo moderado) para escapar de uma concepção fiscalista⁵ do direito

³ O cientismo é uma forma de idealismo, pois designa um tipo de conhecimento humano para lidar com o universo e o que se pode aprender dele (NAGEL, 2004, p. 12). Há um perigo no projeto de naturalização da epistemologia de Quine em razão deste ser produto da mesma deferência às afirmações sobre a Natureza, o mesmo desejo de harmonia com a versão global de alguma ciência totalizante, ou seja, com o fiscalismo. No entanto, pode ser denominado como uma modalidade distinta do fiscalismo, daí dizer, cientismo. Nesse sentido, a diferença de estilo e tom entre o positivismo lógico e o naturalismo de Quine pode ser assim explicado: o paradigma fiscalista do positivismo lógico de Rudolf Carnap (1959-1932) é o da ciência como uma ciência exata, a física (como o próprio termo ‘fiscalismo’ sugere); já o paradigma do naturalismo quineano é uma ciência ‘flexível’ – a antropologia, ou linguística, ou psicologia, ou história, como o caso. (PUTNAM, 1982, p. 07). Esta ideia geral é que a linguagem da física pode se tornar a linguagem universal da toda a ciência, incluindo as ciências sociais. De particular interesse é o fato de que o fiscalismo, aplicado à psicologia, é a base lógica para o *behaviorismo*; o *behaviorismo* busca a eliminação de toda a linguagem intencional da ciência da psicologia. Assim, o *behaviorismo* é uma tentativa de fazer psicologia sem o uso de termos como ‘acreditar’, ‘desejar’, ‘esperar’, ‘querer’ (GIBSON, 1986, p. 107).

Leiter se mostra ciente quanto ao problema da degeneração do naturalismo em fiscalismo, e procura se apropriar de uma abordagem menos radical do naturalismo quineano: “Quine shared with the positivists what is called (pejoratively) ‘scientism’ yet, ironically, his and others critique of logical positivism led, unexpectedly, to a new generation of armchair metaphysics (...) The proliferation of successful special sciences over the last fifty years simply lends no naturalistic support to Quine’s ontological and evidential strictures, which are artifacts of now-defunct research program of the middle of the 20th century” (2007a, p. 03). Da mesma forma em “Like the logical positivists, Quine remains committed to the primacy of science (especially physical science) in constructing our best theory of the world. He does so for different reasons than the positivists, but in the end it is crucial to recognize (as one commentator has aptly put it) that Quine remained faithful to the underlying spirit of positivism” (2007a, p. 138).

⁴ “This isn’t bears emphasizing, naturalism as Quine often presented it, which in its austere physicalism and behaviorism simply betrayed the methodological commitment at the core of naturalism (even Quine’s own), namely, to defer to whatever ontology and epistemology falls out of successful scientific practice. This is, as I have called it, a ‘relaxed’ naturalism” (2007a, p. 04).

⁵ O termo fiscalismo é conhecido também como ‘materialismo’; no uso contemporâneo, os termos ‘fiscalismo’ e ‘materialismo’ são intercambiáveis. A palavra ‘materialismo’ é muito antiga, mas a palavra ‘fiscalismo’ foi introduzida na filosofia na década de 1930 por Otto Neurath (1882-1945) e Carnap, membros do Círculo de Viena. Em breve síntese, o fiscalismo é a tese linguística de que toda afirmação é sinônimo (ou seja, é equivalente em significado) de algum fato bruto, isto é, algum evento físico e mental. A pretensão do fiscalismo é a descrição de uma perspectiva que pretende ser “absolutamente objetiva” do mundo, afastada do ponto de vista dos sujeitos. Por tal razão, “todo aquele que postula uma concepção objetiva das descrições não pode admitir que descrições do ponto de vista interno sejam representativas de

e, em determinados momentos de sua obra, essa manobra não se mostra frutífera. Ao mesmo tempo, a incapacidade do naturalismo de Leiter para abordar um discurso essencialmente normativo, como é o caso do direito, sem se socorrer da análise conceitual defendida pelo positivismo exclusivista, o coloca “no mesmo barco” que as demais teorias do direito que pretende substituir⁶. Em terceiro lugar, a incapacidade de uma concepção mínima de objetividade para avaliar a legitimidade do direito e, portanto, resolver o desafio cético. A tese quineana da indeterminação da relação entre evidência e teoria, não pode ser acriticamente importada para o contexto jurídico, porque há diferenças importantes entre o conhecimento sobre o mundo e conhecimento sobre o que o direito exige em determinadas circunstâncias. A (in) determinação do conceito de objetividade não está amarrada ou mesmo indica a objetividade do direito segundo o conceito clássico de objetividade⁷, qual seja, o de objeto independente da mente. A rejeição de especificidade de domínio em relação à objetividade jurídica⁸ representa, pois, um caso-tipo de ceticismo externo⁹, não

um estado de coisas real” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 38). A crítica ao fiscalismo tem grande expressão na obra de Thomas Nagel. De acordo com ele, qualquer forma de investigação científica será objetiva ou resultará em uma imagem objetiva do mundo. Por outro lado, temos uma série de argumentos – notadamente o argumento do conhecimento – que mostram que não há lugar para a experiência em um mundo descrito em termos puramente objetivos. O argumento do conhecimento é, por assim dizer, um argumento negativo, no sentido de que o projeto naturalista em relação ao tema da consciência não terá sucesso (v. NAGEL, 2004, p. 22).

⁶ O positivismo implica a ideia de que não podemos determinar o conteúdo adjudicatório *a priori*. Neste sentido, o naturalismo não é substituto para o positivismo jurídico; na verdade, uma forma limitada de naturalismo é o corolário de uma teoria positivista de conteúdo jurídico. Nesse mesmo sentido, ver Coleman (2001, p. 123).

⁷ Aqui eu me aproprio da definição apresentada por Nicos Stavropoulos: “In a classic approach, a domain is objective in case the existence and character of the objects that populate the domain is independent of mind, i.e., of thoughts, beliefs, desires, and other aspects of the mental. This approach puts the emphasis on the world, and treats the standing of our thoughts or beliefs as derivatives” (STAVROPOULOS, p. 01).

A ideia de que determinada afirmação considerada objetiva seja “independente da mente” baseia-se exclusivamente na compreensão desta afirmação, que é o seu objeto. Há duas maneiras que alguém poderia ser justificado em crer alguma afirmação sem ter experiências além daquelas exigidas para adquirir os conceitos relevantes: (1) ser justificado em crer a proposição com base nos outputs (evidências) de uma fonte não-experimental (por exemplo, com base em intuições racionais ou insights) ou (2) a possibilidade de aceitar essa proposta sem qualquer output (evidência) a partir de qualquer fonte (RUSSELL, 2014).

⁸ O argumento fica evidente na seguinte afirmação do autor: “My contribution (...) share’s Brink rejection of the domain specificity of objectivity” (LEITER, 2001, p. 06).

⁹ O próprio Leiter se mostra consciente a respeito da inescapabilidade do ponto arquimediano no projeto de naturalização da epistemologia de Quine. Para ele, o projeto descritivo do naturalismo substitutivo pode contabilizar certos processos cognitivos irracionais ao estudar a relação entre evidência e teoria, mas, dada a indeterminação da teoria pela evidência, mesmo quando corrigimos os erros lógicos, ainda não é possível uma abordagem sobre quais as crenças teóricas são garantidas e quais não são. A intuição quineana é que vamos aprender mais com a investigação empírica do que com a sistematização de nossas intuições normativas mundanas sobre irracionalidade. Além disso, este último projeto ainda entrará em colapso com a sociologia descritiva do conhecimento, a menos que tenhamos algum ponto fundamental fora de nossas práticas epistêmicas para avaliar as questões epistemológicas. Caso contrário, não podemos fazer mais do que relatar o que é que fazemos (LEITER, 2007, p. 39). Ao mesmo tempo, ao discutir com Jules Coleman o tema da objetividade do direito, Leiter afirma, em primeiro lugar, que pode ser que qualquer parte de nossa prática de justificação que esta proceda a partir de um ponto de arquimediano. Em segundo lugar, há uma variedade de sentidos de objetividade que não pressupõem uma posição completamente fora práticas humanas. A

funcionando, pois, como uma abordagem satisfatória do direito enquanto justificção do uso do poder coercivo pelo Estado¹⁰.

De que modo deve ser compreendido o projeto de naturalização do direito?

De uma forma mais geral, o naturalismo substitutivo de Quine afirma que as teorias conceituais e de justificção, tradicionais na filosofia, devem ser substituídas por teorias empíricas e descritivas¹¹. Existem dois tipos de rotas argumentativas ao naturalismo quineano: a primeira decorre de dúvidas sobre a distinção analítico-sintética da epistemologia tradicional¹²; a segunda decorre de dúvidas sobre a tradição do fundacionismo cartesiano¹³, particularmente na forma apresentada por Rudolf Carnap (LEITER, 2014).

Em poucas palavras, por naturalismo Brian Leiter pretende afirmar uma “doutrina metodológica sobre como devemos conduzir a investigação filosófica. Por se tratar de um método, a filosofia procede em conjunto com a ciência, como o ramo que reflete as ciências empíricas, na medida em que retrata a estrutura causal do mundo” (2009, p. 197). Leiter afirma que nenhuma reflexão filosófica sobre os conceitos de direito e decisão judicial irá revelar a função garantidora do direito quanto às respostas corretas. Se há normas que determinam quando as respostas são corretas, elas não são acessíveis pela

justificção pode contar com normas que são constitutivas das práticas, não externas a elas. E o simples fato de que tais práticas ou normas têm uma história causal ou explicação não implica que eles não têm força de justificção. Assumir o contrário é assumir, com efeito, que a justificção requer uma visão de lugar nenhum (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 556).

¹⁰ O argumento em questão é que Leiter não avança além da afirmação de que a justificção, no direito, é relativa ao exercício do poder coercivo do Estado: “In law, by contrast, the question of justification is simply whether the exercise of coercive power by courts is defensible in a democratic society (given certain normative principles that are central to a democratic society (...))This Quinean pragmatism, once again, has no implications for the question of whether or not judicial review is justified or ‘legitimate’ in a democratic society.” (LEITER, 2007a, pp. 145;148).

¹¹ Na explicação de Richard Fumerton, “If we as philosophers want to piggy-back on the success of science then we ought to make sure that we can reduce traditional philosophical disputes to terms that make the relevant questions scientifically respectable. Typically, the ‘harder’ the science, the more impressive has been its successes, and consequently if we can reduce familiar concepts of mental states to the concepts of physics, we will be better off than if we stay with the concepts employed by the relatively soft science of psychology” (FUMERTON).

¹² A afirmação se torna especialmente importante quando se trata da análise conceitual “(...) if analytic statements are gone, then so too is conceptual analysis: since any claim of conceptual analysis is vulnerable to the demands of *a posteriori* (i.e. empirical) theory construction, philosophy must proceed in tandem with empirical science, not as the arbiter of its claims, but as a reflective attempt at synoptic clarity about the state of empirical knowledge.” (LEITER, 2003).

¹³ De acordo com a explicação de Leiter, o fundacionismo na epistemologia pretende justificar o nosso sistema de conhecimento, mostrando que ele repousa sobre uma base de: (a) crenças que são justificadas em virtude de sua inferência estar em outras crenças justificadas; e, finalmente, (b) crenças ‘fundacionais’ ou seja, aquelas crenças que são ‘justificadas’ ou ‘garantidas’ sem a sua justificção, dependendo do apoio inferencial de quaisquer outras crenças. Assim, o fundacionista pensa, ao contrário de Quine, que o corpo do conhecimento científico pode ser justificado, no sentido de ser defendido ou mantido como epistemologicamente especial. ‘Epistemicamente especial’ aqui significa suportado, no fundo, por crenças fundacionais que gozam de um poder não-inferencial” (LEITER, 2007a, pp. 149-150).

análise dos conceitos; ao contrário, se essas normas existem, são internas à prática decisória. Leiter recomenda o abandono, em grande parte¹⁴, do projeto tradicional da teoria analítica em favor de uma teoria do direito naturalizada, na qual os métodos das ciências substituem os da filosofia, do mesmo modo que Quine havia sustentado sobre o método de investigação epistemológica. Leiter, então, especifica essa ideia da seguinte forma: a questão “o que é o direito” somente será respondida se soubermos qual conceito de direito é capaz de tornar verdadeiras e explicativas as melhores investigações científicas no direito, dotadas de consiliência, simplicidade (2007a, p. 211) e conservadorismo (2009, p. 1239¹⁵).

Leiter recomenda, em estreita analogia com o programa substitutivo quineano, a substituição/abandono de questões filosóficas sobre a relação entre direito e decisão judicial justificada pela explicação causal do comportamento judicial. De acordo com os ditames do naturalismo substitutivo, teóricos do direito devem parar de fazer perguntas relativas à justificação do direito, isto é, sobre o que torna uma decisão judicial justificada juridicamente, e, em seu lugar, fazer perguntas sobre a forma como os juízes decidem os casos. É um projeto de naturalização que, nas palavras do próprio Leiter, “troca (...) questões filosóficas por questões empíricas significativas” (2007a, p.117).

O que motiva a naturalização da teoria do direito? Acredito que duas são as motivações do projeto de naturalização de Leiter: (i) a defesa do Realismo Jurídico Norte-Americano da crítica formulada por H.L.A. Hart; (ii) a apresentação de uma teoria capaz de superar o interpretismo dworkiniano, representado pela mítica tese da resposta correta, como melhor e mais frutífera representação da prática jurídica.

¹⁴ Leiter estabelece, nesse ponto, uma diferença entre o naturalismo quineano e seu projeto de naturalização da teoria do direito. Para ele, se uma teoria *normativa* que especifica o que o anti-fundacional admite, a saber, que há mais de uma (embora não simplesmente qualquer uma) decisão judicial que possa ser justificada com base na classe de razões jurídicas, deve, em alguma medida, ser uma teoria que vale a pena ter. Indiscutivelmente, o próprio Leiter diz, essa teoria pode ser suficiente para desviar o desafio para a *legitimidade* política dos julgamentos, baseado na indeterminação do direito, mas será que ela garante a orientação *normativa* que os juízes querem de uma teoria? Será que uma teoria que diz aos juízes que suas decisões seriam justificadas (com base na classe de razões jurídicas) ao decidir a favor do autor pela teoria *X* ou do réu pela teoria *Y* (mas não a favor do autor ou do réu pela teoria *Z*!) realmente fornece orientação normativa que vale a pena ter? A resposta do naturalista substitutivo (de Leiter) é negativa: melhor ter um relato descritivo de *inputs* e *outputs*, que licenciasse a previsão do comportamento judicial, do que uma teoria normativa indeterminada.

¹⁵ “Here are three familiar theoretical desiderata often thought relevant: 1. *Simplicity*. We prefer simpler explanations to more complex ones, *all else being equal* (that is, without cost to *other* theoretical desiderata). 2. *Consilience*. We prefer more *comprehensive* explanations – explanations that make sense of more different kinds of things – to explanations that seem too narrowly tailored to one kind of datum. 3. *Conservatism*. We prefer explanations that leave more of our other well-confirmed beliefs and theories intact to those that do not *all else being equal* (that is, without cost to *other* theoretical desiderata)” (LEITER, 2009, p. 1239).

Leiter acredita que uma argumentação em defesa do naturalismo na teoria do direito deve seu fundamento histórico a uma reconstrução do Realismo Jurídico Norte-Americano, negligenciado na teoria do direito desde a crítica apresentada por H.L.A. Hart em “*O Conceito de Direito*”¹⁶, de 1961. Ele argumenta que os Realistas Norte-Americanos eram naturalistas prescientes (2007a, p. 65, 2010, p. 251). Ele atribui ao Realismo Jurídico Norte-Americano o legado de “uma teoria do direito naturalizada, predicada por um olhar pragmático” (LEITER, 2007a, p. 21). Naturalismo e pragmatismo são ligados da seguinte forma:

“Para prever de forma confiável e eficaz como os Tribunais decidirão se deve saber o que faz com que os Tribunais decidam como eles decidem. As causas da decisão judicial, por sua vez, só estão disponíveis para o tipo de investigação empírica modelada pelas ciências naturais e sociais que os Realistas advogam. A teoria naturalista da decisão judicial, então, deve produzir uma teoria pragmática valiosa para os advogados, ou seja, aquele que vai capacitá-los para prever como vão decidir as Cortes” (LEITER, 2007a, p. 31).

Leiter propõe, ao longo de seu trabalho, o reconhecimento da importância do naturalismo para a teoria do direito. Para ele, o naturalismo surge da reação do Realismo à incapacidade de justificar as decisões judiciais por razões jurídicas, algo comparável com a reação de Quine ao fundacionismo epistemológico de Rudolf Carnap, o qual tentou demonstrar que as teorias científicas sobre o mundo físico eram justificadas unicamente com base na experiência sensorial¹⁷. A justificação fundacional, na visão de Quine (partilhada por Leiter), tem uma estrutura muito particular, que tem como objetivo mostrar que um único resultado pode ser justificado (ou “construído”) a partir de elementos constitutivos que repousam em última análise, em algumas crenças fundacionais. Mas nem todas as tentativas de justificar uma prática envolvem buscar uma justificativa

¹⁶ Leiter se refere em especial ao capítulo VII – Formalismo e Ceticismo sobre as regras da obra prima de Hart (HART, 1994, pp. 137-168). Segundo a leitura de Leiter, os Realistas, na visão de Hart, nos deram uma ‘teoria preditiva’ do direito, segundo a qual o conceito de ‘direito’ significa apenas uma previsão do que os Tribunais vão fazer. Por exemplo, de acordo com a Teoria Preditiva, um juiz que procura definir o que é o direito em alguma questão sobre a qual ele deve proferir uma decisão está realmente apenas tentando descobrir o que ele vai fazer, uma vez que o ‘direito’ é equivalente a uma previsão de que ele vai fazer! Estas e outras implicações manifestamente tolas da Teoria Preditiva, convenceram os filósofos do direito anglo-americanos que era melhor abandonar o Realismo (LEITER, 2007a, p. 17).

¹⁷ “Quine’s target is one influential construal of this project: Cartesian foundationalism, particularly in the sophisticated form given to it in the twentieth century by Rudolf Carnap in *Der Logische Aufbau der Welt*. The foundationalist wants an account of the theory-evidence relation that would vindicate the privileged epistemic status of at least some subset of our theories: our theories (in particular, our best theories of natural science) are to be ‘grounded’ in indubitable evidence (*e.g.*, immediate sense impressions)” (LEITER, 2007a, p. 36).

“fundacional” no sentido pejorativo do termo. A própria defesa da ciência de Quine, como se verá, é decididamente não fundacional, mas pragmática: afinal, ela “funciona”.

Assim como Quine substituiu a justificação das teorias científicas por uma abordagem descritivo-psicológica sobre como as teorias são construídas, para Leiter os Realistas Norte-Americanos substituíram a justificação das decisões judiciais por uma abordagem descritivo-psicológica sobre como os juízes decidem. Dessa forma, os Realistas Norte-Americanos substituíram o “programa fundacional estéril” de justificação das decisões judiciais com base nas razões jurídicas aplicáveis, por uma abordagem descritivo-explicativa sobre qual *input* (isto é, qual combinação de fatos e razões) produz qual *output* (isto é, qual decisão judicial). A teoria da decisão judicial aparece, para o Realista Norte-Americano, como um “capítulo da psicologia (ou antropologia ou sociologia)” (LEITER, 2007a, p. 40).

Pode-se dizer que, da perspectiva naturalista, não há mais espaço para uma teoria normativa da decisão judicial? De acordo com Leiter, os Realistas Norte-Americanos não são claros sobre este assunto¹⁸, mas a maioria deles endossa um tipo de visão que podemos chamar de “*quietismo*”: qualquer teorização normativa que não respeitar os limites impostos pelos fatos da natureza humana será ociosa e inútil; é melhor “manter a calma” quanto aos assuntos normativos, do que teorizar de forma que não faça diferença para a prática (LEITER, 2000, p. 03).

A justificação para a naturalização da teoria do direito é a de que a teoria analítica da decisão judicial encontra as mesmas dificuldades que decretaram o fracasso da epistemologia analítica. O projeto de naturalização de Leiter, então, propõe uma reconstrução em relação à abordagem do direito do Realismo Jurídico Norte-Americano, a qual Leiter caracteriza como “proto-quineano” (LEITER, 2007a, p. 65). Busca também uma teoria do direito geral que comporte as melhores teorias explicativas científico-sociais do conceito de direito. Ao mesmo tempo, Leiter apresenta um conceito de direito artificial¹⁹, normativo, o que significa que se devem conhecer quais são as razões jurídicas.

¹⁸ “Norms and the ‘internal point of view’ are ineliminable features of the causal structure of the social world, but, for naturalists, causality is still benchmark of reality, and so no responsible naturalized jurisprudence can eliminate the normative aspects of law and legal systems” (LEITER, 2007a, p. 04).

¹⁹ “The concept of law is the concept of an *artifact*, that is, something that necessarily owes its existence to human activities intended to create that artifact.” Por artifício, Leiter entende que artifícios podem ser feitos de qualquer coisa; tipos naturais, pelo contrário, normalmente têm micro-constituições distintas, quer molecular, quer genética. Como um quineano, Leiter entende que ‘tipos naturais’ é apenas um nome para as coisas sobre as quais nós podemos produzir generalizações e que estaríamos dispostos a abandonar dada a interrupção para o resto do nosso quadro teórico do mundo. Esse é o único sentido de ‘natural’ que pode fazer sentido para empiristas e falibilistas. Isso significa, naturalmente, que, no fundo, “tipos naturais” também responder aos interesses humanos, e por isso a diferença entre eles e artifícios será uma questão de

Este conhecimento, entretanto, só é possível se defendida uma objetividade mínima dos fatos jurídicos. Tal objetividade mínima é compatível com a normatividade do direito precisamente por que: (i) o consenso comunitário é constitutivo dos fatos jurídicos e; (ii) tal consenso é necessariamente acessível a esta comunidade (LEITER, 2007a, p. 271). E o único conceito que é bem sucedido em relação ao cumprimento desses requisitos, na avaliação de Leiter, é o conceito defendido pelo positivismo exclusivista²⁰.

No paralelo defendido por Leiter, duas questões se tornam importantes para a sua caracterização do Realismo Jurídico Norte-Americano: a indeterminação racional do direito e a visão central (*Core Claim*) segundo a qual “os juízes decidem de acordo com os estímulos dos fatos²¹” (2007a, p. 21). A visão central se opõe ao Formalismo Jurídico, comprometido estritamente com os fatos jurídicos, ao mesmo tempo em que é permeada pelo *behaviorismo*. Assim, se um número indeterminado de decisões judiciais é compatível com um conjunto de razões jurídicas e há um número indeterminado de princípios interpretativos ou modos de organizar essas razões jurídicas que garantem decisões jurídicas diferentes²², não existem princípios interpretativos corretos e não há uma única maneira filosoficamente respeitável de escolher qual a decisão correta. O naturalismo de

grau, não de tipo. Mas diferenças de grau ainda podem ser vastas e teóricas e praticamente significativas, e que é verdade sobre a nossa forma de demarcar as coisas com um micro-constituição distintiva do material que é notável, principalmente pela forma como os seres humanos usá-lo. (LEITER, 2011, pp. 04-05).

²⁰ Na definição de Leiter: “By “legal positivism” I shall mean a view that explains the crucial question that arises about law: namely, how do we determine which norms in any society are norms of the legal system, that is, norms that are “legally valid.” According to the positivist, (1) norms are legally valid only in virtue of having certain sources (such as judicial pronouncement or legislative enactment) and without regard for their merits, that is, without regard for whether the norms are fair or just or efficient or sensible (call this, borrowing Raz’s terminology, the “Sources Thesis”); and (2) the relevant sources of law in each society are fixed by a contingent practice of officials of the legal system (call this the “Conventionality Thesis”). One consequence of the Sources and Conventionality Thesis is that, as the famous slogan has it, “there is no necessary connection between law and morality,” which means, more precisely, that either (1) it is not necessary for a norm to be legally valid that it satisfy a moral criterion (as Hart would have it), or (2) it is necessary that morality not be a criterion of legal validity (as Raz would have it). (My statement of the Sources Thesis obviously favors Raz’s formulation, and I believe that his version actually has all the virtues I attribute to the positivist theory in what follows.)” (LEITER, 2013, p. 02).

²¹ Leiter explica que os Realistas Norte-Americanos não apresentaram uma teoria do direito, mas uma teoria da decisão judicial, sublinhando que é um erro atribuir-lhes a “visão recebida”, de acordo com a qual os juízes “exercem a sua escolha sem restrições na escolha de um resultado” e “fazer esta escolha, tendo em conta os gostos e valores pessoais ou idiossincráticos”. Na explicação de Leiter, por conta da *Core Claim*, os Realistas Norte-Americanos avançam (1) uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, de acordo com o que (2) as decisões judiciais caem em padrões determinados (sociologicamente), em que (3) juízes alcançam resultados com base em uma resposta (geralmente compartilhada) aos fatos subjacentes ao caso, que (4) que, então, racionalizam após o fato, com as regras e razões jurídicas cabíveis (LEITER, 2007a, p. 30).

²² “Theory of adjudication is concerned not with the relationship between ‘evidence’ and ‘scientific theory,’ but rather with the justificatory relationship between ‘legal reasons’ (the input, as it were) and judicial decision (the output): theory of adjudication tries to tell judges how they ought to justify their decisions, i.e. it seeks to ‘ground’ judicial decision-making in reasons that require unique outcomes” (LEITER, 2014).

Leiter oferece, então, duas saídas relacionadas à explicação²³ causal²⁴ das decisões judiciais: (i) abandonar a ideia de que os *inputs* decisórios justificam as decisões judiciais (*outputs*) e simplesmente estudar os mecanismos sociais, econômicos e psicológicos da decisão judicial ou; (ii) explorar os modos pelos quais os juízes decidem os casos, na esperança de descobrir o que são as normas expressas em suas práticas decisórias. Leiter está especificamente preocupado, portanto, com a importação dos métodos e conhecimentos das ciências sociais e, posteriormente, da filosofia experimental²⁵, em particular, com o ramo desta filosofia capaz de investigar empiricamente quais intuições²⁶ as pessoas têm a respeito de vários conceitos, incluindo o conceito de direito²⁷ e de objetividade jurídica.

Grande parte da argumentação de Leiter se fundamenta, portanto, em duas teses da epistemologia naturalizada de Quine. A primeira tese é o *holismo*, a relação entre a evidência (os fatos) e as crenças (ou teoria) é holística, no sentido de que todos os testes de evidências confirmam ou infirmam um conjunto de crenças como um todo, e não uma crença individual. Ao fazer ajustes ou revisões em outros lugares da rede de crenças, qualquer evidência pode ser conciliada com a crença que noutra ocasião poderia ser refutada. O quão disposto alguém está para abandonar qualquer crença particular em face

²³ Leiter utilize os termos explicação e justificação de forma muito ampla e, muitas vezes, parece querer fazer com que os termos se substituam mutuamente. Ao mesmo tempo em que afirma que “Not every explanation of a belief, of course, constitutes a justification of that belief” (...) “But more important for our purposes is the converse proposition: not every justification of a belief provides an explanation of it” (LEITER, 1997, pp. 907-908).

²⁴ “Recall, too, what is required for a ‘naturalized’ jurisprudence: we seek methodological continuity with the natural and social sciences. Folk theories plainly satisfy this demand: they are predicated on empirical observation of judicial decisions; they seek causal explanations for these decisions, inasmuch as they understand ‘reasons’ as ‘causes’; and they look for regular, law-like-ideally lawful-patterns of decision” (LEITER, 2007a, p. 56).

²⁵ A filosofia experimental é considerada um novo ramo da filosofia, que tem estudado os julgamentos *intuitivos* das pessoas quando apresentados com exemplos bem conhecidos no campo da ética e epistemologia. No campo da epistemologia, por exemplo, pergunta-se para um grupo de pessoas (muitas vezes de diferentes origens étnicas, culturais, econômicas e educacionais), em um cenário hipotético se elas conhecem, ou só acreditam, que alguma proposição é verdadeira, digamos, se a pessoa conhece “ovelha”, ou só acredita, que há “ovelhas no campo”. Na ética podem apresentar os assuntos com um caso e perguntar-lhes se é errado ou não errado, fazer o que é descrito. A partir disso, registram os dados, que consideram julgamentos *intuitivos* e observam as diferenças nas respostas, digamos, entre os diferentes grupos étnicos ou econômicos.

²⁶ Considero por intuição “o estado mental em que alguma afirmação parece verdadeira para alguém, mas não com base em qualquer inferência” (RUSSELL, 2014). Desse modo, não haverá nenhuma razão para pensar que uma intuição sempre fornecerá evidências para a afirmação de que é o seu objeto, o que será importante para a fundamentação da tese da indeterminação pelo naturalismo quineano.

²⁷ “That means I suggest, that the future for ‘naturalizing jurisprudence’ will lie either with the program outlined in Part I, or, in a different direction, namely, that suggested by the experimental philosophers in which the case it is likely, though not certain, to be an exercise in sophisticated conceptual ethnography” (LEITER, 2007a, p. 06).

de evidências recalcitrantes é uma função do quão central está a crença na rede de crenças e das vantagens relativas da nova teoria²⁸.

A segunda tese extraída de Quine por Leiter é a da *indeterminação*²⁹. Quine argumenta que o programa fundacional é inviável, em parte porque as evidências sempre subdeterminam a escolha entre teorias, e, portanto, não é possível justificar a escolha de apenas uma delas. Com o “fracasso” do projeto fundacional cartesiano, Quine chega à conclusão de que o único estudo frutífero da relação entre a evidência (*input* sensorial) e teoria (*output* cognitivo) é um relato descritivo do que de *input* faz com que a *output*, do tipo fornecido pela psicologia³⁰. Transportado o raciocínio para a teoria do direito, se este é sempre racionalmente indeterminado, então não é possível uma abordagem normativa e fundacional da relação entre as razões jurídicas³¹ e uma decisão em particular, porque o conjunto de razões jurídicas é capaz de justificar mais do que uma decisão (ou seja, subdetermina qualquer decisão particular).

Mas será que ganhamos uma teoria realmente frutífera com uma explicação radicalmente naturalizada do direito? Na verdade, duas são as limitações da analogia com o naturalismo substitutivo de Quine para a teoria do direito, reconhecidas por Leiter, o que permite

²⁸ “Quine deems foundationalism to be a failure: the semantic part of the program is rendered unrealizable by meaning holism on the one hand (theoretical terms get their meanings from their place in the whole theoretical framework, not in virtue of some point-by-point contact with sensory input), while the epistemic part of the program is defeated by the Duhem-Quine thesis about the underdetermination of theory by evidence on the other (there is always more than one theory consistent with the evidence, in part, because a theoretical hypothesis can always be preserved in the face of recalcitrant evidence by abandoning the auxiliary hypotheses that informed the test of the hypothesis)” (LEITER, 2014).

²⁹ A tese da indeterminação defendida por Quine tem como base uma tese anterior, a da subdeterminação. Essencialmente, a subdeterminação quer dizer que a teoria física (ou seja, a nossa teoria sobre o mundo) supera as nossas observações experienciais sobre o mundo, e que teorias diferentes podem, portanto, ser desenvolvidas a partir desse mesmo conjunto de observações. Na explicação de Roger Gibson, a teoria física é subdeterminada pelas observações que o suportam, gerando, assim, uma boa quantidade de amplitude empírica em nossas crenças sobre o mundo. O argumento de Quine para a indeterminação na base de subdeterminação é o seguinte: uma observação por si só é insuficiente para a fixação de qualquer forma única as sentenças teóricas de uma teoria. A este respeito, a teoria diz-se ser metodologicamente subdeterminada por observação. Quando, no contexto da tradução radical, um linguista traduz tal teoria, ele o faz por traduzir as sentenças de observação da teoria igualando significados de estímulos sensoriais. Além disso, ele deve usar hipóteses analíticas. Por meio dessas hipóteses analíticas o linguista passa a compreender a abertura empírica da teoria. No entanto, as próprias hipóteses analíticas são metodologicamente subdeterminadas pelas sentenças de observação da teoria que está sendo traduzida. Consequentemente, o linguista poderia ter escolhido algum outro sistema de hipóteses analíticas, assumindo assim abertura empírica da teoria em, talvez, formas incompatíveis (GIBSON, 1982, pp. 90-91).

³⁰ “If a normative, foundational account of this relationship is unrealizable (because, for example, evidence underdetermines theory), then there is only one fruitful account of this relationship to be given: namely, the purely descriptive, causal account given by the science of human cognition” (LEITER, 2010, p. 256).

³¹ São razões jurídicas para Leiter: (i) as fontes legítimas do direito (leis, decisões judiciais, moralidade, a Constituição, etc.); (ii) os métodos legítimos de interpretação das fontes do direito (intencionalismo, originalismo, interpretação finalística, interpretação estrutural, formas mais amplas ou mais restritivas de leitura dos precedentes); (iii) as formas legítimas de caracterizar os fatos de um caso em termos de sua significância jurídica; (iv) as formas legítimas de raciocinar sobre regras jurídicas e da descrição jurídica dos fatos (raciocínio dedutivo, raciocínio por analogia). (LEITER, 2007a, p. 09).

concluir que ele endossa uma forma de naturalismo mínimo. A primeira é que ela deve ser localizada na teoria da decisão judicial, e não na totalidade da teoria do direito. Claro que continua a ser possível para o naturalista substitutivo defender o conceito da legalidade precisamente nas bases empíricas observadas segundo uma concepção radical do naturalista quineano. Para Leiter, a única boa razão para preferir a análise conceitual tradicional³² não é porque ela parece intuitivamente óbvia, mas porque ela ganha seu lugar ao figurar em teorias *a posteriori* de sucesso no mundo (2014). Mas, tal como está, a analogia com o ataque de Quine sobre a epistemologia fundacional não garante o abandono radical da análise conceitual tradicional³³.

A segunda limitação é que as razões não-jurídicas (por exemplo, julgamentos de equidade, ou consideração de normas comerciais) explicam as decisões. Elas, é claro, explicam as decisões justificando-as, embora não necessariamente justificam um resultado único (ou seja, as razões não-jurídicas podem racionalizar outras decisões fora do direito, não se limitando a um único domínio do conhecimento). Para Leiter, se as razões não-jurídicas são indeterminadas no sentido quantitativo/qualitativo, então qualquer explicação causal da decisão judicial terá de ir além das razões para identificar os fatores psicossociais (por exemplo, sobre a personalidade, classe, gênero, socialização, etc.) que causam a decisão. Essa “naturalização” da teoria da decisão judicial pode não ser suficientemente

³² Entendo por análise conceitual é uma atividade filosófica de analisar conceitos, identificando o seu conteúdo e da forma em que eles se relacionam com outros conceitos. Aqui eu uso a palavra ‘conceito’ em seu sentido clássico para se referir a uma ideia (ou seja, o conteúdo do nosso pensamento) que se aplica a um conjunto de coisas ou situações individuais, que se expressa por palavras, isto é, que ‘faz a mediação entre a mente e a realidade’, e é de vital importância para nossa compreensão. Na visão tradicional, a análise conceitual é supõe destacar um conjunto de verdades analíticas *a priori* sobre um conceito que está sendo analisado, revelando, assim, as condições da sua aplicação adequada suficientes.

³³ Nos seus primeiros ensaios, Leiter atribui à análise conceitual um papel meramente instrumental: ‘se uma análise conceitual proposto deve ser preferida em relação às outras, deve ser porque ela ganha o seu lugar, facilitando o sucesso de teorias *a posteriori* de direito e das instituições jurídicas’ (LEITER, 2007a, p. 134). Eventualmente, Leiter conclui que a teoria jurídica deve “levantar-se da poltrona e descobrir o que antropólogos, sociólogos, psicólogos e outros podem nos dizer sobre as práticas sociais e em torno de direito”, a fim de proporcionar uma melhor explicação sobre o direito (Leiter, 2007a, p. 134). Em seus artigos mais recentes, Leiter toma uma atitude ainda mais implacável para com a análise conceitual e o apelo às intuições dos filósofos. A análise conceitual diz, Leiter, “está epistemologicamente falida” (Leiter 2007a, p.190) e uma teoria legal naturalizada, com o objetivo de descrever a realidade dos fenômenos jurídicos, deve (...) abster-se de tais métodos (Leiter 2007a, p. 183). Ele refuta ainda a análise conceitual modesta, como coloca, “The question is, having conceded this much, what remains? Conceptual analysis, as Jackson conceives it, becomes hard to distinguish from banal descriptive sociology of the Gallup-poll variety” (LEITER, 2007a, p. 177). A filosofia naturalizada, afirma Leiter, “não tem métodos especiais para a investigação do mundo; é simplesmente a parte abstrata e reflexiva da ciência empírica” (Leiter 2007a, p. 181). No caso da teoria do direito naturalizada, conclui Leiter, “essa mesma abordagem significaria levar a sério a enorme literatura científica social sobre instituições de direito para ver o conceito mais poderosos e os modelos explicativos e preditivos de fenômenos jurídicos como o comportamento judicial” (LEITER, 2007a, p. 184). No entanto, Leiter denota posteriormente certa reserva quanto a esta forma de naturalizar teoria do direito dada “a condição epistemologicamente frágil das ciências sociais preditivo-explicativas do direito” (LEITER, 2007a, p. 192).

austera em sua ontologia para escrúpulos quineanos, mas ainda é uma “tentativa reconhecível de subsumir o que os juízes fazem dentro de um quadro científico (social)” (LEITER, 2007a, p. 65; LEITER, 2014).

No que tange o conceito da objetividade, Leiter se destaca entre os teóricos do direito que procuram transportar a abordagem deste conceito para outros domínios do conhecimento. Seu projeto de naturalização visa à investigação puramente empírica ou analítica, qualificada como “ciência jurídica”. Ele pressupõe que a ciência (no sentido das ciências naturais), por definição, é objetiva. É ela destinada a apresentar afirmações verdadeiras, ou teorias verdadeiras ou adequadas, sobre um determinado assunto. A questão da objetividade da ciência jurídica, nesse sentido, é se o que é chamado de ‘ciência jurídica’ está em conformidade com os padrões de objetividade científica, ou seja, se ela merece o seu nome. A objetividade científica, sob o ângulo do naturalismo, pressupõe um objeto sobre o qual se possa fazer afirmações verdadeiras, no sentido de serem (i) epistemologicamente independente da mente e; (ii) provoca a diferença causal em nossa experiência.

Como o assunto da teoria do direito é o conceito de direito, a objetividade dessa teoria dependerá da objetividade do direito. Somente na medida em que o conceito de direito é objetivo, ele será objeto apropriado para o estudo da teoria do direito como ciência. No entanto, para Leiter, como o direito não é um conceito determinado, mas apresentado na forma de sentenças normativas internas sobre os procedimentos básicos de justificação, não seria em todos os aspectos, um objeto apropriado de investigação científica. Isso significa dizer que o caráter normativo do direito, ou seja, sua pretensão de fornecer um sistema comum de normas vinculativas para todos os seus destinatários, coloca em dúvida se ainda é possível a identificação do “que é direito” de uma maneira puramente descritiva. Além disso, a indeterminação do direito exige sua interpretação, e isto novamente pode demandar concepções normativas a respeito de qual seria a melhor prática jurídica existente. Finalmente, pode-se duvidar de que a construção de teorias jurídicas que sistematizem o direito positivo possa ser normativamente neutra. Assim, segundo a projeção naturalizada da teoria do direito, a objetividade do direito é posta em dúvida por suas aspirações práticas, isto é, de estar em continuidade com os resultados da ciência.

Entretanto, há opções para considerar a objetividade da ciência jurídica em face do caráter normativo e carregado de valor do direito. Um deles é a adoção de um conceito da ciência jurídica, que evite questões normativas ou avaliativas, reduzindo-o a fatos empíricos. Tal alternativa se convencionou denominar *reducionismo*. Outra opção é a demonstração de

que as teorias normativas do direito possam ser objetivas. Mesmo diante desse *normativismo*, entretanto, a justificação racional de normas pode ser possível em alguns casos, mas o seu alcance é limitado. Como alternativa, pode-se aceitar que o direito, visto como um sistema de orientação de ação normativa, não é um fenômeno completamente objetivo e, conseqüentemente, que a teoria jurídica não pode ser uma ciência jurídica puramente objetiva, mas tão somente minimamente objetiva, fundada no consenso da comunidade. Aparentemente esta é a solução heterodoxa do projeto de naturalização de Brian Leiter, pendente entre o reducionismo e o normativismo, o que o torna vulnerável às críticas de ambos os lados.

2. Por que estudar um projeto de naturalização da teoria do direito?

Mas por que motivo seria relevante apresentar os fundamentos do projeto de naturalização da teoria do direito, bem como as razões do seu insucesso? Qual o interesse de empreender esse esforço teórico? Qual a importância da teoria do direito para a prática jurídica?

Ora, a resposta a tais questões mereceria uma longa digressão, que vai da “abordagem da utilidade prática à utilidade teórica da teoria do direito” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 12). Para Brian Leiter, a investigação filosófica visa verdade e compreensão, causa efeitos sobre nossas práticas, e não é óbvio por que a filosofia jurídica deveria ser diferente. Logo, para ele, se a filosofia jurídica, dentre os demais ramos da filosofia, supõe afetar a prática sobre a qual ela se debruça, então uma razão especial terá de ser fornecida.

Na opinião de Leiter (a qual compartilho), as Escolas de Direito muitas vezes apoiam o estudo da filosofia do direito, e, dada a sua missão, tais instituições têm o direito de esperar que a filosofia do direito afete sua prática. A comparação com as escolas de medicina é instrutiva, já que a sua ramificação filosófica, a bioética, é oferecida precisamente por causa da sua relevância para a prática clínica³⁴. Mas esta observação simplesmente nos obriga a ter clareza sobre o que se entende por “afetar a prática jurídica”. De acordo com

³⁴ Outra não é a opinião do professor Ronaldo Porto Macedo, expressa em sua defesa de Tese de Titularidade do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Um exemplo do tipo de resposta que poderíamos dar a pergunta seria que a teoria do direito funciona como uma espécie de laboratório conceitual nutrindo a *dogmática jurídica* de categorias úteis para a resolução de conflitos jurídicos. A teoria do direito, neste caso, manteria com a dogmática jurídica (aqui entendida como um tipo de saber tecnológico) uma relação análoga àquela estabelecida entre a física teórica e a engenharia civil. A primeira seria útil na formulação dos conceitos centrais utilizados pela tecnologia de construção. O vínculo entre a teoria e a prática, assim, se estabeleceria de *forma indireta*, na medida em que seria importante para a elaboração de sistemas de pensamento úteis para nossas ações práticas” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 12).

Leiter, nos Estados Unidos, os trabalhos acadêmicos em direito, da teoria do direito à análise econômica do direito e à teoria constitucional, não afetam a prática, no sentido de influenciar diretamente a forma como os advogados aconselham os clientes, como os Tribunais decidem casos ou como o Legislativo elabora as leis³⁵. Mas há outra forma de influenciar a prática que é, naturalmente, a de afetar a mentalidade, a perspectiva ou o repertório intelectual dos praticantes, e a filosofia do direito tem a oferecer tanto quanto a maioria dos outros ramos do conhecimento jurídico. Na verdade, dada a sua ênfase tradicional na clareza, rigor analítico e seus pressupostos conceituais e normativos, a filosofia do direito está entre as disciplinas mais “práticas” no currículo. E, para Leiter, certamente, quando o campo da teoria do direito é interpretado pelo método naturalista, o benefício prático para os estudantes de direito é claro:

“Isso significa que os filósofos do direito devem estar pensando sobre a psicologia da moralidade e da ação; o papel dos interesses econômicos, tanto no direito material como na sua articulação teórica; as limitações que a natureza humana impõe ao direito e à regulamentação jurídica; e, talvez, o mais importante, o que a pretensão fundamental dos seres humanos para o comportamento racional conjugado com sua irracionalidade igualmente fundamental significa para todos os sistemas de governança normativa, jurídicos ou não” (LEITER, 2007, p. 11).

Brian Leiter vem defendendo a ideia de que a melhor maneira de conceber o direito e seus limites é aquela que facilita a nossa investigação científica social. Em parte, isso é uma convocação para que mudemos de assunto, nos preocupemos menos com a questão sobre o que é o direito e mais sobre o que acontece na prática jurídica. Mas Leiter também parece estar sugerindo que podemos responder à questão sobre o que é direito, abraçando um conceito que surge como mais conveniente no estudo científico social da prática jurídica. Presumivelmente, a concepção positivista do direito surgiria a partir desta abordagem.

³⁵ Em minha dissertação de mestrado, aponte no trabalho de Richard Posner sua preocupação com os limites da utilidade das preocupações teórico-jurídicas para a prática, especialmente no que se refere à decisão judicial. Posner reconhece que não há mais consenso político criado nas décadas de 1950 e 1960 entre membros da esquerda e da direita, existindo muitas subvertentes políticas e ideológicas, cada qual nos fornecendo uma resposta diferente sobre muitos problemas jurídicos surgidos com o aumento significativo da litigância. A dogmática tradicional já não seria capaz de solucionar as especificidades das questões, muitas vezes envolvendo informações de caráter científico e tecnológico. Coincidentemente a esse declínio de consenso, na década de 1960 desenvolveram-se disciplinas complementares ao estudo da sociedade, como a economia. Com o “envelhecimento” das leis e normas Constitucionais, o ensino jurídico tradicional, com ênfase na análise dos precedentes e do texto jurídico, já não é suficiente para a solução de litígios. Seu papel crescente na compreensão da sociedade vem a diminuir a fé no direito enquanto disciplina autônoma. Como afirmou, “quanto mais tímida for a defesa da objetividade das interpretações das leis e da Constituição, menor a confiança na utilização dessa forma tradicional de conhecimento jurídico” (POSNER, 1987, p. 777; v. ARRUDA, 2011).

Não entendo que tal argumento, colocado como uma razão para favorecer uma concepção de direito em detrimento de outra, seja tão convincente. Ora, como é possível compreender fatos normativos, como os fatos jurídicos de acordo com uma teoria do direito naturalizada?

Leiter sugere que sua justificção para a naturalização da teoria do direito é metodológica e não ontológica. É a positivação que confere o estatuto ontológico ao direito e que permite que este seja estudado no âmbito das ciências empíricas³⁶. O positivismo, para Leiter é capaz de explicar facilmente o fato mais importante sobre os sistemas jurídicos modernos: a saber, que, apesar de sua complexidade, “existe concordância massiva sobre o que o direito é, na grande maioria das questões jurídicas que surgem na vida comum. Se não houvesse acordo maciço sobre o que é o direito, então todo sistema jurídico moderno entraria em colapso sob o peso das disputas que resultaram” (LEITER, 2013, p. 11). A concordância massiva é explicada pelas teses das fontes sociais e da separabilidade: porque as autoridades convergem sobre quais são as fontes do direito, qualquer profissional competente pode determinar a maior parte do tempo o que o direito faz ou não exige.

Sua resposta em favor do positivismo é pragmática, naquilo que o senso comum entende como pragmático³⁷: apenas as teorias [positivistas] que fazem a diferença para a prática valem o esforço do jurista. O efeito prático é a medida relevante de valor em matérias teóricas. Logo, se a ciência tem mostrado que “funciona³⁸”, então ela pode ser o paradigma

³⁶ Na defesa de Leiter: “We need not stop with appeal to the phenomenon of massive agreement about what the law is, for the positivist theory explains more than that: it purports to explain how the ordinary person familiar with a modern municipal legal system understands law; it purports to explain how the distinction between legal and moral norms is drawn; it purports to explain the *general* concept of law, not just the idea of law in any *particular* legal system; and so on” (LEITER, 2009, p. 1248).

³⁷ Leiter explica que, do ponto de vista filosófico, as normas epistêmicas do senso comum e as normas epistêmicas da ciência estão simplesmente em um *continuum*. A necessidade pragmática de prever o sucesso do curso de experiência é fundamental para a vida cotidiana e para o empreendimento científico; mas isso significa, por sua vez, que a razão pragmática para as nossas normas epistêmicas mais básicas podem ser encontradas nas características universais da condição humana, por exemplo, a necessidade de explicar a nossa experiência buscando prever o que vai acontecer (LEITER, 2007a, p. 51) Em outra oportunidade ele destaca que: “Science, for Quine, is simply on a continuum with common sense, which, like science, aims to predict the future course of experience in order to facilitate our coping with the world. It is just that science, unlike folk psychology or economics, predicts the future course of experience with much greater precision and reliability. For creatures like us, it is a pragmatic necessity to figure out what will come next. This pragmatic need puts us all ‘within’ science as it were. Our cognitive position is always internal to a body of substantive theory, and that theory is scientific because that is the theory that works for creatures like us. This Quinean pragmatism, once again, has no implications for the question of whether or not judicial review is justified or ‘legitimate’ in a democratic society” (LEITER, 2007a, pp. 147-148).

³⁸ Este argumento é recorrente na obra de Brian Leiter: “The radicalism of this pragmatism resides in its recognition that the only possible criteria for the acceptance of epistemic norms—norms about what to believe—are pragmatic: we must simply accept the epistemic norms that work for us—that help us predict sensory experience, that allow us to manipulate and control the environment successfully, that enable us to ‘cope’. Pragmatic criteria are, at the limit, the only possible criteria for the acceptance of epistemic norms precisely because we can’t defend our choice of any particular epistemic norm on epistemic grounds ad infinitum. At

para compreensão de todo o universo. O pragmatismo quineano, na leitura de Brian Leiter, não entra no nível de uma teoria da verdade³⁹, mas no nível da justificação (2007a, p. 147). No caso do direito, uma teoria da decisão judicial que “funcione” será aquela capaz de prever como os Tribunais decidem, de tal sorte que naturalismo e pragmatismo estão conectados no seguinte sentido: deve produzir uma teoria pragmática valiosa, que capacite a previsão do que farão os Tribunais.

O que é necessário, então, para uma teoria do direito “naturalizada”? Seguindo a epistemologia naturalizada de Quine, Leiter expressa a crítica ao método de análise conceitual tradicional *a priori* e ao papel da intuição na teoria do direito, alegando que esta deve estar enraizada na pesquisa empírica sobre o que se entende por direito, o que permitiria uma análise conceitual *a posteriori* do conceito de direito. Para Leiter, isto significa buscar a continuidade metodológica com as ciências naturais e sociais, substituindo as investigações *a priori*, licenciando previsões sobre que os Tribunais vão fazer no futuro em determinado domínio do direito. Teorias que se baseiam na observação empírica das decisões judiciais, nessa linha, satisfazem essa exigência. Elas buscam explicações causais para as decisões, na medida em que elas entendem “razões” como sinônimo de “causas⁴⁰”, procurando por padrões regulares e ideais de decisão judicial

some point, we must reach an epistemic norm for which the best we can say is, “it works.” (2007a, p. 50); “[S]cience ... and the norms of a scientific epistemology... are the highest tribunal not for any a priori reasons, but because... science has... ‘delivered the goods’; it sends the planes into the sky, eradicates certain cancerous growths, makes possible the storage of millions of pages of data on a tiny chip, and the like” (LEITER, 2001, p. 71); “The real argument for embracing a scientific epistemology, however, is not itself epistemic but pragmatic: such epistemology, as noted earlier, has delivered the goods” (LEITER, 2007a, 275).

³⁹ Leiter entende que a teoria da verdade do pragmatismo de Quine restringe-se ao que ele denomina “norma científica”. Tal norma, porém, foi obscurecida pelo pragmatismo filosófico de Richard Rorty como ele coloca: “That norm is vindicated, as it were, by its practical success: it works! Indeed, it works so well that it now dominates all the systematic inquiries of human beings, from physics to psychology. That is the truth in pragmatism—the epistemic norms that help us cope are the ones on which we now rely—but it is a truth obscured by Rorty’s promiscuous version of the doctrine, which confuses the criteria for relying on particular epistemic norms (namely, that they work for human purposes) with the *content* of the norms themselves (most of which make no reference to human purposes, but rather criteria like causal or explanatory power)” (LEITER, 2007b, p. 05).

⁴⁰ A ideia de razões como causas tem inspiração na obra de Donald Davidson (1917-2003). Em *Decision-Making: An Experimental Approach*, de 1957, Davidson prepara-se para defender a visão de que a explicação da ação em função de razões (algo que, por exemplo, quando nos referimos a intenções ou motivos de um agente) é também uma forma de explicação causal. Na verdade, ele argumenta que razões explicam ações apenas na medida em que são as causas dessas ações. Esta abordagem estava em clara oposição à ortodoxia wittgensteiniana daquele tempo. Davidson trata a conexão entre a razão e a ação (onde a razão é de fato o motivo da ação), como uma conexão que se obtém entre dois eventos (o agente por um lado e a sua atuação sobre a outra) que podem ser variadamente descritos. A conexão é justificada, na medida em que o par crença-desejo (a ‘principal razão’) especifica o motivo da ação, mas também é causal, na medida em que o evento causa o outro se também for a razão para essa causa. É precisamente porque a razão é causalmente relacionada com a ação que a ação pode ser explicada por referência à razão. Com efeito, em que um agente tem um certo número de razões de agir, e ainda atua sobre a base de uma razão em particular, não há

(LEITER, 2007a, p. 56). Se esse é o argumento, quais são as razões para procurar por melhores explicações científicas para as práticas jurídicas, considerando as teorias sócio-biológicas que terão maior êxito na satisfação dos critérios de consiliência e simplicidade? Concordo com Jules Coleman (2001, p. 121) quando afirma que nenhum filósofo do direito poderia brigar com um projeto que tem como objetivo descobrir as regularidades do direito na tomada de decisão judicial. Tais leis científicas sociais da decisão judicial poderiam tornar os julgamentos mais previsíveis, o que poderia ter um efeito salutar na coordenação e planejamento da prática jurídica; uma ciência social de julgamento também seria valiosa em termos puramente teóricos, como uma forma de tornar a legislação e a prática jurídica mais racionalmente inteligível.

Entretanto, se Leiter pretende que a naturalização da teoria do direito seja vista como uma forma de contribuição para a teoria do direito num sentido mais amplo, o que inclui o plano normativo, deve também considerar o caráter eminentemente argumentativo do empreendimento jurídico. Isso significa dizer que tanto os advogados procuram apresentar a melhor justificação de seus argumentos como os juízes procuram apresentar a melhor justificação de suas decisões judiciais. Há uma evidente busca por verdade na decisão das questões jurídicas e o conhecimento delas enquanto verdade depende da adoção de um critério de justificação que contenha um valor de justiça.

Naturalmente, as teorias da decisão judicial que os advogados empregam não tem a característica da sistematicidade das teorias científicas genuínas: em particular, eles não conseguem extrair o conceito de direito apenas do comportamento judicial. A ciência política, que dispensa a psicologia popular em favor de buscar correlações “jurídicas” entre os perfis dos juízes e suas decisões não tem tido muito sucesso. Mas, para Leiter, se a literatura da ciência política na tomada de decisão judicial não tem tido grande sucesso talvez seja porque a teoria do direito tenha “abandonado muito rapidamente o *insight* de Jerome Frank, segundo o qual a personalidade dos juízes é fator determinante na administração do direito” (LEITER, 2007a, p. 56).

Mas o que se quer dizer com justificação dos argumentos e decisões judiciais? Por que a personalidade dos juízes seria determinante? A literatura filosófica moderna distingue entre razões explicativas e razões justificadoras. As primeiras são razões que tentam explicar nossas ações e atitudes. As últimas são razões que tentam justificá-las. Em contextos em que estamos preocupados com a explicação de uma ação, não perguntamos quais motivos

nenhuma maneira de escolher apenas esse motivo sobre o qual atua o agente do que a outra, dizendo que é a razão pela qual *causou* sua ação (MALPAS, 2014).

que determinaram sua realização, mas quais eram as razões do agente para a sua execução. Seria natural pensar nessa distinção simplesmente como uma variante terminológica. Para muitos propósitos e, em muitos contextos, esta suposição é realmente segura o suficiente⁴¹. Entretanto, nem toda explicação de uma ação, é claro, constitui a justificação dessa ação. É o que ocorre quando se trata da formação de nossas crenças: a ciência pode explicar a cadeia de causas que levam alguém a sustentar determinada crença, mas não tem o mesmo sucesso na justificação dessa crença como verdadeira ou falsa.

Um exemplo pode tornar tal ideia mais evidente. Fernando apoia ativamente uma campanha para salvar as florestas tropicais. Ele realmente não se importa em salvar a floresta tropical como algo importante por si só, mas ele é apaixonado por Manoela que, ele acredita, se preocupa muito com isso. Ele espera que sua campanha vá impressioná-la. Mas Manoela não é nem mesmo levemente impressionável com essas coisas. E se casar com Manoela, cujo caráter ele mal interpretou, o faria, de fato, muito infeliz. Assim, as razões que explicam o que fez Fernando não conseguem justificar sua ação, a menos que possamos supor que Fernando pode se preocupar em salvar as florestas tropicais, ou ao mesmo que contribuir para salvá-las valha a pena e, talvez, também, que a campanha que ele está apoiando é eficaz no seu intento (salvar as florestas tropicais). Então, pode haver excelentes razões *justificativas* para o que faz Fernando, embora estas não se envolvam ou desempenhem nenhum papel na *explicação* de suas ações.

Ora, Leiter indica que o seu projeto de naturalização da teoria do direito está preocupado não com a relação entre “evidência” e “teoria”, mas sim com a relação justificativa entre “razões jurídicas” e decisão judicial. O projeto de naturalização, portanto, limita-se à teoria da decisão judicial, à qual é dado um pequeno papel⁴² da análise conceitual tradicional das teorias do direito⁴³.

⁴¹ De acordo com a explicação de Leiter, “Justification takes place within what the philosopher Wilfrid Sellars aptly called ‘the space of reasons’. Explanation takes place, we might say, within the space of causes. I *justify* my belief that the ether analogy is inapt by giving reasons for the claim. I *explain* why the window broke by appealing to a cause: the baseball that crashed through it. Some justifications can be explanations and vice versa. If a rational agent would be justified in believing that *P*, then we can probably explain a rational agent's belief that *P* in terms of the justification for *P* (since rational justifications ‘cause’ rational agents to hold beliefs). Conversely, the best explanation for a belief that *P* is sometimes simply that a belief that *P* is justified” (LEITER, 1997, p. 907).

⁴² Na leitura de Brian Bix, “Brian Leiter advocates a legal theory that is descriptive but not conceptual (if ‘conceptual’ is equated with ‘a priori conceptual analysis’; what Leiter does could be characterized as “a posteriori conceptual analysis’)” (BIX, 1999, p. 193).

⁴³ “Jurisprudence *per se* is not naturalized – just that part of jurisprudence concerned with the theory of adjudication. For Quine, of course, to naturalize philosophy is just to put philosophers out of business and turn the whole affair over to empirical inquirers. But Quine's conception of naturalization is especially radical in this regard. Most ‘naturalistic’ philosophers think that there remains some characteristically philosophical work to do (e.g., conceptual analysis’), even if philosophical questions ultimately require naturalistic answers.

Qual o sentido de decisão judicial a que Leiter se refere? A decisão judicial está ligada aos processos deliberativos que levam à aplicação do direito (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 19). Contextos deliberativos são essencialmente contextos em que se busca avaliar as razões candidatas a justificar um *fazer* ou *não fazer*. A preocupação em tais contextos é sempre mais justificativa do que explicativa, embora as razões pelas quais se decide⁴⁴ possam ser posteriormente citadas na explicação daquilo que se faz, pelo menos nos casos em que se consegue conformar as ações a decisões sobre as questões deliberativas.

Diante da afirmação de Quine de que se a história fundacional da epistemologia sobre a relação entre teoria-evidência “fracassou” e que então restaria apenas uma história digna de ser contada sobre esta relação, ou seja, a história contada por uma ciência “puramente descritiva, causal-nomológica, da cognição humana” (LEITER, 2007a, p. 37), como fica o projeto de naturalização da teoria do direito? Qual a utilidade prática de uma teoria causal explicativa das decisões judiciais?

Leiter entende que Hart e Raz, considerados por ele como proponentes de uma teoria “puramente descritiva” do direito estão preocupados, na verdade, apenas com as características “importantes” ou “significativas” do direito. Mas de que forma essas características podem ser consideradas “importantes” ou “significativas”? O problema da teoria do direito não está, para Leiter, no seu componente descritivo. Praticamente todos os ramos da filosofia tem um componente descritivo, isto é, de querer saber o que é o objeto investigado. A dificuldade maior está em evidenciar o papel justificativo da análise conceitual na teoria do direito, especialmente no que tange ao conceito de direito em singular. Para defender que a ciência como fundamento do direito como um argumento pragmático e *a posteriori*, puramente descritivo, o projeto de naturalização de Leiter implica, *a priori*, a validade universal da ciência, o que implicaria violar os pressupostos do naturalismo e incorrer nos riscos do fisicalismo⁴⁵.

The Realists naturalize theory of adjudication, but that still leaves conventionally philosophical work to be done in the broader field of jurisprudence” (LEITER, 2007a, p. 45).

⁴⁴ A passagem de Wittgenstein é esclarecedora a respeito desse ponto. A correção ou não de determinada aplicação de um conceito (incluindo um conceito jurídico) depende de nossa forma de manejar esse conceito: “Uma coisa é descrever métodos de medição, e outra, obter e afirmar os resultados das medições. Mas o que nós chamamos de ‘medir’ é parcialmente determinado por certa consonância com os resultados da medição” (§ 242, 1973, p. 98)

⁴⁵Tal afirmação tem relação com o velho problema da demarcação entre direito e moral. Ronald Dworkin tratou das teses do impacto causal e da dependência causal em um de seus últimos livros, *Justice for Hedgehogs*, de 2011. A tese do impacto causal, segundo a qual os fatos morais devem causar impacto nas crenças das pessoas, é impulsionada pelo medo de ceticismo externo, e tal o medo é, por sua vez, impulsionado pela hipótese de dependência causal, que afirma que se a verdade moral não causa a crença moral, então as pessoas não podem ter motivos de confiança ou responsabilidade por essas crenças. A tese do impacto causal inclui uma afirmação científica, uma vez que procura tratar a moral em termos da física, da

3. Um caso paradigmático de aplicação do naturalismo ao direito: MacPherson

Ao longo de seu trabalho, Leiter não costuma apresentar muitos exemplos para ilustrar o potencial de uma teoria da decisão judicial naturalizada, tal como propõe em relação a outras teorias do direito. Mas em seu artigo “*In praise of Realism (and against non-sense jurisprudence)*” (2012), Brian Leiter apresenta uma ampla crítica à teoria dworkiniana. Ele procura apresentar um contra-ataque à denominação dada por Ronald Dworkin à teoria da decisão judicial associada a Richard Posner e Cass Sunstein como “Escola de Chicago de teoria do direito antiteórica e sem sentido” (DWORKIN, 2006, p. 51) e aproveita para lançar mão de seus argumentos para criticar o interpretativismo de Dworkin.

Para tanto, Leiter pede para considerarmos o exemplo central de Dworkin a decisão seminal do juiz Benjamin Cardozo em *MacPherson v. Buick Motor Co. MacPherson*⁴⁶, de 1916, que estabeleceu que os fabricantes de produtos potencialmente perigosos não poderiam escapar às suas responsabilidades para com os consumidores lesados pelos seus produtos, com base na falta de previsão contratual, o que era muito comum, uma vez que os consumidores normalmente adquiriam o produto de algum intermediário.

Leiter acredita que *MacPherson* é uma ilustração poderosa do padrão básico da evolução dos conceitos jurídicos, que se move desde a criação do conceito (neste caso, a do produto ‘inerentemente perigoso’ para que existência de cláusula contratual não é exigida para a configuração da responsabilidade civil), para “o período em que o conceito é mais ou menos fixado”, até o “colapso final do conceito”, como o raciocínio por exemplo mostrou-se tão à frente como para deixar claro que a influência sugestiva da palavra já não é

biologia ou da psicologia. Dworkin acredita que podemos julgar a tese da dependência causal em termos de epistemologia moral: só podemos aceitá-la se pudermos fazer um argumento moral a seu favor. Devemos assumir a verdade de algumas convicções (no caso de Leiter, do sucesso da ciência) para fazer qualquer julgamento, e uma vez isto feito a verdade de outras convicções deve ser uma questão de julgamento ou inferência, não de loteria. A questão metodológica é uma questão de grau: o quanto devemos assumir que algo é verdadeiro a fim de julgar todo o resto? O próprio Leiter aponta essa questão de grau ao afirmar que “*But differences of degree can still be vast and theoretically and practically significant, and that is true about the way we demarcate stuff with a distinctive micro-constitution from stuff that is notable mainly for how human beings use it*” – 2013b, p. 05). Nesses termos, a suposição de que as crenças morais ou de sucesso da ciência é em si mesma uma opinião moral (DWORKIN, 2011, pp. 68-86).

⁴⁶ 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916). Tal é a súmula do julgamento: “Um fabricante de automóveis tem o dever para com todos os compradores de suas máquinas de fazer uma inspeção razoável para verificar se as rodas por ele adquiridas estão razoavelmente aptas para os fins que vai utilizar e, em caso de falha no exercício de tal dever de cuidado será responsável por qualquer defeito que teria sido descoberto anteriormente. Ação pelo comprador de um automóvel contra o fabricante para se recuperar de lesões alegadamente causadas pelo colapso de uma roda comprada pelo fabricante réu de outra empresa, ocorrida durante percurso com o automóvel em uma boa estrada e em uma baixa velocidade. Provas examinadas e realizadas, com veredicto a favor do autor que deve ser afirmado”.

desejada (2012a, p. 878). Para tanto, Leiter invoca outros precedentes⁴⁷ que denotam essa mudança de postura em relação ao conceito fundamental da decisão de *MacPherson*. O que importa, Cardozo diz, é “a tendência do pensamento judicial” E essa tendência leva rapidamente Cardozo à conclusão de que se uma coisa é certamente perigosa, se feita de modo negligente, então “isso é uma coisa perigosa” Nesse ponto, a cláusula contratual não importa mais do que direito do autor contundido de ser indenizado.

É certo que a nova regra de *MacPherson*, pode ser lida como dotada de um bom senso econômico, posto que apresentada em uma época em que varejistas que distribuem bens produzidos em massa a milhares (às vezes milhões) de consumidores. Aqui, o potencial de prejuízo foi enorme, mas os produtores (não varejistas) estavam, obviamente, na melhor posição para minimizar os perigos causados ao consumidor. A decisão de Cardozo é, portanto, celebrada por ter habilmente omitido precedentes claros, que estabeleciam a necessidade de previsão contratual de responsabilidade, a fim de criar a melhor regra para as novas circunstâncias sociais – precisamente o tipo de decisão orientada para o resultado⁴⁸ que o juiz Richard Posner frequentemente elogia.

A partir da perspectiva de Dworkin e Posner⁴⁹ sobre o caso, Leiter observa que ambos não precisam disputar sobre a epistemologia da decisão judicial, mas apenas sobre sua

⁴⁷ *Langridge v. Levy* (1837) 150 Eng. Rep. 863 (Exch.), *Winterbottom v. Wright* ((1842) 152 Eng. Rep. 402 (Exch.), *Longmeid v. Holliday* ((1851) 155 Eng. Rep. 752 (Exch.), *Thomas v. Winchester* (6 N.Y. 397 (1852)), *Heaven v. Pender* (1883) 11 Q.B.D. 503 (C.A.), *Cadillac Motor Car Co. v. Johnson* (221 F. 801, 802-03 (2d Cir. 1915);

⁴⁸ Na explicação de Posner, uma decisão “orientada para os resultados” não deve significar uma decisão de acordo com um princípio que você não gosta; que faz com que o termo seja de um de abuso indiferenciado. São simplesmente as razões que, no momento histórico particular, são tão geralmente rejeitadas que nunca seria anunciado como os verdadeiros fundamentos da decisão (POSNER, 1983, p. 08).

⁴⁹ Posner apresenta uma crítica à avaliação teórica oferecida por Dworkin sobre o caso *MacPherson* em seu livro “*The Problematics of Moral and Legal Theory*”(1999). A crítica está relacionada ao argumento apresentado por Dworkin no artigo “*In Praise of Theory*”, compilado no livro “*Justice in Robes*”, de 2006. Dworkin entende que os juízes devem justificar suas afirmações jurídicas mostrando que os princípios que sustentam tais afirmações oferecem a melhor explicação da prática jurídica no âmbito daquele caso. A melhor justificação, de acordo com a teoria dworkiniana, é aquela que melhor se adapta (*fit*) à prática jurídica e a coloca sob sua melhor luz (DWORKIN, 2006, p. 52). Ao determinar a adequação, o juiz deve se inserir numa tarefa de ascensão justificatória, desafiada a considerar qual justificação é mais coerente com as questões jurídicas levantadas em um caso concreto e sua consistência com os princípios jurídicos ou morais. A ascensão, nesses termos, se dá por que os juízes mais frequentemente raciocinam de cima dos casos particulares do que abaixo nos princípios gerais que tornam o direito consistente. Mas por meio da ascensão justificatória o juiz pode ser levado a um alto grau de generalidade. No caso da decisão de *MacPherson*, Dworkin acredita que o juiz Cardozo se valeu da ascensão justificatória para mudar o caráter do direito (2006, p. 55). O raciocínio jurídico pressupõe um vasto domínio de justificação, incluindo princípios abstratos de moralidade política ou uma profunda expedição teórica, a qual somos forçados a revisar de tempos em tempos, embora não se saiba ao certo nem quando, nem como (DWORKIN, 2006, p. 56). Posner acredita que Dworkin apresenta uma forma possível de fazer o direito, mas não a única forma teórica de fazê-lo, nem que seja a melhor forma. Para ele, o que os juízes precisam não é de uma teoria “elevada”, tal como a apresentada por Dworkin, mas uma melhor compreensão das consequências práticas de suas decisões (POSNER, 1999, pp. 115-119). Apresentei trabalho anterior sobre a postura antiteórica de Posner e a sua teoria moral subjacente no debate travado com Ronald Dworkin (v. ARRUDA, 2011).

metafísica. Dworkin pode concordar que Cardozo em *MacPherson* elaborou uma nova regra de maximização de utilidade para casos de alteração das circunstâncias econômicas e ainda insistir que, na realidade, sua decisão pode ser entendida como um exercício de ascensão justificatória, isto é, que o resultado em *MacPherson* foi, de fato, exigido pela lógica do raciocínio jurídico sobre todos os precedentes citados por Cardozo.

A questão sobre esta decisão, do ponto de vista de Leiter, é se nós a descrevemos como um exercício de ascensão justificatória, tal como propõe Dworkin, ou se vamos descrevê-la, de forma mais Realista, como um exercício de uma legislação pelos Tribunais. Para Leiter, para que a teoria de Dworkin seja considerada a melhor explicação da prática jurídica, é preciso uma explicação convincente de que o resultado em *MacPherson* foi exigido pelas fontes do direito em vigor e os princípios nele encarnados (2012a, p. 881). Leiter entende que não era essa a visão de Cardozo⁵⁰, e que a leitura de Dworkin de que o resultado foi alcançado como resposta à questão metafísica sobre se existe uma resposta correta para as questões jurídicas é, na verdade equivocada⁵¹.

Leiter acredita que a esperança de que haja uma história justificativa sobre a decisão de *MacPherson* é apenas a esperança do Moralista de que a decisão esteja em conformidade com o que Dworkin entende ser preciso para ser uma figura moralmente atraente de julgamento, a qual os Tribunais sempre aspiram encontrar, e que todas as considerações morais possivelmente relevantes são, elas mesmas, sempre parte do tecido do direito que vincula o juiz. Embora essa seja uma imagem edificante e aspiracional, para o Realista

⁵⁰ De acordo com Leiter: “recall Cardozo’s 1923 book *The Nature of the Judicial Process*, where he declares early on, “I take judge-made law as one of the existing realities of life.” To be sure, says Cardozo, “[i]n countless litigations, the law is so clear that judges have no discretion,” but “within the confines of [the] open spaces [of language] and those of precedent and tradition, choice moves with a freedom which stamps its action as creative. The law which is the resulting product is not found, but made.” When Cardozo titles one of his chapters “The Judge as a Legislator,” there can be little doubt that the author of *MacPherson* is a Realist and not a Moralist when it comes to understanding what judges really do, at least some of the time” (LEITER, 2012a, p. 882).

⁵¹ Para Leiter, “Dworkin considera que Posner ao mesmo tempo em que renuncia a teoria moral, e, pede aos juizes para alcançar as “melhores” decisões, por razões utilitárias, sem levar em conta excessivamente a prática anterior, exceto na medida em que a prática afetasse razoavelmente expectativas. Como Dworkin argumenta bastante plausivelmente, “Posner é ele próprio governado por uma inarticulada, subterrânea (...) mas implacável fé moral”, ou seja, a fé na perspectiva utilitarista que informa suas análises de problemas jurídicos concretos. Talvez Cardozo tenha sido, ele próprio, então governado? Ele diz, em “*The Nature of Judicial Process*” que “quando [os juizes] são chamados a dizer o quão longe as regras existentes devem ser alargadas ou restritas, elas devem deixar o bem-estar da sociedade corrigir o caminho, sua direção e sua distância”. E é, claro, agora familiar para ler Cardozo como analista de protoeconômico do direito, na elaboração de regras que minimizem os custos dos acidentes” (LEITER, 2012, p. 882). Em minha dissertação de mestrado já havia denunciado a moral utilitarista presente na obra de Richard Posner, e o quanto essa moral refletiu no seu debate com Ronald Dworkin após sua “virada pragmatista” (ARRUDA, 2011; ver também MACEDO JÚNIOR, 2012, pp. 260-281).

(como Leiter acredita que Posner⁵² é), seria um absurdo obscurantista completo negar o poder de persuasão do direito decidido antes *MacPherson*, bem como o gênio de Cardozo em seu papel “quase legislativo” como reformador do direito, transformando regras antiquadas de responsabilidade em resposta às demandas de uma nova economia (LEITER, 2012a, p. 884). Por conta disso, é que Leiter acredita que o impacto de Richard Posner sobre seus colegas juízes e contemporâneos acadêmicos não é atribuível a apenas às suas habilidades superiores, mas por ele ser “o empreendedor moral mais eficaz, que explora as intuições antecedentes de juristas numa sociedade completamente capitalista e comercial para quem eficiência e maximização do bem-estar não requerem nenhum argumento” (LEITER, 2012a, 892). Veja-se que a análise de Cardozo, nesse caso, preenche o projeto de naturalização da teoria do direito proposto por Leiter, na medida em que atribui papel importante à intuição na teoria do direito (no caso, a intuição de estamos diante de uma sociedade capitalista e comercial que procura a maximização de seu bem-estar), alegando que esta deve estar enraizada na pesquisa empírica sobre o que se entende por direito.

A defesa de Leiter do Realismo Jurídico como melhor explicação de nossa prática judicial nesse caso, parece responder à questão colocada pela epistemologia naturalizada de Quine. Afinal, por que não procurar por melhores explicações científicas de nossas práticas, considerando as teorias psicológicas e sócio-biológicas que parecem satisfazer com maior sucesso o critério de simplicidade e consiliência exigidos por uma teoria minimalista no que diz respeito à análise conceitual?

Não me sinto convencida de que a abordagem naturalizada de Leiter seja a melhor representação da nossa prática jurídica. Supondo que na comunidade jurídica norte-americana, todos os cidadãos aceitam a regra primária de que as vítimas de danos devem ser compensadas, e esta regra está fundamentada em outra regra, uma regra secundária, ou

⁵² Leiter está ciente de que Posner não concorda muito com essa marca de Realismo que lhe é atribuída: Judge Posner has sometimes expressed unhappiness with the “Realist” label, notwithstanding the obvious affinities between the law-and-economics revolution he brought to fruition in the 1970s and the Legal Realist movement of the 1920s and 1930s. He has written, “We economic types have no desire to be pronounced the intellectual heirs of Fred Rodell, or for that matter William Douglas, Jerome Frank, or Karl Llewellyn. The law and economics movement owes little to legal realism ...” Whatever the chain of influence, it seems clear that economic analysis of law, like Legal Realism, is predicated on a thoroughgoing skepticism about the adequacy of existing legal categories and the need for an alternative explanation of the actual course of decisions”. Posner alega, entretanto, que o seu pragmatismo jurídico se afasta do Realismo Jurídico, na medida em que o primeiro não tem o mesmo impulso político que o segundo, sendo desvinculado de políticas públicas do Estado, tal como o realismo foi do *New Deal*. Cf. Posner (2003a, p. 87). Este movimento, segundo Posner, feneceu por ter se excedido na concepção de abertura e indeterminação do direito e no voluntarismo dos juízes, quer na forma de políticas públicas, quer em seus preconceitos e teimosias (2009, p. 02; 2008, p. 112). O pragmatismo, ao contrário, não tem valência política inerente. Fundamenta-se, segundo Posner, nos avanços em economia, teoria dos jogos, ciência política, e outras disciplinas científico-sociais, em vez de preferências e aversões políticas (POSNER, 2003a, p. 84).

seja, uma regra de reconhecimento, que é parte do consenso dessa comunidade. Então, para Leiter, esta regra secundária provavelmente constituirá um fato jurídico minimamente objetivo e, portanto, consistirá na melhor explicação daquela prática jurídica. A esta regra, como apontei anteriormente, Leiter atribui a autoridade, no sentido atribuído pelo positivismo exclusivista. No entanto, seguindo o ponto de vista metodológico científico defendido por Leiter, a metodologia naturalizada poderia fornecer teorias científicas sociobiológicas ou psicológicas que explicariam a maneira pela qual um consenso depende dos estados mentais dos participantes isto é, de suas intuições. No caso da sociedade norte-americana, a intuição de eficiência e maximização do bem-estar. Logo, se estas teorias científicas forem suficientemente sólidas, os fatos jurídicos minimamente objetivos, tais como o conceito de autoridade, não desempenharão papel explicativo, posto que o trabalho será realizado pela nossa compreensão científica dos estados mentais dos participantes. No entanto, Leiter parece negar este segundo nível de explicação através da introdução de fatos jurídicos minimamente objetivos e ele está satisfeito em parar a investigação no nível do consenso como constitutiva de fatos jurídicos.

Além disso, o papel mínimo da análise conceitual no projeto de naturalização de Leiter não nos leva para muito além da abordagem puramente descritiva, que abandona as questões tradicionais da filosofia em favor de uma metodologia empírica, capaz de apresentar uma explicação causal-nomológica das decisões judiciais. Ele também não avança em argumentos que forneçam uma justificativa para parar a nossa investigação no nível de tais fatos jurídicos objetivamente mínimos e, ao revés, confiarmos nas nossas intuições sobre o consenso e as demandas da sociedade. Tal abordagem falha, sobretudo, ao justificar o que constitui uma ação correta ou errada em relação ao direito. Afinal, teria o juiz Cardozo cometido um erro se não atribuísse indenização ao autor da ação, caso tivesse seguido os precedentes judiciais? Há, sobretudo, uma grande dificuldade em reduzir a normatividade, isto é, a forma como a linguagem jurídica é expressa em termos de “correção” e “incorreção” ou “verdade” e “falsidade” à causalidade. Esta última, por si só, não aponta a condição de sentido que afirma como verdadeiro o direito de indenização a *MacPherson*. E, nesse sentido, defender o quietismo dos Realistas não nos garante o avanço que a naturalização da teoria do direito defende.

Casos semelhantes ao *MacPherson* também tem sido apresentados no Judiciário brasileiro, envolvendo a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, cuja atenção está concentrada na incolumidade física e psicológica do consumidor. Tal ideia tem amparo no fato de que a expressão “fato do produto ou do serviço”, consoante dispõe o artigo 12 da

Lei nº 8.078/90⁵³, refere-se a acidente de consumo decorrente de produtos ou serviços defeituosos⁵⁴. Tais decisões não parecem ter como causa ou razão de decidir qualquer intuição pessoal dos juízes na preservação dos direitos dos consumidores ou dos fabricantes, mas uma razão substantiva de moralidade política de atendimento aos preceitos legais.

A estratégia de apresentar tais exemplos teve como objetivo esclarecer o que está envolvido no projeto de naturalização da teoria do direito o qual, à primeira vista, pode soar um grande amontoado de generalizações teóricas. Tais decisões expõem mais do que uma intuição da sociedade brasileira de “eficiência e maximização de bem-estar”. Elas expõem a controvérsia existente a respeito da análise dos conceitos jurídicos e, mais ainda, do próprio conceito de direito, bem como o quão importante é adoção de um critério de justificação das decisões judiciais que contenha um valor de justiça.

4. O projeto de naturalização enquanto reposicionamento de Quine na teoria do direito

⁵³Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistia;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁵⁴ Veja-se, a propósito, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: (i) “Tendo a Corte local entendido que a hipótese dos autos cuida de defeito do produto, por trazer vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente, correta é a aplicação do art. 27 do CDC. Precedentes” (REsp 810.353/ES, Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª T., DJe 11/05/2009); (ii) “Verifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador de incêndio). Aplicação da regra do artigo 27 do CDC” (REsp 575.469/RJ, relator o Ministro Jorge Scartezzini, 4ª T., DJ 06/12-2004); (iii) “A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante” (REsp 980.860/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrihí, 3ª T., DJe 02/06/2009).

No âmbito da filosofia, “a virada linguística” do início do século XX se diferiu dos esforços anteriores filosóficos em seu método, bem como na sua ordenação dos problemas filosóficos. Por pelo menos um período, os filósofos confiaram na presença de um método – o método da análise conceitual. Já na metade do século XX, a confiança na análise conceitual e na “filosofia primeira” começou a vacilar. Com a “virada naturalista”, filósofos anglo-americanos começaram a explorar uma ampla gama de disciplinas, utilizando ideias de psicologia, biologia, ciência política e economia para reformular questões tradicionais em epistemologia e metafísica. Após Quine, os juízos analíticos se foram⁵⁵, assim também como a análise conceitual: uma vez que qualquer afirmação de análise conceitual é vulnerável às demandas *a posteriori* (ou seja, empíricas), a filosofia deveria proceder em conjunto com as ciências empíricas, como uma tentativa reflexiva de clareza sinóptica sobre o estado do conhecimento empírico.

A virada naturalista também reverberou na filosofia e teoria geral do direito. O debate sobre o “conceito de direito”, sua natureza e objetividade são apenas exemplos da transição pela qual passa a teoria do direito. É nesse sentido que o desafio apresentado pelo projeto de naturalização da teoria do direito por Brian Leiter merece ser levado a sério. A abordagem naturalista do direito e da objetividade jurídica baseia-se nos métodos e resultados das ciências empíricas. O naturalismo incorpora as ciências ao direito, incluindo antropologia, sociologia, psicologia e economia.

Por mais difícil que seja imaginar uma abordagem da natureza do direito sem uma clara visão sobre sua normatividade, não se pode olvidar a importância da atitude do naturalismo substitutivo de Leiter, ao lançar um olhar para a literatura das ciências sociais sobre o direito e as instituições jurídicas, com a finalidade de ver o conceito de direito por meio do modelo explicativo e preditivo dos fenômenos jurídicos, tais como o modelo do comportamento judicial. Por tal razão, o projeto de naturalização exige que filósofos e

⁵⁵ Na visão de Leiter (2014): “But post-Quine, we know (don’t we?) that the analytic-synthetic distinction does not mark an epistemic difference but a socio-historical one. Philosophers long thought that some truths were necessary while others were contingent; in the twentieth-century, under the influence of logical positivism, this was taken to be the distinction between those statements that were ‘true in virtue of meaning’ (hence necessarily true) and those that were ‘true in virtue of fact’ (hence only contingently true). The former ‘analytic’ truths were the proper domain of philosophy; the latter ‘synthetic’ truths the proper domain of empirical science. Quine argued that the distinction could not be sustained: all statements are, in principle, answerable to experience, and, conversely, all statements can be maintained in the face of recalcitrant experience as long as we adjust other parts of our picture of the world. So there is no real distinction between claims that are ‘true in virtue of meaning’ and “true in virtue of facts,” or between ‘necessary’ and ‘contingent’ truths; there is simply the socio-historical fact that, at any given point in the history of inquiry, there are some statements we are unlikely to give up in the face of recalcitrant empirical evidence, and others that we are quite willing to give up when empirical evidence conflicts.

teóricos do direito aprendam também sobre epistemologia, filosofia da linguagem, da mente e da metafísica para enfrentar de forma mais significativa os seus desafios.

O projeto de naturalização da teoria do direito pode ser visto sob dois aspectos. Sob o aspecto positivo, a pesquisa desenvolvida por Leiter procura responder a três questões centrais: (i) o que o Realismo Jurídico Norte-Americano procurou transmitir; (ii) qual a metodologia apropriada às futuras investigações da teoria do direito, bem como o papel da análise conceitual e; (iii) se os fatos morais e jurídicos tem lugar na melhor abordagem explicativa do direito e na sua concepção de objetividade.

Quanto à primeira questão, Leiter procura ir além de uma boa reprodução histórica do argumento central do Realismo Jurídico Norte-Americano, segundo o qual “juízes respondem primariamente aos estímulos dos fatos, e não com base na aplicação das regras jurídicas” (2007a, pp. 21-22). A novidade dos argumentos de Leiter está na reconstrução dos argumentos dos Realistas, fundada na afirmação de que não só o positivismo e Realismo Jurídico Norte-Americano não são incompatíveis, tal como defendeu H.L.A. Hart⁵⁶, mas que, na verdade, os Realistas Norte-Americanos pressupunham uma teoria do direito na mesma linha do positivismo⁵⁷; e não apenas qualquer tipo de positivismo, mas sim a versão mais forte do positivismo, o conhecido como positivismo exclusivista.

Há de se considerar, ainda, o mérito da pesquisa de Brian Leiter no que diz respeito a evidenciar a aproximação da obra de Quine da teoria do direito⁵⁸. A história da ciência, do século XVII ao século XX é conhecida pela ascensão da experiência como objeto de debates filosóficos sobre os fundamentos do conhecimento, notadamente no positivismo. O trabalho de Quine foi considerado a primeira fenda do positivismo. Em sua visão, a ideia

⁵⁶ “I trust, among scholars that Hart misunderstood the American Realists, indeed, even failed to understand that they were, in fact, tacit legal positivists, committed more or less to his view of the nature of law. It was Hart’s mistake to construe the American Realists as interested, as he was, in analyzing the “concept of law,” that is, the concept implicit in our ordinary talk about “this is what you must do given the court’s decision” or “that’s impermissible, given the statute passed by the legislature.” (LEITER, 2013, p. 02).

⁵⁷ Para Leiter, o Realismo Jurídico Norte-Americano, não só é compatível com o positivismo como uma teoria sobre a natureza do direito, mas o pressupõe em sua explicação da indeterminação do direito. Eles afirmaram que a tomada de decisão judicial teve de ser explicada pela influência de normas não-jurídicas sobre os juízes, uma vez que as normas jurídicas subdeterminam a decisão necessária. Ao argumentar dessa forma, eles assumiram que apenas normas apresentadas nas fontes do direito poderiam ser juridicamente vinculativas, isto é, explicitamente reconhecidas pelos tribunais em suas opiniões ou incorporadas em leis.. Seus argumentos para a indeterminação jurídica, em suma, pressupunha uma visão positivista de que as normas são juridicamente vinculativas sobre os juízes (LEITER, 2013b, p. 15).

⁵⁸ “What really bears noticing here is that while every area of philosophy – metaethics, philosophy of language, epistemology, etc. – has undergone a naturalistic turn over the last quarter-century, Anglo-American legal philosophy has remained untouched by these intellectual developments. Of course, this observation constitutes no argument; what I hope to show in the following pages is that the isolation of Anglo- American jurisprudence in this regard is a mistake, and that it is in the Realists themselves that we will find the first paradigm for a naturalized jurisprudence” (LEITER, 2007a, p. 33).

de conhecimento como um processo de construção que vai do simples ao complexo, bem como a noção de que o conhecimento é uma questão de correspondência entre palavra e mundo tinha que ser demolida. Sua concepção de conhecimento do mundo modificou a forma como as pessoas pensavam sobre a construção do conhecimento. A mudança foi ver o conhecimento não como questão de suas fundações, mas uma função de se mover dentro de uma rede holística⁵⁹.

É interessante notar que a filosofia de Quine não tem presença tão evidente na obra de autores de teoria do direito, ao menos não tanto quanto em Brian Leiter. Mas isso não quer dizer que a teoria quineana não tenha influenciado grandes teorias do direito e seria uma grande injustiça com Quine afastá-lo da teoria do direito. A teoria de H.L.A. Hart, enquanto “ensaio de sociologia descritiva” (1994, p. 01), no sentido de que nenhuma teoria sobre múltiplas fontes como é a teoria do direito pode ser unicamente determinada por essas fontes, o que resultou do desenvolvimento do contraste entre ponto de vista interno e externo e da existência de uma regra de reconhecimento aceite e utilizada para identificação das regras primárias de obrigação. Algo semelhante é notável na teoria interpretativista de Ronald Dworkin, representado, aqui, na figura do juiz mitológico Hércules e na sua participação da construção da prática argumentativa do direito coerente e holística, no formato de um “romance em cadeia”.

Dennis Patterson sugere que, assim como na filosofia da ciência Quine contribuiu com a afirmação de que é ilusório falar no conteúdo empírico de um determinado argumento, no direito, é ilusório falar da verdade de uma proposição jurídica de forma isolada das demais proposições inseridas na “rede de crenças”. Ao escolher entre diferentes teorias interpretativas, favorecemos aquela teoria que topa com aquilo que consideramos verdade. No direito, como em todas as questões, convencemos alguém sobre algo apelando para as crenças que essa pessoa já sustenta, combinando isso para induzi-la a novas crenças, passo a passo, até que essa nova crença seja inculcada em seu pensamento. No direito, escolhemos as proposições que melhor se encaixam no que consideramos verdade (PATTERSON, 1996, p. 172).

Leiter também apresenta à teoria do direito uma importante defesa da epistemologia naturalizada de Quine e à sua rejeição aos dogmas do empirismo: (i) o reducionismo, isto

⁵⁹ Para Dennis Patterson, a mudança de Quine em direção à simplicidade, reducionismo e fundacionismo para o holismo é corretamente descrita como pós-moderna, no que diz respeito à teoria da linguagem referencial pós-moderna (PATTERSON, 1996, p. 159). Leiter recusou a qualificação pós-moderna dada por Patterson a Quine, o que levou a um debate entre ambos (LEITER, 2007a, pp. 137-151, PATTERSON, 1997, 1589-1598).

é, a ideia de que qualquer afirmação significativa pode ser reformulada na linguagem da experiência sensorial pura, ou, pelo menos, em termos de um conjunto de instâncias de confirmação; (ii) a distinção analítico-sintética, ou seja, a ideia de que, no que diz respeito a todas as afirmações significativas, pode-se distinguir entre as afirmações que são verdadeiras em virtude do seu significado e aquelas que são verdadeiras em virtude de ambos os seus significados e algum fato ou fatos sobre o mundo. No entanto, diante do que teóricos como Hart e Dworkin fizeram com relação à obra de Quine, acredito que Leiter tenha escolhido os pontos mais polêmicos do naturalismo metodológico para estabelecer seu projeto teórico, o que o torna alvo das críticas mais ferrenhas apresentadas a Quine.

O professor Ronaldo Porto Macedo já havia apontado que as questões mais substantivas do direito se assentam em questões metodológicas e seus resultados são fortemente afetados por elas (2013, p. 65). Sobre o tema da metodologia, o projeto de naturalização de Leiter se situa na análise da fecundidade da análise conceitual e do estatuto epistemológico das intuições. Mais do que isso: levanta um problema com sua suposição de que a metodologia da teoria do direito possa ter caráter puramente descritivo. Ao apostar nas ciências empíricas⁶⁰ e em seus valores epistêmicos⁶¹, Leiter desafia os filósofos e teóricos do direito a pensar mais sobre o que estão fazendo quando apresentam afirmações sobre a maneira em que as pessoas compreendem certos aspectos do conceito de direito e de outros conceitos jurídicos, e sobre o que se poderia considerar como critério de sucesso⁶² de tal empreendimento, e isso é valioso para a teoria do direito como um todo.

É certo que o naturalismo quineano foi duramente criticado por seus pressupostos básicos: (i) o fisicalismo⁶³; (ii) a rejeição à filosofia primeira; (iii) a continuidade da filosofia com a ciência; e (iv) a única teoria responsável pelo conhecimento do mundo como um todo é a

⁶⁰ “So, too, there would now be two “solutions”: the Finnis solution of turning to moral evaluation of law to demarcate the object of jurisprudential inquiry; versus the Naturalistic Method recommended by Cummins, and embodied in the Substantive and Methodological Theses described above. If, with Raz, we take legal theory to be concerned with law’s essential properties, then the methodological question is now vivid: in figuring out *what there (essentially) is*, should we turn to morality or to science? I think the answer is clear. But that, alas, is an argument for a different occasion” (LEITER, 2007a, p. 181).

⁶¹ “Epistemic values specify (what we hope are) the truth-conducive desiderata we aspire to in theory construction and theory choice: evidentiary adequacy (“saving the phenomena”), simplicity, minimum mutilation of well-established theoretical frameworks and methods (methodological conservatism), explanatory consilience, and so forth. Honor those values — even the explicitly pragmatic ones like simplicity —and, we hope, we will acquire knowledge” (LEITER, 2007a, p. 168).

⁶² Leiter oferece poucas pistas em sua obra sobre o que compreende como uma teoria do direito de sucesso. Em um artigo denominado “*Why legal positivism (again)?*”, todavia, indica o seguinte: “A successful theory of law...is a theory which consists of propositions about the law which (1) are necessarily true, and (2) adequately explain the nature of law....I am using “the nature of law” to refer to those essential properties which a given set of phenomena must exhibit in order to be law” (LEITER, 2013b, p. 03).

⁶³ V. Daniel Stoljar (2014).

teoria científica⁶⁴. Em síntese, a crítica afirma que nosso método científico, assume a verdade do que acreditamos sobre óptica e biologia, apesar de usar o método científico também para confirmar nossa óptica e nossa biologia. Toda a estrutura intelectual se encaixa. Por isso, é um erro dar alguma prioridade a algum axioma epistemológico sobre o resto das nossas convicções. É igualmente um grave erro, é claro, dar qualquer prioridade a alguma convicção concreta sobre a epistemologia geral que desenvolvemos desta forma mutuamente sustentável. Não podemos exigir que a epistemologia descolada da justificação abra um caminho para o que seria bom para acreditar.

Acredito que, apesar do fato de Leiter aproximar a teoria jurídica da virada naturalista em outros ramos da filosofia, mais notadamente a epistemologia, nos deixa um convite para combinar uma versão mínima do naturalismo quineano (por engajar-se em pesquisa empírica em intuições dos destinatários da norma) com uma análise conceitual mínima, o que permite uma rica avaliação das vulnerabilidades, tanto do naturalismo quanto da análise conceitual como vista pela teoria positivista do direito⁶⁵.

Quanto à proposta de avanço em direção à filosofia experimental, o projeto de naturalização da teoria do direito abre portas para a discussão sobre a sua relevância prática para o estudo do direito, na medida em que o seu fundamento intuitivo não parece estar livre de críticas. Isto por que se os dados coletados apenas dizem respeito às intuições entendidas de uma forma solta, de senso comum, então as conclusões não serão relevantes para a afirmação epistêmica de que as intuições, devidamente compreendidas, tem peso não apenas explicativo, mas também justificativo, pelo menos quando são tomadas as intuições de pessoas com uma profunda compreensão dos conceitos relevantes, onde as pessoas não são influenciadas por preconceitos (isto é, onde as intuições são produzidas em condições ideais).

Sob o aspecto negativo, o trabalho de Leiter é crítico em relação ao papel dos diferentes tipos de julgamentos avaliativos em várias teorias do direito, de modo particular a teoria interpretativista de Ronald Dworkin, cuja obra é seu principal contraponto argumentativo no que diz respeito ao conceito de objetividade jurídica. Aqui o argumento de Leiter contra Dworkin se mostra dependente da viabilidade da adoção da análise conceitual do

⁶⁴ Ver, por exemplo, Susan Haack (1993); Hilary Putnam (1982); Jaegwon Kim (1988); Richard Feldman (2012a).

⁶⁵ Algumas objeções já foram levantadas na literatura, tanto no que se refere a ideia mais forte de naturalismo sobre a virada em direção a teorias sócio-científicas do direito, a fim de compreender a natureza do conceito de direito (v. CHING, 2012, pp. 59-100; COLEMAN, 2001, pp. 210-216; COLEMAN, 2004, pp. 347-351, GREENBERG 2011, DICKSON, 2011, pp. 480-484), o problema com a análise conceitual tradicional (HIMMA, 2006) e no que diz respeito naturalismo metodológico mínimo (DICKSON, 2011, pp. 484-495).

positivismo jurídico exclusivista. É certo que Leiter apresenta alguns argumentos⁶⁶ para a adoção do conceito normativo do positivismo exclusivista para o conceito de direito, mas será este o conceito que melhor justifica (e também explica) a prática jurídica?

É interessante notar que, muito embora a teoria dworkiniana nos seus principais aspectos (o argumento de justificação moral da coerção do Estado, a concepção de objetividade, o caráter normativo da teoria do direito como integridade, a relação entre direito e moral, etc.) seja o maior objeto de ataque do projeto de naturalização de Leiter, este último confessa nunca ter encontrado pessoalmente Dworkin,⁶⁷. Isso não impediu Leiter de, com seu projeto de naturalização, decretar “o fim do Império⁶⁸” dworkiniano na teoria do direito:

“Minha ambição principal era dar uma reconstrução racional da posição Realista que poderia mostrar por que eles podem ter sido motivados a substituir uma abordagem normativa da decisão judicial por uma abordagem causal-explicativa. É outra questão saber se eles tinham boas razões para esse

⁶⁶ Em “*Why Legal Positivism (Again)?*”, Leiter apresenta três razões para acreditar no positivismo como a melhor teoria normativa do direito: (i) se levarmos a sério objetivo teórico explícito de Hart de fazer justiça ao que o homem comum entende sobre o sistema jurídico moderno, o positivismo capta muito bem as distinções familiares entre o direito e a moral, direito e política, conhecimento jurídico e sabedoria moral, os tipos de distinções juristas, advogados e leigos educados desenhando o tempo todo. O positivismo é capaz de explicar que, apesar da complexidade do direito, existe concordância massiva sobre o que é o direito, na grande maioria das questões jurídicas que surgem na vida comum. Se não houvesse acordo maciço sobre o que é direito, então todo sistema jurídico moderno entraria em colapso sob o peso das disputas que resultariam disso. Essa concordância massiva está diretamente explicada pelas teses das fontes sociais e da separabilidade entre direito e moral; (ii) ele deve contar a favor de uma conta da natureza do direito, que complementa, e talvez até ganha apoio de, trabalho nas ciências empíricas. A teoria do direito que torna explícito o conceito tácito ou incipiente em jogo na investigação científica é, provavelmente preferida aos seus concorrentes. O positivismo é essa teoria. Que pesquisas empíricas dependem que a teoria positivista do direito enquadre suas agendas de investigação também é mais uma prova de que ela descarrega o objetivo Hartiano na suposição (plausível) de que os pesquisadores das ciências sociais desenhando sua compreensão pré-teórica ou de senso comum de conceitos na elaboração de suas investigações; (iii) a terceira, e última consideração em apoio da teoria positivista do direito pertence à sua austeridade ontológica. É uma virtude do positivismo jurídico que o seu quadro do mundo seja ontologicamente austero. Ele exige apenas que as pessoas e os seus estados psicológicos (isto é, suas intuições) expliquem o fenômeno social de direito. Verdades morais e normas transcendentais não desempenham qualquer papel na imagem hartiana, embora sejam as primeiras exigidas pelos pontos de vista de Finnis e Dworkin. Uma vez que a existência de um ou outro é controversa, constitui uma virtude teórica do positivismo jurídico hartiano que não tem necessidade de tal ontologia (LEITER, 2013b, p. 09-13).

⁶⁷ Leiter reconhece o valor da obra de Dworkin por dois aspectos: “First, he is an *extremely good writer*: smooth, inviting, glib, a natural for *The New York Review of Books*. He is, in many ways, the quintessential “sophist” of legal theory, in both the good and bad senses of that term: his rhetoric is compelling, often inspired, and the rhetorical gift carries the bold and implausible jurisprudential theses along. Second, and not unrelated, Dworkin has repeatedly commented on the *pressing legal issues* confronting the United States Supreme Court, thus guaranteeing him a wide legal audience in the United States where the business of the Supreme Court looms large on the academic horizon”. No entanto, admite que: “I’ve never met Ronald Dworkin. Once, about a half-dozen years ago, he e-mailed me out of the blue to express his appreciation for an obscure article of mine—or, perhaps I should say, “a more obscure-than-usual article of mine”—showing that Quine was not a postmodernist. It was a kind gesture by a famous man, and I’ve obviously repaid that kindness badly” (LEITER, 2004, p. 20).

⁶⁸ Claro o trocadilho de Leiter com o título da obra de Ronald Dworkin “*O Império do Direito*”, de 1986.

projeto, embora especialmente direcionado contra seus alvos formalistas. Quando isso acontece, eu acho que o caráter profundamente equivocado do projeto teórico de Dworkin torna a alternativa realista especialmente atraente e, se eu fosse tão impressionado pela sociologia descritiva da Academia, devo observar que a maioria dos juristas optaram em massa por um estudo empírico quase-realista do comportamento judicial nos últimos anos, contra as histórias dworkinianas. Mas eu não estou impressionado com o comportamento de maioria dos acadêmicos, então deixe-me apenas descansar sobre os méritos dos argumentos que eu ofereci contra a posição de Dworkin como uma razão para levar o projeto ‘substituição’ dos Realistas a sério” (LEITER, 2011a, p. 13)

De qualquer forma, acredito que muitos dos ataques promovidos por Leiter, realizados na intenção de sustentar o projeto de naturalização, decorrem de uma má interpretação do conceito de direito defendido por Dworkin. A interpretação de Leiter é ruim justamente na medida em que fundada na compatibilização pragmática entre a epistemologia científica, puramente descritiva, e uma concepção limitada da análise conceitual, para fins de apresentação de uma teoria voltada a um conceito essencialmente normativo como é o caso do direito.

Ronald Dworkin acredita que não é possível oferecer uma análise puramente descritiva de conceitos avaliativos/interpretativos como direito. Para Dworkin, alguém poderia identificar o conteúdo do conceito de direito à luz do seu ponto interpretativo para explicar o conceito em sua melhor luz não por meio da ciência, como pretende Leiter, mas por meio da moral; isso nos obrigaria a avaliar a teoria do direito em termos de sua contribuição para justificar moralmente o uso da coerção estatal. Ao reduzir a dimensão da moralidade ao domínio dos objetos naturais que promovem diferença causal na experiência, o naturalismo de Leiter pressupõe de forma indevida a universalidade do método científico e, por conseguinte, sucumbe à banalidade do ceticismo externo apontada na obra de Dworkin e, por conseguinte, ao fisicalismo (agora cientismo) do qual pretendeu se esquivar.

Em suma, o projeto de naturalização da teoria do direito proposto por Leiter, assim como o tratamento de Quine dado à epistemologia, representa uma tentativa de reorientação da agenda da teoria do direito: a rejeição da filosofia em favor da psicologia⁶⁹. A noção a ser salientada, aqui, é a de substituição: esqueça e justificação, contente-se com a explicação e seu poder de previsão. Pode até ser verdade que a ideologia desempenhe um papel importante na explicação causal da decisão judicial, e não se deve de modo algum dizer que a explicação psicológica do exercício do poder pelos juízes não seja importante. Mas

⁶⁹ No mesmo sentido Thomas Adams: “(...) much like Quine’s treatment of epistemology, is a far-reaching attempt at reorientation of the agenda – the rejection of the philosophical in favour of the psychological” (2014, p. 313).

ainda resta uma questão a ser discutida: a questão sobre como as decisões, para que possam estar em acordo com o direito, devem ser feitas. Leiter quer que renunciemos à reflexão filosófica sobre o assunto e o substituamos por uma teoria *a posteriori* que melhor explica o que os juízes realmente fazem. Intuitivamente, alguém poderia pensar que poderíamos ter as duas formas de investigação. Mas Leiter afirma que nós não podemos.

5. Estrutura da tese – apresentação e crítica à viabilidade do projeto de naturalização de Leiter

A tese aqui defendida pode ser vista como uma tentativa de compreender a teoria do direito como um empreendimento dedicado à questão da melhor forma de caracterizar a prática jurídica. A filosofia não é sobre a “explicação”, se esse termo significar uma abordagem das forças causais que trabalham nessa prática. A explicação causal não tem lugar na filosofia: não estamos interessados em saber por que o direito é como ele é, mas em como o direito enquanto prática argumentativa é realizado. Mais do que isso, é necessária uma argumentação justificativa para a prática jurídica, para a qual as teorias científicas sociais do direito não são epistemologicamente robustas ou impressionantes em seus resultados. Mas será que o princípio metafísico e epistemológico defendido pelo projeto de naturalização de Leiter, de que só o que é causalmente eficaz é real e cognoscível, poderá superar a compreensão normativa do conceito de direito? Essa resposta vai exigir que a teoria geral do direito se envolva com questões mais amplas na filosofia das ciências naturais e sociais, mais especificamente na epistemologia, ao menos em maior medida do que até agora. Para realizar tal tarefa, adoto a estratégia descrita a seguir.

No primeiro capítulo, exibo o desenvolvimento da epistemologia tradicional a respeito do conceito de conhecimento, de Descartes a Carnap, bem como a influência da concepção fisicalista do mundo para a análise do conceito de direito, evidenciada na obra de Kelsen e dos Realistas Escandinavos. O Realismo Norte-Americano anuncia uma preocupação com a importância do comportamento dos juízes enquanto causa das decisões judiciais, transformando o fisicalismo em uma modalidade de behaviorismo ainda a ser trabalhado no âmbito da epistemologia, destacado especialmente na obra de Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank, autores recorrentemente mencionados na defesa de Leiter. Assim, a obra de Quine surge como tentativa de mudança dos paradigmas da epistemologia tradicional, em direção à naturalização da epistemologia. Para tanto, apresento seus principais questionamentos em relação a uma concepção normativa de epistemologia, representada

pelos dogmas do empirismo, as teses da indeterminação e da rejeição ao fundacionismo. Como tal, as condições de aceitação do argumento para a substituição naturalista são particularmente exigentes: precisamos rejeitar a plausibilidade de uma concepção de epistemologia preocupada com a justificação e, por conseguinte, com o conhecimento. Indicarei que a sua proposta de substituição da teoria analítica pelo sucesso das ciências empíricas é profundamente falho, na medida em que representa uma nova modalidade de fisicalismo e deixa em aberto o desafio cético sobre o conhecimento e o direito. O abandono da justificação dos conceitos é, sem dúvida, fatal a empreendimentos normativos como o direito. Não vou me alongar sobre a substância do argumento de Quine, posto que minha preocupação não é com a sua aplicação específica na epistemologia, mas sim com sua estrutura geral: a rejeição de um projeto filosófico normativo em favor da investigação empírica que vacila entre o fisicalismo e o fenomenalismo. Esta forma de argumento que veio a ser conhecido como “o naturalismo substitutivo”. Em seguida, passo à crítica do Realismo Norte-Americano formulada por H.L.A. Hart e como ele conseguiu se valer do naturalismo quineano e da filosofia da linguagem desenvolvida por Wittgenstein para apresentar a teoria do direito que revolucionou o pensamento jurídico anglo-americano para tanto.

No segundo capítulo, apresento o projeto de Brian Leiter de naturalização da teoria do direito, inspirado na obra de Quine e na rejeição à crítica de H.L.A. Hart. Destaco como elementos comuns entre Quine e o Realismo Norte-Americano o holismo e a ideia de indeterminação do direito, bem como a visão empirista do direito, a partir do que Leiter proporá um avanço em relação ao Realismo, em direção à pesquisa modelada pelas ciências empíricas com o claro objetivo de explicar e prever as decisões judiciais, mas não de justificá-las. Seguindo o entendimento de Quine, Leiter expressa uma crítica ao método de análise conceitual *a priori* e ao papel da intuição na teoria do direito, sustentando que a teoria jurídica deve ser enraizada na pesquisa empírica e, assim, permitir que uma análise conceitual *a posteriori* do conceito de direito. Eu chamo esta versão de “naturalismo metodológico modesto”. Seu argumento favorece uma ciência preditiva sobre o comportamento judicial. O conceito de direito será aquele que tornar verdadeiras e explicativas as melhores investigações científicas no direito. Anoto a tentativa de aproximação com o pragmatismo de Richard Posner e sua diferença em relação aos pressupostos teóricos filosóficos necessários à construção do conceito de direito. Exponho, ainda, como Leiter, na medida do reconhecimento das limitações da importação do naturalismo quineano para o empreendimento jurídico à teoria da decisão judicial e à

importância das razões não-jurídicas, insere o positivismo jurídico enquanto parte do método de naturalização do direito. Nesse ínterim, Leiter se apropria das teses das fontes e da separabilidade entre direito e moral, ora afastando-se de teóricos como Jules Coleman (positivismo inclusivista) e ora aproximando-se de Joseph Raz (positivismo exclusivista) para a construção de seu conceito de direito. Procurarei exibir o projeto de Leiter como uma combinação modesta entre os pressupostos do naturalismo quineano e da análise conceitual tradicional inserida no positivismo jurídico, algo que se tornará essencial para a sua compreensão sobre as questões clássicas da teoria do direito, como o conceito de direito e de objetividade jurídica.

O último capítulo será dedicado à exposição das críticas apresentadas à viabilidade do projeto de naturalização da teoria do direito por Brian Leiter. Uma vez exposto no primeiro capítulo que a naturalização da epistemologia resulta em um novo fisicalismo (o cientismo), Leiter tentará de desvencilhar desse problema quineano, indicando um novo lugar para a análise do conceito de direito, propondo um projeto de naturalização mais modesto. No entanto, a leitura proposta da obra de Quine por Leiter, em que pese a fidelidade aos temas do holismo e indeterminação, não é satisfatória, na medida em que não aborda, dentre outras questões, a importância da revisão da teoria do direito para que seja pleno o seu projeto de substituição e de naturalização da teoria do direito. A ideia de revisão é essencial para o melhor proveito do projeto epistemológico de Quine, uma vez que nos apresentaria as razões necessárias para substituímos a análise normativa tradicional do direito e das decisões judiciais por uma investigação causal-explicativa do fenômeno jurídico. Embora pareça inusitado, tal propósito está melhor acabado na concepção interpretativa de direito defendida por Ronald Dworkin, na medida em que este milita em favor do argumento de que as questões valorativas (ou morais) tem respostas corretas. A compreensão de Dworkin está em oposição à de Leiter, na medida em que este acredita na indeterminação do direito enquanto o primeiro acredita ser esta uma abordagem equivocada do direito. No entanto, Dworkin leva muito mais a sério o propósito revisional de Quine em sua teoria do que Leiter poderia supor. Com isso, espero rejeitar a leitura de Leiter sobre o projeto quineano nos seus elementos mais críticos (o antifundacionismo e a substituição) e propor uma interpretação alternativa da importância de Quine para a teoria do direito, inserido nas obras de Hart e Dworkin, sem que isso demande o abandono do caráter essencialmente normativo do empreendimento jurídico.

Para tanto, busco apoio em artigos como os de Dennis Patterson, Jules Coleman, Michael Steve Green, Julie Dickson, Michael Greenberg, Leslie Green e Kenneth Einar Himma, os

quais apresentam sérias dúvidas quanto à possibilidade da alternativa naturalizada da teoria do direito: a reinserção do positivismo jurídico, a tese da indeterminação, a confiança no sucesso das ciências empíricas, a viabilidade da filosofia experimental, a relação com a análise conceitual, a relevância da epistemologia científica para a legitimidade do direito. Apresento, por fim, uma nova crítica a Leiter à sua concepção de objetividade jurídica, caracterizando-a como verdadeira expressão do ceticismo externo inserido na obra de Ronald Dworkin.

Minha intenção, como disse anteriormente, não é apresentar um debate analítico sobre as teorias hartiana e dworkiniana e as críticas a elas apresentadas. Ao contrário, meu objetivo restringe-se a mostrar como o projeto de naturalização de Leiter decorre de uma leitura equivocada de seus pressupostos normativos, o que o torna inviável, mesmo enquanto tentativa de melhor descrição da prática jurídica.

Acredito que qualquer análise que se insira na agenda teórica metodológica contemporânea também deverá ser capaz de avaliar a correção da qualquer teoria proposta de teoria substantiva do direito. Este trabalho pode ser visto como um desenvolvimento de uma linha de pesquisa iniciada em minha dissertação de mestrado, em que apresentei as deficiências da defesa do pragmatismo jurídico de Richard Posner em face de uma teoria do direito mais consistente, a teoria de Ronald Dworkin. Acredito que, com a análise crítica da proposta de naturalização da teoria do direito, Leiter avance em relação à falta de clareza quanto aos pressupostos teóricos do pragmatismo de Posner, o que torna esta pesquisa ainda mais rica que a anterior. Há, na obra de Leiter, uma razão pragmática para a defesa de uma teoria do direito que tenha como base uma metodologia causal-explicativa, que tenha como força motriz a previsão das decisões judiciais. Sua esperança na filosofia experimental e nas ciências empíricas desloca o conceito de direito do centro para a periferia do questionamento acadêmico⁷⁰. Por isso, espero demonstrar não ser tal razão pragmática satisfatória para a compreensão e crítica da prática jurídica.

⁷⁰ Compartilho da avaliação histórica que o Professor José Reinaldo Lima Lopes apresenta sobre o problema do objeto do conhecimento jurídico no ensino superior brasileiro. Para ele, o direito, não consiste em descrever o que as pessoas fazem, não consiste em explicar causas e processos de mudança. Essa ideia de o direito ser uma ciência social nesses termos é muito recente na história e teve vida muito curta. No Brasil, essa ideia tem tido uma fortuna maior, com vida mais longa, prolonga-se numa espécie de naturalismo jurídico. Este consistiria em interpretar as relações jurídicas como se fossem eventos naturais. Alguns autores importantes do século passado acreditaram que uma observação naturalista do direito seria a verdadeira ciência jurídica. Esse naturalismo insistia que o direito, as leis, as relações entre as pessoas e a sociedade como um todo, todas essas coisas deveriam ser tratadas como se pertencessem ao mundo do ser, do real empírico; consistiriam em coisas e processo de natureza material. (...) O direito não é um saber a respeito do mundo como ele é, causalmente, mecanicamente, biologicamente. É um saber a respeito das normas capazes de determinar o que se deve fazer. Um bom jurista não explica para uma pessoa, no caso de uma separação, o

quanto ela vai sofrer. Um bom jurista explica as alternativas de tomada de decisão jurídica. (...) A tomada de decisão jurídica depende de outro saber, mais complexo e especializado, com a qual outras ciências contribuem. Por isso quando tomamos decisões como juristas, as outras ciências são, para nós, auxiliares; elas não são menores no campo intelectual, mas para nós são apenas auxiliares na tomada de decisão. (...) Precisamos mostrar nossa dificuldade de compreender um fenômeno e encomendar as pesquisas relativas a ele. Todas as pesquisas jurídicas podem ter uma dimensão de *lege lata* ou de *lege ferenda*; ou eu estudo para entender melhor e aplicar melhor a lei ou eu estudo para constatar os limites da lei. Essa constatação requer às vezes o diálogo com outros, mas sempre às consciências de nossa própria identidade metodológica. (LOPES, In CUNHA, SILVA, 2013, pp. 19-25).

CAPÍTULO I – DA FILOSOFIA PRIMEIRA AO NATURALISMO – IMPACTOS NA TEORIA DO DIREITO

“É tão difícil encontrar o princípio. Ou melhor: é difícil começar do princípio. E não tentar recuar ainda mais” (WITTGENSTEIN, 1969, p. 471).

Na introdução deste trabalho aponte que para Brian Leiter, a virada linguística da primeira metade do século XX deu lugar à *virada naturalista* (KITCHER, 1992, p. 83), segundo a qual os problemas filosóficos tradicionais já não seriam mais resolvidos pelos métodos filosóficos *a priori*, demandando a incorporação ou substituição por teorias empíricas adequadas, expressa mais especificamente na obra de Willard Van Orman Quine. Leiter costuma se valer de *slogans* comuns ao naturalismo, tais como “*não há filosofia primeira*” (1997, p. 289) ou “*a ciência nos dá as coisas*” (1997, p. 1750) para afirmar as origens filosóficas de seu naturalismo “*contra a análise conceitual e programas fundacionais*” (2014), uma vez que ele “*garante uma forma proveitosa de entender os limites dos esforços existentes para garantir fundações filosóficas e teóricas das leis da evidência*” (2001, p. 1491). Mas, como a maioria dos *slogans*, eles nos dizem muito pouco sobre o que se quer dizer com esse naturalismo.

Para analisar essas afirmações, recuarei um pouco na história da filosofia e, em especial, da epistemologia. A epistemologia é o ramo da filosofia que estuda o conhecimento, no seu sentido mais amplo e abstrato, tendo como questão principal: o que é conhecimento? A resposta tradicional é a de que o conhecimento é a “*crença verdadeira justificada*”. A questão do conhecimento está associada ao que ficou conhecido na história da filosofia como desafio cético. Importantes tentativas de resposta a este desafio surgiram ao longo da história da epistemologia, de Renè Descartes a Rudolf Carnap. O apoio do projeto epistemológico cartesiano se deu numa concepção fisicalista ou absoluta de mundo⁷¹. O

⁷¹ Extraio a ideia de concepção absoluta de mundo do trabalho de Cláudio Michelson Júnior. De acordo com ele, “a ‘concepção absoluta de mundo’ envolve um conjunto de regras gramaticais para asserções sobre o que

emprego da metodologia e da visão de mundo fisicalista constituiu o projeto teórico de positivistas, como Hans Kelsen, e do Realismo Jurídico Escandinavo, em especial de Alf Ross. Procurarei demonstrar por que o conhecimento do direito não é facilmente adaptável às exigências do fisicalismo, quais sejam, a interpretação dos enunciados jurídicos enquanto fatos brutos ou a sua eliminação da linguagem científica. Na sequência, apresento o Realismo Norte-Americano, em especial o explorado pelo instrumentalismo pragmático originado da obra de Oliver Wendell Holmes e o de Jerome Frank, em sua visão *behaviorista* do processo decisório.

Em seguida, passarei à análise do naturalismo expresso na obra de Willard Van Orman Quine. Em linhas gerais, a proposta do naturalismo quineano sugere um novo caminho frente ao desafio cético: a compreensão de que o conhecimento e a crença justificada devem ser analisados em termos causais, mais especificamente no que se refere às propriedades do processo cognitivo que causa essas crenças. Demonstrarei que o naturalismo substitutivo, associado a Quine, conduz a um abandono das tentativas de garantir uma abordagem epistemológica dos conceitos de conhecimento e justificação, em favor de um projeto de caráter eminentemente descritivo do processo de conhecimento, baseado num conceito mínimo de verdade: a de que somos capazes de produzir nossa rede de crenças, que constitui nossa ciência, a partir da estimulação sensorial descrita pela própria ciência.

Ao final do capítulo, espero responder às seguintes questões: a priorização da ciência defendida por Quine e o seu abandono das pretensões justificativas ínsitas ao conceito de conhecimento indicam uma posição filosófica consistente? Quais os efeitos do abandono do desafio cético para a epistemologia e, em sentido amplo, para a filosofia? No âmbito do direito, a questão que se coloca é se é possível descrevê-lo enquanto prática interpretativa, de forma não avaliativa, bem como se a sua natureza o permite que o descrevamos como um fato do mundo físico. Para tanto, apresentarei a crítica de H.L.A. Hart ao Realismo ao seu compromisso e fisicalista, especialmente no que tange à justificação da prática jurídica. Seu rompimento com o positivismo precedente reside nas concepções epistemológicas que

faz parte do mundo. A regra de ouro desta concepção é: ‘tudo o que faz parte do mundo existe independentemente de nossa forma de perceber ou conceber o mundo. Para quem visa a uma ‘concepção absoluta de mundo’, as asserções aptas a descrevê-lo, das quais podemos predicar verdade (ou falsidade) são necessariamente independentes de nossa perspectiva. O mundo objetivamente considerado é o mundo como realmente é, sem interferências das imperfeições que frequentemente estão presentes em tentativas subjetivas de descrever algo’ (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 34).

os fundamentam, mais do que nas teses centrais definidoras do direito⁷². A obra de Hart é fruto do período de efervescência filosófica em que o autor viveu, sendo nela notáveis os elementos que se referem às propostas metodológicas de Wittgenstein e de Quine. A crítica da noção de objetividade jurídica feita pela filosofia analítica atinge os pressupostos da filosofia clássica da representação expressos no pensamento cartesiano, o que justifica a importância de uma apresentação prévia de como os compromissos naturalistas e fisicalistas se inseriram na teoria do direito.

Os conceitos e os movimentos filosóficos apresentados ao longo desse capítulo serão importantes não apenas para estas respostas, mas também para definir se, de fato, o paralelo proposto por Leiter na teoria do direito naturalizada pode ser levado a diante. Começo, portanto, do princípio, para verificar quão distante caminha o naturalismo de nossas preocupações teóricas tradicionais mais intrigantes.

1. A epistemologia na tradição filosófica ocidental

1.1 O conceito de conhecimento e o desafio cético

A definição clássica de conhecimento é aquela apresentada por Platão, no *Teeteto*, segundo a qual o *conhecimento é a crença verdadeira que pode ser justificada com um relato ou uma explicação*⁷³.

A epistemologia⁷⁴ é o ramo da filosofia preocupado com a natureza e o alcance do conhecimento, razão pela qual veio a ser também conhecida como *teoria do conhecimento*. A epistemologia questiona o que o conhecimento é e como ele pode ser adquirido, e a extensão em que o conhecimento relativo a qualquer entidade pode ser adquirido, abrangendo, ainda, enfoques específicos, tais como a sociologia do conhecimento e a psicologia do conhecimento⁷⁵ (SALDANHA, 2006, p. 268).

⁷² No mesmo sentido, a análise de Ronaldo Porto Macedo Júnior (2013, p. 62; v. também MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 135)

⁷³ Teeteto — (...) “conhecimento é opinião verdadeira acompanhada da explicação racional, e que sem esta deixava de ser conhecimento. As coisas que não encontram explicações não podem ser conhecidas sendo, ao revés disso, objeto do conhecimento todas as que podem ser explicadas”.

⁷⁴ A palavra *epistemologia* vem da união do grego *episteme*, que significa “conhecimento, compreensão”, e de *logos*, que significa “estudo de”, o que em Platão indicava o conhecimento fundamentado por oposição a *doxa*, a mera opinião (SALDANHA, 2006, p. 268).

⁷⁵ Não se pode olvidar que a epistemologia persegue projetos diferentes e correlacionados. Busca identificar as estratégias de formação de nossas crenças e como elas podem ser justificadas; garantir uma definição ou caracterização do conhecimento, explicando como ele se diferencia da mera opinião, bem como da ignorância e do erro e; a refutação do desafio cético (STICH, 1993, p. 02).

Assim sendo, a epistemologia é conduzida por duas questões principais: i) “o que é conhecimento?” e ii) “o que podemos conhecer?” Para John Greco, se pensarmos que podemos conhecer algo, surge uma terceira questão essencial: iii) “como conhecemos o que conhecemos?” (GRECO, 2012, p. 16). Já a metafísica é a teoria sobre o que constitui a realidade ou o mundo: o que, em última análise existe? Quais características a realidade possui em si mesma, e quais são as características de como apenas a percebemos, pensamos ou falamos sobre ela?

A questão sobre o que é o conhecimento geralmente é discutida em termos proposicionais ou afirmativos, uma vez que aquilo que o sujeito conhece é uma proposição verdadeira sobre o mundo (ZAGZEBSKI, 2012, p. 154). O conhecimento proposicional é aquele por meio do qual as proposições comunicam o conhecimento de uma pessoa para outra, por isso também é conhecido como “conhecimento *que*”.

Grande parte do debate no campo da epistemologia se centrou na análise filosófica da natureza do conhecimento e como ele se relaciona com as noções ligadas à:

i) verdade – as proposições são verdadeiras ou falsas, mas apenas as proposições verdadeiras ligam o sujeito que conhece com a realidade da maneira desejada. Por isso mesmo, o objeto de conhecimento, no sentido de maior interesse à filosofia, é visto como o da proposição verdadeira. É certo que a natureza de conceitos como verdade, proposição e realidade são questões tratadas pela metafísica. Por tal razão, os epistemólogos não dirigem seus esforços a essas questões quando escrevem sobre epistemologia, de sorte que suas discussões sobre o conhecimento não incidem sobre o objeto do conhecimento, mas nas “*propriedades do próprio estado que fazem dele um estado de conhecimento*” (ZAGZEBSKI, 2012, p. 155). No estado de conhecimento, portanto, é o sujeito, e não o objeto, que está relacionado à proposição verdadeira.

ii) crença - no discurso comum, uma “declaração de crença” é tipicamente uma expressão de uma crença e/ou confiança em uma pessoa, poder ou entidade. Para a epistemologia, “crença” significa simplesmente a aceitação como verdadeiro de qualquer conteúdo cognitivo. A ideia de que o estado de conhecimento é uma espécie de estado de crença reforça a prática quase universal na epistemologia de se definir o conhecimento como crença verdadeira⁷⁶ (ZAGZEBSKI, 2012, p. 155). Acreditar é, portanto, aceitar algo como verdadeiro. e;

⁷⁶ Linda Zagzebski é especialmente clara ao tratar a afirmação de que o conhecimento seja uma forma de crença não seja necessariamente útil na definição de conhecimento, já que o próprio conceito de crença

iii) justificação – de acordo com a teoria de que o conhecimento é “*crença verdadeira justificada*”, a fim de saber se uma determinada proposição é verdadeira, é preciso não só acreditar na relevância da proposição verdadeira, mas é preciso também ter uma *boa razão* para tal. Uma implicação disso seria que ninguém ganharia conhecimento apenas por acreditar em algo que aconteceu seja verdade; seria necessário *algo a mais* que imponha verdade à crença⁷⁷.

A justificação é, portanto, a *razão* pela qual alguém tem propriamente uma crença, isto é, a elucidação do por que essa crença é verdadeira, ou uma afirmação sobre *como se sabe o que se sabe*. Na maior parte das vezes, os significados de argumento e de explicação podem ser confundidos um com o outro, assim como os significados de explicações e justificativas. Afirmações que são justificativas de alguns atos assumem a forma de argumentos. É importante, entretanto, saber quando uma explicação *não* é equivalente a uma justificativa. Um investigador pode oferecer uma explicação sobre o comportamento de um suspeito de um crime e tais afirmações podem nos ajudar a entender *por que* a pessoa cometeu o crime. Uma pessoa acrítica pode acreditar que o investigador está tentando ganhar a simpatia para com o suspeito e suas ações, mas isso não quer dizer que ele, investigador, que propõe a explicação, tenha qualquer simpatia pelas ideias ou ações do suspeito que estão sendo explicadas, isto é, não as está justificando. Esta é uma distinção importante, especialmente no direito, porque precisamos ser capazes de justificar e, ao mesmo tempo, explicar os acontecimentos e comportamentos na tentativa de desencorajá-los ou incentivá-los.

A justificação é uma atitude normativa⁷⁸, que tem por finalidade definir o conhecimento que coloque ao alcance da verdade um aspecto intrínseco daquilo que faz do conhecimento um bem da vida. É normativa por que as normas apontam as (boas) qualidades que uma

carece de uma definição. “No entanto, ainda assim pressupõe-se de maneira ampla que o conceito de crença seja mais claro e menos controverso que o conceito de conhecimento” (ZAGZEBSKI, 2012, p. 156).

⁷⁷ Por exemplo, uma pessoa doente e sem nenhum treinamento médico, mas com uma atitude geralmente otimista, pode acreditar que vai se recuperar de sua doença rapidamente. No entanto, mesmo que essa crença se torne verdadeira, o paciente não teria *sabido* que ele iria ficar bem uma vez que sua crença era injustificada. Isso significa que somos justificados por acreditar naquilo que tem suporte em nossas evidências (FELDMAN, 2012a, p. 294).

⁷⁸ Interessante a reflexão de Jaegwon Kim a respeito do tema da justificação e seu papel central nas reflexões sobre a natureza do conhecimento pela epistemologia. Para ele, aparte de questões históricas, há uma razão simples para a preocupação com a justificação: é o único componente epistêmico específico na concepção clássica tripartite de conhecimento, já que crença é um conceito psicológico e verdade um conceito do tipo semântico-metafísico. É a justificação que torna o conhecimento um conceito normativo por si próprio. Como Kim resumiu: “*that justification is a central concept of our epistemological tradition, that justification, as it is understood in this tradition, is a normative concept, and in consequence that epistemology itself is a normative inquiry whose principal aim is a systematic study of the conditions of justified belief*” (1988, p. 383).

crença deve possuir a fim de seja justificada: a primeira tarefa é, portanto, entender as normas epistêmicas, e como elas devem ser derivadas e justificadas. Assim, o objetivo da epistemologia é explicar o que é a fonte da força das normas epistêmicas, e por que uma proposição deve satisfazer tais normas⁷⁹.

Uma segunda questão pertinente surge a respeito da justificação em “boas razões”, isto é, qual é o limite ou até mesmo se há um limite acerca dessas boas razões justificadoras sobre determinada crença verdadeira. Isto significa que qualquer proposição pode ser infinitamente questionada em termos de suas “boas razões”, numa cadeia de proposições regressivas, criando um problema para a teoria do conhecimento. Esse problema do regresso infinito é apresentado por várias vertentes da teoria do conhecimento, em que se apresentam possíveis contra-argumentos, tais como: algumas proposições não precisam de justificação; a cadeia de raciocínio é circular; ou a sequência de proposições nunca termina. Para que a cadeia de justificação tenha um fim, é preciso adotar algum desses argumentos, e cada qual define um tipo fundamental de teoria epistemológica⁸⁰.

Para tanto, a teoria fundacional ou *fundacionismo* apresenta como ideia principal a seguinte afirmação: algumas crenças podem valer como razões para outras crenças, mesmo que elas não estejam amparadas em outras razões derivadas de outras crenças. O regresso de razões é limitado ao conhecimento do caráter fundacional dessas crenças, o qual independe de outras crenças para ser considerado como boa razão. A estratégia fundacional é dividir a tarefa da justificação em duas: (i) identificar o conjunto de crenças que são “diretamente” justificadas, isto é, justificadas sem derivar o seu estado de qualquer outra crença e; (ii) apresentar como outras crenças podem ser “indiretamente” ou “inferencialmente” justificadas adequadamente em relação àquelas que já foram justificadas (KIM, 1988, p. 384). Normas epistêmicas derivadas dessas crenças básicas, isto é, *a priori*⁸¹, independentes da experiência humana, formam a base de conhecimento

⁷⁹ Normalmente, a teoria do direito analítica tem um componente normativo importante: Destina-se a estabelecer as condições que devem ser satisfeitas para que algo para contar como direito. No entanto, há que se dizer que, uma coisa é a normatividade com relação às condições para a aplicação de um conceito; outra coisa é a normatividade no sentido de colocar as condições que devem ser satisfeitas para que a prática jurídica seja justificada (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 557).

⁸⁰ Não vou me alongar na apresentação e análise das características de cada uma dessas teorias, apenas indicarei quais seus principais elementos para que, ao longo do capítulo seja possível identificar suas referências, tanto na epistemologia tradicional fundacional, como na epistemologia naturalizada defendida por Quine e adotada por Brian Leiter. A apresentação aqui feita valerá, portanto, apenas como mais um elemento de demarcação da divergência filosófica entre os dois autores sobre a objetividade na teoria do direito.

⁸¹ Tradicionalmente, pode-se falar em duas categorias principais de conhecimento: *a priori* e *a posteriori*. Pode-se compreender a última como conhecimento que é fundamentado na experiência sensorial. O conhecimento *a priori* pode ser compreendido como o conhecimento que não é fundamentado na

geral. Elas não podem ser fundadas em informações empíricas, o que é uma parte do próprio conhecimento.

Nesse aspecto, o fundacionismo se apresenta sob duas formas: (i) a interna, a qual exige que a justificação de uma crença seja acessível à perspectiva do conhecedor para que possa ser justificada. Alternativamente, crenças básicas podem ser justificadas por alguma propriedade especial da própria crença, como seu caráter autoevidente ou infalível (BONJOUR, 2012, pp. 195-199). Na explicação de Greco, o internalismo é frequentemente ligado à visão de que a avaliação epistêmica é do tipo deontológica, isto é, tem-se que “um dever tem a ver com cumprir o que é certo a partir da perspectiva de quem o cumpre” (2012, p. 29⁸²); b) a externa, que defende que não é necessário que o meio de justificação de uma crença seja acessível para aquele que crê.

Ao lado do fundacionismo tem-se a teoria coerentista ou *coerentismo*, segundo a qual uma crença pode ser justificada de forma circular desde que se encaixe (coerentemente) com o restante do sistema de crenças da qual ela faz parte. Naturalmente, a coerência tem de ser algo mais do que consistência lógica ou então qualquer crença poderia ser “justificada” por crenças igualmente arbitrárias que por acaso sejam consistentes com tal crença. Assim, para o coerentista, a justificativa depende da definição do que é “ser coerente”. A coerência tem caráter explicativo: o fato de uma crença particular ser ou não justificada depende de como ela se encaixa em um sistema total de crenças⁸³ (WILLIAMS, 2012, p. 79). Esta teoria tem a vantagem de evitar a regressão infinita sem reivindicar um status especial para uma classe particular de crenças⁸⁴.

experiência. A evidência para o conhecimento a priori não é uma experiência sensorial, mas intuições intelectuais ou racionais. Não se deve confundir essa distinção com duas outras: a) sentenças analíticas e sintéticas e b) verdades necessárias e contingentes. A distinção *a priori/ a posteriori* é estritamente epistêmica, se dá entre dois tipos de conhecimento e se fundamenta em dois tipos de evidência. As demais distinções tem caráter linguístico. Tal distinção se faz importante principalmente em razão do ataque de Quine à distinção analítico/sintético, da qual Brian Leiter vai se valer em sua teoria do direito naturalizada.

⁸² A concepção deontológica da justificação e do internalismo nela apoiado é visto por Ernest Sosa como algo de valor limitado para a epistemologia. Para ele, esse conceito de justificação não consegue explicar importantes aspectos da excelência epistêmica. Sosa considera vários pares de crenças, cada crença justificada no sentido deontológico. Cada par de crenças se diferencia em outras dimensões importantes de excelência epistêmica. Portanto, um conceito centrado no dever da justificação não consegue capturar tipos importantes de avaliação epistêmica influenciados, por exemplo, pela gênese real da crença do sujeito, sua etiologia social, entre outros (SOSA, 2012, pp. 233-252).

⁸³ Há de se considerar, ainda, que o fato da teoria coerentista ser na verdade uma alternativa à teoria fundacional está longe de ser claro. Isto porque a teoria coerentista não anula o apelo fundacional ao “privilegio epistêmico”, mas apenas o desloca: de crenças particulares a critérios gerais de coerência, compreendidos como condutores da verdade (v. WILLIAMS, 2012, p. 79).

⁸⁴ Embora não seja este o objeto do presente estudo, há de se mencionar ainda uma possibilidade híbrida para a solução do problema do regresso epistêmico desenvolvida por Susan Haack, em sua obra “*Evidence and Inquiry: Towards reconstruction in epistemology*” (1993), denominada em inglês, “*foundherentism*”, resultante da união de elementos do fundacionismo e do coerentismo. Como essas teorias foram refinadas,

Já de acordo com o confiabilismo, uma crença é justificada somente se for produzida por um processo que normalmente produza uma proporção suficientemente alta de verdade. Esta teoria afirma que uma crença verdadeira pode ser considerada conhecimento apenas se for produzida por um processo de formação de crenças que seja confiável. É o mecanismo pelo qual adquirimos essas crenças que gera a verdade de maneira confiável (RITCHIE, 2012, p. 86). A confiabilidade no método ou no processo de produção substitui⁸⁵ a própria necessidade de justificação na composição do significado de conhecimento (RITCHIE, 2012, p. 86). E a ciência cognitiva deve preencher os detalhes no que diz respeito ao que sejam esses processos de formação de crenças. Entretanto, o fato de qualquer método de aquisição de crença ser ou não confiável dependerá da gama de situações às quais o aplicamos (WILLIAMS, 2012, p. 112).

Grande parte da epistemologia surgiu tanto na defesa ou na oposição ao que se convencionou denominar “desafio cético”. Em que consiste o desafio cético? Fala-se em desafio cético por que o ceticismo é mais “uma forma de dúvida do que de recusa” (STRAWSON, 2008, p. 12). O cético não é alguém que nega a validade de certos tipos de crenças, mas que questiona a adequação dos fundamentos dos quais nos valemos para sustentá-las. Ele expõe suas dúvidas em forma de desafio, de modo a mostrar que elas são injustificadas. Há um evidente caráter intuitivo no ceticismo, que envolve nossas considerações mais simples sobre o mundo e sobre nossas aspirações sobre o conhecimento (WILLIAMS, 2012, p. 67).

Em linhas gerais, o ceticismo está relacionado com a questão de saber se o conhecimento do mundo exterior é possível à luz da aparente possibilidade de erro em cada uma de nossas crenças sobre o mundo exterior. Isso não significa dizer que o ceticismo questione a possibilidade de conhecimento em si mesma. O que se quer afirmar, a partir da perspectiva de conhecimento como crença verdadeira justificada, é que “nem sequer chegamos ao

alguns fundacionais começaram a admitir que até mesmo crenças fundacionais básicas poderiam ser falíveis, e que as crenças derivadas poderiam se sustentar mutuamente; de outro lado, considerando que alguns coerentistas começaram a admitir que as crenças produzidas pela experiência deveriam ser ponderadas de forma a refletir graus realistas de coerência ou justificação. Haack argumenta que fundacionismo e coerentismo não esgotam o campo da investigação epistemológica, e que uma teoria intermediária seria mais plausível. Para ela, é possível incluir a relevância da experiência para a justificação de crenças empíricas, como o fundacionismo experiencial faz, mas o coerentismo não, e, ao mesmo tempo, em vez de exigir uma classe privilegiada de crenças básicas fundacionais, para permitir a mútua dependência generalizada entre crenças, como coerentismo faz, mas o fundacionismo não. Estas são as ideias-chave da “foundherentism” (HAACK, 1993, pp. 19-21).

⁸⁵ Veja-se que o termo “substituído”, aqui empregado por Jack Ritchie se relaciona à ideia de naturalismo substitutivo, a qual será explorada mais à frente. Para Jack Ritchie alguns partidários do confiabilismo entendem não terem defendido uma substituição da justificação, mas a defesa de uma explicação a respeito do que seja uma boa justificação, isto é, aquela gerada por um mecanismo confiável. Entretanto, não faz “muita diferença se você prefere dizer substituído ou explicado” (RITCHIE, 2012, pp. 86-87).

ponto de crença justificada, não importando se nossas justificações são ou não suficientes, em sentido mais estrito, para o conhecimento” (WILLIAMS, 2012, p. 68).

Os céticos⁸⁶ argumentam que a crença em algo não necessariamente justifica uma afirmação de conhecimento. Os argumentos a favor do ceticismo dependem, implícita ou explicitamente, de pressupostos sobre o que é o conhecimento. Seu pressuposto é, justamente, a ausência dos pressupostos necessários ou de conclusões definitivas, enfim, de que seja possível encontrar uma base de certeza, uma lei, uma resposta cabal para a dúvida dos homens sobre o que é o conhecimento. Seu principal argumento pode ser definido como uma *“contestação filosófica tanto às filosofias dogmáticas, que se arrogam ter descoberto a verdade no mundo, quanto às opiniões e asserções comuns que se pretendem verdadeiras ou capazes de dizer o que as coisas realmente são”* (HULSHOF, 2008, p. 399).

A resposta cética à sua própria dúvida é a de que não há uma evidencia intuitiva ou lógica que possa nos assegurar a escolha de uma crença em detrimento de outra. Isso significa que, para o cético, não há um critério de justificação que nos permita assegurar determinada crença (ou conjunto de crenças) como verdadeira⁸⁷. Há uma suspensão de juízo sobre a verdade das coisas, restando apenas ao homem manter um estado permanente de investigação ou oposição de teses.

Assim, a contestação cética convida a uma análise do que é necessário para o conhecimento. Visões amplamente partilhadas na epistemologia implicam que, para que uma pessoa saiba se uma proposição é verdadeira, deve ter uma crença bem justificada na proposição e a proposição deve ser de fato verdadeira. O interesse no que diferencia o conhecimento da mera crença verdadeira e opinião compartilhada gera também interesse

⁸⁶ É preciso esclarecer aqui, que não trato o ceticismo como escola filosófica de pensamento homogêneo. Cada ceticismo, por assim dizer, é único, trazendo consigo dissensões internas quanto a um modelo geral de ceticismo. O ceticismo sedimentado no período helenístico, de Pirro não é o mesmo ceticismo da Nova Academia; o ceticismo fideísta de Montaigne não se confunde com o ceticismo esboçado na obra de Hume, nem tampouco se confunde com o relativismo contemporâneo. Há uma unidade, todavia de questionamento do ceticismo sobre a construção do conhecimento, pois: *“(...) sempre jogará aparências contra aparências, juízos contra juízos, aparências contra juízos; apresentará argumentos sobre a ilusão criada pelos sentidos, pelos sonhos e alucinações; apelará às diferenças de tradições, leis e costumes; por fim, apontará a circularidade e o regresso ao infinito que desqualificam as demonstrações; lançando mão de todos esses recursos para formular afirmações de igual valor persuasivo e questionar, assim, as proposições que se pretendem verdadeiras”* (HULSHOF, 2008, p. 399).

⁸⁷ “A conclusão radicalmente cética é a de que ninguém nunca está justificado, mesmo na menor proporção, em acreditar em uma coisa em vez de outra.(...) O que o cético argumenta, entretanto, é que existem limites à nossa capacidade de dar razões ou citar evidência.(...) Para chegar ao que conclui a partir do que argumenta, o cético baseia-se tacitamente na exigência de fundamentação prévia. Ele deve pressupor tanto que a crença é epistemologicamente irresponsável a menos que se baseie em fundamentos adequados (a tese da dependência) como que a crença de ninguém pode ser baseada em fundamentos que ele não percebe” (WILLIAMS, 2012, p. 93).

em questões sobre a análise do conhecimento, bem como seus principais componentes. Estas análises têm a intenção de estabelecer as condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito (FELDMAN, 2012b).

A identificação das razões que justificam uma determinada crença verdadeira e a solução do desafio cético à possibilidade de conhecimento são as marcas centrais do pensamento epistemológico moderno⁸⁸. Ampliado o horizonte para a ciência, seu projeto moderno pode ser compreendido como uma tentativa de resolver o problema clássico da filosofia: a relação entre o mundo tal qual o percebemos e o mundo como ele realmente é.

A forma moderna de pensar pressupõe uma radical separação entre o subjetivo e o objetivo, encontrando na Física a descrição (ou representação) do mundo tal como ele é, independente da mente humana. Esta perspectiva acompanha o racionalismo⁸⁹ de Renè Descartes, algo que também está presente dentre os postulados empiristas⁹⁰, de David Hume a John Stuart Mill, bem como daqueles que seguiram mais de perto Descartes até o século XX, quando os avanços da lógica foram determinantes para o deslocamento da epistemologia do centro das preocupações da filosofia ocidental, como se verá a seguir.

1.2 Concepções fisicalistas do mundo: de Descartes a Carnap

A agenda da epistemologia moderna é marcada, de acordo com Claudio Michelon Júnior, por “uma reação às incertezas provocadas pelos descobrimentos, pela quebra da unidade espiritual da Igreja, pelos pensadores católicos céticos e, enfim, pela alternativa entre o

⁸⁸ O ceticismo tradicional quase sempre pressupõe alguma versão do fundacionismo, ou seja, pressupõe que temos uma crença justificada não-inferencial em, pelo menos, algumas afirmações. Por tal razão, não se pode ler qualquer uma das importantes figuras históricas envolvidas com qualquer avanço ou refutação do ceticismo, sem chegar à conclusão de que eles consideraram algumas afirmações epistemologicamente não-problemáticas, onde seu caráter não-problemático parecia resultar do fato de que não tinha necessidade de *inferir* a sua verdade de quaisquer outras afirmações. Nesse sentido, a alegação cética padrão é a de que se temos justificativa para acreditar em qualquer coisa sobre o mundo físico, esta justificação se reduz ao que podemos legitimamente *inferir* sobre o mundo físico do que nós sabemos sobre o caráter passado e presente das nossas sensações.

⁸⁹ Por racionalismo compreendo aqui “a vertente na qual a razão é considerada o critério da verdade tanto para o conhecimento físico, que trata dos objetos da experiência sensível, quanto para o conhecimento metafísico, que versa sobre objetos inteligíveis, ou seja, que estão para além da experiência” (HULSHOF, 2008, p. 386). É uma característica do racionalismo do século XVII a ideia de que a natureza pode ser conhecida independentemente dos mistérios da religião. Por trás disso está a ideia de que toda a natureza, incluindo o homem, opera segundo normas ou leis que Deus determinou e que os homens podem conhecer, sem a barreira do mistério. “A razão, obra divina, é o instrumento que lhes permitirá conhecer a natureza e aumentar seu domínio sobre ela” (FRATESCHI, 2008, p. 270).

⁹⁰ Os empiristas partem dos conceitos e intuições da razão para atribuir validade aos conhecimentos particulares, sustentando que todo conhecimento tem de partir da experiência. Eles apontam uma “limitação da razão para o conhecimento”. Estabelecem que, antes de determinar a verdade do conhecimento, é preciso investigar em que consiste o objeto que se pretende conhecer e, além disso, examinar nossa capacidade para conhecê-lo (HULSHOF, 2008, p. 400).

teocentrismo e antropocentrismo na teoria do conhecimento” (2004, p. 42). A construção de um caminho para a certeza sobre “como as coisas são” tem dois aspectos centrais: “(i) a maneira moderna de traçar os limites entre o que é subjetivo e o que é objetivo; (ii) a ideia de que as descrições cujo paradigma é a Ciência Física representam o mundo como realmente é”, ou seja, a ciência física é dotada de objetividade (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 43-44).

A concepção moderna de mundo (absoluta) tem como ponto de partida a obra de René Descartes (1596-1650). Seu projeto filosófico envolve, sobretudo, a reconstrução do saber e o estabelecimento de um método seguro para o alcance da verdade (FRATESCHI, 2008, p. 280). Sua estratégia compreendia a existência de um “lugar” onde ocorrem os eventos subjetivos (o mundo interior) e um “lugar” onde ocorrem eventos objetivos (o mundo exterior). Tal distinção tornou possível confinar a subjetividade ao mundo interior e alijá-la da descrição do mundo “como ele realmente é” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 45).

O projeto cartesiano nasce como uma crítica da filosofia tradicional, a qual não teve êxito no uso do bom senso e da condução da razão⁹¹. Descartes, em *Meditações Sobre a Filosofia Primeira*⁹² (1641), afirmou que, porque a única forma pela qual percebemos o mundo externo é através de nossos sentidos, e que, porque os sentidos não são infalíveis, não devemos considerar que o nosso conceito de conhecimento seja infalível. A única maneira de encontrar algo que poderia ser descrito como “verdade indubitável” seria a de ver as coisas de forma “clara e distintamente”. Em o *Discurso do Método*, Descartes, na busca de um método correto para atingir e demonstrar a verdade, constata que a matemática atinge alto grau de certeza porque emprega em suas operações os procedimentos de ordem e medida que permitem apreender o que é verdadeiro. Das faculdades cognitivas, apenas a inteligência pode conhecer a verdade.

São duas as faculdades essenciais da inteligência: (i) a intuição, que nos permite ver quando nos libertamos das inferências dos estímulos sensoriais, tal como “dois e dois são

⁹¹ V. a abertura da primeira parte do “*Discurso do Método*” de Descartes (1973, p. 37). Na explicação de Yara Frateschi, “é preciso empregar bem esta capacidade [o bom senso] que temos de discernir a verdade da falsidade, e para isso é necessário encontrar um meio de conduzir corretamente a razão. Mas a condução correta da razão na busca da verdade requer o estabelecimento de regras e o filósofo deve, portanto, estabelecê-las definitivamente” (FRATESCHI, 2008, p. 281).

⁹² Na visão de Descartes, a epistemologia é a “*filosofia primeira*” e nossa teoria do conhecimento anterior a qualquer conhecimento empírico. De acordo com Descartes, não devemos confiar em nossas crenças pré-teóricas, pois temos razão para acreditar que qualquer uma delas pode ser falsa. O único processo racional é rejeitar todas as crenças sobre as quais podemos estar errados e reconstruir nosso corpo de crenças desde o princípio. Precisamos desenvolver padrões apropriados para a crença para depois formarmos crenças se estas satisfizerem esses padrões. A epistemologia, assim, precede a ciência e, assim, qualquer crença empírica (KORNBLITH, 2012, p. 256).

quatro”; são as noções simples que imprimem a base do conhecimento e; (ii) a dedução, por meio da qual compreendemos a verdade como sendo consequência de outra verdade que já conhecemos (FRATESCHI, 2008, pp. 281-282). Logo, para tornar possível um conhecimento confiável sobre o mundo, seria indispensável o método da “*dedução*”, isto é, uma série de etapas inferenciais, ou por “intuições”, cada uma das quais é indubitável. Para justificar a crença, o conhecedor tem de se referir a outra crença já justificada e indiscutível. Esta é a estrutura cartesiana de conhecimento baseado em fundamento infalível.

Descartes defendia que o homem usasse suas capacidades para o conhecimento corretamente e com cuidado, por meio do que se convencionou chamar *dúvida metodológica*⁹³. Essa dúvida se fundamenta numa reflexão que abandona qualquer crença cuja verdade possa ser contestada, exceto uma: a crença na sua própria existência, correspondente à máxima “*cogito ergo sum*”, ou mais precisamente “*sou, existo*”⁹⁴. Embora pudesse duvidar de seus sentidos, de seu corpo e do mundo ao seu redor, Descartes não podia negar sua própria existência enquanto ser pensante, porque “pensar” é também algo do que não posso duvidar, já que duvidar de é um tipo de pensamento: duvidar que estou pensando é o próprio pensar. Essa forma de conhecimento *a priori* se justifica não pela experiência, mas por outra coisa, caracterizada pelo pensamento puro ou razão. Nesses termos, o conhecimento metafísico é *a priori*: as características mais gerais e abstratas da realidade são cognoscíveis pelo pensamento puro. O modelo mais genuíno de tal conhecimento era a geometria, tal como é entendida a partir dos trabalhos do matemático grego Euclides⁹⁵.

⁹³ “De há muito observara que, quanto aos costumes, é necessário às vezes seguir opiniões que sabemos serem muito incertas, tal como se fossem indubitáveis, como já foi dito acima; mas, por desejar então ocupar-me somente com a pesquisa da verdade, pensei que era necessário agir necessariamente ao contrário, e rejeitar como absolutamente aquilo em que pudesse imaginar a menor dúvida, a fim de ver se, após isso, não restaria algo em meu crédito, que fosse inteiramente indubitável. Assim, por que os nossos sentidos nos enganam às vezes, quis supor que não havia coisa alguma que fosse tal como eles nos fazem imaginar. E, porque há homens que se equivocam ao raciocinar, mesmo no tocante às mais simples matérias de geometria, e cometem aí paralogismos, rejeitei como falsas, julgando que estava sujeito a falhar como qualquer outro, todas as razões que eu tomara até então por demonstrações. E enfim, considerando que todos os mesmos pensamentos que temos quando despertados nos podem também ocorrer quando estamos dormindo, sem que haja nenhum, nesse caso, que seja verdadeiro, resolvi fazer de conta que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais verdadeiras do que as ilusões dos meus sonhos” (DESCARTES, 1973, p. 54).

⁹⁴ Como destacado na parte IV do Discurso do Método: “Mas, logo em seguida, adverti que enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de a abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava” (DESCARTES, 1973, p. 54).

⁹⁵ Descartes foi um gênio da matemática e, por meio da aplicação da álgebra à geometria, inventou um novo ramo da ciência, a geometria analítica.

Em que consiste a justificação cartesiana? O que faz dessa crença diretamente justificada? A resposta de Descartes é que a crença é justificada porque é indubitável: tenho justificativa para acreditar em X se, e apenas se, não estiver equivocada em acreditar em X. E como são as crenças básicas não-justificadas? Descartes observou que as demonstrações matemáticas partiam de um número mínimo de premissas simples, tão básicas que seria impossível duvidar delas. As demonstrações a seguir procediam dedutivamente por passos lógicos, cada passo sendo irrefutável e cada vez mais simples. Para Descartes, tudo quanto pudermos deduzir logicamente dessas demonstrações deve ser verdadeiro, até mesmo o conhecimento não-matemático. Tal procedimento nos dará as bases metodológicas para um corpo de conhecimento em cujas descobertas podemos confiar plenamente.

Para Descartes, o único conhecimento possível acerca das coisas materiais se refere à ideia de extensão, de tal sorte que a ciência do mundo material não passa dos limites da geometria⁹⁶. Não posso assegurar com a mesma clareza da geometria a existência do mundo material e a correspondência entre minhas percepções sensíveis e objetos externos, embora possa admitir que haja uma causa externa para as minhas sensações, desejos e pensamentos⁹⁷. Por isso, permanece incerta a correspondência entre coisa externa e percepção interna que tenho dela. O mundo exterior passa a ser assim a totalidade do mundo que pode ser conhecido e esta é, portanto, a tese fundamental daquilo que é denominado como “concepção absoluta de mundo”: cabe à ciência interpretar o mundo exterior. Tal ideal de objetividade será oferecido pelo que, adiante, será denominado *fisicalismo*.

A partir da filosofia cartesiana, tanto racionalistas como empiristas retomaram os argumentos céticos sobre a circularidade e o regresso infinito em suas investigações sobre o estatuto da verdade do conhecimento. Em particular, o “mentalismo” cartesiano⁹⁸,

⁹⁶ Na explicação de Monique Hulshof, o método matemático tem um papel essencial na construção das doutrinas metafísicas que introduzem a existência de Deus como fundamento. “Seguindo o exemplo da matemática pura, os racionalistas partem de princípios, conceitos e axiomas universais, a fim de deduzir, através de raciocínios abstratos, os conhecimentos mais particulares. Sendo assim, eles partem da ideia de um Ser supremo, de uma certeza ou causa última, para deduzir de maneira rigorosa e sistemática princípios e axiomas, dos quais deriva a certeza de todo o conhecimento” (HULSHOF, 2008, p. 386).

⁹⁷ Claudio Michelon Júnior explica esse posicionamento em razão de ser impossível estabelecer uma boa prova sobre os fatos do mundo interior de outra pessoa. Ele oferece o seguinte exemplo: “o que pode nos levar a pensar que outra pessoa sente dor? Provavelmente seu comportamento ou a declaração de alguém sobre sua própria dor. Em ambas situações, todavia, o outro pode nos estar enganando, fingindo ou mentindo sobre os fatos do seu mundo interior. Este tipo de justificação para as minhas asserções sobre a dor dos outros é vulnerável a menos à mentira e ao fingimento e, portanto, não pode proporcionar a certeza visada pela ciência. Sem que existam critérios seguros para decidir sobre a dor de outra pessoa, não haveria como verificar a sua veracidade da proposição que a expressa” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 51-52).

⁹⁸ Claudio Michelon Júnior sugere que se pode “apenas especular sobre os motivos que levaram Descartes a reconstruir o conceito de mente. O valor fundamental para a ciência moderna é a certeza e a primeira

segundo o qual as crenças sobre o estado mental atual são epistemologicamente básicas ou fundacionais, foi essencialmente incontestado pelos empiristas e positivistas⁹⁹, até o século XX. Até então, epistemólogos diferiam uns dos outros, principalmente no que diz respeito a duas questões: em primeiro lugar, o que mais pertencia em nosso *corpus* de crenças básicas e, em segundo, como a derivação de crenças não-básicas do nosso conhecimento continuaria. Em síntese, pode-se dizer que o racionalismo é, portanto, uma “vertente na qual a razão é considerada o critério de verdade tanto para o conhecimento físico, que trata dos objetos da experiência sensível, quanto para o conhecimento metafísico, que versa sobre objetos inteligíveis, ou seja, que estão para além da experiência” (HULSHOF, 2008, p. 386).

Ao contrário dos filósofos racionalistas cartesianos, que parte dos conceitos e intuições da razão para atribuir validade ao conhecimento, os empiristas sustentaram que todo conhecimento deve partir da experiência. Em que pese os esforços de John Locke (1632-1704) e George Berkeley (1685-1753), é somente com a obra do filósofo David Hume (1711-1776), “*Investigação acerca do conhecimento humano*”, que surgirá a crítica mais radical ao racionalismo e à sua confiança à razão. Hume argumentou que não há conhecimento que seja ao mesmo tempo *a priori* e ao mesmo tempo genuíno sobre o mundo. A mente humana é limitada ao que Hume chamou de “*impressões*” e seus traços acumulados ao longo do tempo como ideias construídas a partir de uma recombinação lógica, isto é, os pensamentos ou ideias¹⁰⁰. Nossas crenças são resultado de uma acumulação de *hábitos*, desenvolvidos em resposta a experiências sensoriais acumuladas. O hábito, na explicação de Hume, foi “o princípio pelo qual se estabeleceu essa correspondência tão necessária à subsistência de nossa espécie e à regulação de nossa conduta, em todas as circunstâncias e ocorrências da vida humana” (HUME, 1973, p.

providência para afastar o perigo das incertezas é exilar as aparências (...) em um mundo do qual a ciência não se deve ocupar” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p.49).

⁹⁹ Segundo Jaegwon Kim, mesmo os positivistas lógicos eram, em grande parte, fundacionistas, embora alguns deles vieram a renunciar mentalismo cartesiano em favor de uma “base fisicalista”. De fato, os positivistas foram fundacionistas na medida em que, para eles, a “observação”, quer fenomenológica quer fisicalista, servia não apenas como a base do conhecimento, mas como o fundamento de todo o “significado cognitivo”, isto é, tanto como base epistemológica e uma base semântica (KIM, 1988, p. 384).

¹⁰⁰ É o que David Hume indica na Seção II da *Investigação sobre o Entendimento Humano*: “Podemos, pois, dividir aqui todas as percepções da mente em duas classes ou espécies, as quais se distinguem pelos seus diferentes graus de força ou vivacidade. As menos fortes ou vivazes são comumente denominadas pensamentos ou ideias. A outra espécie não tem nome em nossa língua, como em muitas outras, suponho que por não ser necessário para nenhum fim que não fosse filosófico o incluí-la sob um termo ou designação geral. Tomemos, pois, uma pequena liberdade e chamemo-las impressões, usando a palavra num sentido algo diferente do usual. Pelo termo impressão entendo todas as nossas percepções mais vivazes, quando ouvimos, vemos, sentimos, amamos, odiamos, desejamos ou queremos. E as impressões distinguem-se das ideias, que são as impressões menos vivazes das quais temos consciência quando refletimos sobre qualquer dessas sensações ou movimentos acima mencionados” (HUME, 1973, p. 134).

150). São as nossas experiências que nos fazem conectar causas e efeitos e, por conseguinte, definir relações de causalidade¹⁰¹. De acordo com Hume, então, não há nenhuma fonte não-experiencial de conhecimento, exceto a matemática pura. Assim, mesmo a geometria, de acordo com Hume, não ocupa essencialmente o mesmo espaço, no sentido em que Descartes e outros entenderam que, como algo existente “lá fora”, independente da mente. Com esta base, Hume acreditou que podemos explicar o que hoje chamaríamos de ciências naturais, mas não a metafísica.

Hume também acrescentou um viés importante ao debate sobre o método científico – o *princípio da indução*¹⁰². Hume argumentou que a justificativa para o raciocínio indutivo é um argumento circular¹⁰³. Entre as conclusões de Hume em relação ao problema da indução é que não há certeza de que o futuro será semelhante ao passado. Assim, não podemos saber com certeza, por raciocínio indutivo, que o sol vai continuar a subir no Oriente, mas esperamos que ele faça isso porque ele fez várias vezes no passado. Essa forma básica de argumento exerceu grande influência para tratar de temas como a relação causa-efeito e da causalidade em si mesma¹⁰⁴.

¹⁰¹ Na seção IV da *Investigação sobre o Entendimento Humano*, Hume diz: “aventurar-me-ei em afirmar, como uma proposição geral que não admite exceção, que o conhecimento dessa relação não é, em caso algum, alcançado por meio de raciocínio *a priori*, mas origina-se inteiramente da experiência, quando verificamos que certos objetos particulares estão constantemente ligados uns aos outros. Que um objeto seja apresentado a um homem da maior capacidade e poder natural de raciocínio; se esse objeto lhe for inteiramente desconhecido, ele não poderá, mesmo pelo exame mais minucioso de suas qualidades sensíveis, descobrir qualquer de suas causas ou efeitos. Adão, ainda que suponhamos perfeitamente desenvolvidas desde o primeiro instante de suas faculdades racionais, não poderia ter inferido da fluidez e transparência da água que esta o afogaria, nem da luz e do calor do fogo que este o consumiria. Nenhum objeto jamais revela, pelas qualidades que se manifestam aos sentidos, nem as causas que o produziram, nem os efeitos que dele decorrerão; e tampouco a nossa razão, sem o socorro da experiência, é capaz de inferir o que quer que seja em questões de fato e de existência real” (HUME, 1973, p. 138).

¹⁰² O problema original de indução pode ser colocado de forma simples. Trata-se da justificação dos métodos indutivos, isto é, métodos que predizem ou inferem, nas palavras de Hume, situações sobre as quais não tivemos nenhuma experiência que se assemelhe àquelas das quais tivemos experiência. Tais métodos são claramente fundamentais no raciocínio científico, bem como na realização de nossas atividades diárias. O problema é como apoiar ou justificá-los e isso leva a um dilema: o princípio não pode ser provado por dedução, pois é contingente, e apenas verdades necessárias podem ser provadas dedutivamente. Também não pode ser suportado indutivamente, ao argumento de que tem sido sempre ou geralmente confiável no passado (VICKERS, 2014).

¹⁰³ O princípio da indução se for verdadeiro, certamente não é uma verdade necessária; podemos coerentemente imaginar um mundo em que ele não se sustenta – por exemplo, podemos imaginar de forma coerente que as leis da natureza se transformem durante a noite. O princípio indutivo, então, deve ser uma verdade contingente que descreve o nosso mundo. Isto quer dizer, que deve ser ele mesmo uma lei empírica. Mas o estabelecimento de leis empíricas depende da assunção do princípio indutivo. Para tentar justificar o princípio indutivo, então, o argumento é circular.

¹⁰⁴ É interessante registrar aqui a importância do tema da causalidade na tradição da filosofia empirista, especialmente por que sua abordagem ganhará novos rumos com a epistemologia naturalizada defendida por W.O. Quine e, posteriormente, com a entronização da explicação causal-nomológica naturalizada à teoria do direito por Brian Leiter. Regra geral, se um evento causa o outro, então há regularidades persistentes em vários desses acontecimentos: diferentes estados de coisas conectam-se uns aos outros, de modos inteligíveis ao nosso entendimento, permitindo-nos compreender nosso ambiente. Entretanto, a conexão entre duas coisas

Hume pensava que, em geral, seu esquema filosófico distinguia com sucesso a ciência natural da metafísica especulativa, justificando o primeiro como corroborado pela experiência, e rejeitando o último como infundado ou até mesmo sem sentido. Com sua abordagem do conteúdo do pensamento do tipo introspectiva, a filosofia de Hume era totalmente empírica: ele se esforçou para “estender o método experimental para a ciência da homem” (KEMP, 2006a, p. 05).

Entre o racionalismo e o empirismo, o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804) formulou uma nova maneira de pensar tanto as questões relativas ao conhecimento teórico quanto às questões relativas à ação moral.

Kant foi persuadido pela insistência de Hume sobre o fundamento empírico do conhecimento e, portanto, pela sua rejeição da metafísica especulativa. Porém, rejeitou a explicação de Hume sobre o conceito de conhecimento empírico, especialmente sua abordagem em termos de princípios ou leis científicas. Para Kant, o sistema de Hume tinha eviscerado o que consideramos como ciência natural: um domínio espacial de coisas independentes da mente regidas por leis de interação causal. Explicar por que acreditamos nas coisas não é mostrar por que podemos explicá-las. Aos olhos de Kant, o sistema de Hume forçava um retrocesso ou ao ceticismo ou a uma abordagem radicalmente subjetiva do que é o conhecimento. A manobra inicial de Kant contra Hume foi argumentar que nem todo o conhecimento que Hume afirma que nós temos pode ser explicado nos termos por ele propostos.

Conquanto não seja objeto da presente tese, em linhas gerais, a filosofia kantiana avança à abordagem dualista do pensamento filosófico ocidental, que, desde os gregos, distinguia o que era *physis* (natural) do que era *nomos* (artificial). Para ele, o homem vivia entre esses dois domínios: o mundo das experiências naturais, governado pelas leis da natureza e das causas eficientes e o mundo nominal da inteligência, racionalidade e livre arbítrio, governado pela ação causal dos seres racionais. De um lado, o raciocínio de investigação científica deve explicar tudo em termos de princípios científicos; de outro, uma ordem diferente, com seus próprios princípios teleológicos, é livre para explicar as atividades humanas em termos de referência igualmente diferentes. Dois mundos explicativos distintos estão, assim, em questão: o mundo da *causalidade natural* (causalidade da

pode ser invariável sem que nenhuma das duas seja a causa da outra. Assim, por exemplo, o dia não é causa da noite, mas ambos são causados pela rotação da Terra em seu eixo enquanto gira em torno do sol. Isso levantou um problema profundo para a ciência e que terá seus reflexos na teoria epistemológica naturalizada, também objeto deste capítulo.

natureza) e da *causalidade nomológica* (causalidade do pensamento)¹⁰⁵ (RESCHER, 2009, p. 17).

Kant concebeu a questão crucial como se as verdades matemáticas fossem verdades analíticas, casos como o de “solteiros não são casados”, onde o predicado está contido no sujeito. Isto é fundamentalmente uma questão de lógica pura. Por exemplo, uma vez que o significado de “solteiro” é “homem solteiro”, o significado de “solteiros não são casados” é realmente que os homens solteiros não são casados, de sorte que a negação de que “algum homem solteiro é casado” é logicamente contraditória. De acordo com Kant verdades matemáticas não podem ter esse status, nem mesmo as mais simples, tais como “ $7 + 5 = 12$ ”, e muito menos as mais complicadas. E, dada a lógica aristotélica do silogismo que prevaleceu até cem anos depois de Kant, isso estava correto: simplesmente não havia maneira de representar as verdades da aritmética como puramente lógica, como o conceito “*analítico*”, no sentido de Kant.

Para Kant, nossas intuições sobre o espaço e o tempo, assim como conceito de coisa como tal (substância) são *a priori*, o que significa dizer que elas são conhecidas independentemente de qualquer experiência empírica. Já o conhecimento *a posteriori* é contingente, visto que não sabemos por que um objeto nos é dado de determinado modo (MACEDO JÚNIOR, 2008, p. 433). Tal é o argumento do “*idealismo transcendental*”: a possibilidade da experiência depende de certas condições necessárias – o que ele chama de formas *a priori* – e que estas condições estruturam e tornam verdadeiro o mundo da experiência. Ao fazê-lo, sua principal afirmação é que os juízos matemáticos são sintéticos *a priori* e, além disso, que espaço e tempo não são derivados da experiência, mas são suas pré-condições. Em poucas palavras, Kant acreditava que a chave para o conhecimento do mundo da experiência, o mundo das coisas no espaço-tempo, foi colocada pela ciência. A constituição de cada coisa e de todos os seus movimentos no espaço e no tempo concordam com os princípios que a ciência era capaz, ao menos em princípio, de descobrir.

Kant elaborou uma distinção entre juízos analíticos e sintéticos¹⁰⁶. Em síntese, o *juízo analítico* é o que se limita a explicar um conceito, sem apelar a qualquer novo elemento. Já

¹⁰⁵ A ideia de causalidade nomológica está presente na descrição feita por Jaegwon Kim da obra de W.V. Quine: “That is what is new in Quine's proposals. Quine is asking us to put in its place a purely descriptive, causal-nomological science of human cognition” (KIM, 1988, p. 388). Como se vê, a ideia de explicação causal-nomológica atribuída a Quine também não é uma grande novidade na filosofia. No entanto, esta ideia será de grande importância para a crítica do projeto de naturalização de Leiter (2007a, p. 37), no sentido de que devemos abandonar certas questões e explicações filosóficas tradicionais e transformá-las em métodos empíricos para fornecer explicações causais-nomológicas.

o *juízo sintético* é aquele cujo predicado acrescenta algo sobre o conceito do sujeito (MACEDO JÚNIOR, 2008, pp. 434-435). Kant concluiu que a matemática exige o que ele chamou de “*uma intuição a priori*”. A aritmética exige uma compreensão intuitiva da ideia geral de sucessão linear de objetos que não tem último membro. Tal intuição não pode ser empírica, porque as verdades matemáticas são verdades necessárias; nenhuma experiência pode justificar a atribuição dessa necessidade. Se tais verdades são necessárias, mas não analíticas, então devemos reconhecer uma nova classe de juízos: “*os sintéticos a priori*”. Grosso modo, Kant considerou que a verdade de tais julgamentos é pressuposto pela experiência tal como a conhecemos, envolvendo o pensamento; eles são construídos na estrutura que faz tal experiência possível. Uma vez que eles são “condições de possibilidade” da experiência empírica, nada poderia contradizê-los; é por isso que elas são necessárias (KEMP, 2006b, p. 17).

Na evolução de seu pensamento moral, explica Ronaldo Porto Macedo Júnior, Kant elabora primeiro a sua fundamentação da metafísica dos costumes, procedendo de maneira sintética: parte de juízos da consciência comum para a sua fundamentação metafísica (2008, p. 438). Para tanto, quanto ao conhecimento, Kant propõe a seguinte divisão: “um conhecimento é chamado de prático por oposição ao teórico, mas também em oposição ao conhecimento especulativo”. Todo conhecimento que contenha um imperativo¹⁰⁷, isto é, um enunciado de uma ação livre pela qual certo fim é realizado, será um conhecimento prático. Nesses termos, o imperativo categórico¹⁰⁸ é um juízo sintético e *a priori*: não nos propõe nenhum fim exterior, mas a máxima que se deve agir de acordo com uma lei

¹⁰⁶ No original, na Crítica da Razão Pura: “Em todos os juízos, em que for pensada a relação de um sujeito com o predicado (se considero apenas os juízos afirmativos, pois a aplicação aos negativos é posteriormente fácil), é esta a relação possível de dois modos: ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) neste conceito A; ou B jaz completamente fora do conceito A, embora esteja em conexão com ele. No primeiro caso denomino o juízo analítico, no outro sintético. Juízos analíticos (os afirmativos) são, portanto, aqueles em que a conexão do predicado com o sujeito for pensada por identidade; aqueles, porém, em que esta conexão for pensada sem identidade, devem denominar-se juízos sintéticos. Os primeiros poderiam também denominar-se juízos de explicação e os outros juízos de extensão. Com efeito, aqueles que não acrescentam nada por meio do predicado ao conceito do sujeito, mas somente dividem este por desmembramento em seus conceitos parciais, que já eram (embora confusamente) pensados nele, enquanto os últimos ao contrário acrescentam ao conceito do sujeito um predicado, que não era pensado nele e não poderia ter sido extraído dele por nenhum desmembramento” (KANT, 1973, p. 27).

¹⁰⁷ Ronaldo Porto Macedo Júnior explica que há duas espécies de imperativos: “os imperativos hipotéticos nos apresentam uma ação como necessária para alcançar determinado fim. Os imperativos categóricos propõem uma ação como necessária em si mesma, incondicionalmente. Assim, são hipotéticos os imperativos de habilidade que nos prescrevem os meios úteis para obter certo resultado e os imperativos de prudência, que nos prescrevem os meios mais seguros para alcançar a felicidade” (MACEDO JÚNIOR, 2008, p. 440).

¹⁰⁸ “O imperativo categórico é só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 1973, p. 223).

geral¹⁰⁹. Em oposição, todo conhecimento que enuncia “o que é”, ou o que tenha por objeto não um agir, mas um “ser”, será um conhecimento teórico. Para Kant, não é possível conceber coisa alguma no mundo, a menos que se tenha boa vontade. A boa vontade é a vontade de agir por dever. Isso significa, de acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior, que é preciso considerar a intenção prescindindo do fim visado, isto é, a intenção de “fazer o que se deve fazer” (2008, p. 439). Nisto reside o chamado *formalismo kantiano*.

Kant distingue, ainda, leis da liberdade e leis da necessidade, aplicáveis aos fenômenos naturais, correspondente à célebre distinção entre o mundo do ser e o do dever-ser, entre o interno e o externo, o descritivo e o normativo. Nesse sentido, a legislação do direito é basicamente (mas não estritamente) externa, ao passo que a legislação da moral é interna. Para Kant, “a legislação ética é a que não pode ser externa, a legislação jurídica é a que pode ser também externa. Assim, é dever externo manter as próprias promessas em conformidade com o contrato, mas o imperativo de fazê-lo unicamente porque é dever, pertence somente à legislação interna”. A universalidade da lei pressupõe a existência de um imperativo categórico (um juízo sintético *a priori*) a condicionar o próprio direito, de sorte que não se restringe, portanto, a imperativos hipotéticos.

Para Kant, o direito natural é aquele cognoscível *a priori*, pela razão do homem. Seria possível uma legislação exterior, que contivesse apenas leis positivas, mas, ao mesmo tempo, seria necessária uma lei natural fundacional, isto é, que fundasse a autoridade do legislador. Como conclui Ronaldo Porto Macedo Júnior: “o direito natural, assim, tem um valor ideal (regulativo) e um valor real (obrigatório). Ele serve de padrão para o direito positivo. Contudo ele também gera obrigação. Essa obrigação é *a priori*, racional e indica sua origem comum com a ética” (MACEDO JÚNIOR, 2008, p. 447).

Como se vê, na filosofia dos séculos XVII e XVIII, foi dada enorme importância à distinção entre o conhecimento que é *a posteriori*, isto é, ao conhecimento que é justificado

¹⁰⁹ Na voz de Kant em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “Quando penso um imperativo hipotético em geral, não sei de antemão o que ele poderá conter. Só o saberei quando a condição me seja dada. Mas se pensar imperativo categórico, então sei imediatamente o que é que ele contém. Porque, não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei em geral à qual a máxima da ação deve ser conforme, conformidade essa que só o imperativo nos representa propriamente como necessária” (KANT, 1973, p. 223). Ronaldo Porto Macedo, avaliando obra de Norberto Bobbio sobre Kant, indica que há uma relação entre juízos hipotéticos e direito, no seguinte trecho de *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “Todas as vezes que se deve tomar como fundamento um objeto da vontade para os fins de prescrever à vontade a regra que se deve determiná-la, esta regra é sempre heterônoma: o imperativo é condicionado, ou seja: se ou porque deseja-se este objeto, deve-se agir deste ou daquele modo; conseqüentemente não pode nunca comandar moralmente, ou seja, de maneira categórica” (KANT, 1973, p. 241). Entretanto, conclui Ronaldo Porto Macedo Júnior, diferentemente de Bobbio, “os imperativos aplicáveis ao direito não são apenas hipotéticos, mas também categóricos, na medida em que o direito fundamenta sua autonomia” (2008, p. 448).

pela experiência perceptiva ou pela observação, e ao conhecimento que é *a priori*, o conhecimento que se justifica não por experiência, mas por meio de outra coisa, talvez caracterizada pela razão ou pelo pensamento puro. Tanto a sua defesa racionalista como a sua crítica empirista foram essenciais ao desenvolvimento das principais questões da epistemologia, em especial a natureza, as fontes e os limites do conhecimento. Além disso, a possibilidade da metafísica como uma área do conhecimento humano, também depende de como resolvemos o debate racionalista-empirista.

No início do século XX, os filósofos do movimento que ficou conhecido como Círculo de Viena¹¹⁰ procuraram conceituar o empirismo por meio de sua interpretação dos avanços recentes das ciências físicas e formais. Sua postura radicalmente antimetafísica foi apoiada por um critério empirista de significado e uma concepção amplamente logicista da matemática. Negaram que qualquer princípio ou afirmação, como pretendia Kant, fosse sintética *a priori*. Além disso, procuraram uma abordagem para os pressupostos de teorias científicas dentro de uma estrutura lógica para que o importante papel desempenhado pelas convenções quer sob a forma de definições ou de outros princípios analíticos.

Rudolf Carnap (1891-1970) fez parte do Círculo de Viena. Na ocasião, a “*virada linguística*”, como é conhecida, foi adotada como uma ferramenta filosófica, a fim de explicar a racionalidade e a objetividade, isto é, inter-subjetividade e comunicabilidade do pensamento. Quando Carnap chegou à cena na década de 1930, sugeriu, em “*A linguagem física como a linguagem universal da ciência*” (1932) que a função própria da filosofia é a análise lógica e o esclarecimento dos conceitos científicos. Ao tempo de Carnap, o sucesso da teoria da relatividade de Albert Einstein já tinha sugerido que a geometria euclidiana não descrevia o espaço real.

A evolução da lógica ressuscitou a ideia de que a linguagem matemática é analítica¹¹¹. Não há um conhecimento *a priori*, exceto aquele expresso na linguagem da matemática pura,

¹¹⁰ Moritz Schlick, professor de ciências indutivas em 1922 mergulhou Carnap, Otto Neurath, Hans Han e outros como membros do novo Círculo de Viena, ativo na discussão de metodologia científica. Com figuras como Wittgenstein, Popper e Gödel por perto, Viena no final das décadas de 1920 e 1930 estava efervescente. O círculo, em breve síntese, combinava sérios interesses na ciência empírica, seus métodos e sua análise lógica. Schlick era doutor em física; Carnap especialista em lógica, fundamentos da matemática e física; Neurath era sociólogo, Hahn matemático e outros incluindo economistas e psicólogos. O interesse na metodologia científica foi inspirado nos escritos de cientistas como Mach, Duhem, Poincaré, Hilbert e Einstein. Seus membros não tinham interesse ou hostilidade em relação às discussões metodológicas cartesianas, e tinham algum contato com os empiristas britânicos, como Berkeley, Hume e Mill.

¹¹¹ Várias figuras são importantes nessa história, mas os que se destacam para o filósofo foram Gottlob Frege (1848-1925) e Bertrand Russell (1872-1970). O projeto de Frege foi baseado nos avanços decisivos na lógica estabelecida em sua *Begriffsschrift* de 1879, que constituiu a base da educação formal lógica tal como é entendido até os dias atuais. Dentro desta lógica mais poderosa e rigorosa, Frege provou não só que a matemática pode ser desenvolvida com base na aritmética e sua análise de conjuntos, mas que a aritmética

cuja base é a lógica. Isso parecia reabrir a porta para um empirismo, ao estilo de David Hume.

Em “*A Estrutura Lógica do Mundo*” (o *Der Logische Aufbau der Welt*, de 1928), a ideia de Carnap era usar uma nova lógica – incluindo as linguagens formais, nos termos em que foi desenvolvida – para reformular completamente nosso conhecimento com base totalmente na experiência sensorial¹¹². O *Aufbau*, como ficou conhecida a obra, afirma um conceito único indefinido, parcial, abrangendo a ideia de experiência. Com essa base Carnap tenta definir todos os demais conceitos e objetos de todo o sistema da ciência. O resultado disso é uma teoria constitutiva. A similaridade é usada para definir propriedades, no sentido de que cada objeto com uma dada propriedade deve ser similar a todos os demais objetos que contenham essa mesma propriedade. A parcialidade dessa relação é explorada em ordem a criar famílias de conceitos, e a memória dessa relação básica é usada para alcançar uma ordem temporal das experiências. Por fim, objetos físicos seriam definidos, e então os objetos da mente e, finalmente, os objetos culturais.

Carnap tenta apresentar as afirmações da ciência garantindo-lhes uma fundação filosófica. A filosofia, para Carnap, teria duas funções, uma positiva e outra negativa, ambas se referindo à linguagem: (i) construir linguagens regidas pela sintaxe lógica, que permitam identificar a correção lógica e a correção gramatical e; (ii) revelar as transgressões lógicas, não espelhadas gramaticalmente e que sustentavam a ilusão metafísica. Para Carnap, a lógica deveria ser explicada em termos de sintaxe de uma linguagem, vista como um assunto completamente formal, isto é, que têm a ver apenas com formas tipográficas e suas combinações. A sintaxe de uma linguagem compreende o vocabulário da linguagem além de dois tipos de regras: (i) regras de formação, que especificam quais combinações de expressões simples constituem as sentenças da linguagem e; (ii) as regras de transformação.

Nesses termos, as proposições de filosofia seriam significativas, na medida em que descrevessem a estrutura sintática de uma linguagem, resultante da escolha de certos sinais

pode ser desenvolvida com base em pura lógica com conjuntos. Em 1902 Russell indicou que o sistema de Frege implicava a existência de um conjunto que contém todos os conjuntos que não contém a si mesmos. Se este conjunto se contém em si, então não contém; se isso não acontecer, então ele contém. O paradoxo de Russell, como passou a ser chamado, mostrou que a “teoria dos conjuntos ingênua” assumida por Frege e outros era insustentável.

¹¹² Esta afirmação diz respeito à definição de Carnap sobre análise epistemológica. Para ele trata-se de “uma análise dos conteúdos das experiências, mais precisamente a análise do conteúdo teórico das experiências. Preocupamo-nos somente com o conteúdo teórico da experiência, isto é, com o possível conhecimento que está contido na experiência. (A análise não é uma divisão real: a experiência permanece o que é: a análise ocorre no curso de uma consideração subsequente da experiência passada e, portanto, não mais alterável; logo ela é somente uma análise conceitual abstrativa)” (CARNAP, 1973, p. 151).

e certas regras. A partir dessa concepção da filosofia como metalinguagem, Carnap acreditava poder recuperar o valor cognitivo de certas teses da filosofia tradicional, convertidas em teses metalinguísticas.

Em particular, no âmbito da linguagem, todas as expressões primitivas não-lógicas ou indefinidas se refeririam diretamente a experiências; todos os enunciados que não se reportassem diretamente a experiências seriam ou logicamente redutíveis via definições para os que fazem ou analíticas, isto é, dedutíveis de regras puramente lógicas, talvez em conjunto com as suas definições. Afirmções matemáticas, é claro, seriam analíticas. Tal é o postulado do *reducionismo*: cada afirmação significativa é redutível a uma afirmação (possivelmente complexa) expressa no vocabulário básico da língua que descreve ou diretamente as experiências ou é uma questão de lógica. Daí a designação preferida de Carnap para sua teoria: *empirismo lógico*¹¹³.

Para Carnap, a distinção entre juízos analíticos e sintéticos, assim como a distinção entre afirmações descritivas/factuais e normativas/avaliativas, não descrevem as práticas de linguagem natural, mas são uma ferramenta construtiva para análise lógica e construção teórica¹¹⁴. Para Carnap, questões de lógica são simplesmente questões das regras da língua que a pessoa está usando, isto é, questões analíticas. A questão do que é analítico e do que não é, na verdade, é uma questão de convenção ou estipulação. A linguagem é definida por sua sintaxe, juntamente com outras regras que determinam o que é analiticamente verdadeiro e o que se segue a partir disso. Pode-se escolher um idioma, dependendo dos propósitos individuais. Mas para qualquer língua que se escolhe, por conseguinte, se adota um conjunto de regras e, assim, uma lógica própria (e matemática). Além disso, toda a atividade cognitiva, isto é, todo o pensamento teoricamente significativo, deve ser realizado em termos de uma língua. Assim, se está sempre pressupondo um conjunto de convenções, portanto, uma lógica, que por sua vez decide o que torna a raciocínio válido. Disso resulta que a escolha de uma língua não pode ter uma base teórica, não pode ser

¹¹³ Para Carnap, a falta de clareza e as lacunas na justificação do relato de Hume deve ser corrigida através da formulação de conhecimento humano em termos de línguas artificiais precisas, internas, às quais seriam as regras de raciocínio necessárias para a matemática e a inferência indutiva. As características do conhecimento *a priori* abordadas tradicionalmente seriam explicadas pelas características lógicas da linguagem. Daí a designação preferida de Carnap para o novo regime: o empirismo lógico.

¹¹⁴ Obviamente, os conceitos de convenção e analiticidade têm papel importante na visão de Carnap. Na verdade, explica Gary Kemp, o papel que desempenham na visão de conhecimento de Carnap é constitutivo, algo parecido com as estruturas *a priori* kantianas. Assim, quando Quine, como será visto adiante, argumenta que a convenção e analiticidade não podem reproduzir os papéis que Carnap demarca, ele não está apenas argumentando, como ele explicitamente afirma, de que não há fronteiras firmes entre o *a priori* e o empírico ou o filosófico e o científico; ele está questionando a ideia de que não seja uma tarefa da filosofia explicar o que é que torna o conhecimento possível. Como Quine viria a colocar, não há “*filosofia primeira*”. A filosofia ocorre *in medias res*, ou seja, no meio das coisas (KEMP, 2006a, p. 12).

“cognitiva” como Carnap diz. Na verdade, a escolha é uma questão prática (KEMP, 2006b, p. 19).

Carnap negava que uma discussão sintática sobre a verdade fosse possível e, então, que uma teoria da verdade fosse parte da lógica. Para ele, verdades analíticas são uma questão de convenção, as convenções da linguagem. As convenções determinam os significados dos conectivos lógicos do tipo “e”, “não”, “cada”, e assim por diante, no sentido de que eles sempre nos dizem que as afirmações que envolvam esses conectivos podem ser logicamente deduzidos de outras afirmações. Fundamentalmente, se a linguagem é aquela que lida com questões empíricas, em seguida, ela irá conter uma lógica de raciocínio indutivo: o problema da indução de Hume simplesmente não pode surgir de tal linguagem, uma vez que a validade do princípio indutivo será simplesmente uma convenção de usar a língua.

Eis o *princípio de tolerância* de Carnap: “em lógica, não há significados morais que não tenham uma lógica correta”. Este princípio exige que, para qualquer idioma, há uma clara diferença entre os enunciados analíticos da linguagem e seus enunciados sintéticos. Os primeiros são aquelas verdades constitutivas da linguagem. Se mudarmos a nossa mente sobre a verdade de tal enunciado, temos, na verdade, a adoção de uma nova língua. Este tipo de mudança é, portanto, uma matéria adequada para a tolerância. A mudança de mentalidade sobre um enunciado sintético, ao contrário, não é uma mudança de linguagem, razão pela qual não é uma questão em que devemos aplicar o princípio de tolerância.

Portanto, de acordo com o seu *princípio da tolerância*, se alguém quiser fazer afirmações teóricas com máxima precisão científica, deve especificar explicitamente a sintaxe da língua que está usando e as regras que determinam suas verdades analíticas e suas relações inferenciais. Mas não se pode ser criticado em termos teóricos pela escolha da linguagem. Assim, de acordo com Gary Kemp, mesmo que os termos básicos da linguagem de *Aufbau* de Carnap pertencessem a experiências sensoriais, isso não era para ser interpretado como um compromisso teórico com a ideia de que somente tal linguagem poderia servir como base da ciência (2006b, p. 20).

Sob a bandeira do princípio da tolerância lógico, Carnap abandonou a ideia de lógica universal informada antes por Frege, Russell e após, por Wittgenstein. Ele reconheceu uma pluralidade de lógicas e linguagens cuja consistência era uma questão objetiva, embora os axiomas e regras lógicas fossem fixados inteiramente por convenção. Mas Carnap também admitiu a possibilidade de incomensurabilidade entre os termos descritivos aparentemente semelhantes e entre sistemas conceituais. Aceitar as verdades analíticas do quadro da nossa

melhor teoria científica pode ser incompatível com a aceitação de uma teoria anterior, mesmo que a mesma lógica linguística seja empregada em ambos. Proposições analíticas, portanto, não expressam proposições que mantemos como verdades incondicionais, mas apenas as proposições verdadeiras em relação à sua própria estrutura.

O trabalho de Carnap sinaliza a substituição da preocupação do teórico lógico com construções de grande variedade e sua longa e abstinência ontológica radical de linguagem explicativa. A ontologia tradicional era, para Carnap, uma pseudociência¹¹⁵; perguntas sobre o que, em última análise existe, realmente dariam lugar tanto para questões práticas sobre qual linguagem usar, ou para simples perguntas científicas. Preocupado apenas com a construção das linguagens, Carnap considerava significativas apenas as afirmações para as quais era possível nomologicamente conceber um procedimento de confirmação ou desconfirmação¹¹⁶.

À esta estratégia de esvaziamento da metafísica, Carnap acrescentou outra, a substituição da *tese do verificacionismo*¹¹⁷, segundo a qual apenas as afirmações verificáveis são significativas, pela tese da confirmação. De acordo com essa afirmação, uma pergunta só teria um significado cognitivo na medida em que se expressa em uma linguagem com regras claras. Em uma linguagem cujos termos tocam a experiência sensorial básica, o significado cognitivo de um enunciado não-analítico é uma combinação de possíveis experiências sensoriais. Assim, certos tipos de afirmações, como a que o mundo em que vivemos não é real, ou que um Deus transcendente existe, não tem nenhum significado cognitivo dentro de tal linguagem, pois seus significados não são redutíveis a combinações

¹¹⁵ O positivismo lógico conclui que apenas as afirmações sobre questões de fato ou relações lógicas entre conceitos são significativas. Todas as outras afirmações não têm sentido e são rotulados “metafísica”. Esta é a ideia de verificacionismo. A distinção entre a ciência, que, na opinião do Círculo de Viena, possuía afirmações empiricamente verificáveis, e aquilo que eles pejorativamente chamavam de “metafísica”, pode ser visto como representativa de um aspecto do problema da demarcação. O positivismo lógico é muitas vezes discutido no contexto da demarcação entre ciência e pseudociência. No entanto, as propostas verificacionistas tinham o objetivo de resolver um problema de demarcação claramente diferente, ou seja, que entre ciência e metafísica.

¹¹⁶ Carnap nos apresenta, então as seguintes teses: (i) somente os enunciados que possuem conteúdo factual são teoricamente significativos; enunciados (ostensivos) que não podem, em princípio, estar fundamentados pela experiência são carentes de significado; (ii) as ciências empíricas usam somente o conteúdo empírico da realidade; (iii) a filosofia usa um conceito não empírico (metafísico) de realidade; (iv) não se podem nem afirmar, nem refutar as teses do realismo e do idealismo de uma ciência; elas não possuem nenhum significado científico; (v) as pseudoteses do realismo e do idealismo expressam não o conteúdo teórico do enunciado cientificamente permitido, mas somente a representação do objeto acompanhante; concebe-se que expressem uma certa orientação prática com relação à vida (CARNAP, 1973, p. 174).

¹¹⁷ Na explicação de Carnap: “Se por verificação se entende um estabelecimento definitivo e final da verdade, então, como veremos, nenhum enunciado (sintético) é jamais verificável. Podemos somente confirmar, cada vez mais, uma sentença. Portanto, falaremos do problema da confirmação, ao invés de falar do problema da verificação. Distinguimos o teste de uma sentença de sua confirmação, entendendo por isso um procedimento – por exemplo, a realização de determinados experimentos – que conduz à confirmação de algum grau da própria sentença ou de sua negação” (CARNAP, 1973, p. 177).

de experiências sensoriais. Carnap concordou inteiramente com Hume sobre a falta de sentido da metafísica, e explicitamente se referia a Hume como inspiração¹¹⁸.

Diante da proposta de reducionismo de Carnap, é possível distinguir sua apresentação em duas formas importantes: (i) o *fenomenalismo*, que sustenta que as afirmações são cognitivamente significativas se puderem ser reduzidas a afirmações sobre a experiência, seja ela externa (dos sentidos) ou interna (introspectiva); (ii) o *fisicalismo*, que sustenta que as afirmações sejam cognitivamente significativas se puderem ser reduzidas ou evidencialmente relacionadas com declarações sobre os estados físicos. Na definição do próprio Carnap:

“A chamada tese do fisicalismo afirma que todo termo da linguagem da ciência – incluindo-se além da linguagem física aquelas sublinguagens que são usadas na biologia, na psicologia e na ciência social – é redutível aos termos da linguagem física. Deve-se fazer aqui uma observação análoga àquela acerca do positivismo. Podemos afirmar a redutibilidade dos termos, mas não – como se fez em nossas primeiras publicações – a definibilidade dos termos e portanto a tradutibilidade das sentenças” (CARNAP, 1973, p. 200).

A ideia de fisicalismo foi introduzida na filosofia por Carnap¹¹⁹ e Otto Neurath¹²⁰, também conhecido no âmbito do Círculo de Viena (STOLJAR, 2014). Eles argumentavam que a linguagem fisicalista era suficiente para e condutora das finalidades da ciência, incluindo suas evidências observacionais mais básicas. A versão de Carnap para a unidade da ciência era de que a linguagem da ciência deveria ser unificada em todos os seus conceitos apropriadamente ligados a uma base observacional, publicamente testável. Depois do

¹¹⁸ Não se pode olvidar, aqui, que o fundacionismo, na tradição cartesiana, tomava as crenças fundacionais como infalíveis, das quais não se exigia qualquer procedimento de verificação, assim como garantias epistêmicas, isto é, era baseado num conhecimento *a priori*. A apresentação do verificacionismo, por Carnap, representa uma versão modesta daquele mesmo fundacionismo cartesiano.

¹¹⁹ “A passagem de Carnap ao fisicalismo, caracterizada pela recusa ao privilégio da linguagem solipsista enquanto linguagem básica da ciência, não deixa de colocar problemas à sua própria teoria. A concepção de proposição protocolar, como algo referido imediatamente às experiências imediatas do cientista, concedia a ela um grau de certeza máximo, tornando possível dispor de um critério conclusivo para verificação de hipóteses. Por outro lado, converter as proposições protocolares em proposições acerca de objetos exteriores ao sujeito retira-lhes esse grau de certeza. Coloca-se assim, um problema: como determinar se um fato confirma uma hipótese, se a própria proposição que afirma de modo mais imediato a ocorrência do fato, deve, por sua vez, submeter-se a confirmação, visto tratar-se apenas de uma expressão de dados sensíveis presentes imediatamente ao sujeito?” (Os Pensadores, 1973, p. 875-876)

¹²⁰ Para substituir a linguagem fenomenalista de Carnap, Neurath introduziu a ideia do fisicalismo. Esta é a tese controversa do fisicalismo: a unidade, a inteligibilidade e objetividade da ciência se baseiam em afirmações extraídas de uma linguagem das coisas públicas, eventos e processos do comportamento espaço-e-tempo, incluindo eventos fisiológicos, portanto, não necessariamente em termos técnicos da teoria física. Enquanto para Neurath era inspirada pelo materialismo, esta era uma regra metodológica e linguística, e não uma tese ontológica. Esse fisicalismo que evitaria conotações metafísicas poderia ser visto na medida em que, no espírito da obra de Carnap, a sua natureza linguística também era fundamental para suas aplicações.

Aufbau, a unidade da ciência passou a repousar sobre a possibilidade universal da tradução de qualquer afirmação científica na linguagem da física que, em longo prazo, pode levar à redução de todo o conhecimento científico às leis e conceitos da física¹²¹. Considerando a unidade das leis da ciência, Carnap defendia que, enquanto os filósofos deveriam ter algo a dizer sobre o que a redução de algumas leis em outras leis deveria significar, deveríamos evitar a especulação a esse respeito e esperar que a experiência nos dissesse que tipo de unidade dessas leis reduzidas poderia ser obtida.

Os fisicalistas defendem, pois, que o mundo real contém apenas matéria e energia, e que os objetos possuem apenas propriedades físicas. Importante notar como essa descrição está relacionada àquilo que associamos a uma “concepção absoluta de mundo”, que nasce com o racionalismo cartesiano e encontrou ecos no Círculo de Viena. Restam no mundo apenas os fatos brutos¹²², considerados “os únicos componentes da realidade” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 52). Uma teoria do direito fisicalista, pois, busca conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos, ao mesmo tempo em que descarta da ciência do direito os termos e conceitos que não passarem no “teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 73). Como esse fisicalismo se manifestou na compreensão do conceito de direito será o tema do próximo item.

2. Impactos do fisicalismo na teoria do direito: de Kelsen ao Realismo Jurídico

¹²¹ O uso de “físico” no fisicalismo é um conceito filosófico e pode ser distinto de definições alternativas encontradas na literatura (por exemplo, proposições que podem ser negadas pela observação). Aqui, físico indica não apenas as propriedades físicas, mas propriedades metafísicas ou lógicas, não redutíveis, supervenientes às propriedades físicas. A concepção teórica do fisicalismo propõe que “uma propriedade é física se e apenas se for do tipo de propriedade que a teoria física nos diz que é ou se for uma propriedade superveniente, metafísica ou lógica, do tipo de propriedade que a teoria física nos diz respeito” (STOLJAR, 2014).

¹²² Na filosofia contemporânea, um fato bruto é algo que não pode ser explicado. Rejeitar a sua existência é pensar que tudo pode ser explicado. Há duas maneiras de explicar uma coisa: dizer o que trouxe aproximadamente, ou descrevê-la em um nível mais ‘fundamental’. Se continuarmos a explicar o mundo desta maneira e chegar a um ponto em que não houver mais explicações “mais profundas”, então, teremos encontrado alguns fatos que são brutos ou inexplicáveis, no sentido de que não podemos dar-lhes uma explicação ontológica. Como era de se colocar, existem algumas coisas que simplesmente “são”. A mesma coisa pode ser feita com as explicações causais. Se nada causou o *big bang*, então este é um fato bruto no sentido de que ela não tem uma explicação causal.

Claudio Michelin Júnior aponta que a explicação do direito enquanto fato do mundo exterior não era facilmente adaptável às imposições do empirismo lógico¹²³, o que influenciou o desenvolvimento pós-Segunda Guerra Mundial da filosofia analítica da ciência, nascido no Círculo de Viena. A ideia de pensarmos em termos típicos do direito, como *contrato*, *delito* ou *nulidade* e explicá-los em termos de fatos brutos parece, no entanto, absurda, de tal sorte que o teórico do direito possui duas alternativas: “ou bem oferecer uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos cuja referência são fatos brutos, ou bem considerar que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos fenômenos jurídicos é repleta de equívocos e deve ser abandonada” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 57). Para Ronaldo Porto Macedo Júnior, na verdade, estas duas rotas apenas confirmam o fisicalismo¹²⁴ (2013, p. 70).

A preocupação com a importação dos métodos das ciências para o empreendimento do direito, em especial da física e da matemática, justifica a caracterização de uma das dimensões do positivismo como *positivismo metodológico*, cuja bandeira tem como lema ser “possível identificar e descrever o direito como ele é”, o que implica separar o *ser* do direito do *dever-ser* do direito (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 53). A missão desse positivismo metodológico é tentar conciliar a exigência da descrição de tudo em termos de fatos brutos com “a forma tradicional de dar conta do jurídico” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 58). Essa preocupação ganha expressão tanto no positivismo jurídico, expresso na obra de Hans Kelsen (1881-1973), como no movimento que ficou conhecido por Realismo

¹²³ O empirismo lógico é aqui interpretado como um movimento e não como doutrina, posto que provavelmente não há posição importante que todos os empiristas lógicos compartilhem. E enquanto a maioria dos participantes do movimento eram empiristas de uma forma ou de outra, eles discordaram sobre o que foi a melhor forma de empirismo e no estado cognitivo do empirismo. O que manteve o grupo unido foi uma preocupação comum à metodologia científica e ao importante papel que a ciência poderia desempenhar na remodelação sociedade. Dentro dessa metodologia científica dos empiristas lógicos queriam encontrar um papel natural e importante para a lógica e matemática e para encontrar uma compreensão da filosofia segundo a qual ele fazia parte do empreendimento científico (CREATH, 2014).

¹²⁴ Na opinião de Claudio Michelin Júnior, as tentativas de explicação do discurso jurídico em termos de fatos brutos marcaram boa parte dos esforços da Filosofia e da Ciência do Direito nos últimos séculos.” O que caracteriza essas tentativas é o que Quine chamou de *princípio da caridade*, segundo o qual devemos presumir que asserções claramente falsas devem esconder alguma diferença de linguagem. Este princípio é como um voto de confiança na sanidade ou na capacidade intelectual de quem fala. Só através desse princípio é possível compreender a tentativa de compatibilizar a exigência de descrever tudo em termos de fatos brutos com a forma tradicional de dar conta do jurídico”. Mas “em virtude desta dificuldade de encontrar fatos brutos aos quais o uso corrente dos termos jurídicos corresponda, alguns autores empiristas que postulam uma ‘concepção absoluta do mundo’ propõem uma alternativa às tentativas de interpretação dos enunciados jurídicos em termos de fatos brutos: deixar de ser ‘caridoso’ com o modo comum de falar sobre o Direito, ou seja, deixar de lado a suposição de que os termos e enunciados do jurista prático tem algum sentido” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 57-58 e 61).

Jurídico. Não pretendo examinar exaustivamente tais projetos, mas antes apontar o cerne de seu posicionamento teórico como reflexo de uma concepção absoluta de mundo¹²⁵.

2.1 Kelsen e as fronteiras entre o objetivo e o subjetivo

A ideia de uma *Teoria Pura do Direito* foi proposta pelo jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen e deu nome ao livro por ele publicado. Em seu pensamento, ao qual as faculdades de direito brasileira dedicam estudo razoável, encontramos alguns dos compromissos fundamentais do positivismo metodológico, especialmente no que diz respeito à incorporação de uma concepção absoluta e fisicalista do direito. Kelsen sugeriu uma teoria “pura” do direito, em que a *pureza* servisse como seu “princípio metodológico fundamental”:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito.

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 1998, p. 01).

O projeto metodológico de Kelsen apresenta o direito como objeto de investigação que se localiza no âmbito do *ser*, isto é, no plano descritivo, *do direito que é*. O objeto da ciência

¹²⁵ A propósito do tema, Cláudio Michelon Júnior sintetizou muito bem que: “De um lado, tanto os Realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um “mundo físico”, a um ‘mundo do tempo e do espaço’ etc., e, desta forma, pretendem privilegiar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento ‘absoluto’ independentemente da nossa perspectiva); a física. De outro lado, os Realistas e Kelsen, por caminhos diferentes, ligam a objetividade do direito também a nossa perspectiva. O Realismo escandinavo frequentemente utiliza a nossa experiência sensorial para julgar se algo é ou não real (e se pode ou não ser objeto de conhecimento). Kelsen também utiliza os sentidos como padrão para saber o que é ou não real mas, além disto, propõe que a própria objetividade do direito depende de uma atitude do sujeito cognoscente. Isto significa que tanto o Realismo Escandinavo quanto a Teoria Pura do Direito ligam paradoxalmente a objetividade do jurídico a um ponto de vista além de nossa perspectiva (o que quer que isto signifique) e, simultaneamente, à nossa perspectiva” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 114-115).

jurídica é o material normativo¹²⁶ da ordem jurídica. Isso significa que o “ser” da concepção kelseniana de ciência jurídica consiste numa descrição das proposições de “dever-ser” (jurídicas¹²⁷). A norma jurídica é definida por Kelsen como o sentido objetivo atribuído a um ato de vontade. Entretanto, tais normas não são objetivas no sentido atribuído pela filosofia empirista, em que a objetividade se identifica com o mundo exterior e, portanto, purificada de subjetividade. Em Kelsen, a atribuição de sentido objetivo é subjetiva, e se dá quando o sujeito interpreta um determinado ato como sendo algo mais do que um simples evento físico. Mas uma atribuição objetiva de sentido tem a peculiaridade de que o padrão dessa interpretação do fato seja uma norma jurídica. A especificidade do jurídico não é, entretanto, uma qualidade no mundo espaço-temporal. Na explicação de Cláudio Michelin Júnior, “todas as tentativas de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos serão sempre malsucedidas, pois não será possível compreender a juridicidade de algo por sua posição no espaço e tempo, sem movimento, etc. Enunciados jurídicos não descrevem fatos brutos, fatos do mundo exterior” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 98-99).

Ora, diante do paradigma empirista moderno para a ciência do direito, somente descrições elaboradas em termos de fatos naturais poderiam garantir a não-interferência da subjetividade na descrição do estado das coisas. Como resolver isso, então, na Teoria Pura do Direito? Kelsen não está disposto a conceder à subjetividade do direito, nem tampouco à impossibilidade de atribuir um conteúdo cognitivo aos nossos enunciados jurídicos. Afinal, sua Teoria Pura tem o objetivo maior, de “oferecer um esquema racional de compreensão dos atos de coação eficazes em uma sociedade” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 101).

Kelsen não considera esse problema trivial. Para resolvê-lo, será necessário subverter um dos postulados clássicos de uma concepção filosófica sobre a ciência que é típica do

¹²⁶ “Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo ‘deve ser’ ou acontecer, especialmente que um homem ‘se deve’ conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1998, p. 05).

¹²⁷ Kelsen explica que “a distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de algo que deve ser não segue que algo seja (...) Portanto, a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida (como devendo ser), e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser julgada como correspondendo ou não correspondendo à norma (isto é, ao conteúdo da norma)” (KELSEN, 1998, pp. 06-07).

empirismo moderno: a identificação do que é “objetivo” com o “mundo exterior”. O que Kelsen teme, em verdade, é o *sincretismo metodológico*, que permita que a ciência do direito se confunda com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política e, por isso, propõe uma descrição científica e verificável externamente. Kelsen demarca a diferença do direito em relação às ciências naturais, uma vez que a significação jurídica “não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza e o peso.” (KELSEN, 1998, p. 04). Desse modo, “uma planta nada pode comunicar sobre si própria ao investigador da natureza que a procura classificar cientificamente”, ao contrário da conduta humana que, para Kelsen, “pode muito bem levar consigo uma autoexplicação jurídica, isto é, uma declaração sobre aquilo que juridicamente significa” (1998, p. 04).

Embora sua concepção de objetividade esteja vinculada ao paradigma fisicalista, a teoria kelseniana recusa o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos ou sua compreensão como descritivos de fatos brutos. A teoria de Kelsen apresenta em sua teoria, além de um critério fisicalista, traços do fenomenalismo, segundo o qual o que é real pode ser apreendido pelos sentidos. É da tensão entre estes dois critérios que resulta o fato de que nem tudo o que minha percepção sensorial garante como existente pode ser caracterizado em termos físicos.

O objeto jurídico na teoria de Kelsen, ganha, então, dupla dimensão: parte de sua constituição é produzida por um fato bruto, mas, ao mesmo tempo, o significado jurídico é produzido por uma norma que serve como estrutura interpretativa desse mesmo evento natural. Há, pois, um imane conteúdo cognitivo nos enunciados jurídicos, que descrevem as normas, por que elas não são apenas fatos no mundo. Desse modo, para que uma norma exista deve haver outra norma que sirva de padrão interpretativo dos fatos naturais ou, mais precisamente, do mundo exterior¹²⁸.

¹²⁸ É o que Kelsen procura esclarecer no seguinte trecho: “O fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a do fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. Esta norma funciona como esquema de interpretação” (KELSEN, 1998, p. 04). Segundo a avaliação de Claudio Michelon Júnior, o “mundo exterior” de Kelsen é mais rico que o mundo exterior de Descartes. Algumas características que Descartes vê como subjetivas, e que, portanto, só podem ser consideradas afecções do mundo interior, são

Como Kelsen procura, então, preservar os pressupostos fisicalistas que pretendia importar das ciências naturais? Em resposta, de acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior (2013, p. 81), Kelsen procurará demonstrar que a objetividade jurídica, o elemento que nos permite afirmar a realidade objetiva da norma, independe da existência desta no mundo exterior, físico. Na verdade, para Kelsen, sua objetividade (ou existência) depende de um critério de validade. A validade de uma norma jurídica é resultado da interpretação de um ato de vontade segundo outra norma jurídica. Este critério, por sua vez, é estabelecido em conjunto, em um sistema escalonado, de sorte que a validade de uma norma depende da validade de outras normas.

Coloca-se, para Kelsen, o famoso problema epistemológico do regresso infinito na tarefa de justificação de seu sistema jurídico: afinal, qual a natureza da norma que inaugura esse escalonamento? Para tanto, Kelsen apresenta sua *Grundnorm*, a norma fundamental. Tal é o critério de validade do sistema kelseniano, que possibilita interpretar o sentido subjetivo das normas, postas através de atos de vontades humanos, por seu sentido objetivo. Trata-se, este, pois, de um ato não positivado, mas tão somente pressuposto enquanto “conteúdo de um ato de pensamento”¹²⁹:

“Um tal pressuposto, fundante da validade objetiva, será designado aqui por norma fundamental (*Grundnorm*). Portanto, não é do ser fático de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, mas é ainda e apenas de uma norma de dever-ser que deflui a validade – sem sentido objetivo – da norma segundo a qual esse outrem se deve conduzir em harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade” (KELSEN, 1998, p. 09).

consideradas por Kelsen como qualidades do mundo exterior. Por exemplo, características dos objetos do mundo exterior e, portanto, qualidades naturais. (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 94).

¹²⁹ No original, a solução ao problema do regresso infinito é colocada dessa forma: “Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser mais posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 1998, p. 217). Claudio Michelon explica com precisão o que se entende, aqui, por “conteúdo de um ato de pensamento: “O ato de pensamento é explicado na teoria geral das normas como a figuração mental de um estado de coisas. A norma fundamental seria, então, a representação de um estado de coisas, qual seja, o estado de coisas em que existe o dever de obedecer à primeira constituição histórica. O estado de coisas em que consiste a figuração da norma fundamental tem a peculiaridade de ser um estado de coisas hipotético, ou como afirmará Kelsen em sua obra póstuma, um estado de coisas fictício. Isto significa que a figuração é de um fato que não necessariamente existe (se trata de uma ficção em sentido próprio). Toda validade das normas e, conseqüentemente, toda a objetividade do Direito repousa na pressuposição de uma norma fundamental, ou seja, na pressuposição de uma hipótese ou ficção. O fato de que a norma fundamental não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta explica por que Kelsen afirma que não há uma necessidade de que essa norma seja postulada” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 106). Há quem entenda que o reconhecimento de que a norma básica seja uma ‘ficção’ acaba com qualquer pretensão ao estatuto de ciência, levando Kelsen a uma aproximação do realismo jurídico (v. MORRISON, 2006, p. 406).

Em síntese, o processo estabelecido pela norma fundamental busca a fundamentação da juridicidade, onde: (i) a norma jurídica não é um fenômeno empírico (não está escrita, por exemplo); ao contrário, é um fenômeno inteligível, imputado à estrutura empírica da ordem jurídica, e dá uma diretriz que inclui a permissão para que uma autoridade aplique uma sanção em determinadas circunstâncias; (ii) as autoridades do sistema constituem o sujeito principal das normas jurídicas; (iii) as atividades empíricas dos cidadãos que fazem funcionar o sistema jurídico, na verdade, não infringem a norma jurídica; em vez disso, praticam delitos, eventos que atendem às condições que dão origem à aplicação oficial de sanções; (iv) as normas jurídicas só podem ser validadas por outras normas, que são de abrangência mais geral. Esse processo leva, ao infinito e, para interrompê-lo, devemos postular a existência de uma (v) norma básica final que não dependa de outra norma válida. Nesses termos, a objetividade da ciência do direito repousa, sobre “a vontade de interpretar um conjunto de fatos como fatos jurídicos ou, o que é o mesmo, sobre a vontade de explicar o comportamento por referência a cadeias de imputação (normas) e não cadeias de causalidade (fatos brutos)” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 107).

Veja-se que, como apontou Ronaldo Porto Macedo Júnior (2013, pp. 83-84), Kelsen introduz uma novidade no conceito de objetividade ao indicar que a objetividade do direito depende, em última instância, da subjetividade, isto é, de um ato de vontade relativo à descrição dos fenômenos naturais enquanto fenômenos jurídicos¹³⁰. Entretanto, não é a subjetividade que determina o conteúdo da norma fundamental, pois somente faz sentido pressupor a sua existência na medida em que ela for capaz de explicar um sistema jurídico minimamente eficaz. A eficácia, enquanto fato bruto, é a condição para a validade¹³¹ do direito e a sua medida se reinsere numa concepção absoluta de mundo. Todavia:

¹³⁰ Esta é a preocupação sinalizada por Claudio Michelon Júnior: “Aqui, Kelsen deixa o flanco aberto para o ataque do realista. A pergunta que o realista escandinavo quer ver respondida é: por que eu devo tomar esta decisão? Por que não é possível explicar todos os fatos de um ponto de vista não-jurídico? Se a existência do direito depende desta opção, esta objeção realista é fatal para Kelsen. O realista convida Kelsen para levar o projeto empirista até o fim, abandonar a proposta de fundar a objetividade em um ato de vontade subjetivo, e se contentar com a objetividade “absoluta” que a física moderna nos apresenta” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 109).

¹³¹ No original: “A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece uma norma – condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. (...) A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular, não percam sua validade” (KELSEN, 1998, p. 236).

“Quando limita o conteúdo da norma fundamental, Kelsen deixa claro que a eficácia é condição para que o conjunto de normas seja válido. Kelsen nega que a eficácia das normas inferiores à norma fundamental possa ser determinada por fatos, mas reconhece que o conteúdo da norma fundamental não pode ser escolhido arbitrariamente, pois está limitado pela eficácia do sistema como um todo. Nesta situação, a pureza da teoria pura do direito fica comprometida. O direito é determinado também por fatos brutos e, portanto, faz parte do mundo exterior. Mais ainda: se os fatos brutos determinam o conteúdo da norma fundamental, a relação entre a eficácia do sistema e a validade da norma fundamental é uma relação de causalidade ou de imputação (ou de um terceiro gênero que Kelsen jamais introduziu)?” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 111).

Kelsen estabelece, assim, uma concepção peculiar de objetividade das normas jurídicas, identificada na sua relação com um ato subjetivo que funda o direito, a norma fundamental, para que seja possível explicar juridicamente, o direito enquanto “conjunto de atos de coação globalmente eficazes” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 83).

2.2 O Realismo Escandinavo e a psicologia do direito

O Realismo Jurídico Escandinavo¹³² compartilha do positivismo metodológico o compromisso com o mesmo tipo de objetividade encontrado na tradição kelseniana. A escola de Upsala, iniciada por Axel Hägerström, teve como seguidores Ludstedt, Karl Olivecrona, encontrando em Alf Ross seu maior exemplo. Em síntese, o Realismo escandinavo preocupa-se com a questão da delimitação do ser do direito, tendo por finalidade superar a concepção que o considera um conjunto de fatores sociais, a consideração epistemológica que se apresenta como uma espécie de psicologia social e o jusnaturalismo, que vislumbra o direito como uma ordem normativa que extrai sua

¹³² Cumpre, aqui, estabelecer algumas diferenças preliminares em relação ao realismo jurídico norte-americano, pedra fundamental do projeto de naturalização de Leiter. Considerando que os realistas norte-americanos tinham como enfoque o estudo do processo decisório (v. LEITER, 2007), os escandinavos estavam interessados principalmente na análise dos conceitos jurídicos fundamentais, como o conceito de direito e o conceito de norma jurídica; e embora os norte-americanos, à exceção de Felix Cohen, fossem advogados, os escandinavos Alf Ross e Olivecrona eram filósofos do direito talentosos. A diferença em relação à escolha de estudo objeto é particularmente importante, porque significa que, no geral, os estudos dos escandinavos operavam no mesmo nível que os teóricos do direito natural e positivistas jurídicos, tais como Gustav Radbruch, Hans Kelsen e H.L.A. Hart. Na verdade, os escandinavos eram próprios positivistas jurídicos. Mas, embora os realistas norte-americanos fossem, em geral, pragmáticos e behavioristas, enfatizando “o direito em ação” (em oposição ao conceitualismo jurídico), os escandinavos lançaram um ataque filosófico sobre os fundamentos metafísicos do direito; onde os americanos são “céticos sobre as regras”, como apontou H.L.A. Hart em “*O Conceito de Direito*”, os escandinavos são “céticos metafísicos”. No entanto, podemos legitimamente agrupar as duas escolas juntas, sob um aspecto importante: ambos declaram guerra a todos os valores absolutos, tais como “justiça” e ambos são empíristas, pragmáticos e, é claro, “realistas”.

validade de conceitos do tipo *a priori*. Rejeitavam o direito natural e todas as ideias absolutas de justiça, daí seu relativismo, por negar que as normas sejam deduzidas de princípios *a priori* de justiça.

O direito, para o realista escandinavo, é um fato social que compreende dois aspectos: a ação e a norma. Tal dualismo epistemológico separa a sociologia jurídica, que se ocupa da ação, da ciência do direito, que trata da norma, mas ambas as ciências se implicam porque a conduta, isto é, o objeto sociologicamente observável, assume caráter de juridicidade em função das normas jurídicas em vigor. Trata-se, sobretudo, de uma concepção empírica do direito, com fundamento na natureza humana, que pode ser descoberta mediante observações empíricas de cunho psicológico ou sociológico, buscando interpretar a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas.

Se a teoria kelseniana, como apresentei acima, procurou oferecer uma interpretação do direito em termos cuja referência são fatos brutos, o Realismo Escandinavo considera que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos fenômenos jurídicos deve ser abandonada¹³³. De modo geral, explica Claudio Michelin Júnior, o realismo escandinavo sustenta a tese da ilegitimidade do uso descritivo da linguagem jurídica, tese esta ligada à ideia de que os termos especificamente jurídicos que compõem os enunciados jurídicos não tem referência na realidade¹³⁴ (2004, p. 63).

O Realismo de Alf Ross (1899-1979) tem como base uma crítica à descrição do direito enquanto fenômeno que pudesse ser observado apenas do ponto de vista externo. Em sua obra *Direito e Justiça*, procura lançar bases de uma teoria do direito e da justiça sob o prisma da filosofia empirista. Seu realismo psicológico¹³⁵ baseia-se em fatos psíquicos, de

¹³³ Semelhante explicação é encontrada por Ronaldo Porto Macedo Júnior, no sentido de que há diferenças importantes entre o realismo escandinavo e o positivismo kelseniano: “para os realistas, como Alf Ross, a nossa experiência sensorial é suficiente para conhecer a realidade. Para Kelsen, podemos conhecer sensorialmente os fatos do mundo, mas a própria objetividade do direito depende, em alguma medida, da subjetividade do sujeito cognoscente” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 84).

¹³⁴ Como continua Claudio Michelin Junior: “O realista não vê possibilidade de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos e, portanto, resta apenas eliminá-los. Uma de suas principais tarefas é denunciar a impossibilidade de levar a cabo o projeto de interpretação dos enunciados jurídicos e condenar o princípio da caridade dos juristas positivistas para com estes enunciados. O princípio da caridade levou a postular que termos tipicamente jurídicos como ‘direito subjetivo’ ou ‘dever jurídico’ tenham alguma referência no mundo. Para o realista escandinavo este postulado é injustificado e, mais do que isso, falso. Continuar utilizando estes termos como se eles tivessem uma referência ‘real’ é admitir a existência de entidades metafísicas (aquelas que não se encontram no mundo objetivamente considerado)” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 63-64).

¹³⁵ O psicologismo de Ross se evidencia na seguinte passagem: “Assim, só nos resta adotar um método introspectiva. O problema é descobrir quais regras sentem efetivamente os jogadores ser socialmente obrigatórias no sentido indicado acima. O primeiro critério é que sejam realmente efetivas no jogo e que sejam externamente visíveis como tais. Mas para que se decida se as regras que são acatadas são mais do que meros usos ditados pelo costume ou motivada por razões de caráter técnico, é mister indagar aos jogadores por quais regras se sentem obrigados” (ROSS, 2000, p. 39).

tal sorte que a norma vigente é aquela aceita pela consciência jurídica popular, que também determina as reações do juiz ao aplicar aquela norma. Isso significa dizer que o direito, para Ross, não pode ser corretamente observado sem que se considere sua dimensão interna¹³⁶.

A ciência do direito, para Ross, visa o conhecimento da efetiva conduta humana, de sorte que o fenômeno do direito deve ser descoberto dentro do campo da psicologia e da sociologia. É a constatação de um fato bruto, ainda que psicológico, isto é, a existência de um sentimento de obrigação, que constitui o elemento que garante a objetividade para a descrição da dimensão interna exigida pela correta explicação do que é o direito. Na explicação de Ronaldo Porto Macedo Júnior, a exigência de que sentimentos de obrigação sejam efetivos e visíveis como tais faz com que a dimensão interna, inicialmente introspectiva, torne-se externa e objetiva num segundo momento. Ross, portanto, não abandona a aspiração de que uma descrição do direito possa ser feita de uma perspectiva puramente externa, em que pese a existência de alguns elementos “menos visíveis” ao observador externo. É por tal razão que tanto o elemento da regularidade externamente observável quanto esses elementos “menos visíveis”, detectáveis apenas por um método introspectivo (donde se verifica sua estratégia fenomenalista), tornam-se externamente objetiváveis (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 93-94).

Assim sendo, a partir da mútua interação existente entre conhecimento e ação, ideologia e atitude, Ross desenvolverá uma teoria do direito que considera, de forma unitária, ciência e política do direito.

Ross pondera que a vigência jurídica se apoia na realidade dos fatos, isto é, definida na relação aos fatos do mundo que lhe servem de referência¹³⁷. Para ele, o direito vigente é o

¹³⁶ “Ross se vale de uma de uma imagem já clássica na teoria do direito: a análise de um jogo de xadrez. Imagine-se um observador de um jogo de xadrez que desconheça suas regras e a própria natureza da prática enxadrística. Após observar que existem regularidades nos comportamentos dos enxadristas numa partida, ele poderá reconhecer que padrões de regularidade nem sempre se confirmam nos fatos futuros. Por tal motivo, pela mera observação externa seria difícil saber o que seriam as regras do xadrez. Em razão disso, Alf Ross faz as seguintes considerações: ‘Como é possível, então, estabelecer quais regras (diretivas) regem o jogo de xadrez? Poderíamos, talvez, pensar em abordar o problema sob o ângulo comportamental – limitando-nos ao que pode ser estabelecido pela observação externa das ações, descobrindo daí determinadas regularidades’. Ross observa que tal solução seria insatisfatória, pois não captaria a dimensão normativa dessa prática. É por isso que afirma: ‘Porém, desta maneira jamais conseguiríamos atinar com as regras do jogo. Jamais seria possível distinguir as práticas vigentes, nem sequer as regularidades condicionadas pela teoria do jogo, das regras do xadrez em sentido próprio. Mesmo após observar mil partidas ainda seria possível crer que contraria as regras abrir o jogo com um peão de torre’ (...) Em outras palavras, não podemos conhecer as regras do ‘jogo real de xadrez’ apenas lendo as ‘regras escritas’ do jogo de xadrez’ (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 91-92).

¹³⁷ De acordo com a explicação de Cláudio Michelon Júnior, Ross identifica dois tipos de enunciados jurídicos que merecem tratamento especial. Os enunciados de primeira ordem descrevem diretamente a ordem jurídica. Segundo os princípios empiristas de Ross, para que estes enunciados tenham algum sentido

conjunto abstrato de ideias normativas que servem como esquema de interpretação para os fenômenos jurídicos em ação, isto é, de normas efetivamente obedecidas, porque vividas como socialmente obrigatórias pelo juiz. Elimina-se, na sua teoria, a dimensão da validade como categoria independente da experiência, tal como propôs Kelsen, reduzindo-a à dimensão da realidade a fatos ou fenômenos psicofísicos. Sua ciência realista considera o dualismo *ser e dever-ser*, validade e eficácia, devido ao seu caráter metafísico, fonte dos equívocos da teoria do direito. Por isso, sua teoria identifica a validade com a eficácia, isto é, com o fato de que as normas são aplicadas pelos órgãos judicantes, porque se sentem obrigados por essas normas.

Dois fatores, então, estão contidos no seu conceito de validade: o externo ou o físico, relativo à eficácia do direito, isto é, à conduta do magistrado correspondente ao direito, e o interno ou psíquico, atinente ao motivo dessa conduta, ou seja, ao sentimento de estar obrigado pelo direito. Todavia, conserva a validade como ideia normativa ao declarar que um de seus elementos é a crença nos juízes na competência jurídica ou na autoridade dos que criam a norma, a crença de que eles devem se comportar da maneira prescrita pelo legislador. A validade¹³⁸ pode ser explicada em virtude de certas atitudes de submissão, de reconhecimento da competência de certas autoridades que, por isso, podem ditar normas válidas. Ross recusa a noção comum de validade como metafísica e oferece outro conceito que permitirá descrever o direito “como ele realmente é”. É por tal razão que Ross, ao contrário de Kelsen, não está engajado no projeto de interpretação dos termos jurídicos em termos de fatos brutos.

deve haver uma referência real para as “normas jurídicas”. O que significa este “real”? Para Ross, esta resposta vai além daquela ofertada por Kelsen, no sentido de que a norma válida é a norma que existe. Ora, como indicado acima, ao contrário de Kelsen, Ross não está engajado no projeto moderno de interpretação dos enunciados da teoria do direito em termos de fatos brutos, mas na denúncia da impossibilidade de levar a cabo esta interpretação e na tentativa de reconstrução da ciência do direito sem qualquer compromisso com os conceitos e métodos por meio dos quais a ciência do direito foi anteriormente elaborada (MICHELON JÚNIOR, pp. 74-77).

¹³⁸ Claudio Michelin Júnior apresenta uma explicação mais detalhada sobre o que significa *validade* para Ross: “O que quer que corresponda à noção de validade, é necessário que tenha uma referência real. Isto é um problema sério, pois o fato, a qualidade ou coisa que corresponde ao termo ‘validade’ não é tão óbvio quanto os fatos ou coisas a que correspondem os termos ‘raio’ e ‘cadeira’”. Para explicar a que fatos corresponde o substantivo validade Ross elabora uma interessante alquimia de fatos sociais. O conceito de validade corresponde a uma conjunção de dois fatos, a saber: (i) uma conduta externa dos indivíduos que está de acordo com o padrão de comportamento estabelecido em uma norma; (ii) um fato psicológico que Ross expressa repetidas vezes dizendo que as normas ‘são vividas (sentidas) como socialmente obrigatórias’. A validade implica então uma análise meramente comportamental (behaviorista) e uma análise dos sentimentos de compulsão dos indivíduos em relação à norma. Com esta composição, Ross pretende ter chegado à síntese entre o realismo puramente behaviorista e o realismo psicológico. Qualquer um dos ‘realismos’ oferece apenas uma visão parcial do fenômeno jurídico, mas a incorporação de elementos psicológicos e de elementos puramente comportamentais do conceito de validade pode explicar de maneira global o fenômeno jurídico” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 81-82).

Para Ross, a ciência do direito deve estudar as normas consideradas obrigatórias. Normas jurídicas são comandos dirigidos aos juízes e funcionários encarregados da aplicação do direito. A conduta do aplicador só pode ser compreendida mediante a consideração das normas que são por ele, entendidas como vinculantes ou obrigatórias. O direito vigente é um conjunto de normas que operam no espírito do órgão judicante, que as aplica, porque este as vive como socialmente obrigatórias e por isso as obedece desinteressadamente.

Os conceitos jurídicos devem ser interpretados como concepções da realidade social, logo, do ponto de vista epistemológico, a ciência do direito é uma ciência social empírica, que procura interpretar a validade do direito em termos de efetividade social, isto é, de certa correspondência entre um conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais. O conhecimento científico deve se concentrar no fato externo da efetividade. A ciência jurídica está intimamente ligada à sociologia jurídica, porque verifica que a função social do direito é insatisfatória do ponto de vista do interesse em predizer as decisões jurídicas, visto que o juiz não está apenas motivado por normas, mas também por fins sociais e pela captação teórica das conexões sociais relevantes para a consecução daqueles fins.

A expressão ‘direito vigente’ é uma predição de que, sob certas condições, o direito será aceito como base, para a decisão de futuras controvérsias jurídicas. Tal predição será possível por meio de um processo determinado por atitudes e conceitos, por uma ideologia normativa comum, ativa e presente no espírito dos juízes quanto atuam como tais. A ideologia só pode ser observada na conduta efetiva dos magistrados. A ideologia das fontes do direito, isto é, dos fatores que influenciam na formulação judicial das normas nas quais baseia sua decisão, como a legislação, o costume, o precedente e a razão ou tradição de cultura, é a que de fato anima os tribunais, e a doutrina das fontes do direito é a que se refere ao modo como os juízes efetivamente se comportam¹³⁹.

Há de se considerar, por fim, que os realistas escandinavos não tiveram preocupação de esclarecer o que significa o termo “realidade”. Afinal, o que eles querem dizer com “realismo”? Em geral, os realistas apelam para este termo para traçar os limites entre o que

¹³⁹ A grande contribuição de Alf Ross para a teoria do direito foi a consideração da política *de sententia ferenda*, um dos aspectos da constituição do direito vigente, visto que a política do direito era apenas considerada *de lege ferenda*, isto é, entendida como política legislativa, porém, tal atitude, no entender de Ross, não correspondia à realidade dos fatos, já que o direito não é apenas criação do legislador. A norma jurídica concreta, em que a decisão judicial se traduz, é sempre criação no sentido de que não é mera derivação lógica das normas. Funda-se, a ciência do direito, em princípios empiristas, visto que sua tarefa é verificar a conduta futura dos juízes e de outras autoridades que aplicam o direito, em certas condições, de forma que a proposição “norma x é direito vigente” equivale à predição de que o tribunal, em certas circunstâncias, baseará sua decisão na norma “x”. Tal predição da conduta judicial só será possível se se tomar por base um complexo de fatos sociais, incluindo os fatos psicológicos, comportamentos ou atitudes.

pode e o que não pode ser conhecido e, assim, julgar o sentido de qualquer afirmação sobre um estado de coisas no mundo, em especial, os enunciados jurídicos. Claudio Michelon Junior (2004, pp. 85-91) identifica duas concepções realistas sobre o que é real: (i) uma concepção fisicalista da realidade e; (ii) uma concepção fenomenalista da realidade.

A concepção fisicalista da realidade é aquela encontrada nas referências dos realistas às expressões como “mundo físico”, “propriedades físicas”, “mundo do tempo e do espaço”. Isso significa julgar, por meio da física, o que é real e o que não é real. As qualidades da física, por serem independentes da mente e, portanto, da subjetividade, podem ser compreendidas sob qualquer ponto de vista externo. Já as qualidades não físicas são meramente subjetivas e, portanto, não fazem parte do mundo real. Assim, para o Realismo Escandinavo, as afirmações sobre entidades não-físicas não dizem nada sobre o mundo em que vivemos e, portanto, enunciados jurídicos nada nos dizem sobre o mundo, não tem qualquer valor descritivo, posto que não há como explicar enunciados e termos jurídicos em termos físicos. Sua ideia se vincula à controvérsia das universalidades, de que as entidades abstratas possuem uma existência independente da mente (QUINE, 1973, p. 231). É impossível, avalia Claudio Michelon Júnior, interpretar termos e enunciados jurídicos como se houvesse referência a fatos brutos, sem que ocorra alguma perda de significado¹⁴⁰.

A concepção fenomenalista de realidade implica o critério para julgar se algo é real é a possibilidade de apreensão pelos sentidos. É certo que os sentidos são um critério para julgar se algo é real ou não. Se para Descartes as percepções sensoriais fazem parte do mundo interior, assim também para os Realistas Escandinavos. Ora, se os eventos psicológicos estão no mundo interior, não estariam eles afastados de uma “concepção absoluta de mundo”? Se os sentimentos fazem parte da realidade, por que não poderiam ser considerados parte do mundo? Como analisar conceitos como “cores”¹⁴¹, que não se

¹⁴⁰ “Pense-se, por exemplo, no termo ‘preço’ que foi utilizado por Olivecrona na descrição acima. Este é um exemplo de termo que não pode ser substituído por um ou mais termos que designem fatos brutos. Talvez seja possível interpretar ‘preço’ como ‘uma quantidade X de reais’, mas lembremos do que o próprio Olivecrona diz sobre as unidades monetárias: são palavras ‘vazias’” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 88).

¹⁴¹ Sobre essa questão, Claudio Michelon Júnior nos propõe o seguinte exercício: “Imagine-se a seguinte situação: o físico explica a um homem daltônico o que é vermelho e entrega a este homem um aparelho capaz de medir o comprimento das ondas luminosas refletidas pelos objetos. Suponhamos que o conjunto das coisas que identificamos como ‘vermelhas’ coincida exatamente com o conjunto de coisas que o daltônico agora identifica como sua definição física e com seu aparelho para medir comprimentos da onda. Talvez este homem esteja menos sujeito a erro do que nós estamos, já que o aparelho não se deixará enganar por jogos de luz e sombra. Estaríamos justificados em afirmar que o homem daltônico, que agora identifica as coisas vermelhas com perfeição, sabe o que é ‘vermelho’? (...) O que foi dito acima sobre o conceito de ‘vermelho’ serve para a maior parte dos conceitos jurídicos básicos: uma definição em termos de fatos brutos que nos permita determinar todos os casos em que existem direitos subjetivos não esclarece muito sobre o conceito de

adaptam a uma concepção fiscalista, mas fazem parte de uma concepção fenomenalista, ou os átomos, impassíveis de observação perante o fenomenalismo, mas parte da realidade fiscalista?¹⁴²

2.3 O Realismo Jurídico Norte-Americano: o ceticismo behaviorista

Embora seja senso comum que o Realismo Jurídico, enquanto movimento e não propriamente de uma “escola¹⁴³”, suas figuras mais importantes, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, Underhill Moore, Hessel Yntema, Felix Cohen, Herman Oliphant, Leon Green, Joseph Hutcheson compartilharam uma postura cética em relação ao que o formalismo até então dominante pregava, além de um interesse na compreensão do processo decisório. Em particular, compartilharam visões substantivas sobre como a decisão judicial realmente funciona. Mais precisamente, eles abraçaram uma tese descritiva sobre a decisão judicial: ao decidir, os juízes reagem primariamente aos fatos do caso e não às regras e razões jurídicas aplicáveis. Eles se diferenciavam apenas sobre como os juízes respondiam a estes fatos¹⁴⁴ (LEITER, 2007a, p. 61).

O movimento Realista foi marcado por um profundo ceticismo sobre a possibilidade de o processo decisório ser realizado apenas de acordo com as regras jurídicas. Este ceticismo era relacionado a duas ideias: a) a realidade é por demais complexa e fluida para ser

direito subjetivo. Mesmo que a definição ‘fiscalista’ seja extensionalmente coincidente com o conjunto de situações em que seja extensionalmente coincidente com o conjunto de situações em que normalmente afirmamos que existem direitos subjetivos não terá dito nada sobre o que queremos dizer com ‘direito subjetivo’ (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 119-120).

¹⁴² Claudio Michelon Júnior é pessimista quanto ao cenário estabelecido pelo Realismo Escandinavo: “Na verdade, a desgraça que se abate sobre o projeto moderno para a Ciência do Direito é a sua incompatibilidade com o projeto moderno para todo o conhecimento. Comprovada a incompatibilidade, é necessário reformular as bases do conhecimento científico do Direito e esta é a tarefa do realista. A impossibilidade de verificação empírica de fatos psicológicos pode, portanto, deixar Ross embaraçado, mas não faz sentido levantar esta objeção, se você não compartilha o modelo de mundo e de Ciência de Ross. Para alguém que não acredita na ‘concepção absoluta de mundo’, não faz sentido falar mesmo em privacidade cartesiana” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 90).

¹⁴³ Tendo surgido no mundo acadêmico, os Realistas eram representados pelas Universidades de Columbia e Yale, em contrariedade à influência de Langdell em Harvard. Os artigos que deram origem ao que ficou conhecido como Realismo nos Estados Unidos da América tiveram origem num ensaio escrito por Dean Roscoe Pound, que pretendeu caracterizar um novo movimento no pensamento jurídico que ele chamou de Teoria do Direito Realista. Karl Llewellyn e Jerome Frank, no artigo denominado “Some Realism about Realism” ofereceram uma definição alternativa do Realismo, dizendo que ele não poderia ser considerado uma escola, sendo certo que os Realistas estavam ligados apenas por seu ceticismo a respeito das afirmações do formalismo jurídico de Langdell. (MINDA, 1995, pp. 25-26).

¹⁴⁴ Relato semelhante é expresso por David Brink. Para ele, muito do que o Realismo estava preocupado era com a análise psicológica e sociológica do processo decisório, isto é, a forma como as decisões judiciais são relacionadas com a classe das fontes judiciais e socioeconômicas dos litígios e consequências das decisões judiciais. Ainda que estas fossem as preocupações centrais dos Realistas, suas afirmações tinham pouca ressonância direta nas preocupações tradicionais da teoria analítica do direito (BRINK, 2000, p. 14).

governada apenas por regras, o que os tornou capazes de arguir em favor de considerações “extrajurídicas” no processo decisório e; b) a crítica à análise conceitual e às abstrações do formalismo jurídico. Felix Cohen, por exemplo, acreditava que deveríamos ser céticos quanto aos argumentos formalistas sobre objetividade jurídica e que muitas categorias jurídicas seriam incoerentes¹⁴⁵, confiando, em verdade, em julgamentos políticos sobre o papel do direito na sociedade.

Walter Wheeler Cook (1924) apontou que o método experimental ou indutivo, de acordo com o qual os cientistas observam o que se passa no mundo, formulam hipóteses e as ajustam à luz das observações posteriores, passou a dominar a cena nas ciências sociais e naturais, e nota que este método também poderia ser adotado na área do direito. Ele explica que, como cientistas naturais, os advogados estudam fenômenos físicos objetivos, apesar de não ter, é claro, o foco em átomos, moléculas e planetas, mas no comportamento humano; e ele argumenta que termos como “direito” e “dever” devem ser analisados em termos de comportamento humano, especificamente o comportamento dos juízes e outras autoridades jurisdicionais.

A inspiração intelectual do Realismo Jurídico nos Estados Unidos da América, ao que Gary Minda denominou “*Realismo Progressista*” (1995, p. 29), é geralmente creditada a Oliver Wendell Holmes (1841-1935) e Karl Llewellyn (1893-1962). Os Realistas progressistas aceitaram os dogmas básicos da teoria do direito langdelliana, tais como “direito é ciência”, mas para eles o direito era uma ciência social. Eles adotaram uma abordagem menos política e mais construtiva na crítica ao direito. Eles também rejeitaram o conceitualismo dos formalistas e se voltaram para a abordagem das ciências sociais no desenvolvimento de uma análise politicamente objetiva do direito. No entanto, não escaparam de grandes questões do pensamento jurídico conceitual¹⁴⁶ e acabaram tomando o mesmo passo em falso que os formalistas, no sentido de defender categorias das ciências

¹⁴⁵ Na explicação de Gary Minda, Realistas mais radicais como Felix Cohen e Walter Wheeler Cook foram os primeiros a desenvolver uma teoria do direito “anti-conceitual” para expor o contexto político no direito público e privado. Ao expor o poder político latente do direito, os Realistas radicais desejavam que os advogados, juízes demais atores jurídicos entendessem como a lógica jurídica mantinha e sustentava a coeção jurídica e econômica por meio de racionalizações e como isso demandava uma aceitação da realidade de desigualdade social. Os Realistas mais radicais queriam substituir o conceitualismo do formalismo jurídico por uma compreensão realística que analisasse o direito e o raciocínio jurídico de dentro do seu contexto social e histórico. Na visão dos Realistas radicais, o direito precisava ser transformado para lidar com as relações subjacentes de poder na sociedade norte-americana. Esse potencial do Realismo radical foi largamente ignorado após a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que, de acordo com Minda, os EUA adotaram ideologias mais tradicionais e a-politizadas (MINDA, 1995, p. 29).

¹⁴⁶ Veja-se, a propósito, a discussão seminal de Llewellyn sobre a visão “restrita” e “ampla” dos precedentes (1930, pp. 72-75).

sociais como a economia, como se fossem naturais e universais e, por conseguinte, fundacionais, o que levou Hart a considerar os Realistas como “formalistas frustrados”¹⁴⁷. De qualquer modo, os Realistas Progressistas tiveram o mérito de apresentar uma visão mais pragmática do estudo do direito. Karl Llewellyn acreditava que a pesquisa realista deveria ser pautada pela remoção dos “disfarces” para revelar a norma efetiva em que o juiz fundamentou sua decisão, independentemente das normas explicitamente por ele referidas e, com isso, descobrir os verdadeiros fatores que influenciaram os juízes na apreciação e qualificação jurídica dos fatos do caso concreto, ou seja, na eleição das normas efetivas em que se fundamentam as sentenças. Para Llewellyn, os fatos nunca chegam ao juiz no estado em que realmente se deram, porque lhe são apresentados após uma série de reapresentações e reconstruções processuais, seja pelos advogados, seja pelas testemunhas, etc. Há, portanto, diversos fatores que podem influenciar a convicção do juiz, sendo que a qualificação dos fatos dada pelos advogados pode alterar o rumo da decisão. É só a partir dessa reconstrução dos fatos que o juiz formará sua decisão para, então, procurar uma norma que justifique aquela sua decisão. Tal norma assume um caráter de justificativa *a posteriori*, ou seja, de conclusão já tomada como fundamento da íntima convicção do juiz. O direito, para Llewellyn se manifesta na atividade do Poder Judiciário, tendo a lei e o precedente função de guias de conduta da sociedade. A sociologia jurídica é o único fundamento para a ciência do direito.

De modo semelhante, Holmes não acreditava que os juízes pudessem fazer o que quisessem fazer, posto que muitas vezes decidiam de forma a sustentar o direito de uma forma diversa daquela que acreditava que deveria ser. Seus aforismos são citados repetidamente, tais como “*a vida do direito não tem sido a lógica, mas a experiência*”. Holmes atacava a ideia de que o direito existente pudesse ser defendido racionalmente e qualquer tendência que tratasse o direito de forma que não tivesse relação com as decisões dos tribunais. Muito do direito, acreditava Holmes, foi inventado num contexto histórico que foi superado, e as reais funções a que servia sobre condições alteradas deveriam ser constantemente revisadas. Em nenhuma circunstância deveria ser arguido que o direito, de acordo com algum processo conceitual dedutivo, fosse alguma coisa, se a prática dos Tribunais sugerisse que fosse coisa diversa.

¹⁴⁷ Na explicação de Gary Minda “The policy instrumentalismo f progressive realism was like Langdellian formalism; progressives substituted a nonlegal and apolitical form of conceptualism (social science conceptualism) for legal conceptualism (Langdellian formalism). The progressive strand of legal realist though thus attempted to perfect the logic of Langdellian formalism by giving it a nonlegal and apolitical source of authority and certainty” (MINDA, 1995, p. 30).

A prática jurídica procede por inferências lógicas, deduzindo das normas as possíveis soluções, mas, para Holmes, deve se assentar em premissas corretas, sejam elas de princípio, sejam relativas aos fatos, sopesando as vantagens sociais dos desejos conflitantes. A experiência vital desempenha, para ele, um importante papel. O raciocínio do jurista é valorativo e deve levar em conta a razão vital.

Em seu famoso *“The Path of the Law”*, Holmes se preocupa com a previsão do que os Tribunais farão, porque acredita que a capacidade de prever tais decisões é o que conta, a partir do ponto de vista da maioria das pessoas, boas ou más, uma vez que vai querer evitar a “ir contra o que é muito mais forte do que eles” (1897, p. 457). Mas, para ser capaz de prever o que os tribunais farão, Holmes explica, é preciso ter clareza sobre os limites do direito e isso, por sua vez, significa que se deve fazer uma distinção clara entre direito e moral. Holmes, então, propõe a seguinte análise do conceito de direito: O direito nada mais é do que as profecias do que os Tribunais farão de fato. Ele coloca-o como segue:

“Tome a questão fundamental, o que constitui o direito? Você vai encontrar alguns escritores dizendo-lhe que é algo diferente do que é decidido pelos Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema de razão, que é uma dedução de princípios de ética ou axiomas ou que não, que pode ou não coincidir com as decisões. Mas se tomarmos o ponto de vista do nosso amigo ‘homem mau’, veremos que ele não se importa com os axiomas ou deduções, mas que ele quer saber o que os tribunais de Massachusetts ou ingleses tendem a fazer de fato. Eu tenho muito de sua mente. As profecias de que os tribunais vão fazer, na verdade, e nada mais pretensioso, é o que eu quero dizer com o que é o direito (HOLMES, 1897, pp. 460-461).

Voltando-se para o conceito de dever jurídico, Holmes afirma que este é, principalmente, a profecia de que se uma pessoa não faz o que é juridicamente obrigada a fazer, vai sofrer consequências desagradáveis:

“Tome novamente a noção que, como popularmente entendida é a mais ampla concepção que o direito contém; - A noção de dever jurídico (...) Eu preencho a palavra com todo o conteúdo que podemos tirar a moral. Mas o que isso significa para um homem mau? Principalmente, e em primeiro lugar, uma profecia que se ele faz certas coisas que ele estará sujeito a consequências desagradáveis por meio de prisão ou pagamento obrigatório de dinheiro” (HOLMES, 1897, p. 461).

Compreendidos literalmente, esses excertos significam que não há direito antes que seja proferida a decisão judicial e que, como resultado, os juízes sempre criam o direito, ao invés de aplicá-lo. Embora não haja limitações jurídicas sobre como os Tribunais decidem,

os casos podem ser decididos de forma melhor ou pior. Um importante dogma do Realismo Jurídico demanda que os juízes fundamentem suas decisões na compreensão apropriada das consequências econômicas e sociais de suas decisões. Embora os Tribunais não possam, portanto, cometer erros jurídicos, eles podem cometer erros morais e pragmáticos¹⁴⁸.

Devemos notar, entretanto, que Brian Leiter aponta que Holmes não estava preocupado com a análise do conceito de direito, mas em dar conselhos práticos para os advogados¹⁴⁹. Quando Holmes afirma que “a linguagem da decisão judicial é a linguagem da lógica” (1897, p. 465-466), Leiter entende que essa linguagem é justificativa; porém, quando Holmes afirma que não se pode extrair nenhuma conclusão de forma lógica em direito, Leiter acredita que ele queira dizer que justificações não explicam as decisões. Desse modo, um advogado que tenta convencer o Tribunal de que uma cláusula contratual deve ser implementada, para que esse argumento seja causalmente efetivo deverá recorrer direta ou indiretamente, a considerações normativas, uma vez que estas são realmente efetivas e explicativas (LEITER, 2007a, pp. 104-106).

Para Leiter, Holmes antecipa de forma semelhante os Realistas Jurídicos em sua abordagem à teorização normativa. Embora diga que o juiz tenha o “dever de pesar as considerações de vantagem social”, rapidamente torna claro que tal asserção, como o conselho normativo, não tem grande significado, pois é isso que os Tribunais já fazem de qualquer maneira. “O dever é inevitável”, diz Holmes, de sorte que dizer aos juízes que eles “devem” pesar as vantagens sociais diz respeito apenas à modesta sugestão do que eles fazem, embora “inarticuladamente, e muitas vezes inconscientemente”. A teoria normativa, pelo menos em “*The Path of the Law*”, tem um papel secundário no estudo sistemático e empírico dos motivos reais da decisão judicial. Precisamos explicar e descrever a tomada de decisão judicial, em vez de dizer o que os juízes “devem” fazer (LEITER, 2000, p. 25).

Para Leiter, ao longo do tempo, tem havido um gradual “frankificação” do realismo, a que Leiter veio denominar “visão recebida” ou “*received view*”¹⁵⁰. Esta “frankificação” é relacionada ao juiz Jerome Frank (1889-1957). De acordo com a sua visão, ainda que as regras fossem claras, ao menos nos Tribunais inferiores elas teriam um efeito menos

¹⁴⁸ V. a propósito Brink (2000, p. 15).

¹⁴⁹ Na visão de Leiter: “Indeed, Holmes makes clear on the very first page of “*The Path of the Law*” that he is talking about the meaning of law *to lawyers*, who will “appear before judges, or ... advise people in such a way as to keep them out of court” (1897, p. 457), and not aiming for a generally applicable analysis of the concept of law” (LEITER, 2000, p. 251).

¹⁵⁰ “Even among Realists, of course, Frank's view represented a particular sort of extreme-as Frank himself recognized. Notwithstanding this, the Frankification of Realism, as evidenced by the many quotations with which I began, has been the distinguishing feature of Realism's long-term reception” (LEITER, 2007a, p. 17).

precioso na determinação das decisões judiciais por que um tribunal de fato, em particular um tribunal do júri, pode sempre identificar os fatos ao seu bel prazer, de sorte que a regra apresente a decisão que for desejada. O que realmente causa a decisão dos tribunais, na voz de Frank, são as atitudes conscientes e inconscientes, as crenças e preconceitos, que são particulares às partes do processo, às vítimas e aos fatos de cada caso:

“Para qualquer pessoa comum, o direito, com respeito a qualquer conjunto de fatos, é a decisão do Tribunal em respeito aos fatos, na medida em que a decisão afeta a pessoa em particular. Até que o Tribunal tenha admitido tais fatos, nenhum direito tem sua existência.” (FRANK, 1930, p. 50).

Segundo esse excerto, para Jerome Frank, o direito nada tem de geral, uniforme, certo, seguro, porque ele dá mais importância à verdade circunstancial da vida do que à invariabilidade da norma jurídica. O único direito certo é revelado na sentença judicial¹⁵¹. Antes que um Tribunal se pronuncie sobre um problema, não se pode saber quais os deveres jurídicos e direitos subjetivos decorrentes de uma determinada situação. Enquanto não houver sentença não há direito certo, mas tão somente um direito provável, isto é, um direito opinativo. Assim, o direito efetivo e real é aquele contido na decisão judicial. Ninguém pode conhecer o direito relativo a determinada situação até que tenha havido uma decisão específica a respeito, por que a sentença está influenciada pela “dieta do juiz”, suas preferências, seus preconceitos e seu estado de ânimo.

A exigência de certeza do direito só poderia ser atendida se hábitos mentais¹⁵² e condições emocionais dos juízes fossem idênticas, ou se sua designação estatal tivesse por objetivo pessoas de mentes estereotipadas, insensíveis às mutações sociais, agindo mecanicamente¹⁵³. O direito nada tem de certo, porém sua incerteza não chega a ser um

¹⁵¹ É o que se vê da opinião de Frank sobre o ensino do direito: “What is a law school? An institution of learning where ‘law’ is supposed to be taught, where ‘law’-yers who will practice ‘law’ or to preside as judges in ‘law’ courts where they will decide ‘law’ suits. Law Schools have, then, a grave responsibility. How they define ‘law’ will unavoidably affect the thinking of future lawyers and judges. If, as they have done for years, the schools define law as consisting, exclusively or primarily, of (so-called) legal rules, the law students – the future lawyers and judges – when they are thinking about law, will tend to confine their attention to those rules. For they come to law school to study law and, if law consists of rules (so-called) and nothing else, why bother much about anything but those rules?” (FRANK, 1931, p. 17)

¹⁵² Ideia semelhante encontramos também no pensamento de Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), no seu “*A Natureza do Processo Judicial*”: “ (...) Se procurarmos a base psicológica dessa tendência [comparar as cores do caso à mão com as cores da amostra de muitos casos espalhados sobre sua escrivaninha], nós a acharemos, suponho, no hábito. Qualquer que seja sua base psicológica, ela é uma das forças vivas de nosso direito” (in MORRIS, 2005, p. 525).

¹⁵³ “The realists criticized the sort of mechanical jurisprudence that they associated with thinking of law as a body of rules. The mechanical jurist apparently thinks that all cases and that legal reasoning takes a simple syllogistic form” (BRINK, 2000, p. 14).

mal catastrófico, constituindo condição do incremento da justiça e do progresso do direito¹⁵⁴.

As normas jurídicas são importantes, na visão de Jerome Frank, apenas na medida em que intervêm na elaboração do direito efetivo, em que o fator central é a personalidade do juiz, que sofre influência de vários fatores, como educação geral e jurídica, vínculos familiares ou pessoais, posição econômica e social, experiência política e jurídica, etc¹⁵⁵. A convicção do juiz resulta de uma intuição ou sentimento de justiça, dependendo do seu sistema referencial, seus ideais pessoais, sua escola axiológica. A personalidade do juiz é o fator principal na determinação da sentença, daí a insegurança do direito. O direito efetivo depende desses fatores e não de conclusões tiradas das normas jurídicas gerais.

A discussão crítica do Realismo Jurídico Norte-Americano tem sido afligida pelas questões sobre o quão seriamente devem ser tomadas as afirmações de Jerome Frank. Frank, a seu turno, diz não pretender apresentar uma definição do conceito de direito, apenas que as regras não são tudo o que importa na administração da justiça, e isto provavelmente nenhum teórico negaria. Devemos encarar as afirmações de Frank por seu valor de face: em primeiro lugar, regras por sua natureza não podem controlar as decisões judiciais; em segundo lugar, a função primordial do direito é a solução de conflitos.

Mas, se as influências importantes nas decisões de qualquer juiz são obscuras, e menos facilmente detectáveis (FRANK, 1930, p. 114), precisamente porque são estes fatos idiossincráticos sobre a psicologia do juiz singular, então como será possível formular leis sobre o comportamento judicial? Na verdade, Frank repudiou esta ambição dos behavioristas, quando declara que, “a verdade é que a previsão de decisões mais específicas (...) é, hoje, de qualquer modo, impossível” (1931, p. 246). A qualificação “*hoje, de qualquer modo*” é importante, porque o problema não é que não há determinantes

¹⁵⁴ Benjamin Cardozo também abordou essa questão, porém com uma cautela um pouco maior no que tange a necessidade de manutenção do conceito de objetividade do direito: “(...) Os tribunais, então, são livres ao marcar os limites das imunidades individuais para formar seus julgamentos de acordo com a razão e justiça. Isso não significa que, ao julgar a validade de leis, sejam livres para substituir suas próprias ideias de razão e justiça por aquelas dos homens e mulheres aos quais servem. Seu padrão deve ser objetivo. Nessas questões, o que conta não é aquilo que eu acredito ser certo. É aquilo que eu posso acreditar razoavelmente que algum outro homem ou consciência e intelecto normal pudesse, de maneira razoável, considerar como certo... Há, de fato, certos campos do direito onde existe uma esfera de ação mais livre para a visão subjetiva. (...) O elemento pessoal, qualquer que seja seu alcance em outras esferas, deveria ter pouca influência, se é que alguma, para determinar os limites do poder legislativo. Um departamento do governo não pode impor a um outro seus próprios padrões de propriedade (...)” (MORRIS, 2005, p. 533).

¹⁵⁵ “There are bright judges and dull judges; strong judges and weak judges; level-headed and flighty judges; cold-blooded judges and emotional judges; ‘thick-minded’ judges and ‘thin-minded’; honest and dishonest. All of them are affected to some degree by the so-called legal rules. No one can generalize about how much effect such legal generalizations have. The effect varies with the judges. And even with respect to any given judge, it is almost impossible to tell, in any specific case involving conflicting testimony, how much he will be influenced by the rules” (FRANK, 1931, p. 42).

da decisão (Frank aceita um tipo de determinismo psíquico freudiano), mas sim que esses determinantes são epistemologicamente opacos: não temos nenhuma maneira confiável de saber o que eles são.

Nesta breve apresentação do projeto kelseniano de purificação da teoria do direito e das muitas nuances dos trabalhos dos autores alinhados no movimento que se convencionou denominar Realismo, marcado pelo ceticismo e pela defesa da metodologia das ciências sociais, em especial da psicologia em substituição à análise conceitual típica do formalismo jurídico, procurei demonstrar a tensão que existiu na opção que foi adotada por estes autores de apresentar uma descrição pretensamente “absoluta” e, ao mesmo tempo, “desde a perspectiva do jurista”, ainda que esta seja substituída, paradoxalmente, pelo conceitualismo das ciências sociais e *behavioristas*¹⁵⁶. O ceticismo em relação ao formalismo embora recoloque também a perspectiva do jurista em primeiro plano, deu lugar ao fundacionismo científico, do qual entendo não fazer mais sentido na atualidade.

A postura dos teóricos do direito na primeira metade do século XX denota essa desilusão com a possibilidade de conhecimento sobre o que é o direito, ao mesmo tempo em que ora insiste na sua investigação, ora resigna-se ao seu desconhecimento, substituindo as preocupações conceituais por preocupações sociológicas ou comportamentais, denotando uma nova forma de fisicalismo, o *cientismo*. Acredito que o Realismo Jurídico seja, pois, um movimento de transição na teoria do direito e que, por isso, merece ser respeitada, mas não necessariamente revivida, na medida em que não representa alternativa ao ceticismo; ao contrário, é uma postura cética provisória¹⁵⁷. Na filosofia o cenário desencantador também não era diferente, o que deu origem às obras de grandes autores, como Wittgenstein e Quine e à sua tarefa de traduzir a linguagem comum em conhecimento.

Pode-se, no entanto, perguntar se um compromisso com a análise conceitual pode ser enquadrado juntamente com um compromisso com o naturalismo, tal como pretende Leiter, dado que a análise conceitual apela para intuições *a priori*, o que é incompatível

¹⁵⁶ Segundo a leitura de Leslie Green, os Realistas não resistiram uniformemente à análise conceitual em favor da investigação empírica; como a maioria dos teóricos do direito, eles “usaram um pouco de cada”. Suas teorias de direito foram atormentadas pela seleção de efeitos causados por sua obsessão pelos tribunais superiores. (GREEN, 2009, p. 24).

¹⁵⁷ É o que explica Gary Minda: “The American legal realist movement nonetheless shaped the future course of contemporary jurisprudence. Langdellian conceptualism ‘crumbled’ during the period between the two world wars, but a form of Langdellian conceptualism remained alive and well in modern jurisprudence. Modern legal thinkers who followed Holme’s pragmatic jurisprudence returned to a more rigorous and sophisticated form of conceptual jurisprudence represented by legal process theory. Progressive realism also became a bridge that enabled legal thinkers to rediscover a new form of Holmesian instrumentalism represented by legal policy science. A new synthesis of Langdellian formalism and Holmesian instrumentalism seemed possible” (MINDA, 1995, p. 32).

com o naturalismo, dado que o fato de apelar para intuições *a priori* contradiz o princípio do empirismo inerente ao naturalismo. Para resolver tal questão, Leiter estabelecerá um posto mais modesto para a análise conceitual no seu projeto de naturalização. No entanto, acredito que os Realistas Norte-Americanos não tiveram essa preocupação com a compatibilização entre seu ceticismo e a análise conceitual em seus trabalhos por não assumirem explicitamente um apelo a intuições *a priori* sobre o conceito de direito, mas às crenças gerais dos juízes. Ao mesmo tempo, enquanto movimento heterogêneo, não se pode afirmar que tenham aceito o princípio do empirismo tal qual Quine parece ter aceito na sua proposta de naturalização da epistemologia, de tal sorte que é possível dizer apenas que o Realismo Jurídico é naturalista apenas no sentido mais trivial do termo.

3. A Filosofia da Linguagem: O “Segundo” Wittgenstein e Quine

Indiquei anteriormente que o projeto cartesiano redundou numa concepção absoluta de objetividade, insuficiente para derrotar o desafio cético. Para tanto, a filosofia deveria adentrar ao terreno ao qual o cético está habituado: o terreno da linguagem. Na explicação de Claudio Michelson Júnior, o calcanhar de Aquiles do cético está na “sua pretensão de que as coisas que diz façam sentido e, é necessário sublinhar – esta não é uma pretensão contingente para quem quer falar sobre algo – ao contrário, é uma pretensão necessária” (2004, p. 136).

Foi na metade do século XX, que a abordagem filosófica de Frege, Moore e Russell criou as raízes do positivismo lógico. A Segunda Guerra Mundial dispersou os filósofos mais talentosos do continente e muitos se estabeleceram em universidades da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, espalhando as suas opiniões e influenciando gerações de filósofos que estariam por vir. No entanto, a tradição analítica manteve um traço forte de críticas internas, e alguns dos seus pilares já estavam sob certa desconfiança dos membros do Círculo de Viena, como Otto Neurath e Karl Popper.

Duas figuras ganharam destaque: o segundo (ou mais maduro) Ludwig Wittgenstein¹⁵⁸ e Willard Van Orman Quine desafiaram a “visão recebida” da filosofia da linguagem e

¹⁵⁸ O conjunto da obra de Wittgenstein é dividido, pelos intérpretes, em duas fases bem distintas, de tal forma que se pode falar de um “primeiro Wittgenstein” e de um “segundo Wittgenstein”. O “primeiro” corresponde ao *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) e o “segundo” às demais obras. Muitos filósofos da linguagem avaliam a obra de Wittgenstein, como se os seus pontos de vista anteriores fossem totalmente diferentes e incompatíveis, enquanto outros insistem que há uma forte continuidade de temas e métodos. Apesar de seus primeiros trabalhos terem sido amplamente mal compreendidos no momento, não pode haver dúvida de que algumas mudanças importantes ocorreram, e estas são dignas de nota aqui.

serviram como figuras transitórias para as visões contemporâneas, tanto na filosofia como no direito. Por meio deles, uma nova concepção de objetividade começou a ser delineada: uma objetividade que depende de nós mesmos, isto é, uma noção que é determinada pela experiência e cuja verdade depende, sobre tudo, da sua aceitação, o que não se dá por um processo racional deliberativo, mas pelo simples fato de partilharmos a mesma forma de vida.

Nas postumamente publicadas *Investigações Filosóficas* (1953), Wittgenstein rompeu com algumas das aspirações teóricas da filosofia analítica da primeira metade do século XX. Onde filósofos analíticos de linguagem tinha se esforçado para desenvolver sistemas lógicos, as *Investigações* sugerem que língua é, na verdade, um conjunto de “jogos de linguagem”, isto é, atividades sociais dirigidas, para as quais as palavras eram apenas ferramentas para fazer as coisas, ao invés de componentes fixos de uma estrutura lógica. Representação, denotação e retratação são alguns dos objetivos que podemos ter ao jogar um jogo de linguagem. Essa virada na filosofia de Wittgenstein inaugurou uma nova preocupação com as dimensões “pragmáticas” do uso da linguagem. Falar da importância pragmática de uma expressão é considerar como apreendê-la na manifestação ou o direcionamento de ações e, assim, voltar a atenção para o uso em vez de noções abstratas de forma lógica comum a formas anteriores de filosofia analítica. A visão de que “o significado é o uso¹⁵⁹”, foi muitas vezes atribuída a ele, embora as interpretações deste ponto de vista tenham variado muito. Mas pode-se dizer com segurança que Wittgenstein rejeitou uma imagem da linguagem como uma espécie lógica e individual para retratar os fatos, inserida numa preocupação para com as suas dimensões pragmáticas. Não se pode olhar para a dimensão representativa da linguagem sozinha e esperar entender qual é seu significado.

Um segundo grande desenvolvimento no trabalho posterior ao *Tractatus* de Wittgenstein foi seu tratamento de regras e cumprimento das regras. Afirmações sobre significado tem certo domínio sobre nossas ações, mas não do mesmo tipo que uma “lei da natureza”. Afirmações sobre o significado refletem normas de uso e Wittgenstein argumentou que isso fez com que a própria ideia de uma “linguagem privada” fosse considerada absurda¹⁶⁰. Por isso, não seria possível ter uma linguagem cujos significados

¹⁵⁹ É esse “significado-em-uso”, ou seja, essa prática de reconhecimento do uso correto das palavras, que serve de base para a teoria do segundo Wittgenstein, do mesmo modo que a prática social ou a regra de reconhecimento o fora para Hart.

¹⁶⁰ Se um idioma fosse privado, então a única maneira de estabelecer significados seria por alguma forma de ostensão privada, isto é, aprendendo ao ouvir a palavra a ser aplicada em determinada circunstância. Por

fossem acessíveis apenas ao falante desta língua. Grande parte da filosofia moderna foi construída sob um modelo cartesiano que fundamentava a linguagem pública com base em eventos privados, o que implicava que muito do alcance inicial da linguagem também fosse privado. O problema, para Wittgenstein, é que seguir uma regra para o uso de uma expressão, apelar para algo privado não será suficiente para conhecer uma linguagem. Assim, uma linguagem inteligível para apenas uma pessoa seria impossível, porque seria impossível para o falante estabelecer os significados de seus sinais putativos. Para aliviar essa dificuldade, Wittgenstein voltou sua atenção para o reino dos fenômenos públicos, e sugeriu que aqueles que fizessem os mesmos movimentos com as regras compartilhassem uma “forma de vida”, que mais têm levado a ser uma de cultura ou a soma total das práticas sociais em que se participa. A geração subsequente de seria profundamente influenciada por este argumento, incluindo no âmbito do direito, como se nota na obra *O Conceito de Direito*, de H.L.A. Hart. A ideia de aceitação e compartilhamento de uma “forma de vida” se torna essencial para seu conceito de objetividade do direito, posto que, ele próprio, é parte da nossa perspectiva.

Willard Van Orman Quine também formulou críticas incisivas ao positivismo lógico precedente. Inaugurou a discussão de tópicos da filosofia analítica e elaborou desafios aos novos paradigmas da ontologia e da epistemologia nos anos 1970. Para Quine, o que “falhou” no projeto epistemológico para a ciência até então, foi a tentativa de aplicar uma concepção geral de análise filosófica puramente formal, prosseguindo-se tal método analítico também em outras áreas do conhecimento, inclusive no direito.

A componente central do arsenal filosófico do Círculo de Viena, a distinção analítico-sintético, foi fortemente criticada por Quine em seu artigo “*Dois dogmas do Empirismo*”, de 1951. Sem um domínio de verdades analíticas (verdades que são *a priori* e em virtude do significado), torna-se claro que o domínio da reflexão filosófica permanece. Se todas as afirmações são, em princípio, passíveis de revisão à luz das evidências empíricas, então, pergunta Quine, por que não explicá-las por meio das ciências empíricas? A filosofia

exemplo, ocorre ostensão quando me concentro em minha experiência privada, dizendo: “vou chamar esta sensação de ‘dor’”. Mas, para estabelecer o significado de um sinal, alguma coisa deve imprimir no falante uma forma de utilizar corretamente o sinal no futuro, ou então a ostensão putativa não terá nenhum valor. Assumindo que começamos com um evento privado, o que poderia estar acontecendo com os usos subsequentes ao longo do tempo? Não podemos simplesmente dizer que ele *sente* o mesmo para nós como sentiu antes, ou golpear-nos da mesma forma, para esses tipos de impressões comuns, mesmo quando cometemos erros e, portanto, não podemos constituir correção. Pode-se dizer que só tem que se lembrar de como aquele o sinal foi usado no passado, mas isso ainda nos deixa querendo saber o que ele foi. O que é uma lembrança nesse caso? Até que digamos como um episódio privado poderia estabelecer um padrão de uso correto, a memória é colocada de lado.

estaria fora do negócio, exceto, talvez, como o abstrato e reflexivo ramo da ciência empírica.

E se os juízos analíticos se foram, assim também a análise conceitual: uma vez que qualquer a defesa da análise conceitual é vulnerável às demandas *a posteriori* de construção teórica, a filosofia deve proceder em conjunto com a ciência empírica, e não como o árbitro de suas afirmações, mas como uma tentativa reflexiva em clareza sinóptica sobre o estado do conhecimento empírico. Embora esteja pisando no mesmo terreno do cético, Quine prefere abandonar o seu desafio. Seu objetivo não é colocar as grandes questões, como tradicionalmente compreendidas pela epistemologia e dar-lhes respostas diretas no estilo da filosofia tradicional, mas transpô-las para uma chave metodológica diferente. Esta “nova chave” é o que Quine chama *Naturalismo*¹⁶¹ (LEITER, 2007a, p. 176).

¹⁶¹ O naturalismo, assim como o pragmatismo, procura aplicar os métodos das ciências empíricas para explicar eventos naturais sem referência a causas sobrenaturais; ele deduz valores éticos da experiência humana, sem fundamentos teológicos. Suas raízes mais antigas remontam aos filósofos pré-socráticos, que evitavam explicações ocultistas na busca por causas materiais. Tais pensadores incluíam Tales, Demócrito, Leucipo, entre outros. Até mesmo Aristóteles, que tentou usar a ciência de seus dias para explicar a natureza por referência a causas observacionais. O naturalismo envolveu uma grande gama de pensadores, incluindo Epicuro e Lucrecio, Spinoza e Voltaire, Galileu e Darwin. Também a filosofia moderna concentrada na epistemologia da ciência, em reconhecimento da importância da ciência em desvendar os segredos da natureza, de Bacon a Hobbes, de Locke a Hume, de Kant a Russell. Também foi tema dominante na filosofia norte-americana contemporânea. Dentre os naturalistas mais influentes tem-se John Dewey, George Santayana, na primeira metade do século XX e continuou na segunda metade do século passado com filósofos como Ernest Nagel, Sidney Hook, Hilary Putnam, Donald Davidson, Daniel Dennet, entre outros (KURTZ, SHOOK, 2009, pp. 07-08).

Não é raro encontrar na filosofia norte-americana obras que procurem aproximar o naturalismo do pragmatismo, dada a quantidade de elementos teóricos compartilhados por ambas as teorias, especialmente no que se refere aos seus principais questionamentos. Como bem descrito por Keneth Ching, “Simply put, pragmatism asks: “What practical difference does it make to us?” The incorporation of naturalism into pragmatism can be seen in that naturalism similarly requires that for phenomena to be considered a fact, it must “make a practical difference to us” by making a causal difference in the course of our experience”(CHING, 2012, pp. 65-66).

O naturalismo representa o reconhecimento, pela filosofia, do poder dos métodos da ciência. Tal ponto de vista não pressupõe uma solução dos “*problemas de demarcação*”. Tais problemas dizem respeito ao escopo e aos limites do conhecimento humano: existem razões de princípio para se pensar que o conhecimento seja uma aspiração razoável somente em conexão com alguns tipos de investigação? Qual a melhor forma de se tentar obter conhecimento? Podem nossos métodos ser melhorados? Em suma, tratam-se dos problemas sobre o que demarca a ciência genuína de pseudociência, uma vez que há casos claros e paradigmáticos das ciências de sucesso. Na verdade, a filosofia naturalista surge como “tentativa de compreender o crescimento do conhecimento científico” (KITCHER, 1992, p. 56).

Philip Kitcher atribui o ressurgimento naturalismo no século XXI ao estudo da epistemologia pós-Frege. Para Kitcher, a epistemologia pré-Frege estudava o conhecimento humano como parte da ordem natural, usando uma linguagem psicológica que parecia singular e repugnante para os ouvidos do início do século XX. Mas, depois de quase um século de eclipse, os naturalistas voltaram, fazendo campanha em favor da relevância da psicologia e da biologia para a epistemologia e negando (em contraste com a maioria de seus ancestrais pré-fregeanos) a possibilidade de um conhecimento *a priori*. O naturalismo tradicional, para Kitcher, é o herdeiro óbvio da epistemologia pré-Frege, porque preserva o ideal de um projeto “melhorativo”. Enquanto filósofos tendiam a ver o caráter normativo da epistemologia como um lugar-comum, a tendência intelectual mais geral da época era a de considerar as afirmações de normatividade como “antediluvianas”. Muitos intelectuais contemporâneos percebem que temas como “analítico”, “filosofia pura”, entraram em colapso.

Assim, quando Quine, como estamos prestes a ver, argumenta que a convenção e analiticidade não podem ter o papel que Carnap lhes atribuiu na construção do conhecimento, ele não está apenas discutindo, como ele afirma explicitamente, que não existem limites claros entre o *a priori* e o empírico ou entre o filosófico e o científico; ele está questionando a própria ideia de que não é tarefa da filosofia explicar o que é que torna possível o conhecimento. Ao mesmo tempo, Quine, em certo sentido, restaura algo da filosofia tradicional: não há um princípio geral que descarte as questões metafísicas. Por outro lado, ele ignora o tipo de tarefa filosófica que Kant havia colocado no centro do que torna possível o conhecimento. Estes pontos são os dois lados da mesma moeda fisicalista/fenomenalista: se não há nenhum critério geral para explicar o que torna uma afirmação objetiva, então devemos esperar que a legitimidade cognitiva ou teórica dos conceitos filosóficos tradicionais e preocupações seja decidida casualmente; não de uma forma filosófica peculiar, mas de forma que seja, em princípio, contínua com a ciência em geral. Como Quine viria a colocá-lo, não há “*Filosofia Primeira*”, no sentido estabelecido por Descartes. A filosofia ocorre *in medias res*, ou seja, no meio das coisas.

O trabalho de Quine é representativo das dificuldades de coordenação de uma concepção fisicalista e ao mesmo tempo fenomenalista do mundo¹⁶². Além de ser o seu estudo epistemológico ponto de partida para o projeto de naturalização de Brian Leiter, é interessante o seu estudo por que representativo de um período de transição entre uma nova e distinta compreensão epistemológica do mundo, representada no direito pelo desenvolvimento da teoria do direito a partir do positivismo metodológico de H.L.A. Hart

Eles concluem que esta é a morte da filosofia, e que a sucessão passa diversas vezes pela história, sociologia, ou teoria literária (KITCHER, 1992, pp. 113-114). Contra a suposição de que tenha havido um retorno ao naturalismo ver Feldman (2012, pp. 271-296).

Apesar de simplória a definição do naturalismo, para David Papineau a maioria dos filósofos contemporâneos aceita o naturalismo caracterizado apenas da forma acima indicada: rejeitam entidades “sobrenaturais”, e permitem que a ciência seja um caminho possível (se não necessariamente o único) para verdades importantes sobre o “espírito humano”. Seria inútil, para Papineau, tentar decidir alguma forma oficial para entender o termo. Diferentes filósofos contemporâneos interpretam o “naturalismo” de forma divergente. Este desacordo sobre o uso do termo não é por acaso. Para melhor ou pior, o “naturalismo” é amplamente visto como um termo positivo em círculos filosóficos (PAPINEAU, 2009).

¹⁶² Essa dificuldade é apontada também na avaliação de Roger Gibson: “Briefly stated, physicalism is the view that whatever traits of reality are worthy of the name can be described, if at all, in terms of objective physical-state predicates. A contrary view is phenomenalism, the doctrine that statements about physical objects can be completely analyzed into statements about actual and possible sense data and logico-mathematical auxiliaries. Quine qualifies as a physicalist according to the above characterization of that view, and he has never been a phenomenalist in the sense just explained. At one time in his career, however, Quine flirted with a lesser form of phenomenalism. In some of his essays of the late 1940s and early 1950s notably, “On What There Is” (1948), “Identity, Ostension, and Hypostasis” (1950), and “Two Dogmas of Empiricism” (1951). Quine manifested a certain tolerance for what might be called mitigated phenomenalism (GIBSON, 1986, p. 154).

até o projeto de naturalização da teoria do Direito desenvolvido por Brian Leiter, objeto da presente tese.

Em que pese a influência (e muitas vezes declarada) de Wittgenstein na teoria contemporânea do direito, há traços do pensamento quineano dispersos na obra de H.L.A. Hart e de Ronald Dworkin que merecem nossa atenção. Em Hart, a ideia de regularidade de comportamento enquanto “padrão de comportamento”, a importância dada aos pontos de vista interno-externo são alguns elementos de potencial identificação da linguagem do positivismo hartiano ao naturalismo de Quine. Em Dworkin, o holismo da rede de crenças de Quine está presente na ideia de romance em cadeia. Acredito que tais autores foram capazes de extrair os melhores elementos do naturalismo quineano para a teoria do direito, algo que causa grande desconforto em Leiter, como se verá no próximo capítulo.

4. A epistemologia naturalizada de Willard Van Orman Quine

Willard van Orman Quine (1908-2000) tem sua obra ligada à filosofia da lógica, à epistemologia e à filosofia da linguagem. No campo da lógica propriamente dita, ele introduziu algumas soluções técnicas na demonstração de teoremas da teoria dos conjuntos, caracterizadas por grande elegância (*Set Theory and its Logic*, de 1963). Quine levantou sérias dúvidas sobre a fecundidade do estudo filosófico tradicional do conhecimento científico, não apenas em função da incapacidade da filosofia de encontrar uma resposta satisfatória ao desafio cético, mas também por causa da tentativa de redução da matemática à lógica pura. O autor concluiu que os estudos analíticos concernentes aos conceitos de “significado”, “verdade” e “conhecimento” não conseguiram, por si próprios, solucionar a dúvida cartesiana.

Em linhas gerais, para Quine, as tentativas de prosseguir com o projeto tradicional da epistemologia falharam em seus próprios termos e não ofereceram nenhuma vantagem sobre os métodos mais diretos de investigação do conhecimento, tais como a psicologia. Em seu artigo *Two Dogmas of Empiricism*, de 1951, rejeita a distinção analítico-sintética e o reducionismo empirista, a visão de que a cada frase ou expressão pode ser atribuído um conteúdo empírico distinto de nossa experiência. Sua argumentação era no sentido de que a nenhuma sentença ou expressão individual poderia ser atribuído tal conteúdo único. As frases do nosso idioma operam em conjunto com outras para “enfrentar o tribunal da experiência” (QUINE, 1951, p. 38).

Quine defende a natureza holística das nossas crenças. Diante desse holismo, qualquer afirmação pode ser considerada verdadeira, se estivermos dispostos a rever outras partes da nossa “rede de crenças” para acomodá-la, e qualquer afirmação pode ser revista se as condições a exigirem. Algumas frases teriam uma relativa imunidade de revisão, por exemplo, as leis da lógica, mas elas se beneficiam deste *status* devido à sua centralidade em nossas maneiras atuais de pensar. Outras afirmações, menos centrais poderiam ser revistas mais facilmente.

Para Quine, a análise filosófica tradicional falhou na observação dos fenômenos linguísticos, de tal sorte que aqueles que desejam estudar o conhecimento deveriam empregar os métodos das ciências naturais. O estudo científico de conhecimento difere do estudo filosófico, concentrando-se sobre a forma como os seres humanos adquirem conhecimento ao invés de uma análise do tipo especulativa do conhecimento. Ele procura uma abordagem que é, nesse sentido, naturalista.

Que tipo de naturalismo? Embora o termo ‘naturalismo’ pareça carecer de um significado definido na filosofia contemporânea (PAPINEAU, 2009), é comum distinguir-se o naturalismo entre (i) ontológico¹⁶³ (ou metafísico) e (ii) metodológico¹⁶⁴ (ou

¹⁶³ O naturalismo ontológico tem como motivação a necessidade de explicar como diferentes tipos de coisas podem fazer a diferença causal no mundo espaço-temporal. Assim, muitos pensadores contemporâneos adotam uma visão naturalista ontológica da mente humana, porque pensam que não seríamos capazes de explicar como os processos mentais podem causalmente influenciar os processos não-mentais. Durante o curso do século XX a ciência se tornou ainda mais restritiva sobre as possíveis causas de efeitos físicos, rejeitando causas mentais ou vitais *sui generis*, ainda que previsíveis. A pesquisa fisiológica detalhada, especialmente em células nervosas, não deu nenhuma indicação de efeitos físicos que não pudessem ser explicados em termos de forças físicas básicas. Isto levou à aceitação generalizada da doutrina agora conhecida como “*causal closure*” ou “*completude causal*” do mundo físico, segundo a qual todos os efeitos físicos podem ser explicados por causas físicas (onde “físico” pode ser entendido como se referindo a alguma lista de forças fundamentais) (DIPERT, 2009, p. 232; PAPINEAU, 2009).

A questão do conhecimento passa então a girar em torno do status ontológico das causas. Alguns filósofos pensam em causas como eventos específicos, considerados na abstração de todas as propriedades que possuam (DAVIDSON, 1980). Dada esta visão de causalidade, uma causa aparentemente não-física ou mental equivale a alguma causa física contanto que seja constituída pelo mesmo evento em particular. Por exemplo, uma determinada sensação e um dado evento cerebral será considerado como sendo a mesma causa, desde que eles sejam constituídos pelo mesmo evento (PAPINEAU, 2009).

Tais considerações indicam que a causalidade depende de “propriedades” ou “partículas”. Há várias abordagens sobre causalidade, as quais não importam, por ora. O importante aqui é entender que se causas mentais ou *prima facie* não-físicas equivalem a causas físicas, propriedades não-físicas devem de alguma forma ser constituídas por propriedades físicas. Assim, exemplifica David Papineau, se a sua raiva é causada por seu estado cerebral, a propriedade de estar raivoso não pode ser ontologicamente independente de suas propriedades cerebrais importantes (2009).

¹⁶⁴ O naturalismo metodológico afirma que, no fundo, a filosofia e a ciência estão engajados no mesmo empreendimento: têm os mesmos objetivos e métodos, ou seja, estabelecem o conhecimento sintético sobre o mundo natural, em particular, o conhecimento das leis e mecanismos causais e, para tanto, conseguem isso comparando as teorias sintéticas com os dados empíricos. Assim entendido, o naturalismo metodológico tem o compromisso de equiparar a “ciência” com a “ciência natural”. (PAPINEAU, 2009).

É claro, explica David Papineau, que os naturalistas metodológicos permitem que haja algumas diferenças relativamente superficiais entre filosofia e ciência. Em particular, eles vão argumentar que não se tratam de

epistemológico). Quine apresenta um tipo de naturalismo metodológico, segundo o qual os métodos aceitáveis de justificação e explicação são contínuos, em certo sentido, com aqueles da ciência. Uma limitação imposta pelo naturalismo metodológico é a ideia de que o que sabemos sobre o mundo é apenas aquilo que obtemos a partir dos impactos das diversas formas de energia em nossos nervos sensoriais¹⁶⁵. Como é extraímos de tais impactos, algo reconhecível como conhecimento do mundo? Como é que vamos começar a partir do estímulo em direção à ciência?

Quine assume que o nosso conhecimento é, em sua maior parte, incorporado à linguagem. Para além de outras considerações, uso da linguagem é observável e, portanto, sujeito à investigação científica. Sua preocupação com a forma como podemos adquirir conhecimento toma a forma da preocupação com a forma como podemos adquirir a linguagem cognitiva. Seu interesse aqui, no entanto, é no campo da epistemologia, sendo incidental seu interesse pela linguagem¹⁶⁶.

diferenças de objetivos ou de métodos, mas simplesmente uma questão de que filosofia e ciência tem foco em questões diferentes. Assim, por um lado, as questões filosóficas são frequentemente distinguidas por sua grande generalidade. Onde os cientistas pensam sobre vírus, elétrons ou estrelas, os filósofos pensam sobre relações espaço-temporais, universais e identidade. Categorias como estas estruturam todo o nosso pensamento sobre o mundo natural (PAPINEAU, 2009).

O naturalismo metodológico encontra, todavia, séria dificuldade na clássica tarefa da análise conceitual: para alguns filósofos, os conceitos de uma comunidade estão ligados às teorias sintéticas aceitas pela comunidade. De acordo com este ponto de vista, tais teorias determinam quais inferências governar o uso dos conceitos e, portanto, a natureza desses conceitos. A análise de tais conceitos é, assim, uma questão de articular as teorias relevantes. Por conta disso, os conceitos podem ser criticados, ao mostrar que as teorias que os constituem são defeituosas. De acordo com o naturalismo metodológico, a primeira tarefa da filosofia não é se envolver com teorias sintéticas, mas produzir uma análise *a priori* das categorias empregadas pelo pensamento cotidiano. Esta análise *a priori* vai nos dizer o que é necessário para satisfazer o conceito, por exemplo, de livre arbítrio, de conhecimento ou de valor moral. Isso pode definir o cenário para a teorização sintética sobre a forma como estes requisitos são de fato realizados, mas ela própria não nos diz nada de substancial sobre o mundo não-conceitual (PAPINEAU, 2009).

O naturalista metodológico insiste que qualquer pessoa interessada em “metafísica séria” deve começar sua investigação científico-filosófica por articular os compromissos existenciais substanciais de nossos juízos sintéticos. Quaisquer outros compromissos com a análise do tipo que pode ser articulada *a priori* não acrescenta nada de significado filosófico (PAPINEAU, 2009). Afinal, para os naturalistas metodológicos, juízos *a priori* não respondem à questão sobre como podemos descobrir fatos importantes sobre o nosso mundo sem a própria experiência desse mundo.

É certo que as intuições desempenham um papel importante, mas só porque elas incorporam informações substanciais sobre o mundo. Mas, como alerta Papineau, ainda que as alegações filosóficas sejam teorias sintéticas substanciais, uma causa comum de incerteza filosófica não é a falta de evidências empíricas. Ao contrário, o naturalismo metodológico, diante dos diferentes compromissos teóricos já desenvolvidos, observa o que pode ser rejeitado ou modificado. A *heurística*, isto é, o método de investigação baseado na aproximação progressiva de um dado problema, utilizada para esta finalidade, pode se valer até mesmo de intuições que moldam o pensamento, dando origem a teses substanciais sobre o funcionamento do mundo empírico. A partir desta perspectiva naturalista, as intuições não se manifestarão como análises conceituais, mas sim como informações empíricas sobre a forma como o mundo funciona (PAPINEAU, 2009).

¹⁶⁵ “Awareness ceased to be demanded when we gave up trying to justify our knowledge of the external world by rational reconstruction. What to count as observation now can be settled in terms of the stimulation of sensory receptors, let consciousness fall where it may” (QUINE, 1969, p. 84)

¹⁶⁶ Como explica Gary Kemp: “Quine’s question is: *given* that such-and-such linguistic abilities are the ones that constitute the possession of theoretical knowledge, what does the child have to do to acquire *those!* So

Para Quine, “a língua é uma arte social. Ao adquiri-la, dependemos exclusivamente do comportamento manifesto de outras pessoas em circunstâncias conhecidas publicamente. Assim, não há justificativa para a escolha de significados linguísticos, a não ser em termos de disposições dos homens para responder abertamente a estímulos socialmente observáveis.” (1960, p. 02).

Esta é a mais concisa declaração da tese naturalista-behaviorista da aprendizagem de línguas e significado linguístico expressa por Quine. A primeira parte desta tese, a de que a linguagem é uma arte social, sugere que Quine vê a língua principalmente como um tipo de atividade social. Ao enfatizar este aspecto arte social da linguagem, ele está rejeitando uma visão mentalista cartesiana da linguagem, de acordo com a qual um idioma é conhecido, em última análise, apenas por meio da introspecção. Por outro lado, quando concebida em forma exteriorizada, a linguagem torna-se um objeto aberto de estudo pelas técnicas intersubjetivas de investigação características das ciências naturais em geral. A segunda parte dessa tese é a de que adquirimos nossa língua exclusivamente pela observação do comportamento manifesto de outras pessoas em circunstâncias conhecidas publicamente, sugere que a visão de Quine da linguagem envolve (i) uma teoria comportamental do significado linguístico, e (ii) uma teoria behaviorista da aprendizagem de línguas.

Muito do trabalho de Quine em epistemologia é, portanto, uma discussão especulativa sobre como adquirimos a linguagem cognitiva. Este projeto pode parecer um longo desvio das preocupações tradicionais de epistemologia. Ele afirma, no entanto, que seu projeto nos dá a melhor visão da natureza das evidências para nossas teorias e para a relação entre teoria e evidências, praticamente decretada, ao que parece, na aprendizagem, a qual é passível de observação pelos métodos das ciências, em especial, da psicologia.

Quine descreve seu naturalismo como “o reconhecimento de que é dentro da própria ciência, e não em alguma filosofia anterior, que a realidade é identificada e descrita”. O autor toma as ciências naturais, especialmente a física, como paradigmáticas (2011, p. 70). Como ele mesmo diz, ao usar a palavra “ciência” em geral, inclui não só psicologia, mas também economia, sociologia e história.

Além disso, Quine não vê o conhecimento científico como uma espécie diferente do senso comum (2011, p. 69); ele vê, na verdade, a ciência como resultado de tentativas de

Quine will ignore a great deal of what language is in practice - language used to tell jokes, issue commands, and so on. Not only is his interest restricted to the domain of *statements* - the domain of truth and knowledge - but to certain characteristic forms of statement of most interest in coming to understand the language in which science is housed. Quine’s task, like Carnap’s, remains in one way a task of rational reconstruction rather than sheer description: what Quine is describing is something like an idealized mechanism or system, of interest to epistemology” (KEMP, 2006a, pp. 79-80).

melhorar o conhecimento comum do mundo, contribuindo para o conhecimento sobre questões como verdade e objetividade apenas de forma mais clara e mais sistemática que o senso comum¹⁶⁷: ambas procuram prever e controlar o curso futuro da experiência, com a diferença que a ciência, diferentemente da psicologia popular ou da economia, administra e prevê as experiências com maior precisão e confiança (LEITER, 2007a, pp. 231-232).

Quine trata essa questão como uma questão de *conteúdo recíproco*: a ciência natural contém a epistemologia no sentido de que a epistemologia é um dos vários ramos das ciências naturais; a epistemologia contém a ciência natural no sentido de que o seu objeto é o todo da ciência natural, no sentido mais amplo da palavra “ciência”, que engloba o conhecimento humano como um todo: ela procura entender a dinâmica geral e estrutura da coisa toda.

A normatividade, isto é, a forma como expressamos o que é “verdadeiro” ou “falso”, entretanto, flui nos dois sentidos: por exemplo, a ciência bem sucedida mostra à epistemologia que tipo de teoria funciona, e lhe serve como modelo; mas a epistemologia, levando a sua visão mais ampla, conscientemente articula o sucesso da ciência em seus padrões mais gerais e pode, assim, proceder a revisões da mesma forma que um bom treinador de futebol aprende a melhor maneira de treinar ao assistir aos jogadores mais habilidosos para, então, corrigir os menos habilidosos, sem pretender aprender algo que já não seja exemplo do que os jogadores de futebol fazem. O paralelo é necessariamente imperfeito, no entanto, uma vez que o treinador de futebol não precisa jogar: o único tipo de teórico que necessariamente faz o que ele descreve é o epistemólogo, o teórico da teoria.

A fonte de grande parte do recente interesse na epistemologia naturalizada tem origem no célebre ensaio de Quine, *“Epistemology Naturalized”* (1969). O autor começa este ensaio dizendo que a “epistemologia está preocupada com os fundamentos da ciência”. Em um esforço para mostrar que a ciência tem um fundamento adequado à questão sobre o que é o conhecimento, ele tentou obter afirmações sobre o mundo a partir de afirmações sobre as nossas próprias intuições. Tendo em conta que estamos certos sobre nossas próprias intuições, se pudéssemos extrair nossas crenças sobre o mundo de nossas crenças sobre nossas intuições, teríamos, então, a certeza das verdades extraídas sobre o

¹⁶⁷ “(...) science is self-conscious common sense” (QUINE, 1960, p. 03). No ensaio de 1954, *“The Scope and Language of Science”*, ele diz: “A ciência não é um substituto para o senso comum, mas uma extensão dele” (1957, p. 229). O cientista, diz ele, “se confunde com o homem comum em seu sentido de evidência, exceto que o cientista é mais cuidadoso” (QUINE, 1957, 233). Podemos acrescentar que o cientista tem um direcionamento mais estreito sobre questões de verdade e objetividade e sobre como contribuir para estes objetivos de forma mais clara e mais sistemática.

mundo. Teríamos, então, uma base sólida para o conhecimento cotidiano (o senso comum) e o conhecimento científico.

Quine concluiu que o esforço da epistemologia tradicional para responder ao desafio cético fracassou e recomenda o que, na superfície, parece ser o abandono da epistemologia. Ele, aparentemente, pensa que o “fracasso” do fundacionismo mostra que a epistemologia, tal como está, é impossível.

Eis sua definição de epistemologia, inserta no seu “*Epistemology Naturalized*”:

“Acho, entretanto, que nesse ponto seria talvez mais útil dizer (...) que a epistemologia continua a avançar ainda, embora num novo quadro e com um *status* clarificado. A epistemologia, ou algo que a ela se assemelhe, encontra seu lugar simplesmente como um capítulo da psicologia e, portanto, da ciência natural. Ela estuda um fenômeno natural, a saber, um sujeito humano físico. Concede-se que esse sujeito humano recebe certo *input* experimentalmente controlado – certos padrões de irradiação em variadas frequências, por exemplo – e no devido tempo o sujeito fornece como *output* uma descrição do mundo externo tridimensional e sua história. A relação entre os *inputs* escassos e *outputs* torrenciais é uma relação que será estudada pelas mesmas razões que sempre conduziram a epistemologia, a saber, a fim de ver como a evidência relaciona com a teoria, e de que forma sua teoria da natureza transcende qualquer evidência disponível” (QUINE, 1969, p. 82-83).

O naturalismo na epistemologia emerge, assim, da questão sobre qual a razão para acreditar na afirmação de que os métodos e técnicas da ciência são a melhor forma de descobrir sobre o mundo. Quine insiste que essa afirmação também deve ser baseada na ciência natural¹⁶⁸. Este é o passo revolucionário, do seu naturalismo. Não há fundação para o naturalismo quineano que não seja a própria ciência¹⁶⁹.

O papel a que a psicologia é chamada a desempenhar não tem a pretensão de substituição de uma antiga ideia de *filosofia primeira*. Quine não tirou a epistemologia do lugar e

¹⁶⁸ Na voz do próprio Quine: “estudando como são postos os corpos pelo sujeito humano do nosso estudo e como é projetada a sua física a partir de seus dados, percebemos que nossa situação no mundo é exatamente igual à dele. Nosso próprio empreendimento epistemológico, portanto, assim como a psicologia da qual ele é um capítulo e a ciência natural inteira onde a psicologia figura como um dos livros – tudo isso é construção nossa ou projeção a partir de estimulações semelhantes às que atribuíramos ao nosso sujeito epistemológico. Há assim um envolvimento recíproco, ainda que em sentidos diferentes: o da epistemologia na ciência natural e o da ciência natural na epistemologia” (QUINE, 1969, p. 83-84).

¹⁶⁹ O ponto aqui é que Quine nega que haja um ponto de vista filosófico destacável das demais formas de conhecimento, o que poderia, por exemplo, permitir a reflexão filosófica prescrever normas para a ciência como um todo. Ele sustenta que todas as nossas tentativas de conhecimento estão sujeitas aos padrões de evidência e justificação que são mais explicitamente apresentados (e implementados) com maior sucesso pelas ciências naturais. Isso se aplica a filosofia, bem como para outros ramos do conhecimento. A epistemologia, portanto, reflete a ciência de dentro da própria ciência; não existe uma teoria do conhecimento distinta da ciência.

colocou a psicologia. Esta última vai entrar em cena como a melhor ciência que temos para explicar como nosso conhecimento funciona, posto que a questão colocada por ele é sobre qual poderia ser a estrutura linguística mais fecunda para expressar a nossa ciência. Dessa forma, no lugar da epistemologia tradicional poderia ser colocada outra ciência que tenha o objetivo de compreender como o conhecimento procede, tal como as neurociências.

Além disso, esse movimento da entrada da psicologia revela uma tendência da nova abordagem epistemológica: estudar o conhecimento como um *fenômeno empírico*, como um fenômeno no mundo como outro qualquer. Não há uma eliminação da epistemologia em detrimento da psicologia, há sim, como dito anteriormente em relação às ciências naturais, uma relação de *continência recíproca*. Ao invés de falar de contenção da epistemologia pela psicologia, é melhor dizer que ambas tem o mesmo objetivo: compreender e prever como chegamos a ter o conhecimento do mundo.

Como indica Jack Ritchie, a chave para compreender a conexão entre a teoria de Quine e a epistemologia anterior é a sua afirmação de que, propriamente compreendidas, as preocupações céticas surgem no interior da ciência (2012, p. 64). O epistemólogo naturalizado, de inspiração quineana, difere dos epistemólogos tradicionais reconhecendo a verdadeira fonte do desafio cético: a própria ciência. Esboça, ainda, duas diferentes perspectivas sobre a questão do conhecimento: o epistemólogo tradicional começa com as dúvidas céticas e pergunta-se como pode recuperar o seu conhecimento. O epistemólogo naturalizado começa no barco de Neurath, postado sobre as tábuas do conhecimento científico e do senso comum (QUINE, 1969, p. 83). “Dúvidas acerca de qualquer uma das nossas crenças podem surgir, mas a única fonte possível dessas dúvidas é o resto de nossa ciência e experiência” (RITCHIE, 2012, p. 66).

A partir desse ponto, é possível apontar dois aspectos na obra de Quine (HYLTON, 2014): um aspecto negativo, haja vista o caráter eminentemente crítico do seu trabalho. O autor lança dúvidas sobre termos que muitos filósofos assumem como legítimos e disponíveis para uso filosófico, dos quais não se exige explicação e justificação em outros termos. Um exemplo é sua crítica à ideia de significado, sobre a qual tratarei nos próximos itens. Para ele, o termo não merece um lugar na ciência, uma vez que não é suficientemente claro, carecendo ele próprio de explicação e justificação. Não há como explicar o seu conceito sem apelar para qualquer novo elemento, razão pela qual não pode ser considerado um conceito analítico, tal como definido pela epistemologia tradicional. Este tipo de termo, para Quine, gera a ilusão de uma explicação quando, na verdade, impede o desenvolvimento de explicações genuínas.

Há de se reconhecer, ainda, um aspecto positivo no trabalho de Quine, na medida em que articula e defende uma doutrina que gera dúvidas e problemas filosóficos tradicionais, como o ceticismo e a epistemologia. Ele não abre espaço para o tipo de ceticismo que questiona se mesmo que o nosso suposto conhecimento, nossa ciência, seja completamente bem sucedida em seus próprios termos, questiona como saberemos que ela nos diz a forma como o mundo realmente é. Para o autor, ainda que nossas teorias científicas estejam erradas, tal fato não afirma a posição cética, tratando-se, na verdade, de uma falha de observação do mundo exterior, isto é, uma falha de captação dos estímulos sensoriais do mundo. Aqui, a epistemologia enfrenta um desafio da ciência natural que surge de dentro da ciência natural. O ceticismo, entendido desta forma, é um desafio interno à forma de naturalismo quineano: afinal, como poderemos conhecer o mundo nos valendo apenas de nossa capacidade de percepção sensorial? Sua resposta naturalista esboça uma abordagem austera¹⁷⁰ sobre como o nosso conhecimento e a linguagem cognitiva, em que o conhecimento é incorporado, surge ou pode surgir.

É, por assim dizer, não uma solução ao desafio cético, mas uma versão naturalista do próprio desafio, pois não assume um padrão de realidade que não seja respondido a esse conhecimento. É, antes, uma questão interna à ciência. Então, a pergunta sobre como podemos conhecer o mundo por meio de nossa capacidade sensorial é, por si só, uma questão científica. Evidente, assim, que o argumento contra o ceticismo é circular, ou nas suas palavras: “(...) não é completamente circular, mas algo parecido. Figurativamente falando, ele tem a forma de uma curva fechada no espaço” (QUINE, 2011, p. 50)¹⁷¹.

¹⁷⁰ É o que se identifica na seguinte passagem da obra *Ontological Relativity and Other Essays*: “Atitudes proposicionais e arbitrárias pertencem ao discurso cotidiano de esperanças, temores e propósitos; a ciência causal se arranja bem sem eles. O fato de que a ciência os evitou e passou tão bem talvez pudesse encorajar um filósofo de temperamento sanguíneo a tentar incluir aquele domínio anteriormente obscuro dentro de um sistema universal revisado, integralmente digno da ciência. Mas uma alternativa razoável, embora menos ambiciosa seria manter um esquema conceitual relativamente simples e austero, livre de meias-entidades, para negócios científicos oficiais e acomodar, então, as meias-entidades num sistema de segundo grau” (QUINE, 1973, p. 136). O próprio Brian Leiter reconhece o caráter austero da teoria de Quine quando afirma que: “Ciência, para Quine, classifica o trigo do joio quando se trata de diferentes ‘perspectivas’ sobre a realidade, e o resultado é bastante austero (o joio inclui não só a religião, a metafísica, a poesia, e da astrologia, mas também sobre a psicologia comportamental e todos na medida em que as ciências especiais não são redutíveis à física) (LEITER, 2007a, p. 149).

¹⁷¹ Em *Epistemology Naturalized*, ao indicar a rendição da epistemologia em face da psicologia, Quine se defende da acusação de raciocínio circular: “If the epistemologist’s goal is validation of the grounds of empirical science, he defeats his purpose by using psychology or other empirical science in the validation. However, such scruples against circularity have little point once we have stopped dreaming of deducing science from observations. If we are out simply to understand the link between observation and science, we are well advised to use any available information, including that provided by the very science whose link with observation we are seeking to understand” (QUINE, 1969, pp. 75-76).

O pensamento filosófico de Quine tem sido explicado¹⁷² a partir da divisão nos seguintes temas: **i)** a recusa aos dogmas do empirismo, a saber, o reducionismo e a distinção analítico-sintético; **ii)** a apresentação da tese naturalista substitutiva, no que se refere ao holismo e à indeterminação da tradução.

Seguirei esta ordem já fixada por outros autores uma vez que acredito ser esta a forma mais coerente de apresentar a epistemologia naturalizada quineana. De certa forma, a ordem de tais temas reverberaram de uma ou outra forma no paralelo proposto por Brian Leiter, cuja teoria naturalizada do direito é central neste trabalho.

4.1 A recusa aos dogmas do empirismo

Indiquei anteriormente que os filósofos que mais influenciaram Quine foram os empiristas lógicos, especialmente Rudolf Carnap. O reducionismo e a distinção entre verdades analíticas e verdades sintéticas desempenharam papel crucial na filosofia de Carnap. Em seu célebre ensaio “*Two Dogmas of Empiricism*”, de 1951, Quine criticou o uso por Carnap do conceito de analiticidade e, assim, questionou a viabilidade do reducionismo, considerados os dois dogmas do empirismo. Ele rejeitou essa distinção, pelo menos tal como ela foi empregada pelos empiristas lógicos e outros filósofos a partir da década de 1930. As questões aqui são complexas e o argumento tem muitas reviravoltas. Minha preocupação é dar conta da visão madura deste autor sobre esses dois dogmas, e dos argumentos mais fortes que ele apresenta contra eles. Importante esclarecer, por enquanto, que seus argumentos contra a distinção analítico-sintética e o reducionismo estão todos relacionados, de uma forma ou de outra¹⁷³, com a sua concepção naturalista *behaviorista* da linguagem, como se verá ainda neste capítulo.

4.1.1 A distinção analítico-sintético

Na visão de Rudolf Carnap, o conceito de analiticidade poderia explicar tudo que fosse legitimamente considerado *a priori*: a matemática e as leis da natureza nas afirmações observacionais, que relatam as experiências dos sentidos. Para Quine, filósofos como

¹⁷² V. Kemp (2006a, 2006b); Hylton (2014).

¹⁷³ Na explicação de Quine: “De modo mais direto, um dogma claramente apoia o outro da seguinte forma: enquanto se considerar que há sentido em falar de confirmação e invalidação de um enunciado, parece ter sentido falar também de um tipo-limite de enunciado que é confirmado *ipso facto*, aconteça o que acontecer, e tal enunciado é analítico” (QUINE, 1951, pp. 38-39).

Carnap entendem a ideia de analiticidade plausível porque tendem a assumir que há uma noção clara do significado cognitivo que relaciona cada frase com as experiências sensoriais e que estas podem ser aplicadas de forma unitária ou atomizada. Com isso, poderíamos dizer que as frases sintéticas são precisamente aquelas cuja verdade ou falsidade da experiência é relevante; as analíticas são aquelas cuja verdade ou falsidade é totalmente independente da experiência (e que podem, portanto, ser conhecidas *a priori*). De acordo com o naturalismo quineano, no entanto, a explicação de analiticidade não pressupõe uma ideia de “significado”, usando ideias como “definição” ou “convenção” apenas de forma que estas são justificadas pelo sentido mais literal desses termos.

Resumidamente, a objeção de Quine era a de que o dogma da analiticidade não poderia ser explicado de forma que pudesse executar a função epistemológica que Carnap havia imaginado. Por exemplo, a afirmação “*s* é analítica” pode ser definida como “*s* é verdade independentemente da informação empírica”, “*s* é verdadeira em virtude do seu significado” ou “*s* é necessariamente verdade”. Se o conceito de analiticidade explica nosso conhecimento sobre matemática e questões conexas, então pode fazer isso somente se conceitos tais como “significado”, “necessidade” ou “informação empírica” puderem também ser explicados analiticamente.

A preocupação de Quine era que o valor explicativo do conceito de analiticidade não poderia ser diminuído pelo recurso a estes conceitos. Para ele, não há necessidade de recorrer a tais conceitos na abordagem do conhecimento humano. Embora elas sejam chamadas de verdades “necessárias” ou “analíticas”, na realidade a distinção entre elas é apenas uma questão de grau. Note-se, ainda, que tal “questão de grau”, para o autor, “provém de nossa inclinação vagamente pragmática de ajustar uma fibra do tecido da ciência em vez de outra, ao acomodar alguma experiência recalcitrante particular. O conservadorismo figura nessa escolha, assim, como a busca da simplicidade¹⁷⁴” (2011, p. 71).

¹⁷⁴ Ver também em Leiter (2009, pp. 1239-1240). Veja-se que Leiter se aproxima da proposta de Quine, tal qual descrita por Roger Gibson: “But Quine’s instrumentalism is not a license for a fantasyland either. The hypotheses we invent must be plausible. As Quine sees it, there are six virtues of plausible hypotheses: conservatism, modesty, simplicity, generality, refutability, and precision. When Quine says that a hypothesis should be conservative, he (...) means that it should be consistent with as many of our presently held beliefs as possible. In the context of revising a theory, Quine sometimes calls this the maxim of minimum mutilation. Conservatism dictates we adopt the minimum revision of our beliefs in the face of change. Moreover, ‘conservatism is rather effortless on the whole, having inertia in its favor. But it is sound strategy too, since at each step it sacrifices as little as possible of the evidential support, whatever that may have been, that our overall system of beliefs has hitherto been enjoying’ Modesty is a virtue of hypotheses that is closely akin to conservatism. Quine distinguishes two varieties of modesty, the logical and the humdrum: ‘One hypothesis is more modest than another if it is weaker in a logical sense: if it is implied by the other, without implying it.

Um exemplo oferecido pelo próprio Quine pode aclarar esse ponto (1951, pp. 22-24). Imagine-se o enunciado “nenhum homem não casado é casado”. Tal enunciado pode, na sua terminologia, ser considerado como analítico ou necessariamente verdadeiro. Isso decorre, de sua teoria, segundo a qual, dada uma lista de partículas lógicas, tais como “não”, “se”, “então” ou “e”, diz-se que uma verdade necessária continua a ser verdadeira ainda que se substitua quaisquer de suas partes constituintes, desde que não sejam essas partículas lógicas. Outro tipo de enunciado analítico aparece em “nenhum solteiro é casado”, que se pode transformar em um enunciado “necessariamente verdadeiro” por substituição, colocando-se o sinônimo “homem não casado” no lugar de “solteiro”.

Mas nesse ponto, Quine chega à conclusão de que não existe critério para definir a analiticidade, como também não há para a sinonímia. Segundo ele, um exame da analiticidade que depender da noção de sinonímia será insatisfatório. Se a sinonímia das formas linguísticas consistir na possibilidade de seu potencial de substituição, mantido o valor de verdade do enunciado, pode-se chegar a falsidades. No exemplo acima, na substituição de “solteiro” por “homem” na proposição “solteiro tem menos de dez letras”. É necessário explicar, diz Quine, a sinonímia cognitiva, que se anuncia na possibilidade de transformar qualquer enunciado analítico numa verdade lógica por substituição de sinônimos. Dizer que “solteiro” e “homem não casado” são cognitivamente sinônimos, é o mesmo que dizer: “todos e só os solteiros são homens não casados”. Podemos transformar essa proposição em outra: “(necessariamente) todos e só os solteiros são solteiros/ são homens não casados”. Mas, nesse caso, supõe-se mais uma vez a analiticidade. A ideia de que a verdade é a verdade analítica-pelo-significado, então, poderá ser sacada como sua definição em termos de verdade lógica + sinonímia: uma verdade analítica é aquela que pode ser transformada em uma verdade da lógica, substituindo sinônimos por sinônimos. Por exemplo, uma vez que “solteiro” e “homem não casado” são sinônimos, podemos transformar “Nenhum solteiro é casado” na verdade lógica: “Nenhum homem solteiro é casado”.

Also, one hypothesis is more modest than another if it is more humdrum: that is, if the events that it assumes to have happened are of a more usual and familiar sort, hence more to be expected (...)Simplicity is another virtue of plausible hypotheses, but simplicity is even more valued as a virtue of scientific theories. The fifth virtue of plausible hypothesis is refutability: There must be some conceivable event (or events) that would suffice to refute the hypothesis. If this requirement is not met, then the hypothesis implies nothing and is, therefore, confirmed by nothing; it is vacuous” (...)The final virtue of plausible hypotheses is precision. The more precise a hypothesis is, the more strongly it is confirmed by each of its successful predictions. Precision comes mainly with the utilization of quantitative measurement. However, explication of terms can also be a means for introducing precision into hypotheses. Regarding Quine's instrumentalism, we can say that he sees science as an instrument for predicting future experience and for explaining past experience” (GIBSON, 1986, pp. 169-172).

Mas esse argumento não é muito revolucionário considerado por si mesmo: um cético em relação à ideia de verdade analítica não vai se tranquilizar pela equação “verdade-devida-à-sinonímia”, especialmente se a sinonímia, como acabamos de descrever, é o que é realmente essencial para o conceito de significado. Verdade analíticas deveriam ser verdadeiras-pelo-significado. Nós precisamos de algum tipo de compreensão independente do conceito de sinonímia. Também é inútil, como Quine aponta, dizer que a sinonímia é uma questão de definição, uma definição, no sentido em que o lexicógrafo dá definições, que é, no máximo, um relato de sinonímia¹⁷⁵. A sugestão mais promissora é a de que duas expressões são sinônimas apenas no caso de cada frase verdadeira conter uma frase permanece verdadeira quando a outra é substituída por ela e as duas são intercambiáveis. Este seu argumento é promissor, pois os conceitos de substituição e verdade já são assumidos pela lógica, uma ciência que ele assume que está em boas condições de suceder à filosofia.

Em geral, em qualquer língua em que a substituição de expressões coextensivas (isto é, aquelas com a mesma referência) preservar o valor de verdade, ou seja, em qualquer idioma extensional¹⁷⁶, a permutabilidade não é suficiente para a sinonímia. Uma linguagem é extensional no seguinte sentido: quaisquer dos predicados que coincidam extensionalmente são intersubstituíveis *salva veritate* (QUINE, 1951, p. 30). No entanto, explica Gary Kemp, o a língua inglesa é, presumivelmente, não-extensional, por causa da presença de expressões como “necessariamente”. Então, em uma linguagem dotada da presença de expressões não-extensionais como “necessariamente”, a intercambiabilidade (ou substitutividade) parece ser o critério correto de sinonímia (KEMP, 2006a, p. 21). O argumento se torna circular, na medida em que procura explicar a analiticidade em termos

¹⁷⁵ “Meaning, let us remember, is not to be identified with naming.’ Frege’s example of ‘Evening Star’ and ‘Morning Star’, and Russell’s of ‘Scott’ and ‘the author of Wauedey’, illustrate that terms can name the same thing but differ in meaning. The distinction between meaning and naming is no less important at the level of abstract terms. The terms ‘9’ and ‘the number of the planets’ name one and the same abstract entity but presumably must be regarded as unlike in meaning; for astronomical observation was needed, and not mere reflection on meanings, to determine the sameness of the entity in question” (QUINE, 1951, p. 21).

¹⁷⁶ Parafrasear uma teoria em notação de lógica clássica impõe sobre ela a *extensionalidade*, em que a substituição de uma expressão por outra com a mesma referência ou extensão nunca muda o valor de verdade de qualquer frase em que a primeira expressão ocorre. A extensionalidade impõe restrições muito severas. Ela exige, por exemplo, que as atribuições de crença, ou outras atitudes proposicionais, sejam arregimentadas de forma muito diferente do que elas podem parecer ter. Assim, pode-se supor que Quine aceita extensionalidade com certa relutância, como o preço a ser pago pelas vantagens do uso da lógica em arregimentar teoria. No entanto, Quine acha que a clareza que a extensionalidade traz como grande vantagem teórica que não têm isso como totalmente compreensível. Isto é o suficiente para que Quine afirme que cada ato particular de pensamento possa ser identificado com um objeto físico. A fim de determinar os compromissos ontológicos de uma teoria, Quine reformula a teoria em termos do cálculo de predicados de primeira ordem com identidade; os compromissos ontológicos da teoria são, então, expressos pelas quantificações existenciais contadas como verdadeiras pela teoria (KEMP, 2006b, p. 33).

de sinonímia. Para ele, isto é mais do que circular: “figurativamente falando, ele tem a forma de uma curva fechada no espaço” (QUINE, 1951, p. 29).

A fim de marcar a diferença entre essa descrição e as noções tradicionais de sinonímia e analiticidade, podemos ver a soma do conhecimento humano, como Quine coloca, como um “tecido de enunciados¹⁷⁷” ou “*rede de crenças*”, observado em conjunto com as relações de inferência: na periferia ficam os chamados *enunciados de observação*, conectados a eventos observáveis, como, por exemplo, o enunciado “o mercúrio está subindo”. Estes enunciados estão intimamente relacionados com o que o autor mais tarde chamaria de “*observação categórica*”, como “se uma amostra de água é aquecida e um termômetro é nela inserido, o mercúrio sobe”. Esta afirmação categórica, juntamente com “esta amostra de água é aquecida e nela foi inserido um termômetro” implica logicamente a afirmação de observação “o mercúrio está subindo”. O elemento categórico, por sua vez, está logicamente implícito nas afirmações teóricas mais gerais, isto é, as mais abstratas, tais como as verdades da matemática. Assim, claramente, para qualquer afirmação observacional, muitas outras afirmações gerais podem estar envolvidas na previsão de seu valor de verdade. Suponha agora que tal previsão seja falsificada: uma observação entra em conflito com uma afirmação observacional que é logicamente implicada por algum grupo de enunciados teóricos aceitos. Isto quer dizer que uma ou mais dessas declarações deve ser rejeitada, mas não se sabe qual é.

De acordo com Quine, não há uma única resposta correta para tal situação: talvez a afirmação teórica “A” deva ser rejeitada; ou talvez a “B”, se ambas preservarem a coerência com a evidência observacional. Não é o caso de que uma única observação possa refutar uma única frase teórica. Ao contrário, em todos os casos, a experiência impele revisar as nossas crenças e considerações pragmáticas guiam essas revisões (RITCHIE, 2102, p. 51).

Em geral, a ideia é a de que sempre um conjunto de enunciados ou afirmações está em causa quando uma teoria é testada e revisada pela observação, e a resposta racional a uma observação inesperada não é uma questão de seguir uma regra exata (pois isso seria apenas outra afirmação na teoria); ao contrário, repararíamos a teoria da forma mais conveniente que pudermos, buscando a simplicidade e um mínimo de mudança¹⁷⁸. No entanto, algumas

¹⁷⁷ Tal como na explicação da obra “*Word and Object*”: “Commonly we have to be governed by a delicate balancing of varied forces transmitted across the *fabric of sentences* from remotely relevant stimuli” (QUINE, 1960, p. 17).

¹⁷⁸ Como diz Quine, em (1991, p. 271): “Eu reconheço a noção de analiticidade em suas óbvias e úteis, mas *epistemologicamente insignificantes* aplicações”. Quine no seu *The Web of Belief*, indica cinco

afirmações, especialmente aquelas da matemática¹⁷⁹, são tão profundamente envolvidas em toda a ciência que seria impraticável, do ponto de vista do nosso “esquema conceitual”, que elas fossem alteradas ou revisadas. Estas são aquelas que estão no centro do tecido ou da *rede de crenças*.

Se olharmos para as coisas desta maneira, então não há nenhuma razão para pensar em quaisquer afirmações como sendo analíticas, no sentido proposto por Carnap. Elas não são todas, em princípio, passíveis de revisão e, portanto, verdadeiras apenas em virtude da nossa linguagem. Ainda assim, a ideia de rede de crenças holística mostra como algumas afirmações podem, na prática, ser “imunes à revisão”, ou quase isso; isso explica a sensação de que algumas afirmações são necessárias, sem apelar para uma propriedade especial (ou fundacional) que outras afirmações não têm.

A mais profunda discordância de Quine com relação a Carnap é precisamente sobre o *princípio de tolerância*¹⁸⁰. Ele entende que nossos esforços cognitivos, quer na formulação de uma nova língua, quer na promoção mudanças teóricas, têm o mesmo objetivo de nos capacitar para suportar o mundo; todos estes esforços, portanto, têm o mesmo tipo de

características para manter ou alterar uma teoria, a saber: conservadorismo, modéstia, simplicidade, generalidade e refutabilidade. Ver *Web of Belief*, Cap. VI. É certo que este ponto da teoria quineana se concentra em exemplos de sentenças como “Todos os solteiros não são casados”, utilizado em “*Two Dogmas of Empiricism*”; todavia, a questão muda de figura se considerar, por exemplo, a sentença “Força é igual a massa vezes aceleração”. A mudança de opinião sobre uma sentença analítica seria uma mudança na linguagem; podemos, no entanto, ter razões para fazer essa mudança e, fundamentalmente, essas razões podem ser do mesmo tipo que nos levam a fazer revisões que não envolvem sentenças analíticas ou alterações na linguagem. Nosso poder de definir algum tipo de distinção entre o analítico e o sintético não pode, por si só, garantir a distinção de qualquer significado epistemológico.

De qualquer modo, essa mesma avaliação quineana será utilizada por Brian Leiter na tentativa de identificação do naturalismo como a melhor explicação dos fatos do mundo em detrimento das teorias morais, tais como aquela defendida por Ronald Dworkin. Tal teoria, segundo Leiter, proporcionaria o mínimo de mudança no direito, independentemente de suas perdas explanatórias, além de ser determinante na formação do conceito de objetividade mínima por ele defendido. Retomaremos esse tema quando tratarmos do paralelo de Leiter.

¹⁷⁹ Quine apresenta sua posição como a visão de que todos os nossos esforços epistemológicos têm o mesmo status; e, nesse sentido, o tipo de conhecimento geralmente classificado como *a priori*, o nosso conhecimento de matemática, está incluído. Não é que o nosso conhecimento de uma verdade particular de matemática, por exemplo, baseia-se numa gama de experiências prontamente identificáveis. A visão de Quine não é de que a matemática seja empírica nesse sentido. Mas ele se sustenta que a matemática como um todo se justifica pelo papel que desempenha em nossa teoria do mundo e que essa teoria se justifica porque ela nos permite lidar com uma experiência melhor do que qualquer outra que temos.

¹⁸⁰ Vimos que, para Carnap o papel da filosofia é analisar e esclarecer a linguagem da ciência, e de formular e recomendar linguagens alternativas. Ele também afirma que não há uma linguagem *correta*. Diferentes línguas podem ser úteis para finalidades distintas; não faz parte do trabalho do filósofo prescrever esta ou aquela linguagem, mas apenas analisar, esclarecer e sugerir alternativas. Esta ideia tornou-se conhecida pelo *princípio da tolerância*. Do princípio da tolerância se extrai que, para qualquer idioma, há uma clara diferença entre as sentenças analíticas e sentenças sintéticas. As primeiras são aqueles cuja verdade do que é constitutiva da língua. Se mudarmos nossa mente sobre a verdade de tal sentença, teremos aprovado uma nova língua. A mudança de opinião sobre uma frase sintética, pelo contrário, não é uma mudança de linguagem, mas uma questão em que devemos aplicar o *princípio da tolerância*. Para que o princípio faça sentido, cada frase da língua deve cair claramente em uma ou outra categoria. Isso não se sustenta sob a definição de analiticidade que Quine aceita.

justificação, ou seja, contribuem para tal fim. Por esta razão, ele não aceita a distinção epistemológica analítico-sintética, que é crucial na teoria de Carnap.

Sem o princípio de tolerância, não há base para a insistência de Carnap de que a filosofia é, em princípio, diferente da ciência. Quine, por conseguinte, não reconhece a separação entre filosofia e ciência. Clarificar, simplificar e melhorar a linguagem da ciência não é diferente, em princípio, de qualquer outra atividade normal dos cientistas. Questões ontológicas podem, de fato, aparecer na escolha da linguagem, mas esta escolha não é sujeita a tolerância; ao contrário, trata-se da escolha de uma teoria científica: ela deve ser feita de modo a maximizar a eficácia do nosso sistema como um todo. Assim, “questões ontológicas, sob este ponto de vista, estão no mesmo pé que as questões da ciência natural” (QUINE, 2011, p. 70).

Para Quine, o fracasso de Carnap se deu porque nem todas as afirmações sobre o mundo podem ser encontradas em teorias científicas que contenham implicações empíricas próprias, atomizadas. Em outras palavras, não se pode dizer que cada enunciado das teorias científicas tenha um significado empírico único, dada uma explicação do significado. Assim, não há esperança para traduzir cada uma das sentenças, individualmente, em uma sentença equivalente, expressa em termos observacionais e auxiliares lógico-matemáticos. É essa afirmação que vai auxiliá-lo a reorientar o empirismo em direção à epistemologia naturalizada da seguinte forma:

“Diminuir a exigência da definição, e se contentar com um tipo de redução que não elimina, é renunciar à última vantagem restante que supomos que a reconstrução racional teria sobre a psicologia; nomeadamente, a vantagem da redução da tradução. Se tudo o que esperamos é uma reconstrução que liga a ciência a experiência de formas explícitas curtas de tradução, então parece mais sensato se contentar com psicologia. Melhor descobrir como a ciência é, de fato, desenvolvida e compreendida do que fabricar uma estrutura fictícia para um efeito similar” (QUINE, 1969, p. 77)

4.1.2 O reducionismo

O reducionismo fenomenológico, como visto anteriormente, é a ideia de que todas as afirmações não-analíticas significativas são equivalentes a alguma afirmação que se refere apenas a experiências sensoriais. O projeto de Carnap no *Aufbau* estava muito além das declarações de reducionismo encontradas em Hume, Berkeley, Russell e outros. De um ponto de vista radical, o reducionismo implica que todo enunciado significativo é

considerado traduzível em um enunciado (verdadeiro ou falso) sobre a experiência imediata. O motivo de Quine para a rejeição desse segundo dogma do empirismo é que simplesmente ninguém jamais conseguiu construir tal linguagem ou mesmo demonstrar como tal língua poderia ser construída.

O problema, considera Quine, é que sobrevive uma forma mais sutil e atenuada do reducionismo¹⁸¹, expresso na noção de que “para cada enunciado ou para cada enunciado analítico, existe associado a ele um domínio único de eventos sensoriais possíveis tais que a ocorrência de qualquer um deles aumenta a probabilidade da verdade do enunciado”, implícita na teoria verificacionista do significado (1951, p. 38). Para isto, ele oferece a seguinte contraproposta: a de que “nossos enunciados sobre o mundo exterior enfrentem o tribunal da experiência sensível não individualmente, mas apenas como um corpo organizado” (1951, p. 38).

O fracasso e a insustentabilidade do reducionismo radical também excluem outra maneira em que o conceito de analiticidade poderia ter sido explicado. O reducionismo quineano é frequentemente associado ao verificacionismo, a tese segundo a qual o significado de um enunciado está no método de verificação. Dado um sistema de redução fenomenalista, o significado de um enunciado é a ocorrência de uma combinação de experiências sensoriais, de sorte que é verdadeira se, e somente se elas ocorrerem. As afirmações são sinônimos se, e somente se, as experiências lhes confirmar.

Onde reside a falácia do verificacionismo, para Quine? Encontra-se no “dogma do reducionismo [que] sobrevive na suposição de que cada afirmação, considerada isoladamente das demais, pode admitir a confirmação e infirmação do todo (QUINE, 1951, p. 41). Em outras palavras, a especificação do significado verificacionista “diferente em relação ao método de confirmação e infirmação” como “única gama de tais possíveis eventos sensoriais” gira em torno de uma falsa doutrina sobre a relação entre as afirmações de uma teoria, em geral, e da experiência. Afirmações simplesmente não tem, diz o autor, uma única confirmação devida à experiência. O que o torna esta visão equivocada plausível é a obviedade de que a verdade das afirmações depende de um componente linguístico e de um componente extralinguístico, e esta verdade nos leva, naturalmente, mas erroneamente, à conclusão dogmática de “que a verdade de uma afirmação de alguma forma é analisável em um componente linguístico e um componente factual”. O

¹⁸¹ Na conclusão de Gary Kemp: “Quine, as we said, accepts the general motive behind ontological reduction: we should seek, when formulating our definitive account of reality as we know it, to minimize its ontological commitments” (2006a, p. 113).

componente factual, se formos empiristas, é considerado como sendo uma gama de confirmações e experiências associadas com a afirmação, enquanto que no caso extremo, onde a componente linguística é tudo o que importa para a verdade, a afirmação é considerada analítica. No entanto, Quine pensa que é um absurdo falar de um componente linguístico e um componente factual na verdade de qualquer declaração indivíduo.

Entretanto, que evidencia Quine oferece em apoio à sua afirmação de que nossas afirmações sobre o mundo enfrentam o tribunal da experiência sensorial? No contexto em que ele emite sua contraproposta, ele a sustenta apenas pela afirmação de que “Tomada em conjunto, a ciência tem a dupla dependência da linguagem e da experiência; mas essa dualidade não é significativamente delineável nos enunciados da ciência tomados um a um” (1951, p. 39). Mas é claro que isso não sustenta o seu argumento, pois é apenas uma forma negativa, de sua própria contraproposta. A questão crucial é por que a dualidade não é delineável nos enunciados individuais da teoria. Certamente, a resposta a esta pergunta deve ficar com a doutrina do holismo que Quine desenvolve na seção final de *Two Dogmas of Empiricism*.

4.2 A teses substitutivas de Quine

O argumento de Quine delineado em *Two Dogmas of Empiricism* teve consequências filosóficas amplas. Seu abandono da distinção entre o analítico e o sintético desfaz a “fronteira que se crê separar a metafísica especulativa da ciência natural”, e reforça a concepção pragmatista, característica do pensamento de filósofos como Charles Sanders Peirce (1839-1914). Na sua concepção de ciência, todos os níveis estão ligados entre si e não há verdades estanques, de tal forma que uma alteração no quadro geral provoca redistribuições que repercutem no discurso de todas as ciências. Referindo-se ao seu repúdio da distinção entre o analítico e o sintético, ele declara: “exponho um pragmatismo radical: Todo homem recebe uma herança científica juntamente com uma contínua e detalhada estimulação sensorial e as considerações que o levam a reformular a sua herança científica para com os estímulos contínuos são, quando racionais, pragmáticas” (QUINE, 1951, p. 43).

4.2.1 O Holismo

De acordo com o holismo, a relação entre evidência e crença (ou teoria) é holística no sentido de que todos os testes de evidências confirmam ou não um conjunto de crenças, e não uma crença ou hipótese individual. Ao fazer ajustes ou revisões na rede de crenças, quaisquer evidências podem ser conciliadas com a crença ou hipótese que, anteriormente, teria sido refutada. O quanto alguém está disposto a abandonar qualquer crença particular em face de evidências recalcitrantes é uma função do quão central esta a crença está em sua rede de crenças, isto é, quantas crenças esta crença sustenta por si própria e até que ponto o agente se sente capaz de fazê-lo, isto é, quais vantagens relativas da nova teoria para estabelecer um novo caminho através do mundo.

O holismo de Quine é, portanto, a tese de que as afirmações científicas não são separadamente vulneráveis às observações adversas porque apenas em conjunto como uma teoria implicam suas consequências observáveis. Para ele, é a totalidade da significância empírica que dá a tônica do todo da ciência. Isto está apresentado no seguinte trecho de *Two Dogmas of Empiricism*:

“A totalidade daquilo a que chamamos de nossos conhecimentos ou crenças, das mais causais questões de geografia e história, às mais profundas leis da física atômica ou mesmo da matemática pura e da lógica, é uma construção humana que está em contato com a experiência apenas em suas extremidades. Ou, mudando a figura, a ciência total é como um campo de força cujas condições de contorno são constituídas pela experiência. Um conflito com a experiência, na periferia, ocasiona reajustamentos no interior do campo. Os valores de verdade devem ser redistribuídos entre alguns de nossos enunciados. A reavaliação de alguns enunciados acarreta a reavaliação de outros, por suas interconexões lógicas – sendo as leis lógicas, por sua vez, simplesmente alguns enunciados adicionais do sistema, certos elementos adicionais do campo. Tendo reavaliado um enunciado, devemos reavaliar alguns outros, que podem ser enunciados de conexões lógicas. Mas o campo total está de tal modo determinado por suas condições de contorno, a experiência, que existe larga margem de escolha de quais enunciados reavaliar à luz de qualquer experiência individual contrária. Não existem experiências particulares no interior do campo, exceto indiretamente, através de considerações de equilíbrio que afetam o campo como um todo” (QUINE, 2011, pp. 66-67).

Para Quine uma experiência, ao contrário das expectativas, sempre nos deixa escolhas. Normalmente a experiência de um relato terá sido logicamente implicada por uma série de afirmações teóricas, de tal forma que qualquer uma poderia ser revista para acomodar a experiência inesperada; Talvez A deva ser abandonada, ou talvez B em vez de A; ou talvez devêssemos manter A e B e abandonar C. Normalmente haverá apenas uma ou algumas

com as quais contaremos para os testes – as outras são mais familiares – mas o ponto é que, em princípio, todas essas outras afirmações estão envolvidas e implicando logicamente sentenças observacionais¹⁸² e, portanto, em princípio, poderiam ser revistas e substituídas por aquilo que tínhamos em mente.

Na sua opinião, sentenças observacionais são a pedra angular da semântica. São fundamentais para a aprendizagem do significado, pois nelas ele se encontra com maior firmeza. Cada uma das alterações dessas sentenças observacionais resulta em uma teoria diferente. Em outras palavras, mais de uma teoria poderia prever os mesmos eventos no futuro ou explicar as experiências do passado.

Além disso, uma vez que a questão de quais revisões fazer não é respondida por uma afirmação que seja parte da teoria, deve ser reconhecida como uma questão *pragmática*: na escolha de revisões, nós nos esforçamos para manter a simplicidade da teoria, a economia de conceitos básicos, a facilidade intuitiva de compreensão, um mínimo de mudança para a nossa crença, a continuidade ou analogia com a teoria de outra forma aceita, e assim por diante, equilibrando esses fatores como parecer melhor.

O conflito pragmático aqui é sobre os cânones adequados da justificação racional. Mas quando o assunto é declarado desta forma geral e abstrata, o conflito é mais do que provavelmente irresolúvel, já que o conceito de razão, que é o cerne da questão, varia de situação para situação. No entanto, com toda a justiça à posição de Quine, parece razoável que a justificação da preferência de uma teoria em detrimento de outra, se a teoria preferida contornar as perplexidades aparentemente irresolúveis da sua antecessora e, além disso, não der origem a problemas de um tipo mais vexatórios do que os seus avanços. Sob tais condições, a forma *reductio* pragmática do argumento acumula força persuasiva adicional (GIBSON, 1986, p. 104).

O pragmático e o teórico estão intrinsecamente ligados em Quine. Se o conhecimento humano é uma rede de crenças, então as afirmações que tendem a ser revistas são aquelas que estão entre as extremidades e o centro dessa rede. Assim, quando a experiência está em

¹⁸² Na explicação de Roger Gibson: “Observation sentences were said to play a dual role in theories: they play an evidential role in theories because their public dimension of general acceptance (a feature they owe to their potential for being learned ostensively) provides scientists with a means for reconciling their differences of opinion about the truth of theoretical sentences; they play a semantical role in theories because even though most of language consists in the association of sentences and their parts with other sentences and their parts, still, somewhere, there must be nonverbal reference points, nonverbal circumstances that can be intersubjectively appreciated and associated with appropriate utterances, if language is to be learned at all (along the lines in which Quine thinks it is learned). It is here, in Quine's theory of meaning and evidence and in his theory of how language is learned, that the holism thesis finds its deepest roots” (GIBSON, 1986, p. 80)

desacordo com a teoria, podemos, em casos extremos, sustentar que a sentença observacional que normalmente seria provocada pela experiência é falsa. Mas isso é raro, e insistir que isso continua a ser raro é parte do que está envolvido quando ele chama a si mesmo de empirista. Isto, de acordo com Quine, é o que explica a sensação de que algumas afirmações são necessárias e *a priori*. Mas, para ele, o espírito da distinção de Carnap entre conteúdo e estrutura de uma teoria, ou mesmo entre teoria e linguagem, embora seja realmente bem feita, é também fragmentado, uma questão de grau, e não uma distinção nítida, geral de princípio.

4.2.1.1 O Barco de Neurath e a teoria arregimentada de Quine

Está implícito no holismo de Quine que todo o discurso teórico, incluindo a filosofia, está em um barco; tudo está uma grande teoria, com o objetivo de dar sentido ao mundo que nos rodeia. Ele segue Otto Neurath¹⁸³ ao comparar o conhecimento humano, o nosso “esquema conceitual”, a um navio no mar, que deve ser reparado ao longo do tempo sem sair do mar ou atracar em algum porto seguro – daí, sob pena de afundar, não se pode reparar muitas pranchas de uma só vez¹⁸⁴. Para Quine, Neurath, ao comparar a ciência a um barco que, se formos reconstruí-lo, temos de reconstruir tábuas por tábuas enquanto permanecemos à tona, coloca o filósofo e o cientista no mesmo barco. Desse modo, “se melhorarmos nossa compreensão da fala das coisas físicas, o que não será pela redução dessa fala a uma linguagem mais familiar. Será esclarecendo as conexões, causais ou não, entre o discurso ordinário das coisas físicas e outros assuntos que por sua vez nos agarramos com a ajuda de conversa normal das coisas físicas” (QUINE, 1960, p. 02).

Não há doca seca filosófica – não há a “filosofia primeira”, nenhum exílio cósmico¹⁸⁵ superior à ciência empírica que estabelece seus padrões de vantagem. A própria filosofia,

¹⁸³ Nas palavras do próprio Quine: “Neurath has likened science to a boat which, if we are to rebuild it, we must rebuild plank by plank while staying afloat in it. The philosopher and the scientist are in the same boat. If we improve our understanding of ordinary talk of physical things, it will not be by reducing that talk to a more familiar idiom; there is none. It will be by clarifying the connections, causal or otherwise, between ordinary talk of physical things and various further matters which in turn we grasp with help of ordinary talk of physical things” (QUINE, 1960, p. 02).

¹⁸⁴ “The interlocked conceptual scheme of physical objects, identity, and divided reference is part of the ship which, in Neurath’s figure, we cannot remodel save as we stay afloat in it. The ontology of abstract objects is part of the ship too, if only a less fundamental part. The ship may owe its structure partly to blundering predecessors who missed scuttling it only by fool’s luck. But we are not in a position to jettison any part of it, except as we have substitute devices ready to hand that will serve the same essential purposes” (QUINE, 1960, pp. 122-123).

¹⁸⁵ Não há “exílio cósmico”: o único ponto de vista de que a realidade pode ser descrita e catalogada está dentro da nossa teoria geral, do mundo. A nossa capacidade de descrever como e por que passamos a adotar a

como tudo mais, contribui para o conhecimento apenas na medida em que é empírica, ainda que remotamente e de forma indireta¹⁸⁶. “Dúvidas acerca de qualquer uma das nossas crenças podem surgir, mas a única fonte possível dessa dúvida e o resto de nossa ciência e experiência” (RITCHIE, 2012, p. 66).

Com isso, a abordagem científicista do mundo estabelece os limites dentro dos quais uma abordagem sobre o conhecimento deve continuar. Em primeiro lugar, para Quine, não recorreremos a qualquer tipo especial de conhecimentos filosóficos; contamos com o nosso conhecimento comum. Em segundo lugar, o que importa é o conhecimento comum refinado e aperfeiçoado pela ciência. Em terceiro lugar, contamos com a ideia de uma *teoria arregimentada*, isto é, a ciência formulada em uma linguagem que é clarificada e simplificada. Ele vê essa proposta teórica não como uma das propostas filosóficas *a priori*, fundadas na análise conceitual, mas como uma proposta teórica que avança no mesmo espírito de qualquer proposta científica. Um físico, por exemplo, preocupado com a ideia de *força* não pretende elucidar a natureza da força e menos ainda o significado da palavra “*força*”; nem ele se preocupa em preservar tudo o que o senso comum¹⁸⁷ pode afirmar no que diz respeito ao termo *força*¹⁸⁸ (KEMP, 2006b, p. 35).

melhor teoria não põe em causa a realidade do que se diz existir. Assim – especialmente uma vez que o projeto de redução da teoria dos objetos físicos à experiência ou as sensações não pode ser levado a cabo – não há absolutamente nenhum espaço para questionar a realidade dos objetos físicos; eles existem de acordo com a nossa melhor teoria, e não há nenhum ponto de vista a partir do qual seja possível identificar algo em comparação com a qual eles são menos real.

¹⁸⁶ Assim, Quine endossa explicitamente, mas não encontra nada de alarmante na afirmação de Hume, de que o princípio da indução seja improvável. Isso se torna apenas alarmante quando se pensa no papel do princípio como fundação *a priori* para a ciência, e não apenas como uma lei que, apesar de sua generalidade é anulável, juntamente com todos os outros (KEMP, 2006b, p. 35). Na leitura de Susan Haack, o problema da indução é o carro-chefe das preocupações evolucionistas da epistemologia naturalizada de Quine, muito embora a descrição do papel da evolução seja ambivalente. A teoria da evolução, Quine afirma, pode resolver o problema perene da indução (“the most successful inductions will have tended to predominate through natural selection. Creatures inveterately wrong in their inductions have a pathetic but praiseworthy tendency to die before reproducing their kind” QUINE, 1994, p. 65), ao mesmo tempo em que o projeto de justificação da indução é mal compreendido (“these thoughts are not meant to justify induction... What natural selection contributes... is a reason why induction works, granted that it does”) (HAACK, 1993, p. 132).

¹⁸⁷ No que diz respeito à relação entre ciência e senso comum, a ideia de tipos naturais estudada por Quine merece atenção. Quando olhamos para outras partes do mundo natural, a ideia de um tipo natural é de uso explicativo limitado. Por uma variedade de razões, os tipos que se distinguem pela ciência ter uma extensão que não se reflete na linguagem do senso comum. Por exemplo, na linguagem normal, ninguém seria persuadido a referir-se a cebola e alho como lírios, e ainda assim eles são parte da família das liliáceas. Da mesma forma, em contextos não-científicos, alguém poderia classificar como abutres falcões ou borboletas como um tipo de mariposa. Por outro lado, o termo “árvore” – uma palavra amplamente utilizada na linguagem comum - não consegue encontrar um lugar em qualquer taxonomia científica. Linguagem comum e prática científica muitas vezes se sobrepõem no significado atribuído aos termos linguísticos. Mas da mesma forma, linguagem comum e ciência divergem. (PATTERSON, 2006, p. 552).

¹⁸⁸ A ideia foi famosamente avançada pelo falecido físico do século XIX Heinrich Hertz. Notando que a pergunta “O que é força?” parece evocar uma variedade malcomportada de ideias, imagens mentais e assim por diante, Hertz sugeriu que o termo devesse simplesmente ser removido a partir de formulações da física.

A teoria arregimentada de Quine nada mais é que a nossa ciência em geral, a soma total do nosso conhecimento melhor e mais objetivo sobre o mundo, reformulado na forma mais clara e simples, mas o que ele quer dizer aqui com “mais objetivo”?

Num sentido mais amplo, o naturalismo entende a objetividade como a visão dos outros simplesmente como criaturas naturais, cujo comportamento, ações e reações podemos procurar compreender, prever e, talvez, controlar e reformular exatamente no mesmo sentido em que podemos procurar compreender, prever e controlar e reformular o comportamento de objetos não-pessoais na natureza (STRAWSON, 2008, p. 47).

O autor vê esse tipo de reformulação a partir de um esforço científico comum: “Até certo ponto (...) o cientista pode melhorar a objetividade e diminuir a interferência da linguagem, por sua própria escolha da linguagem. E nós, preocupados em destilar a essência do discurso científico, podemos purificar a linguagem da ciência para além do que seria razoável insistir-se com o cientista praticante”. (QUINE, 1957, p. 07)

Desse modo, Quine adota uma expressão do naturalismo metodológico, o qual está preocupado com as formas de investigar a realidade e reivindica algum tipo de autoridade geral para o método científico (PAPINEAU, 2009). O naturalismo metodológico afirma que, no fundo, a filosofia e a ciência estão engajadas no mesmo empreendimento: têm os mesmos objetivos e métodos, ou seja, estabelecem o conhecimento sintético sobre o mundo natural, em particular, o conhecimento das leis e mecanismos causais e, para tanto, conseguem isso comparando as teorias sintéticas com os dados empíricos. Assim entendido, o naturalismo metodológico tem o compromisso de equiparar a “ciência” com a “ciência natural”. (PAPINEAU, 2009).

É claro, explica David Papineau, que os naturalistas metodológicos permitem que haja algumas diferenças relativamente superficiais entre filosofia e ciência. Em particular, eles vão argumentar que não se tratam de diferenças de objetivos ou de métodos, mas simplesmente uma questão de que filosofia e ciência tem foco em questões diferentes. Assim, por um lado, as questões filosóficas são frequentemente distinguidas por sua grande generalidade¹⁸⁹. Onde os cientistas pensam sobre vírus, elétrons ou estrelas, os filósofos

¹⁸⁹ É certo que nem todas as questões filosóficas são de grande generalidade. Mas, para Papineau, o que parece identificar questões como sobre a originalidade da arte como questões filosóficas é que nosso pensamento está em algum tipo de confusão teórica, apoiado em diferentes linhas de pensamento que levam a conclusões conflitantes. Para o naturalismo metodológico, o progresso requer um “desmoronamento de edifícios”, incluindo, talvez, uma “exumação de suposições implícitas que nós não percebemos que tínhamos, e uma busca por posições alternativas que não gerem novas contradições”. Aqui também dados empíricos claramente não serão cruciais para decidir questões teóricas; muitas vezes temos todos os dados que poderíamos querer, mas não conseguimos encontrar uma boa maneira de acomodá-los. Ainda assim, diz Papineau, os naturalistas metodológicos vão dizer que isso não significa que as teorias empíricas

pensam sobre relações espaço-temporais, universais e identidade. Categorias como estas estruturam todo o nosso pensamento sobre o mundo natural (PAPINEAU, 2009).

Duas considerações, entretanto, saltam aos olhos quando tratamos esse aspecto do holismo de Quine. Em primeiro lugar, parece sugerir que todas as nossas crenças, isto é, a totalidade da ciência, está envolvida na geração de uma *previsão*. Em segundo lugar, quando previsão e observação falham em corresponderem-se, estamos livres para mudar qualquer parte da nossa ciência total a fim de tornar nossas crenças mais consistentes: o objetivo da ciência não é simplesmente chegar a um conjunto de crenças que sejam consistentes umas com as outras¹⁹⁰. O nosso sistema de crenças deve ser capaz de fazer previsões corretas. Deveríamos negar nossas observações e revisá-las¹⁹¹ apenas se tivéssemos boas razões para pensarmos que elas poderiam estar equivocadas, isto é, trocar as tábuas do barco de Neurath apenas quando acreditamos que elas não sejam suficientemente firmes para nos manter “dentro do barco”. E tais razões não incluem a análise conceitual tradicional, nem tampouco apelo às intuições.

4.2.1.2 *Análise conceitual e intuição*

Quine teve grande contato com a Filosofia Analítica do pós Segunda Guerra Mundial. No entanto, rejeitava a ideia de análise de atitudes proposicionais. Ele acreditava que não havia conhecimento genuíno a ser adquirido por meio de tal estudo. Se tal atividade deve ser entendida como análise conceitual (como convém ao nome da *Filosofia Analítica*), então é claro que ele nega que existam significados objetivamente determinados a serem descobertos.

É senso comum na filosofia atual que Quine apresentou muitos argumentos para mitigar os projetos da análise conceitual. Tradicionalmente, a análise conceitual pretende identificar o

convincentes não são objetivo da filosofia. Uma teoria empírica desvendada a partir de um emaranhado de teorias ainda é uma teoria empírica, mesmo que nenhum dado novo tenha sido inserido para a sua construção (PAPINEAU, 2009).

¹⁹⁰ “A previsão é de fato a antecipação conjectural de mais uma prova sensorial para uma conclusão precipitada. Quando uma previsão sai errado, o que temos é uma estimulação sensorial divergente e problemática que tende a inibir essa conclusão precipitada, uma vez, e assim extinguir os condicionamentos frase-a-frase que levaram à previsão. Assim é que as teorias definham quando suas previsões falham” (QUINE, 1960, p. 17).

¹⁹¹ Na explicação de Jack Ritchie, “a alegação de que podemos revisar qualquer uma das nossas crenças é motivada tanto pela lógica quanto pela história da ciência. A lógica diz-nos que, dado que qualquer previsão envolve a conjunção de um vasto conjunto de crenças, qualquer uma dessas poderia ser revista para remover a contradição entre a nossa previsão e a evidência. A história da ciência mostra-nos que muitas afirmações que os filósofos pensaram ser especiais, distintas e não revisáveis acabaram por revelar-se falsas e, portanto revisáveis” (RITCHIE, 2012, p. 59).

conteúdo semântico dos conceitos-termos; enquanto que o conteúdo semântico de um conceito-termo (ou seja, o conteúdo de um conceito) não está esgotado pelos significados lexicais de uma palavra, ele é fixado por esses significados. Assim, a análise conceitual pretende justificar juízos analíticos (ou seja, declarações que são verdadeiras totalmente em virtude do significado do conceito-termos relevantes). Assim, se para Quine não há juízos analíticos, então a análise conceitual tradicional é problemática porque a metodologia é especificamente planejada para fazer o que não pode ser feito, ou seja, especificar o conteúdo de um conceito em termos de um conjunto de juízos analíticos sobre esse conceito.

Além disso, o autor estava desconfiado do papel da *intuição*¹⁹² na ciência e na filosofia. Na explicação de Gary Kemp (2006a, pp. 156-158) considere o que está acontecendo quando um filósofo compromete-se a dar uma definição ou teoria do conhecimento. A técnica empregada, ainda que de forma caricatural, é semelhante ao procedimento que os filósofos têm seguido desde Sócrates para responder às perguntas do tipo “O que é X?”, sejam estas perguntas chamadas ou não de “análise conceitual”. O objetivo é uma teoria que implica o máximo possível do que já se considera verdadeiro sobre o fenômeno e que, em conjunto com fatos empíricos concebíveis, determina a aplicação empírica de que nós intuitivamente esperamos.

Como sabemos que tais julgamentos, isto é, nossas *intuições*, estão corretas? O que as torna dotadas de autoridade? Para Platão, a ideia veio de matemática: uma vez que a intuição certamente é autoritativa com relação à verdade matemática e uma vez que o tipo de questão matemática não é empírica, é muito tentador supor que realmente há uma espécie de paraíso filosófico, um domínio do conhecimento *a priori* de tais coisas como o conhecimento, a necessidade, e assim por diante, onde o conhecimento não diz respeito a meros fatos empíricos sobre os significados das palavras.

A lição histórica que mais parece ter o impressionado Quine é que o progresso teórico não é, muitas vezes, alcançado pela análise conceitual, isto é, por uma resposta para a pergunta “O que é X?”, mas pela substituição de conceitos relevantes da linguagem. Em termos

¹⁹² É certo que as intuições desempenham um papel importante, mas só porque elas incorporam informações substanciais sobre o mundo. Mas, como alerta Papineau, ainda que as alegações filosóficas sejam teorias sintéticas substanciais, uma causa comum de incerteza filosófica não é a falta de evidências empíricas. Ao contrário, o naturalismo metodológico, diante dos diferentes compromissos teóricos já desenvolvidos, observa o que pode ser rejeitado ou modificado. A *heurística*, isto é, o método de investigação baseado na aproximação progressiva de um dado problema, utilizada para esta finalidade pode se valer até mesmo de intuições que moldam o pensamento, dando origem a teses substanciais sobre o funcionamento do mundo empírico. A partir desta perspectiva naturalista, as intuições não se manifestarão como análises conceituais, mas sim como informações empíricas sobre a forma como o mundo funciona (PAPINEAU, 2009).

mais gerais, o que isso mostra é que nem sempre é possível isolar um determinado conceito e tentar analisá-lo ou dar uma teoria sobre “*O que é isso?*”. A pessoa tem que ter uma visão mais ampla do papel do conceito na ciência como um todo e deve-se permitir que o esclarecimento ou o progresso possa ser melhor servido através da substituição ou abandono do conceito. Além disso, essa atitude pode ser adequada, mesmo quando ainda não sabem como evitá-lo ou substituí-lo¹⁹³.

A ideia de “substituição” na epistemologia tradicional, para Quine, portanto, é relativa à utilização da ciência para entender a ciência; não é a busca por uma fundação independente para a ciência ou conhecimento geral, já que esse é um esforço ininteligível. Seu alvo não era um “detalhe” da filosofia, mas suas ideias fundamentais, nomeadamente, a de que há uma distinção entre verdades analíticas e verdades sintéticas, que podem explicar verdades *a priori*. (HYLTON, 2014).

Jules Coleman aponta duas consequências devastadoras do argumento do holismo quineano para o projeto da Análise Conceitual. Primeira, por que todas as afirmações estão sujeitas ao tribunal da experiência, não há domínio de análise filosófica não-empírica: não há uma forma especial na qual a filosofia possa iluminar a natureza das coisas. Se não há verdades analíticas, então não há verdades conceituais: nada é necessariamente verdadeiro sobre nossos conceitos, quer de arte, música ou direito. Em segundo lugar, na medida em que a verdade de várias afirmações está inserida numa rede de crenças, temos que desistir da ideia de que haja conceitos reificados que são dotados de significado, fora dos quais o significado das proposições seja determinado. É a linguagem como um todo que tem significado, e as partes componentes da linguagem adquirem conhecimento no contexto do seu lugar na linguagem. Assim, de acordo com uma filosofia pós-Quiniana, não apenas devemos abandonar a visão dos conceitos como objetos reificados, mas os próprios significados atomizados (COLEMAN, 2011, p. 345).

¹⁹³ Na explicação de Quine: “This definition is paradigmatic of what we are most typically up to when in a philosophical spirit we offer an 'analysis' or 'explication' of some hitherto inadequately formulated 'idea' or expression. We do not claim synonymy. We do not claim to make clear and explicit what the users of the unclear expression had unconsciously in mind all along. We do not expose hidden meanings, as the words 'analysis' and 'explication' would suggest; we supply lacks. We fix on the particular functions of the unclear expression that make it worth troubling about, and then devise a substitute, clear and couched in terms to our liking, that fulfils those functions. This point is strikingly illustrated by Wiener's $\{\{x\}, \{y, 0\}\}$. Our example is atypical in just one respect: the demands of partial agreement are preternaturally succinct and explicit [in that a definition is acceptable if and only if it validates the condition *If $\langle x, y \rangle - \langle z, w \rangle$ then $x=y$ and $y=z$* ” (QUINE, 1960, pp. 258-259).

4.2.2 A Indeterminação da tradução

Vimos, pois, que, em “*Two Dogmas of Empiricism*”, Quine não argumenta que não haja tal coisa como a analiticidade. Ele simplesmente aponta que parece impossível de explicá-la didaticamente e argumenta que a analiticidade não é necessária para a tarefa explicativa¹⁹⁴ para o qual foi chamada na teoria de Carnap. A falha central do projeto de Carnap, para ele, reside na impossibilidade de traduzir o discurso ordinário¹⁹⁵ em um discurso formal que dependa da separação estrita entre enunciados analíticos e sintéticos. Já em “*Word and Object*”, Quine coloca algumas questões mais desafiadoras sobre o conceito de significado e seu papel na filosofia, especialmente na epistemologia. Que tipo de fatos são fatos sobre o significado, e como, em sua totalidade, são estabelecidos? Ele anuncia respostas para ambos no primeiro parágrafo do *Word and Object*:

“A linguagem é uma arte social. Ao adquiri-la, dependemos inteiramente de pistas intersubjetivamente disponíveis quanto ao que dizer e quando. Assim, não há justificativa para cotejar significados, a não ser em termos de disposições dos homens para responder abertamente a estímulos socialmente observáveis. Um efeito de reconhecer esta limitação é que o empreendimento da tradução está envolvido em certa indeterminação sistemática”. (QUINE, 1960, p. VIII).

Segundo Gary Kemp, é possível dividir esta afirmação em dois planos de estudo (KEMP, 2006b, pp. 22-23). Em primeiro lugar, Quine afirma que o significado deve ser acessível ao público¹⁹⁶: do contrário, dois falantes poderiam compartilhar as mesmas disposições da fala; eles diriam as mesmas coisas em todas as mesmas situações e assim por diante, ainda

¹⁹⁴ “Na explicação, o propósito não é apenas parafrasear o definiendum em um sinônimo imediato, mas na verdade aperfeiçoar o definiendum, refinando ou complementando seu significado. Mas mesmo a explicação, embora não apenas relate uma sinonímia preexistente entre definiendum e definiens, baseia-se em outras sinonímias preexistentes.(...) O que é requerido para que uma dada definição seja apropriada para os propósitos da explicação não é que o definiendum em seu uso anterior seja sinônimo do definiens, mas apenas que cada um desses contextos privilegiados do definiendum, tomados como uma totalidade em seu uso anterior, seja sinônimo do contexto correspondente ao definiens” (QUINE, 2011, p. 44).

¹⁹⁵ Interessante notar que Quine trata a linguagem ordinária como um plano teórico. Com isso, Quine sugere que aprender uma linguagem é aprender uma teoria sobre como as coisas são. Essa tese perpassa toda a reflexão de Quine, ganhando destaque em *Word and Object* e no seu artigo “*Ontological Relativity*”. É justamente o fato de Quine pensar a linguagem como uma teoria que conduz à sua tese da indeterminação da tradução, objeto deste item. A linguagem é vista aqui como um agregado de sentenças, onde apenas a extremidade deste agregado tem um contato direto com a experiência, sendo que na maior parte das sentenças o contato é apenas indireto.

¹⁹⁶ “Linguistically, and hence conceptually, the things in sharpest focus are the things that are public enough to be talked of publicly, common and conspicuous enough to be talked of often, and near enough to sense to be quickly identified and learned by name; it is to these that words apply first and foremost” (QUINE, 1960, p. 01).

que isso não significasse o mesmo que eles dizem. Isso seria um absurdo para ele, pois só se adquire a linguagem, aprendendo-a com os outros, por meio da cópia de suas disposições de fala¹⁹⁷. Logo, não pode haver significados nas palavras de uma pessoa que não sejam resultado da observação ou do ensinamento de outras pessoas. Por outro lado, supor que o significado é de algum modo melhor determinado ou refinado do que o que pode ser manifestado no discurso introduziria um ceticismo gratuito, no sentido de que talvez nunca possamos entender uns aos outros, apesar de concordarmos em tudo o que dizemos (KEMP, 2006b, p. 23). Em segundo lugar, Quine afirma que as disposições da fala não são suficientes para determinar o significado exclusivamente. Por exemplo, uma determinada frase de uma língua pode ser igualmente traduzida por duas frases de outra língua que não significa, em qualquer sentido plausível, a mesma coisa que na primeira língua¹⁹⁸.

O que torna, então, possível a compreensão de uma língua estrangeira? Para Quine, a principal razão para conhecermos uma língua que não a nossa é que a tradução é também holística: só os regimes de tradução integral da linguagem podem ser empiricamente justificados, porém não se pode dizer o mesmo de traduções de frases individualmente consideradas.

Assim, uma tradução de uma determinada frase pode ser correta, de acordo com um esquema teórico que é empiricamente confirmado perante a tradução integral daquela língua, mas incorreto de acordo com outro tipo de regime de tradução. Intuitivamente, as traduções podem parecer completamente diferentes, mas supor que tal dessemelhança representa uma verdadeira incompatibilidade factual é incidir na falácia de avaliar peças fora de contexto, como quando condenamos alguém por um único ato sem ver o seu papel

¹⁹⁷ Anteriormente havia indicado que John Dewey, apesar de ser considerado um dos três fundadores do pragmatismo filosófico norte-americano, também é considerado um expoente do naturalismo. Suas considerações sobre como pensamos e seus esforços na concepção de uma filosofia da educação menos restritiva, isto é, que não se restringisse à transmissão do conhecimento como algo acabado, mas que o saber e habilidade adquiridos pelo estudante pudessem ser integrados à sua vida como cidadão, influenciando seu comportamento e sua capacidade crítica, aliando ensino e prática cotidiana foram determinantes na aproximação do naturalismo e do pragmatismo. Essa influência é reconhecida por Quine, como se vê dos seguintes trechos do *Ontological Relativity*: “*With Dewey I hold that knowledge, mind and meaning are part of the same world that they have to do with, and that they are to be studied in the same empirical spirit that animates natural science*” (QUINE, 1968, p. 185) “*When with Dewey we turn thus toward a naturalistic view of language and behavioral view of meaning, what we give up is not Just the museum figure of speech. We give up an assurance of determinacy*” (QUINE, 1968, p. 187)..

¹⁹⁸ No exemplo dado por Quine, temos que: “*In the French construction ‘ne... rien’ you can translate ‘rien’ into English as ‘anything’ or as ‘nothing’ at will, and then accommodate your choice by translating ‘ne’ as ‘not’ or by construing it as pleonastic. This example is disappointing because you can object that I have merely cut the French units too small. You can believe the mentalistic myth of the meaning museum and still grant that ‘rien’ of itself has no meaning, being no whole label; it is part of ‘ne...rien’ which has its meaning as a whole*” (QUINE, 1968, p. 188).

para com o bem comum (KEMP, 2006b, p. 23). Mas os regimes de tradução não são determinados unicamente por disposições de fala. Colocado com a afirmação de que as disposições de fala são os únicos fatos há sobre o que é significado, segue-se que simplesmente não há fatos sobre o significado, pelo menos, do tipo que poderíamos esperar intuitivamente, já que o significado só pode ser atribuído quando tomamos as afirmações em relação ou à teoria ou à linguagem onde elas aparecem.

Eis o argumento de Quine conhecido como a indeterminação da tradução¹⁹⁹. Em poucas palavras, a afirmação geral da indeterminação da tradução é a de que pode haver diferentes maneiras de traduzir uma linguagem que são igualmente corretas, mas que não são meras variantes estilísticas. A afirmação inclui o que se poderia pensar como o caso limite da tradução, aquele em que uma dada língua é “traduzida” por si mesma (HYLTON, 2014).

O autor nos diz que há duas formas para conhecer uma palavra: a primeira é se familiarizar com o seu som quando ela é reproduzida. A fonética é assim conhecida pela observação e imitação do comportamento de outras pessoas. A segunda, a semântica, é conhecida quando sabemos utilizar essa palavra (QUINE, 1968, p. 186). Entretanto, se considerarmos que o significado das palavras é primariamente uma propriedade do comportamento humano, temos de reconhecer que não há significados além daqueles que as pessoas apresentam por meio das regras comportamento.

Com isso, Quine está levantando uma questão científica, de um tipo que os filósofos anteriores que se preocupavam com o conceito de significado raramente haviam considerado: uma vez que o significado deve ser de alguma forma identificável em termos de regras linguísticas, como determinadas regras linguísticas constituem evidência para atribuições de significado (ou melhor, de “conteúdo empírico”)? Ele, então, apresenta a seguinte afirmação em *Word and Object*:

“Uma pessoa é ensinada de modo a associar as palavras com palavras e outros estímulos para que surja algo reconhecível como falar das coisas,

¹⁹⁹ De acordo com a análise de Gary Kemp, o argumento da indeterminação está contido no Capítulo 2 do *Word and Object*. Em uma análise ampla dessa obra, Gary Kemp aponta que, no Capítulo 1, Quine define o cenário de sua teoria, esboçando seu próprio substituto para a epistemologia de Carnap, que ele mais tarde viria a chamar de “epistemologia naturalizada”: em harmonia com a metáfora “rede de crenças” que encerrou o artigo seminal “*Two Dogmas of Empiricism*”, ele tenta explicar como o conhecimento pode ser concebido em termos de pertencimento de uma língua em que, em vez de depender do conceito de sentido que descreva “o que é ter uma linguagem”, o conhecimento é descrito em termos comportamentais e psicológicos. Nos capítulos 3 e 4 daquele livro, Quine discute as características da linguagem envolvidas no conceito de referência: a relação entre linguagem e mundo, palavra e objeto. Nos próximos capítulos, Quine muda para um conjunto muito diferente de perguntas. Dada a sua rejeição da perspectiva de Carnap sobre epistemologia e ontologia ele questiona que tipo de atitude devemos tomar sobre essas perguntas? Como elas devem ser respondidas? (KEMP, 2006b, p. 23).

e não para que ser distinta da verdade sobre o mundo. A conversa volumosa e intrincadamente estruturada que surge carrega uma correspondência pouco evidente com o passado e a presente enxurrada de estímulos não-verbais; no entanto, é para tais estímulos que temos de olhar para que o conteúdo empírico possa existir” (QUINE, 1960, p. 26)²⁰⁰.

Ao discorrer sobre um falante de uma língua, no entanto, várias tentações surgem e que devem ser evitadas. Parece totalmente redundante perguntar o que são as nossas próprias regras linguísticas. Como falantes nativos já sabemos, ou supomos que sabemos, o que as expressões de nossa língua nativa querem dizer. Mas esse conhecimento aparente não ajuda a responder a pergunta acima formulada; isso nos leva ao problema da circularidade que Quine apontou em “*Two Dogmas of Empiricism*” (2011, p. 50). Nossa facilidade com termos tais como significado e analiticidade não ajuda a entender o que são e que tipos de fatos consistem os fatos significativos, se houver algum. Em outras palavras, para ele, as técnicas analíticas não nos convencem no propósito do processo de formação de nossas crenças, isto é, não há confiabilidade na produção de crenças verdadeiras.

Por esta razão, propõe sua famosa experiência mental da *tradução radical*²⁰¹. Esta é a questão: quais resultados seriam justificados por uma ciência objetiva da tradução radical – a tradução de idioma previamente desconhecido?

Se há fatos objetivos²⁰² sobre o significado, então deve haver fatos objetivos sobre a questão de saber se duas expressões “E” e “E*” têm o mesmo significado. Se eles são de

²⁰⁰ Na explicação de Gary Kemp, Quine fala de “estímulos” porque ele tem em mente os seguintes tipos de disposições: o sujeito (um falante da língua que está sendo investigado) recebe certa estimulação sensorial, por exemplo, aquela recebida quando vê um coelho, e isso faz com que ele se torne favorável a uma frase em particular. Se o sujeito é um falante da língua portuguesa, esta frase pode ser “*Há um coelho*”. Assim, se a sentença for colocada a um sujeito estimulado por isso, ele concordaria com isso. Em outro tipo de caso, o estímulo é a própria audição de uma frase, por exemplo, “*Está chovendo*”; o sujeito pode, ao ouvir isso, se tornar disposto a concordar com a frase “O rio vai subir”. Este é um caso que Quine, muitas vezes, chama de links “frase-a-frase”. A disposição de “ordem superior” de se tornar disposto a concordar com a frase em que está sendo exposto outro enunciado é, provavelmente, um pequeno pedaço de teoria geral do sujeito, corporificada em uma frase: “*Toda vez que chove, o rio sobe*” (KEMP, 2006b, p. 24).

²⁰¹ Na explicação do próprio Quine a tradução radical é: “translation from a remote language on behavioral evidence, unaided by prior dictionaries. Moving then to deferred ostension and abstract objects, we found a certain dimness of reference pervading the home language itself” (QUINE, 1968, p. 198).

²⁰² É interessante anotar, aqui, o uso que Quine faz do termo objetividade no seu *Word and Object*, como uma característica que determina a sobrevivência da palavra no mundo: “Words being social tools, objectivity counts toward their survival. When a word has considerable currency despite the subjective twist, it may be expected, like the pronouns 'I' and 'you', to have a valuable social function of some exceptional sort. The survival value of 'Ouch', from a social point of view, is as a distress signal. And the word is of only marginal linguistic status, after all, being incapable of integration into longer sentences” (...) In general, if a term is to be learned by induction from observed instances where it is applied, the instances have to resemble one another in two ways: they have to be enough alike from the learner's point of view, from occasion to occasion, to afford him a basis of similarity to generalize upon, and they have to be enough alike from simultaneous distinct points of view to enable the teacher and learner to share the appropriate occasions. A

diferentes linguagens, isso significa que é uma questão de fato saber se “E” é uma tradução correta de “E*”.

É, portanto, possível para um linguista entrar numa comunidade cuja língua lhe é totalmente desconhecida e, apenas pela aplicação dos métodos que todos reconheceriam como suficientemente objetivos ou científicos, produzir um manual de tradução exclusiva correto, que combina com frases da língua nativa com frases da sua língua nativa, ou, se mais de um manual for assim gerado, as diferenças não representarão diferenças intuitivamente significativas no significado. Nem o método nem os dados podem ser autorizados a utilizar o conceito de significado: se o fizeram, então juízos intuitivos do linguista sobre o que significa o que teria influenciado a operação não poderia garantir a elucidação do fenômeno do significado que Quine persegue (KEMP, 2006b, p. 25).

Vista dessa forma, a tradução radical pode denotar uma aparente lacuna entre o *objetivo* e o *intuitivo* na teoria quineana. Tal lacuna, no entanto, é apenas aparente. Como explica Gary Kemp, Quine resolve essa questão ao destacar a natureza social da linguagem e a sua capacidade de aprendizado pela observação. Assim como ver o açúcar se dissolver na água é evidência de uma disposição (que o açúcar se dissolve na água), o comportamento linguístico observa “evidências de regras linguísticas”. Assim, a identificação objetiva das regras linguísticas pode ser considerada como o análogo autoconsciente científico do real aprendizado de uma língua, a aquisição do conhecimento semântico. Na medida do possível, o manual de tradução deve buscar uma correspondência entre regras linguísticas; idealmente, uma frase traduz outra quando falantes nativos estão dispostos a concordar com elas naquilo que para cada um seria uma situação que é adequadamente congruente com a do outro (KEMP, 2006b, p. 25).

Como proceder à tradução proposta por Quine? A primeira tarefa crítica para o tradutor radical, autoconsciente cientificamente, de acordo com ele, descrita em detalhe no segundo capítulo de *Word and Object*, é descobrir o que ele chama de “estímulo de significado de sentenças de observação” (KEMP, 2006b, p. 25²⁰³).

term restricted to squares normal to the line of sight would meet the first requirement only; a term applying to physical squares in all their scalene projections meets both. And it meets both in the same way, in that the points of view available to the learner from occasion to occasion are likewise the points of view available to teacher and learner on simultaneous occasions. Such is the way with terms for observable physical objects generally; and thus it is that such objects are focal to reference and thought” (QUINE, 1960, p. 07).

²⁰³ Quine nos oferece um exemplo clássico. Imagine-se que um linguista está diante de um grupo de nativos de um determinado lugar. De repente, um coelho passa pulando, e exclamam os nativos “*Gavagai!*” (QUINE, 1960, p.28 e ss.). Talvez isso deva ser traduzido como “*Coelho!*”, o tipo de frase de uma única palavra que podemos proferir como abreviação de “Há um coelho”. Outro coelho passa pulando, e nós tentamos dizer isso a nós mesmos: “*Gavagai!*” ou “*Gavagai?*”. Se os sinais dos nativos concordarem com isso e se opuserem quando o linguista gritar essa palavra sem a presença do coelho, isso reforçará a conjectura inicial.

O ponto de Quine é o seguinte: para traduzir termos individuais, o tradutor faz suposições sobre referência, isto é, existe mais de uma forma de traduzir frases em que as várias versões diferem na referência que se atribui a partes de uma sentença, mas não na importação líquida global que se atribuem à sentença como um todo. Este argumento de também ficou conhecido como “*relatividade ontológica*”²⁰⁴, ou “*hermetismo de referência*”²⁰⁵.

A razão da relatividade ontológica é que o conteúdo empírico de uma teoria é definido como a soma dos significados de estímulo de suas sentenças observacionais categóricas, e estímulos de significados são simplesmente relações entre estímulos de superfícies sensoriais e disposições para concordar com sentenças de observacionais. Quine conclui que não há nenhuma questão de fato sobre o que determinada teoria é realmente – quais seus compromissos ontológicos – exceto em relação a uma determinada interpretação da teoria, ou seja, a uma determinada tradução desta em uma linguagem anterior. Essa é a doutrina de *Relatividade Ontológica*.

O estímulo de significado de tal sentença é a classe de estímulos sensoriais que persuadem o nativo a concordar com o linguista, em conjunto com a classe que o persuadiria a discordar do linguista. Intuitivamente, estas frases relatam o que está presente aqui e agora. É claro que as sentenças não dizem que certos estímulos sensoriais estão ocorrendo; o tradutor traduz “*Gavagai!*” como algo como “*Coelho!*” na hipótese de que os dois têm o mesmo significado de estímulo, o que não se parece com o conceito comum de sentido de qualquer maneira óbvia.

A hipótese se justifica porque o coelho faz com que os mesmos tipos de estímulos no linguista como no nativo. Ao contrário de outros tipos de frases, sentenças observacionais garantem uma correlação imediatamente observável entre a sentença e o que parece favorável a elas. Assim, Quine viria a referir-se a tais frases como “*entrada permanente*”, tanto para a criança e como para linguista confrontarem uma linguagem. Entretanto, frases sobre o passado, sobre coisas distantes, ou fatos gerais do estado que nunca mudam, não podem ser traduzidas diretamente apenas observando os nativos falam em seu ambiente.

“*Gavagai!*” foi tratada acima como uma frase única, possivelmente usada de maneira que podemos exclamar “*Coelho!*”. Para chamá-la de uma sentença significa que pode haver consentimento ou discordância sobre ela, ao contrário do que aconteceria com uma simples palavra. E, embora a frase “*Gavagai!*” possa ser traduzida como “*Coelho*” pela equação de estímulos de significado, ela poderia muito bem ter sido traduzida como “*Parte destacada de um coelho!*”, ou “*Estágio de um coelho!*”, ou “*instanciação local de coelhicidade universal!*”, todas entendidas como frases, em vez de termos atomizados. Estas frases têm o mesmo estímulo de significado, uma vez que para que cada par delas esteja presente, uma, e apenas se um das outras esteja. Assim, explica Gary Kemp, uma “*parte destacada de um coelho*” é, por exemplo, uma perna, ainda ligada ao coelho inteiro; se considerarmos um coelho como um objeto quadridimensional, ocupando as três dimensões espaciais mais o do tempo, uma “*fase temporal, de um coelho*” ou “*coelho em fase*”, ou ainda uma “*fatia de tempo de um coelho*”, será uma parte de um conjunto espacialmente de coelho ao longo de um determinado intervalo de tempo, ou seja, o coelho do tempo “*t*” ao tempo “*t**” (KEMP, 2006b, p. 26).

²⁰⁴ Assim, na questão sobre se “*coelho*” se refere a “*coelho*” ou “*fases de coelho*”, para esse tipo de questão, não há resposta objetiva; existem apenas respostas objetivas às perguntas acerca dos esquemas de tradução globais que são empiricamente adequados, e em original pode atribuir referências muito diferentes para “*coelho*”. Por uma questão que diz respeito não-semântica que existe, a ontologia é uma empresa legítima; como uma semântica sobre a relação entre as palavras e do mundo, não é. A única relação objetiva e cientificamente detectável é a relação entre as frases de observação e de estimulação, que é uma relação causal, não uma relação semântica (KEMP, 2006a, p. 119).

²⁰⁵ “It is philosophically interesting, moreover, that what is indeterminate in this artificial example is not just meaning, but extension; reference. My remarks on indeterminacy began as a challenge to likeness of meaning” (QUINE, 1968, p. 191).

O tradutor faz suposições sobre o que Quine chama de “aparelho de individuação” (1960, p. 235). Estes são todos os dispositivos linguísticos envolvidos na abordagem de objetos, referindo-se a eles em ocasiões sucessivas da mesma forma, chamando da mesma forma ou de forma diferente, e assim por diante; em inglês, língua materna de Quine, estes incluem pronomes como “*it*” e “*he*”, palavras quantificadoras tais como “*all*” e “*some*”, e predicados de identidade, tais como “*is*” ou “*the same as*”. Diferentes hipóteses sobre os termos podem ser compensadas por diferentes hipóteses sobre o aparato de individuação. No entanto, não há nenhuma maneira mais direta de testar essas hipóteses do que supor corretamente as disposições nativas em relação a frases inteiras. Assim, diferentes traduções de termos são compatíveis com todos os possíveis dados relevantes.

Mas há, ainda, um segundo tipo de indeterminação da tradução, que Quine, por vezes, se refere como *indeterminação holofrástica ou geral* (1987, p. 09). De acordo com o autor, esse tipo de indeterminação ocorre por que, não raro, há mais do que um método correto de traduzir frases, onde duas traduções não diferem apenas nos significados atribuídos às partes do discurso, mas também de toda a sentença.

Dois argumentos aparecem aqui. Em primeiro lugar, para Quine, não há nenhuma razão para esperar que haja um conjunto de hipóteses analíticas que forneça traduções incompatíveis de sentenças nativas. As traduções podem ser testadas apenas via tradução de termos realizada com base em sentenças de observação junto com hipóteses que relacionam as estruturas gramaticais da língua materna à da língua do tradutor. Em segundo lugar, para qualquer conjunto de sentenças de observação, teorias incompatíveis poderiam implicar logicamente o mesmo conjunto de hipóteses analíticas. Mas a tradução de frases nativas é justamente uma atribuição a elas de uma teoria²⁰⁶: assim, por exemplo, se diferentes teorias expressas em língua inglesa implicam as traduções inglesas do conjunto de sentenças de observação nativas, então, através do emprego de diferentes conjuntos de hipóteses analíticas, as sentenças nativas poderiam ser interpretadas por qualquer teoria.

Poderia ser apresentado o seguinte contra-argumento: suponha que os nativos atribuam vigorosamente a uma sentença a tradução do que, segundo hipóteses aceitas até agora, seja traduzida como “Todos os coelhos são homens reencarnados” (QUINE, 1960, p. 69).

²⁰⁶ Importante destacar a concepção de Quine sobre teoria, descrita no seu “Ontological Relativity”: “A theory, it will be said, is a set of fully interpreted sentences. (More particularly, it is a deductively closed set: it includes all its own logical consequences, insofar as they are couched in the same notation). But if the sentences of a theory are fully interpreted, then in particular the range of values of their variables is settled” (QUINE, 1968, p. 202).

Deveria o tradutor postular uma crença nativa estranha, ou reconsiderar traduções anteriores? A resposta pode variar: o tradutor não pode simplesmente atribuir à sua tradução crenças estranhas, sempre que conveniente; caso contrário, ele poderia tomar o enunciado nativo de “*Gavagai!*” como significando qualquer coisa que lhe agradasse. Para ele, deve haver um equilíbrio a ser alcançado entre a simplicidade e a naturalidade da tradução e da atribuição de uma crença inteligível. No entanto, não há nenhuma razão geral para esperar uma maneira excepcionalmente correta de estabelecer o equilíbrio, e ainda é difícil de ver o que traria tal equilíbrio correto, que não o julgamento intuitivo do tradutor, haja vista que a intuição, aqui, funciona como informação empírica sobre como o mundo funciona.

O que Quine quis dizer com isso? É preciso ter em mente que sua tarefa era descobrir a base objetiva da tradução – não explicar como entender um falante de uma língua (KEMP, 2006a, p. 58). Ele quis demonstrar que a indeterminação da referência e da tradução em geral é parte de uma teoria maior sobre os limites da tradução linguística. A tradução caminha lado a lado com nossos juízos de conveniência, de nossa observação dos estímulos de significado, o que não quer dizer que a tradução seja um empreendimento inviável ou, no mínimo, problemático. Caso contrário, nunca poderíamos saber se realmente estamos nos comunicando. O que o argumento realmente mostra, então, é que quaisquer supostas diferenças semânticas entre esquemas de tradução incompatíveis não são importantes, pois, desde que as traduções sejam confirmadas empiricamente, então não há nenhum sentido em que poderia estar errado (KEMP, 2006b, p. 30). Se a correspondência de significados de estímulo é o único teste objetivo para a tradução, então, um holismo epistemológico implica a indeterminação da tradução.

Ao denunciar a indeterminação da tradução, Quine pretende sustentar seu argumento de que relação fundamental entre a linguagem e o mundo não é referencial, mas uma relação causal entre estímulos sensoriais e a disposição para afirmar sentenças²⁰⁷. Este é o tipo de relação que é estável, público e diretamente transmissível.

4.3 O abandono do desafio cético e o novo fisicalismo

²⁰⁷ Na explicação de Gary Kemp: “Here there is a causal relation between sensory stimulation and theory, primarily a neurological one. Naturalized epistemology is the study of that exceedingly complex relation. It is philosophical – in the sense that its concern is a highly abstract one about knowledge – but it is still science: It is part and parcel of empirical science itself ... The motivation is still philosophical, as motivation in natural science tends to be ... Unlike the old epistemologists, we seek no firmer basis for science than science itself; so we are free to use the very fruits of science in investigating its roots. It is a matter, as always in science, of tackling one problem with the help of our answers to others (KEMP, 2006a, p. 71).

Quine, juntamente com alguns outros filósofos do século XX²⁰⁸, que normalmente têm sido associados com os movimentos filosóficos do positivismo lógico, o empirismo lógico ou empirismo científico, sustentaram a tese da unidade da ciência. Esta tese é, por vezes, concebida como tendo duas partes: a tese do fisicalismo e a tese de extensionalidade. Carnap, que era um proeminente defensor da unidade da ciência, considerou que o fisicalismo é a tese em “que cada termo descritivo na linguagem da ciência (no sentido mais amplo, incluindo as ciências sociais) está conectado a termos que designam propriedades observáveis das coisas”. Esta ligação é de tal natureza que uma sentença que aplique o termo em questão é intersubjetivamente confirmável por observações. Esta caracterização do fisicalismo pode ou não ser compatível com a versão quineana dessa mesma tese, dependendo de como se interpreta o termo “conexão” que aparece na caracterização de Carnap mencionada anteriormente. Afinal, seria a conexão holística, tal como pretende Quine, ou reducionista, como pretende Carnap?

De qualquer modo, aqui a ideia geral transmitida por Carnap é consistente com a visão de Quine. É essencial para ele que fosse possível formular uma linguagem única para a ciência, uma linguagem artificial em termos da qual as interconexões entre os diferentes ramos do conhecimento pudessem ser identificados e explicados e tornasse possível uma única resposta unívoca para o a questão ontológica, “O que há?” (KEMP, 2006b, p. 100).

Esta ideia geral é de que a linguagem da física pode ser tornar a linguagem universal de toda a ciência, incluindo a das ciências sociais. Destaca-se o fato de que o fisicalismo, aplicado à psicologia, é a base lógica para o método do *behaviorismo*, e, além disso, o *behaviorismo* visa a eliminação de toda a linguagem intencional da ciência da psicologia. Assim, o behaviorismo é uma tentativa de fazer psicologia sem o uso de termos como “acreditar”, “desejar”, “querer”. Isso não quer dizer, é claro, que uma linguagem tão universal da ciência, repleta de vocabulário, está sempre à mão. Na realidade, a tese do

²⁰⁸ Um dos maiores exemplos desse movimento está contido no “Manifesto do Círculo de Viena” (1929), em que Otto Neurath marcou o início da “virada cientificista” na filosofia e rotulou a “concepção do mundo científico”. Neurath defendia que “*a concepção do mundo científico serve a vida e a vida a recebe*”. Aqui, o projeto do empirismo lógico recebe sua dimensão dada desde o Iluminismo, com as velhas ambições reformistas, construtivas e universalistas, mas com ideias e ideais da sociedade, da ciência e da racionalidade revisadas. Neurath continuou a sustentar a visão de que, como ferramentas de previsão, todas as ciências são “ajudas à vida criativa”, ao lado de seu ponto de vista a complexidade da vida, por exemplo, o plano terrestre do mundo empírico, que inclui o ser humano, privado e social. Ele não pode se surpreender, então, que neste novo projeto filosófico-social conjunto transformador, ele insistiria na “meta à frente é *ciência unificada*”. Como a própria ciência, a ciência unificada atravessa qualquer divisão entre teoria e ação, o mundo de objetos físicos e o mundo dos objetivos sociais, passado e futuro, a realidade empírica e realização humana. É a unidade da ciência no ponto de ação.

fisicalismo é uma proposta para o desenvolvimento de tal linguagem em que tais termos sejam abandonados no futuro.

A outra parte da tese de unidade da ciência, a tese de extensionalidade, é a outra afirmação de que a língua universal da ciência, quando concluída, será puramente extensional. A linguagem puramente extensional, do tipo imaginado por Quine, seria aquela que contém apenas as construções gramaticais (ou modos de composição), onde em geral: (a) um termo singular pode ser suplantado por qualquer outro termo co-designativo (ou seja, um termo que se refere ao mesmo objeto), sem perturbar o valor de verdade da frase continente; (b) um termo geral pode ser suplantado por qualquer outro termo co-extensivo (ou seja, um termo verdadeiro para os mesmos objetos), sem perturbar o valor de verdade da frase continente; (c) uma sentença componente pode ser suplantada por outras frases do mesmo valor de verdade, sem perturbar o valor de verdade da frase continente.

A tese da unidade da ciência, então, tomada com as teses do fisicalismo e extensionalidade, implica que a linguagem intencional não tem um lugar numa abordagem ideal, puramente científica do mundo. O problema para ele, então, assim como para qualquer defensor da unidade da ciência, é mostrar que as expressões intencionais de psicologia e os idiomas das outras ciências podem ser eliminadas sem prejuízo para a nossa teoria geral do mundo.

Mas, afinal, a que tipo de fisicalismo Quine está se referindo?

Mencionei anteriormente que Quine foi um fisicalista que flertou, ao longo de sua obra, com o fenomenalismo²⁰⁹ (GIBSON, 1986). Em breve síntese, o fisicalismo é a visão de

²⁰⁹ Esse flerte é representativo na seguinte afirmação de Quine “Dentre os vários esquemas conceituais mais apropriados a essas várias empresas, um deles – o fenomenalista – reivindica prioridade epistemológica. Encaradas do interior do esquema conceitual fenomenalistas, as ontologias dos objetos físicos e dos objetos matemáticos são mitos. A qualidade de mito, no entanto, é relativa; relativa, nesse caso, ao ponto de vista epistemológico. Esse ponto de vista é um entre vários, correspondendo a um entre vários de nossos interesses e propósitos” (QUINE, 1973, p. 235).

Roger Gibson estabelece a ordem cronológica dos textos em que Quine evidencia a sua transição entre o fenomenalismo e o fisicalismo: “Quine flirted with a lesser form of phenomenalism. In some of his essays of the late 1940’s and early 1950’s notably, ‘On What There Is’ (1948), ‘Identity, Ostension, and Hypostasis’ (1950), and ‘Two Dogmas of Empiricism’ (1951) Quine manifested a certain tolerance for what might be called mitigated phenomenalism. In those essays he characterized the importation of physical posits into our conceptual scheme as a matter of mere convenience. Their purpose was to systematize and simplify an already intelligible (even if perhaps chaotic) stream of immediate experience. At the same time he vehemently denied that all talk about physical objects could be reduced to talk about actual and possible sense data and logico-mathematical auxiliaries. Moreover, he suggested that the phenomenalistic conceptual scheme, as opposed to the physicalistic one, is the literal truth about the world; physical objects were, therefore, fictions. Quine in 1981 still believes that the importation of physical objects into our conceptual scheme is justified, ultimately, on the ground of their contributing systematic efficacy to our overall theory of the world. But he now rejects the part of his earlier view that accorded literal truth to the phenomenalistic conceptual scheme. The pivotal essay in this regard appears to be ‘On Mental Entities’ (1953). In that piece Quine declared unequivocally ‘that it is a mistake to seek an immediately evident reality, somehow more immediately evident than the realm of external objects’ (OME, 225; my emphasis). This remark compares favorably with a passage found in the clearly physicalistic section one of *Word and Object*, where Quine

que o qualquer que seja o traço da realidade que seja valioso pode ser descrito em termos de predicados de estados físicos objetivos. A visão oposta é o fenomenalismo, a teoria segundo a qual as afirmações sobre objetos físicos podem ser completamente analisados em termos de afirmações sobre o sobre os dados sensoriais possíveis e lógico-matemáticos. Quine se qualifica como fisicalista de acordo com essa caracterização acima, mas nunca foi fenomenalista no sentido acima explicado²¹⁰.

A percepção crucial do empirismo fisicalista de Quine é que qualquer evidência para a ciência tem ponto final nos sentidos. Essa percepção continua a ser válida, mas é uma visão que sucede à física, a fisiologia e a psicologia, e não a antecede. Os epistemólogos tradicionais queriam postular um reino de dados dos sentidos, situado de alguma maneira só no estímulo físico, por medo do problema da circularidade: ver a estimulação física, ao invés do dado dos sentidos como o ponto final da evidência científica seria fazer com que a ciência física repousasse sobre a própria evidência na ciência física. Mas, se com Neurath aceitamos essa circularidade, simplesmente reconhecendo que a ciência da ciência é uma ciência, então, para ele, nós devemos adotar essa mesma postura de aceitação da circularidade.

Como lidar com a circularidade? Para o autor, se a velha epistemologia aspirava conter as ciências naturais, a sua nova epistemologia está contida nas ciências naturais, como um capítulo da psicologia (QUINE, 1969, p. 83). Isso não significa que a velha epistemologia não tenha mais validade. Ao contrário, como disse anteriormente, a *continência é recíproca*: a epistemologia nas ciências naturais e a ciência natural na epistemologia.

explained: ‘There is every reason to inquire into the sensory or stimulatory background of ordinary talk of physical things. The mistake comes only in seeking an implicit sub-basement of conceptualization, or of language’ (WO, 3; my emphasis). Moreover, the arguments that Quine put forth in section one of *Word and Object* in support of this claim merely flesh out the bones of the arguments adumbrated seven years earlier in ‘On Mental Entities’. After ‘On Mental Entities’ appeared in 1953, Quine published ‘The Scope and Language of Science’ (1954) and ‘Posits and Reality’ (1960). (This latter essay was actually ‘written about 1955 for the beginning of *Word and Object*, but eventually superseded’ [PR, 246]). These three essays are early unambiguous expressions of Quine’s commitment to physicalism, or, conversely, of his rejection of mitigated phenomenalism (GIBSON, 1986, pp. 155-156).

²¹⁰ Na explicação de Gibson (1986, p.161), Quine publicou dois ensaios, ‘Facts of the Matter’ (1977) e ‘Whither Physical Objects’ (1976), em que trata desse assunto. Em ‘Facts of the Matter’, Quine propõe quatro versões da tese do fisicalismo; são elas:

(P) Não há diferença no mundo sem uma diferença nas posições ou estados de corpos.

(P) Não há mudança sem uma mudança nas posições ou estados de corpos.

(P) Não há diferença no mundo sem uma diferença no número, ou arranjo, ou trajetórias de átomos.

(P) Não há diferença em matéria de fato, sem uma diferença no cumprimento do estado físico predicados por regiões do espaço-tempo.

Cada uma destas formulações sucessivas da tese do fisicalismo se destina a ser uma melhoria, de uma forma ou de outra.

Para Quine, este apelo à ciência para sustentar o projeto do conhecimento, que se sustenta na própria ciência, é a melhor opção disponível após a exclusão de métodos filosóficos tradicionais por suas falhas mais graves, já que, para ele, “paramos de sonhar em deduzir a ciência de dados sensórios” (1969, p. 84). Para ele, temos que compreender a ciência como uma instituição ou processo no mundo, e nada melhor que a própria ciência para compreendermos qual é o seu objeto, como se vê do trecho de *Epistemology Naturalized*:

“A estimulação dos receptores sensórios constitui, em última análise, toda a evidência na qual cada um terá podido basear-se para chegar à sua imagem do mundo. Por que não ver simplesmente como essa construção realmente se processa? Por que não ficar com a psicologia?” (QUINE, 1969, p. 75).

No entanto, esta aplicação do fisicalismo à vida mental não deve ser considerada como uma doutrina reducionista. Não é um sonho utópico de sermos capazes de especificar todos os eventos mentais em termos fisiológicos ou microbiológicos. Não é uma afirmação de que tais correlações sequer existam. Os agrupamentos de eventos em termos *behavioristas* não precisam estar sistematizados em grupos biológicos. O que isso diz sobre a vida da mente é que não há diferença mental sem uma diferença física. A maioria de nós hoje em dia concorda com este princípio que deixamos de sentir a sua magnitude. É uma maneira de dizer que os objetos fundamentais são os objetos físicos. Para ele, isso significa concordar que a física seu lugar de direito como a ciência natural básica, sem qualquer esperança de se aventurar duvidosas de redução de outras disciplinas.

Quine reconhece que a formulação da tese do fisicalismo está inacabada. Mas esta última tarefa é uma das tarefas mais importantes históricas da própria física, ou seja, a averiguação de um catálogo mínimo de estados elementares tais que não exista qualquer alteração sem alteração em relação aos mesmos estados. Na medida em que a física está incompleta nesse sentido, o autor não tem escolha a não ser deixar sua formulação do fisicalismo incompleta e circular.

4.4 Justificação e normatividade: a circularidade da justificação da ciência

Vimos anteriormente que o ponto de partida da epistemologia tradicional foi o paradigma cartesiano. Logo, tomada a dúvida de Descartes, a epistemologia naturalizada de Quine está a caminho da substituição ou de uma proposta de “mudança de assunto” e abandono

das questões tradicionais da filosofia (RITCHIE, 2012, p. 66)²¹¹. Afinal, se para Quine todas as respostas dadas na história da filosofia, de Descartes até Carnap fracassaram, por que deveríamos nos preocupar com uma questão que não podemos responder?

Bem, o caminho de Quine conduz ao barco de Neurath, construído sobre tábuas do conhecimento científico. Mas mesmo sobre essas tábuas não temos absoluta certeza de que nossas crenças sejam verdadeiras. De modo algum, porém, ele sugere que isso abale nossa confiança no sucesso da ciência: afinal, ela figura como a melhor explicação do nosso conhecimento. Deveríamos permanecer no barco, abertos à possibilidade de que o conhecimento futuro ou a experiência causassem a revisão de nossas crenças, guiados por padrões pragmáticos de simplicidade, conservadorismo, fecundidade, entre outros²¹².

A dúvida cartesiana, entretanto, nos leva a reconhecer que há uma longa distância entre as interações causais com o mundo e as nossas crenças sobre o mundo. Então, por que Quine, ao contrário, se preocupa em descrever essa relação, por meio da psicologia? E mais, por que deveríamos nos impressionar com a psicologia em termos de previsibilidade, isto é, por que dizer que certos meios de aquisição de conhecimento são melhores do que outros? No início deste capítulo destaquei que a questão tradicional epistemologia era sobre “o que é conhecimento?” Ao conceito de conhecimento como crença verdadeira adicionou-se um elemento normativo: a justificação. É a justificação que nos diz quando é certo acreditar em algo e quando não é. Ao abandonar o conceito de justificação em favor de uma epistemologia de caráter eminentemente descritivo, Quine nos aconselha a “levar a sério aquelas teorias e ideias que procedem da pesquisa empírica” (RITCHIE, 2012, p. 71). A verdade relativa às nossas crenças, na visão quineana, é imanente à nossa teoria do mundo. De acordo com seu naturalismo, ele vê juízos de verdade como feitos a partir de

²¹¹ O naturalismo substitutivo de Quine elege a segunda opção indicada por Claudio Michelon Júnior, na medida em que há duas opções para a filosofia após a virada linguística: ou bem oferecer uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos cuja referência são fatos brutos, ou bem considerar que a maneira pela qual tradicionalmente damos conta dos fenômenos jurídicos é repleta de equívocos e deve ser abandonada” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 57).

²¹² Gary Kemp entende que o aspecto normativo dessa afirmação quineana não é *a priori*, mas deriva do seu aspecto descritivo empírico. Assim: “In successful science, rather, we typically begin with theories that do have some record of successful empirical prediction, and alter them with a view to making more and even better predictions. Such alteration or hypothesis-formation is not precisely rule-governed; rather there are general maxims of conservatism, simplicity and familiarity in addition to the imperative to maximize correct prediction of observation. Standards for what count as good science are therefore set by science itself: science shows us what sort of theories work, and also how they might be improved. Experience teaches us what sort of theories we *ought* to try, and which we ought not to. Normative epistemology, then, is a bit like engineering or medicine, in that its aim is to derive prescriptions for how to do something - in this case how to formulate theories - based on what has been successful in the past and what not. In fact the analogy with medicine is perhaps more than analogy, as both epistemology and medicine are partly struggles pitting knowledge of nature against nature” (KEMP, 2006b, p. 72).

dentro da nossa teoria do mundo, ou seja, da própria ciência. E nada mais é necessário para discutir o conhecimento.

Tomado o argumento da tradução radical apresentado anteriormente, mostrei que a determinação do significado dos conceitos não é um empreendimento que lhe parece viável, uma vez que não existem significados a serem determinados. Por conseguinte, o estudo da verdade (ou do conceito de verdade) é semântico e se esgota na nossa lista de sentenças que expressam significados equivalentes. Assim: “a neve é branca” equivale a “que ‘a neve é branca’ é verdadeiro”. Não há natureza subjacente na análise conceitual de “verdade” de modo que dizer que determinado fato “é verdade” consiste apenas em fazer certos tipos de generalizações, e assim basta. Esta é sua explicação minimalista do conceito de verdade²¹³. A epistemologia passa assim a ser um estudo da crença. Mas, como disse acima, o estudo da crença é um estudo feito pela psicologia. É deste modo que a epistemologia se torna um capítulo da psicologia. Num certo sentido, a epistemologia naturalizada decreta o fim da agenda epistemológica tradicional, uma vez que não há mais uma busca pelo critério ou pela justificação.

Como isto deveria funcionar? A melhor explicação quineana deste ponto é dada no artigo *Natural Kinds*²¹⁴, em que ele discute através de sua epistemologia naturalizada o problema da indução²¹⁵. Ele diz:

²¹³ O conceito de verdade merece uma explicação especial aqui. A verdade, na visão de Quine, é imanente à nossa teoria do mundo. De acordo com seu naturalismo, ele vê juízos de verdade como feitos a partir de dentro da nossa teoria do mundo. Por esta razão, Quine tem simpatia com o que às vezes é chamado de teoria mínima ou discitacional da verdade (HYLTON, 2014; RITCHIE, 2012, p. 268): dizer que uma sentença é verdadeira se, com efeito, ela valer a pena. Duas ponderações devem ser feitas. Em primeiro lugar, o ponto de vista discitacional não oferece uma *definição* de “verdade”. Ele permite eliminar o predicado quando é aplicado a um número finito de sentenças específicas, mas não a partir do contexto em que é aplicado a contextos infinitos. Tais contextos são de particular importância para a teoria lógica. Dizemos, por exemplo, que uma conjunção é verdadeira apenas no caso de ambas as sentenças serem verdadeiras; aqui o predicado “é verdade” não pode ser eliminado. Em segundo lugar, dizer que uma sentença é verdadeira é, de uma forma, o contrário de afirmá-la. Se, posteriormente, mudarmos o nosso veredicto sobre ela diremos que estávamos habituados a acreditar nela, mas agora não mais. No entanto, não dizemos que a sentença costumava ser verdade, mas agora ela não é; sim podemos dizer que ela nunca foi verdadeira. Quine, no entanto, vê isso como simplesmente uma forma de uso, sem implicações filosóficas particulares.

Para Peter Hylton (2014), a imanência da verdade, na abordagem de Quine, pode sugerir que seu realismo é ameaçada por aquilo que se tornou conhecido pela “indeterminação da teoria pela evidência” (FELDMAN, 2012): a de que duas ou mais teorias rivais podem ter as mesmas consequências observacionais e, assim, serem empiricamente equivalentes. Se duas teorias distintas são compatíveis com todas as verdades estabelecidas em termos de observação, com certeza poderíamos atribuir, de forma plausível, qualquer teoria para o falante de outra língua? A fraqueza deste tipo de argumento é que a tradução deve preservar presumivelmente mais do que as ligações entre as frases e estímulos, como capturados por sentenças de observação; ele também deve preservar vínculos entre sentenças, de modo que aceitar uma frase torna um falante da língua mais ou menos propenso a aceitar o outro. Quine acha a indeterminação mais difícil de fazer sentido do que pode parecer.

²¹⁴ Na explicação de Dennis Patterson, a ideia de tipos naturais (*natural kinds*) tem como antecedente a teoria das essências reais e nominais de Locke. A verdadeira essência de uma coisa é aquilo que faz a coisa o que é. Essências nominais, ao contrário, são os meios pelos quais distinguimos as coisas como pertencendo a um

“Devo dizer a esta altura que não me perturbarão as críticas de que estou empregando generalizações indutivas, as de Darwin e outras, para justificar a indução, raciocinando assim de maneira circular. Isso não me perturbará porque minha posição é naturalista; estão no mesmo barco – um barco que, para retomar a imagem de Neurath, como faço frequentemente, só podemos reconstruir no mar, enquanto nele estamos navegando. Não há nenhum mirante externo, não há filosofia primeira. Por conseguinte, na minha opinião, todas as descobertas científicas, todas as conjecturas científicas presentemente plausíveis podem prestar-se a usos filosóficos, como a outros quaisquer. Para mim, portanto, o problema da indução é um problema que diz respeito ao mundo; um problema de como poderíamos, tais como estamos agora (pelas nossas luzes científicas presentes) e num mundo não feito por nós, ter chances melhores do que as simplesmente aleatórias, ou as dos jogos de cara e coroa, de obter bons resultados quando fazemos previsões por meio de induções baseadas no nosso padrão de similaridade inato e cientificamente não justificado. A seleção natural de Darwin é uma explicação parcial plausível” (QUINE, 1994, p. 66).

Da afirmação acima, é possível compreender que, para o autor, os antigos problemas epistemológicos são “resolvidos” de modo naturalista através da investigação empírica. Isso implica dizer que “resolver o problema” da indução é prever como nossos cérebros funcionam, ou como nosso aparato cognitivo procede, e para tal, a psicologia e a neurociência desempenham um papel central. A indução é tratada como um processo biológico cerebral que precisa ser entendido. Em linhas gerais, sua estratégia é olhar para a forma como as pessoas realmente realizam inferências indutivas e avaliar os métodos indutivos ao longo dessas dimensões como a confiabilidade, a qual apenas é viável por meio das ciências.

tipo. Essências reais, que dão origem às propriedades de um tipo, são uma característica da estrutura microscópica e são a verdadeira fonte das propriedades fenomenais de uma coisa. Locke e seus contemporâneos não tinham as ferramentas para acesso ao nível microscópico das coisas. Isso significava que quando se voltou para o significado das palavras, essências nominais e tipos não naturais eram tudo o que tinham para guiá-lo. Tudo isto mudou. A ciência natural contemporânea nos oferece acesso completo ao nível microscópico de substâncias de todos os tipos. Estes desenvolvimentos científicos foram retomados por filósofos com interesse em se unir aos avanços do conhecimento científico à teoria semântica (PATTERSON, 2006, pp. 549-550). Aqui é possível notar em Quine esta relação entre linguagem e avanços científicos, especialmente quando ele trata das noções de “tipo” e de “similaridade”: “‘a’ is more similar to ‘b’ than to ‘c’ when ‘a’ and ‘b’ belong jointly to more kinds than ‘a’ to ‘c’” (QUINE, 1994, p. 60).

²¹⁵ “A própria indução, essencialmente, é só mais um exemplo da mesma coisa: expectativa animal ou formação de hábitos. E o aprendizado ostensivo de palavras é um exemplo implícito de indução. Implicitamente, o aprendiz de ‘amarelo’ caminha indutivamente rumo a uma lei geral de comportamento verbal em português, embora se trate de uma lei que ele nunca tentará enunciar; ela caminha em direção ao ponto de onde poderá julgar, em geral, quando um locutor de português daria e quando não daria o seu assentimento a ‘amarelo’” (QUINE, 1973, p. 197).

Se o objetivo da epistemologia tradicional é validar ou fornecer a base para as ciências naturais, a epistemologia naturalizada seria encarregada de validar as ciências naturais, por meio dessas mesmas ciências. Ou seja, uma investigação empírica sobre os critérios que são utilizados para avaliar cientificamente evidências deve pressupor esses mesmos critérios, garantindo, por conseguinte, a sua objetividade.

Ora, a leitura de Quine do desafio cético dá a entender que tal desafio pressupõe a existência de um fundamento último para a ciência. No entanto, o desafio cético refere-se ao problema de como somos capazes de formar nossas crenças (o que inclui as teorias da ciência) elaboradas com base na escassa quantidade de informações obtidas através dos nossos sentidos, pois, afinal, não há evidências no mundo suficientes que nos façam escolher determinada crença ao invés de outra²¹⁶. Logo, apenas um argumento normativo poderia responder ao desafio à justificação imposto pelos céticos.

Ao mesmo tempo, Quine navega com seu barco para mais longe desse desafio. Ele tenta recuar ainda mais, partindo do *princípio*, e nos descreve uma história sobre como formamos nossa “rede de crenças” a partir de estímulos sensoriais. Seu ponto de partida, porém, não é algo do qual estamos diretamente conscientes, posto que não pensamos em *inputs* causais escassos e *outputs* torrenciais que não seja algo postulado pela própria ciência.

Além disso, a investigação científica vai à direção oposta. Ela envolve muito mais do que testar e revisar crenças. É muito difícil imaginar como poderíamos construir duas ou mais teorias radicalmente diferentes, mas empiricamente adequadas para a solução de um mesmo problema de tradução, apenas para me ater ao argumento de Quine. Assim, se a ciência estiver errada (e ele não nega essa possibilidade), não podemos ter certeza de que esses estímulos descritos e previstos por ela de fato existam.

Diante da falta de explicação sobre o que nossa confiança no sucesso das ciências, em especial nas teorias de aquisição de linguagem acima consideradas como a “melhor ciência” fica evidente que a teoria de Quine, por vezes, é meramente especulativa, voltada

²¹⁶ Interessante lembrar aqui a lição da “verdade-banal”, de Thomas Samuel Kuhn. O raciocínio é o seguinte: toda teoria envolve um corte epistemológico, uma seleção, a qual exige um princípio ou valor que a guie. Há critérios, entretanto, que orientam essa escolha: acuidade, consistência, amplitude de escopo, simplicidade e capacidade de gerar frutos, isto é, de revelar novo conhecimento. Tais critérios, contudo, não são capazes de determinar as escolhas do cientista. De acordo com Kuhn (1977), “Quando os cientistas têm de escolher entre teorias rivais, dois homens totalmente comprometidos com a mesma lista de critérios de escolha podem, todavia, chegar a conclusões diferentes”. Por esta razão, os critérios ainda não são “objetivos” no habitual sentido da palavra, porque os cientistas individuais chegam a conclusões diferentes com os mesmos critérios, devido à valorização de um critério em detrimento de outro ou mesmo por conta de critérios adicionais por razões subjetivas egoístas ou outros.

para a mesma linha de raciocínio *a priori* por ele recusada na definição da “*filosofia primeira*”²¹⁷. Em suma, é preciso entender não simplesmente o que causa minhas crenças, mas também o que as justifica. O naturalismo quineano, tal como está, não oferece resposta ao desafio cético.

4.5 As críticas ao projeto de naturalismo substitutivo de Quine

Busquei até o momento mapear as ideias que construíram a epistemologia como o ramo da filosofia que estuda o conceito de conhecimento como “crença verdadeira justificada”. Procurei apresentar o desafio cético como uma desconfiança quanto à possibilidade de conhecimento e como o impulso para a epistemologia tradicional, de Descartes a Carnap. Vimos que o fundacionismo cartesiano procurou encontrar um conjunto de regras que pudessem ser usadas para determinar se uma determinada crença é justificada ou não, através da redução da crença em questão a uma crença fundamental e indubitável. As dificuldades da definição clássica de conhecimento ocuparam parte das preocupações epistemológicas de Quine e fizeram com que ele promovesse uma tentativa de reorientação de agenda, em que a filosofia cede lugar à ciência (em especial a psicologia) como principal loco de formação de conhecimento, despidiendola de uma justificação que não fosse aquela apresentada pela própria ciência.

Quine procurou fazer isso por meio do estudo de nossa capacidade de comunicação (a linguística), identificando, por meio do problema da tradução, a indeterminação dos significados que atribuímos às coisas, de sorte que apenas nos resta descrever, nos limites escassos de nossas similaridades receptivas, aquilo que concebemos “na” e “para” a ciência e, com isso, prever a melhor forma de adquirir o conhecimento. A ideia de previsibilidade ganha força em sua teoria, na medida em que a questão tradicional sobre “o que é conhecimento?” é substituída pela questão “como adquirimos conhecimento?”

²¹⁷ Susan Haack explica a questão dessa mudança de Quine do “aposteriorismo” para o “cienticismo” por meio do uso ambíguo que o autor faz do termo ciência ao longo de sua obra. Às vezes o termo parece se referir àquelas disciplinas comumente classificadas como ciências, às vezes num sentido mais amplo, para se referir ao conhecimento empírico, mais genericamente. Diz Haack que, “por que os problemas tradicionais de epistemologia não garantem soluções óbvias na psicologia e nas ciências biológicas, Quine se acha pressionado a mudar de direção” (1993, p. 122). Haack identifica duas fases em Quine: a primeira, reformista, em que ele sugere uma abordagem nova, *a posteriori* aos problemas tradicionais da epistemologia; a segunda, revolucionária, que sugere um abandono dos velhos problemas em favor de novos problemas que parecem suscetíveis de solução naturalística. Esta última é a fase que nos interessa aqui.

Este radicalismo pragmático da proposta de naturalização parece extrair da epistemologia seu conteúdo normativo tradicional²¹⁸ em favor de uma norma científica²¹⁹. Com isso, não estaremos mais em uma posição que diga que certas crenças sejam mais bem justificadas que outras em razão de um critério objetivo, já que há múltiplos critérios substituíveis entre si. Tudo que seremos capazes de fazer é descrever o que causa tais crenças. Em vez de olhar para as crenças de uma pessoa e perguntar: “*essa crença é justificada?*”, Quine olha para a pessoa e pergunta simplesmente “*o que causou essas crenças?*”.

Ora, se o conhecimento do mundo for, em última análise, fundado em estímulos sensoriais, e todos os objetos que consideramos existir forem apenas postulados teóricos empregados para ajudar na previsão do curso futuro da experiência, parece não haver qualquer garantia de que a maneira como a ciência descreve o mundo combina com o modo como as coisas são, provocando um retorno ao ceticismo. Como lidar com isso?

A existência de crenças justificadas depende de recursos causais-nomológicos sobre o mundo – fatos sobre a confiabilidade dos processos de produção de crenças, a existência de relações de rastreamento, conexões causais entre fatos e crenças, e assim por diante. Não há restrições *a priori* sobre o que se poderia ser justificado em acreditar. Mas segue daí que, se não há *nenhuma restrição a priori* ao conhecimento ou crença justificada, também será uma questão puramente contingente saber se temos conhecimento do conhecimento ou crenças justificadas sobre crenças justificadas. É claro que, compreendido o conceito epistêmico como o naturalista sugere, então não haveria nenhuma objeção, em princípio,

²¹⁸ Veja-se, por exemplo, esta afirmação de Stephen Stich quanto ao radicalismo pragmático do naturalismo: “Para os pragmatistas, não há valores cognitivos ou epistemológicos especiais. Há apenas valores. Raciocínio, investigação e cognição são vistos como ferramentas que usamos em um esforço para alcançar o que nós valorizamos. E, como todas as outras ferramentas, eles devem ser avaliados através da determinação de quão bom é um trabalho que eles fazem para alcançar o que nós valorizamos. Assim, na visão pragmática, as boas estratégias cognitivas são aquelas que são susceptíveis de provocar os estados de coisas que ele ou ela acha intrinsecamente valioso. Isto é, evidentemente, uma abordagem completamente relativista de um bom raciocínio. Por que se duas pessoas têm valores intrínsecos significativamente diferentes, então pode muito bem acontecer que uma estratégia de raciocínio que seja boa para um pode ser muito ruim para o outro. Há, na tradição pragmatista, uma certa tendência para o jogo, ou até mesmo negar o relativismo epistêmico a que o pragmatismo leva” (STICH, 1993, p. 08).

²¹⁹ Extraí esta expressão do artigo de Brian Leiter, “*Science and Morality: Pragmatic Reflection on Rorty’s pragmatism*” (2007b), em que ele critica a equivalência metodológica entre moralidade e ciência sugerida por Rorty: “(...) What matters is that we may take the human practice of science to be organized around a “norm”—a “social norm” as Rorty would say—to the effect, “we ought to deem actual only that which figures in the best causal explanation of what we can perceive.” Let us call it “the Scientific Norm.” That norm is vindicated, as it were, by its practical success: it works! Indeed, it works so well that it now dominates all the systematic inquiries of human beings, from physics to psychology. That is the truth in pragmatism—the epistemic norms that help us cope are the ones on which we now rely—but it is a truth obscured by Rorty’s promiscuous version of the doctrine, which confuses the criteria for relying on particular epistemic norms (namely, that they work for human purposes) with the *content* of the norms themselves (most of which make no reference to human purposes, but rather criteria like causal or explanatory power)” (LEITER, 2007b)

para usar a percepção para justificar a confiança nessa percepção, a memória para justificar a confiança na memória, a indução para justificar a confiança na indução, a ciência para justificar a confiança na ciência.

Mas não existe um conceito filosoficamente interessante de justificação ou conhecimento que nos permita utilizar um processo para *justificar a legitimidade* do processo naturalista. Quine não consegue explicar porque somos justificados em acreditar nas afirmações da nossa ciência. Ao falar sobre estimulações sensoriais e a postulação de objetos, seu naturalismo não parece relevante na compreensão do sucesso da ciência. Quando pensamos em alguma prova a favor ou contra alguma teoria, tendemos, como cientistas, a não colocarmos a questão: como eu posso saber que tal e tal sejam o caso? Em vez disso, perguntamos quais fatos sobre o mundo suportam nossas conclusões científicas. É evidente que as teorias científicas nos dizem como as coisas são. Mas não estamos apenas interessados em saber como as coisas são. Também estamos interessados em como as coisas deveriam ser. Queremos conhecer a maneira correta de inferir uma conclusão a partir de premissas, a maneira correta de conduzirmos nossas vidas. É por essa razão que, na linguagem, há tantos termos valorativos, como bom, ruim, feio, mal, válido, inválido, correto ou incorreto.

Não se pode esquecer, ademais, que a ciência também está repleta de normas, que vão muito além de uma engenharia ou tecnologia de busca da verdade, ou, em termos epistêmicos, de previsibilidade. É plenamente factível o argumento quineano da indeterminação da (tradução), isto é, a indeterminação da teoria pelas evidências empíricas, no sentido de que há sempre mais de uma teoria consistente com as evidências, em parte, porque uma hipótese teórica sempre pode ser preservada em face das evidências recalcitrantes, pelo abandono das hipóteses auxiliares que formaram o teste da hipótese. Mas os cientistas também precisam saber qual a maneira correta de preparar um experimento, a maneira correta de inferir conclusões a partir de evidências. Assim, parece correto, no exemplo de Jack Ritchie, inferir com base em registros fósseis, na geologia e em nossa compreensão da genética, que evoluímos dos macacos, mas incorreto inferir que os seres humanos foram criados há cerca de 4.000 anos (2012, p. 19), o que indica que cabe ao naturalismo uma explicação sobre tais normas que conduzem a maneira correta de fazer ciência.

A ciência nada nos diz sobre como devemos conduzir as nossas vidas e o que deveríamos valorizar. É claro que, pelos padrões de evidências empíricas, a ciência é um empreendimento cognitivo de grande sucesso. Mas, como bem lembra Susan Haack, é

“falível, revisável, incompleta, imperfeita; e ao julgar onde teve sucesso e onde falhou, em quais áreas e a que tempo foi epistemicamente melhor ou ruim, apelamos para padrões que não são internos ou simplesmente, não colocados pela ciência” (1993, pp. 137-138).

Muitos filósofos acolheram a ideia geral do naturalismo de liberdade do uso de conceitos e resultados extraídos da ciência. Afinal, o naturalismo parece ser uma visão atraente, já que a ciência tem se apresentado melhor do que a filosofia na tarefa de descrever como o mundo é e descobrir métodos para fazê-lo. Outros aceitaram que a filosofia também deve ser restringida por normas científicas de clareza, de provas e de explicação²²⁰. O resultado

²²⁰ Embora não seja meu objetivo tratar de forma exaustiva as críticas levantadas à epistemologia naturalizada de Quine, vale a pena apontar, aqui, sucintamente aquelas levantadas por Hilary Putnam, Jaegwon Kim e Richard Feldman, uma vez que tratam dos efeitos colaterais dessa “mudança de assunto” proposta por Quine e que é defendida por Brian Leiter em sua teoria do direito naturalizada.

Hilary Putnam, em seu artigo “*Why reason can’t be naturalized?*”, observa, assim como destaquei anteriormente, que a substituição da epistemologia tradicional pela epistemologia naturalizada exige a eliminação do normativo. Mas sem o normativo, não há “justificativa, aceitabilidade racional, nem mesmo assertividade garantida” (PUTNAM, 1982, p. 20). Em última análise, não há uma “verdade”, já que qualquer método para chegar à verdade foi abandonado com a normatividade. Todas as noções que explicariam a verdade só são inteligíveis quando o normativo é também pressuposto. Além disso, para que haja “pensadores”, “deve haver algum tipo de verdade”; caso contrário, “os nossos pensamentos não são realmente sobre qualquer coisa [...] não há nenhum sentido em que qualquer pensamento seja certo ou errado” (PUTNAM, 1982, p. 21). Sem o normativo para nos dizer como se deve proceder ou quais métodos devem ser empregados, a epistemologia naturalizada não pode determinar os critérios de “certeza” por que evidências empíricas devem ser avaliadas e, portanto justificadas. Mas estas são precisamente as questões que a epistemologia tradicional tem se encarregado. Se a epistemologia naturalizada não fornece os meios para abordar estas questões, então, para Putnam, ela não pode ter sucesso como substituta da epistemologia tradicional.

Jaegwon Kim, em seu “*What is naturalized epistemology?*”, de 1988, articula ainda mais a dificuldade decorrente da remoção do componente normativo da epistemologia. Ele observa que a epistemologia moderna tem sido dominada pelos conceitos de justificação e confiabilidade. Kim explica que a epistemologia e o conhecimento são quase eliminados em seus significados de senso comum, sem conceitos normativos como estes. Estes conceitos são destinados a gerar a pergunta: “Que condições são exigidas de uma crença para que sejamos justificados em aceitá-la como verdadeira?”. Ou seja, quais são os critérios necessários pelos quais uma determinada crença pode ser declarada como “verdadeira”? Esta noção de verdade repousa unicamente na concepção e aplicação dos critérios que são estabelecidos nas teorias tradicionais da epistemologia, mas não na epistemologia naturalizada.

Kim acrescenta a esta alegação, explicando como a ideia de “justificação” é a única noção (entre “crença” e “verdade”), que é a característica definidora de um estudo epistemológico (1988, p. 383). Remover este aspecto é alterar o sentido e o objetivo da epistemologia, de modo que não estejamos mais discutindo o estudo e aquisição do conhecimento. A justificação é o que torna o conhecimento valioso e normativo; sem ele como, com que razão dizemos que uma crença seja verdadeira ou falsa? Ficamos apenas com as descrições dos processos pelos quais chegamos a uma crença. Kim percebe que Quine está movendo a epistemologia para o domínio da psicologia (1988, p. 389), onde o principal interesse de Quine é baseado na relação nomológico-causal de *input-output* sensorial de um indivíduo, como se fosse uma estrutura física, um fato natural. Entretanto, a relação causal entre inputs sensoriais e outputs cognitivos é uma relação entre teoria e evidência, mas não uma relação evidencial (KIM, 1988, p. 390).

Essa abordagem, para Kim, nunca pode estabelecer uma afirmação que pode nos levar à verdade, já que todas as afirmações desprovidas de normatividade são puramente descritivas (e nunca podem chegar ao conhecimento). A provisão vulgar de qualquer afirmação, sem discriminação normativa como cientificamente válida, faz com que a teoria de Quine seja difícil de aceitar sob qualquer teoria epistemológica que exija a verdade como objeto de conhecimento. Kim acredita que seja necessária a construção de uma teoria interpretativa que assegure significados para nossas crenças e possa atribuir outras atitudes afirmativas (1988, p. 392). Uma crença é justificada não é um fato bruto, natural, sem relação com que tipo de crença é essa. Deve haver, para Kim, uma razão para ela, fundada em propriedade factuais

é que, embora seja comum existir opiniões que afirmem aceitar o naturalismo, aqueles que aceitam os padrões da filosofia naturalista de Quine são poucos.

Em suma, a teoria de Quine é mais bem compreendida como uma forma sistemática, única e empirista, de fornecer uma resposta para à questão de como se poderia chegar a uma “concepção absoluta de mundo”. Tentei esboçar o caráter sistemático da filosofia de Quine, enfatizando a sua base *behaviorista* e, em particular, explicando como a concepção visão naturalista da linguagem e de uma teoria comportamental de significado fornece a estrutura dentro da qual a maior parte do seu sistema se desenvolve. Ele adota uma estratégia de unir a concepção naturalista-behaviorista da linguagem com a visão de que as teorias científicas são essencialmente estruturas linguísticas, de sorte que se é levado a crer que a ciência está subdeterminada pela experiência, na medida em que a linguagem teórica vai além das sentenças de observação. Além disso, as teorias da ciência são vistas de forma holística, relacionadas à experiência: cada afirmação de tais teorias irá possuir o seu próprio significado empírico, mas não de forma única e isolada. E, se há indeterminação e holismo, então, há indeterminação da tradução e de referência. Além disso, há inscrutabilidade: quando generalizada suficientemente ela se torna a doutrina da relatividade ontológica. Além disso, o holismo implica a rejeição da distinção analítico-sintética, e, é claro, do reducionismo. A sinonímia passa pelo crivo de Quine também, e, com ela, significados, proposições, atributos e relações; a partir de um ponto de vista behaviorista, todos esses conceitos sofrem de uma falta de individuação. E, finalmente, a indeterminação e o holismo levam a filosofia pragmática da ciência quineana.

Pelo naturalismo de Quine, todo conhecimento científico e todo significado cognitivo repousam na experiência sensorial e, finalmente, na negação da existência do conhecimento *a priori*. Ele se sai, na verdade, como um verdadeiro empirista. E, no

descritivas daquela crença em particular (1988, p. 399). Para tanto, não precisamos de novas inspirações das ciências para saber da existência de critérios naturalísticos para conceitos epistêmicos e normativos (KIM, 1988, p. 400).

Richard Feldman, no artigo “*Naturalismo metodológico na epistemologia*” argumenta que é incontestável o fato de que a investigação empírica possa ser relevante para algumas questões da epistemologia. No entanto, não há como afirmar que a análise científica do conceito de conhecimento seja mais útil do que a análise não empírica do conceito de conhecimento. Sobre o problema da justificação, por exemplo, esse tipo de naturalismo, que propõe que uma crença seja justificada seja formada por um processo cognitivo confiável depende da eleição de quais de nossos processo cognitivos são realmente confiáveis para, assim, explicar como chegamos a uma crença justificada. Entretanto, apenas esta última tarefa, a de identificação dos princípios que levam a uma crença justificada é que é, de fato, empírica, sendo todo o resto mera atividade especulativa. Feldman observa que o argumento cético tem uma premissa que afirma condições necessárias para o conhecimento, junto com uma premissa que afirma que não conseguimos satisfazer essas condições. Desafiar essa última premissa requer investigação empírica; mas desafiar a primeira premissa requer uma investigação não empírica tradicional.

entanto, o que faz o empirismo de Quine único não é apenas a rejeição dos dois dogmas do velho empirismo, mas o seu naturalismo, sua rejeição ao desiderato de uma *filosofia primeira*. Ele reconheceu que o desafio do cético às fontes de ciência de dentro da própria ciência é um argumento ilusório, do qual os céticos gostam tanto e só tem sentido por que a ilusão por si só tem sentido. O reconhecimento de fato desta depende de um longo caminho para aliviar o novo fardo epistemológico da impossibilidade de propor uma *filosofia primeira*.

4.5.1 Naturalismo quineano e Realismo Jurídico: entre o behaviorismo e a análise conceitual

O cientismo de Quine, isto é, sua “concepção absoluta de mundo” ainda se assemelha àquela defendida pelo Realismo Jurídico Escandinavo²²¹ e principalmente ao Realismo Norte-Americano até a metade do Século XX. De alguma forma, pode-se dizer, como Leiter pretendeu em sua obra, que os Realistas seriam “protonaturalistas”, na medida em que anunciaram uma postura cética quanto às razões formadoras do processo decisório e, na sua forma mais radical, a importância do incentivo aos estudos empíricos sobre a influência do mecanismo comportamental (*behaviorista*) para fins de previsão das decisões judiciais. Entretanto, como afirmarei no último capítulo desta tese, o naturalismo atribuído ao Realismo Norte-Americano deve ser ponderado com moderação e apenas nessa forma trivial, não sendo possível considerar que, de fato, um tenha antecedido os pressupostos do outro pelo simples fato da dificuldade de dissociação do Realismo Jurídico da análise conceitual tradicional.

Como frisei anteriormente, o Realismo Jurídico nasceu na teoria do direito em um período de transição, entre o arrefecimento dos nacionalismos das Grandes Guerras Mundiais e a formação de modelos políticos mais neutros, o que direcionou o estudo do direito para as ciências sociais e naturais enquanto explicação causal das decisões judiciais. Isso

²²¹ Tendo em vista a breve exposição do pensamento de Alf Ross e a apresentação do naturalismo de Quine, é possível afirmar, com maior clareza, que Ross foi um naturalista, tendo aceitado as premissas do naturalismo metodológico do tipo que requer “métodos de continuidade”, desempenhando um papel importante em sua filosofia jurídica. O não-cognitivism de Ross é consistente com um compromisso com a concepção ampla do naturalismo, embora Ross possa ser capaz de resolver o problema invocando uma distinção entre a linguagem jurídica objeto e a metalinguagem jurídica, dizendo que sua análise diz respeito aos conceitos da metalinguagem jurídica. Além disso, a análise de Ross crítica os conceitos jurídicos, tais como o conceito de direito válido e conceito de direito, dependendo de um compromisso com a concepção do naturalismo. Além disso, sua análise dos métodos e técnicas de raciocínio jurídico pode ser vista como reflexo de um compromisso com o naturalismo substitutivo.

garantiria, para a época, um aspecto mais objetivo e, portanto, mais confiável para a construção dos ordenamentos jurídicos contemporâneos em relação ao esfacelamento da moralidade política da época. À medida que os Estados foram se reorganizando, o próprio Realismo Jurídico, enquanto movimento heterogêneo²²² recolocou a análise conceitual na teoria do direito. Da mesma forma, é equivocado dizer que Quine não deixou qualquer espaço para a normatividade na epistemologia, tendo feito da ciência a sua própria norma. No entanto, tais questões conceituais tem um papel muito menor que àquele ao qual os teóricos do direito e filósofos estavam habituados, na medida em que são substituídas por uma preocupação preditiva²²³, causal-nomológica, que não necessariamente está relacionada com a justificação ou a garantia de razões para agir.

Assim como Quine abandonou a questão fundamental sobre o que é conhecimento, os Realistas Norte-Americanos parecem ter deixado em segundo plano a questão sobre o que é direito além daquele existente nas decisões judiciais. Portanto, dizer que os Realistas negaram a existência de regras jurídicas é lhes atribuir a seguinte posição: o fato de que algo é direito válido não dá a quem o direito se aplica uma razão objetiva para a obediência. Não há objetividade posto que não há razões independentemente das atitudes da pessoa a quem se aplica o direito.

O problema desse ceticismo do Realismo Jurídico não está na desconfiança da objetividade jurídica propriamente dita, mas na definição do direito (para aqueles que assim formularam essa ideia) como predições do que os Tribunais farão. Isto se torna um equívoco, na medida em que pode ser lido como uma “definição” de direito, muito embora não tenham apresentado claramente essa intenção²²⁴.

²²² É preciso deixar claro, uma vez mais, que é perigoso falar de uma teoria uniforme realizada pelos Realistas enquanto grupo, mesmo quando o grupo é limitado àqueles que mais comumente concordaram em ser realistas. Na verdade, é ainda mais perigoso quando a teoria está na filosofia do direito, uma vez que os realistas, à exceção de Felix Cohen, não têm formação significativa na filosofia. No entanto, o Realismo continua um assunto mais de interesse histórico, precisamente porque temas unificadores podem ser encontrados nos escritos dos realistas. E alguns dos temas mais importantes são filosóficos. O fato de que à maioria dos Realistas faltava formação filosófica não significa que eles não tivessem opiniões filosóficas. Tudo isto significa é que essas opiniões foram expressas de forma imperfeita em suas obras, tornando algumas reconstruções filosóficas necessárias.

²²³ A teoria previsão dos Realistas é uma abordagem dos elementos que devem ser identificados como direito. Assim como o naturalismo quineano, a preocupação está relação entre inputs (evidências) e outputs (decisões), não necessariamente na formação de um conceito de conhecimento. Como veremos, no entanto, a teoria de previsão é insuficiente para tal empreendimento. Muitas vezes, não consegue identificar Constituições e leis escritas como direito, mesmo que estes sejam claramente itens que caem dentro do nosso conceito de direito. Como consequência, a teoria de predição não pode dar sentido a alguns erros judiciais como, por exemplo, a decisão de um tribunal que é contrária a uma lei válida.

²²⁴ Concordo com a avaliação de Leslie Green de que, dada a breve apresentação do pensamento de alguns autores vinculados ao Realismo Jurídico Norte-Americano, torna-se difícil saber, por exemplo, se Llewellyn teria mantido seu entendimento abrangente de direito como algo que inclui não apenas os métodos popularescos dos advogados, mas mesmo a filosofia do direito, se não fosse uma de suas ambições para

De qualquer modo, o naturalismo de Quine é apenas uma posição entre várias em um debate muito maior da teoria analítica do direito. Este debate, conhecido como “*debate metodológico*” envolve uma séria discussão autorreflexiva no âmbito da teoria analítica sobre o futuro da análise conceitual e do grau em que a teoria do direito pode ser inteiramente descritiva ou se necessariamente envolve dimensões normativas. Isto vai além da questão tradicional sobre “O que é o direito?”, mas sobre “Como se deve fazer filosofia do direito?” É claro que este debate está relacionado com o debate sobre a natureza do direito em que o debate metodologia começou com a questão de saber se uma teoria puramente descritiva do direito é possível, ou se deve pressupor compromissos normativos e especificamente morais.

A postura de abandono das questões tradicionais da teoria do direito pelo Realismo foi criticada por um autor fortemente influenciado pela virada linguística e que tinha como ponto forte a defesa dos preceitos da filosofia analítica. No que segue, portanto, apresentarei as críticas apresentada por H.L.A. Hart ao Realismo e como tal crítica levantou Brian Leiter da “poltrona” filosófica em direção ao projeto de naturalização da teoria do direito²²⁵.

5. H.L.A. Hart e a nova concepção de objetividade

Como indiquei no início deste capítulo, a obra de H.L.A. Hart sinaliza uma resposta aos compromissos fiscalistas do Realismo Jurídico²²⁶ em favor do que veio a ser denominado positivismo metodológico, expresso em *O Conceito de Direito*, publicado em 1961.

transformar a maneira como o direito estava sendo ensinado nos Estados Unidos. E isso faz com que seja difícil saber se as famosas provocações dos Realistas (que as regras seriam apenas ‘brinquedos bonitos’, que os juízes decidem apenas por ‘palpites’, que o direito nada mais é do que ‘profecias do que os tribunais vão fazer de fato’, etc.) foram tentativas sérias de explicar a natureza do direito, ou apenas slogans feitos para celebrar identidades e assegurar adeptos. Como a associação ao movimento esteve sempre em constante mudança e era também informal, também é difícil saber exatamente cujos pontos de vista contar como Realistas: um realismo construído sobre as idéias de Underhill Moore parece bastante diferente de um realismo inspirado por Jerome Frank (GREEN, 2009, p. 06)..

²²⁵ Leiter, como apresentarei adiante, se concentra em apenas duas figuras: Holmes e Jerome Frank, sem abordar as muitas expressões das novas teorias do direito, citadas anteriormente, e desenvolvida a partir do realismo de Cohen e Cook. Além disso, é somente através da citação seletiva que Leiter se torna capaz de gerar evidências sobre Holmes e Frank. Leiter argumenta, por exemplo, que a teoria da previsão do direito que Holmes oferece no “*The Path of the Law*” não deve ser tomada como modelo universal, porque Holmes começa o ensaio “ênfatizando que ele está falando sobre o significado do direito para advogados que vão comparecer perante os juízes, ou (...) aconselhar as pessoas de tal forma a mantê-las fora do tribunal”. Mas no que segue é que Holmes realmente diz no início desse ensaio: “Quando estudamos o direito não estamos estudando um mistério, mas uma profissão bem conhecida. Estamos estudando o que havemos de querer a fim de comparecer perante os juízes, ou aconselhar as pessoas de tal forma a mantê-los fora do tribunal”.

²²⁶ Na definição de Hart: ‘Uma vez mais parece que a única virtude da teoria por nós rejeitada consiste em ser uma versão confusa de uma advertência Realista. Neste caso, trata-se da advertência de que, a menos que os

Se no âmbito do Realismo Jurídico há um desconforto entre o postulado de que a objetividade é uma circunstância atribuída aos fatos independente da mente humana, isto é, independentemente da nossa perspectiva, tal concepção de objetividade permitirá que Hart considere o direito como um dado objetivo, mas que independe de qualquer postulação fundacional, posto que deve ser considerado como um conceito que parte de nossa própria perspectiva cognitiva. A grande novidade que a teoria de Hart trouxe à compreensão do conteúdo cognitivo²²⁷ dos enunciados jurídicos está, portanto, no fato de que ele não assume como necessário que a objetividade do direito seja descrita segundo um padrão absoluto, de modo a privilegiar o “sucesso das ciências”, tal como pretenderam os Realistas e Hans Kelsen. Isto explica como as descrições feitas de um “ponto de vista interno” podem ser consideradas descrições objetivas²²⁸.

Hart inicia *O Conceito de Direito*, sem o temor de enfrentar a questão persistente da teoria do direito, qual seja, “o que é direito?” que, embora seja facilmente respondida pelo cidadão comum, causa espanto ao teórico do direito (1994, pp. 06-07). Essa questão se relaciona, ainda, a outras questões ainda mais intrigantes: “qual a natureza do direito?”, “como difere o direito e a obrigação jurídica das ordens baseadas em ameaças e como se relacionam com estas?”, “o que significa dizer que uma regra de direito existe?”, “os Tribunais aplicam na realidade regras ou fingem meramente fazê-lo?” Tais questões sugerem, para o autor, que o conceito de direito pode ser determinado por “gênero e

funcionários do sistema e, sobretudo, os tribunais aceitem a regra que certos atos legislativos, passados ou presentes, estão revestidos de autoridade, algo de essencial ao seu estatuto de direito faltar. Mas um realismo de espécie tão mezinha não deverá ser confundido com a teoria por vezes conhecida sob o nome de Realismo Jurídico, (...) e que, em certas versões sustenta que nenhuma lei é direito antes de ser aplicada efetivamente por um tribunal. Há uma diferença, crucial para a compreensão do direito, entre a concepção verdadeira que afirma que, para uma lei ser direito, os tribunais devem aceitar a regra de que certos atos legislativos criam direito, e a teoria equívoca de nada é direito até ser aplicada num caso concreto por um tribunal. Algumas versões da teoria do realismo jurídico, vão, evidentemente, muito além da falsa explicação da persistência das leis que criticamos; chegam mesmo ao ponto de negarem o estatuto de direito a qualquer lei, feita por um soberano do passado ou do presente, antes da sua aplicação efetiva pelos tribunais” (HART, 1994, p. 74).

²²⁷ V. a propósito, Michelin Júnior (2004, p. 139).

²²⁸ De acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior, tanto a preocupação metodológica inserida na obra de Hans Kelsen como no Realismo Jurídico contribuíram para a reflexão metodológica e epistemológica sobre o direito no século XX. O positivismo metodológico pode ser reconhecido pelo seguinte slogan: “é possível identificar e descrever o direito tal como ele é” (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 52-56). Ronaldo Porto Macedo também considera que “(...) se pode afirmar que a incorporação da agenda metodológica é feita por Hart quando trás para o campo jurídico as novidades dos movimentos filosóficos relacionados à chamada “filosofia da linguagem”, em particular à filosofia analítica (...). Os trabalhos de Hart, ao incorporarem alguns dos temas e dos métodos da filosofia analítica então dominante na Inglaterra, reexaminaram velhos problemas relacionados à formação da linguagem teórica, à construção conceitual da linguagem científica e, por extensão, à própria linguagem descritiva do direito” (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 54-55). V. a propósito, Michelin Júnior (2004, p. 115).

diferença²²⁹”, isto é, deve ser buscado por meio da identificação das práticas sociais a que ele se refere²³⁰. Sua comparação entre o conceito de direito e o conceito de calvície²³¹ é o exemplo paradigmático da influência de Wittgenstein n’*O Conceito de Direito*²³². Ainda sob influência da filosofia da linguagem de Peter Winch e, indiretamente, de Wittgenstein²³³, Hart proporá uma descrição do conceito de direito que seja, ao mesmo tempo, objetiva e dependente da perspectiva dos sujeitos, de tal sorte que a correta descrição do direito enquanto fato social dependerá da compreensão da tensão entre sua *perspectiva externa* e sua *perspectiva interna*²³⁴.

²²⁹ Nas palavras do próprio Hart: “Esta forma de definição (per *genus et differentiam*), que se vê no caso comezinho do triângulo ou do elefante, é a mais simples e, para alguns, a mais satisfatória, porque nos dá uma série de palavras que pode ser sempre substituída pela palavra definida. Mas nem sempre está disponível, nem é sempre clarificadora, quando disponível. O seu sucesso depende de condições que frequentemente não estão preenchidas. A principal entre estas últimas é que devia haver uma família mais extensa de coisas ou *genus*, relativamente a cuja natureza estamos esclarecidos e dentro da qual a definição localiza o que define; porque, claramente, uma definição que nos diz que algo é membro de uma família não nos pode ajudar, se tivermos apenas ideias vagas ou confusas quanto à natureza da família. É esta exigência que, no caso do direito, torna inútil essa forma de definição, porque aqui não há uma categoria geral bem conhecida e familiar, de que o direito seja membro. O mais óbvio candidato para uso deste modo numa definição de direito é a família geral de regras de comportamento; contudo, o conceito de regra, como vimos, é tão causador de perplexidade como o do próprio direito, de tal forma que definições de direito que começam por identificar as leis como uma espécie de regras, normalmente não aumentam mais a nossa compreensão do direito. Para isto, exige-se algo de mais fundamental do que uma forma de definição que seja utilizada com sucesso para localizar um tipo especial e subordinado dentro de um tipo genérico de coisa, familiar e bem conhecido” (HART, 1994, pp. 18-19).

²³⁰ É claro que pode haver alguma discordância com relação à definição dessas práticas, mas, todavia, é possível sustentar a tese hartiana ao argumento de que “muitas práticas estão subjacentes às várias definições teóricas existentes e envolvem algum tipo de consenso pressuposto sobre o significado do direito” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 57).

²³¹ “Algumas vezes, a diferença entre um caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis, é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; outro com uma cabeleira luxuriante claramente que não o é; mas a questão respeitante ao terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena dela derivasse qualquer resultado prático” (HART, 1994, p. 08).

²³² Segundo Nicola Lacey, em Harvard, a influência de Quine no Departamento de Filosofia, junto com o peso do Realismo Jurídico, da jurisprudência sociológica e de uma variedade de abordagens interdisciplinares do direito formaram o caldo de cultura da filosofia da linguagem e da teoria do direito que marcaram época e transformaram o trabalho de Hart naquilo que conhecemos hoje.

²³³ Veja-se, em especial, o §50 das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein: “O que significa, pois dizer que não podemos acrescentar aos elementos nem ser nem não-ser? –Poder-se-ia dizer: se tudo aquilo que chamamos de ‘ser’ ou ‘não-ser’ deve-se ao existir ou não-existir de ligações entre os elementos, então não há nenhum sentido em falar do ser (não-ser) de um elemento; tampouco, se tudo o que chamamos de ‘destruir’ é devido à separação dos elementos, não tem sentido falar da destruição de um elemento. Mas poder-se-ia dizer: não se pode anexar ser ao elemento, pois se ele não fosse, não se poderia chamá-lo nem nada enunciar sobre ele. – Consideremos então um caso análogo! Não se pode enunciar de uma coisa que ela tenha um metro de comprimento e ainda que não tenha um metro de comprimento, e isto se dá com o metro-padrão de Paris. – Com isso ainda não atribuímos a ele qualquer qualidade notável, mas apenas caracterizamos seu papel especial no jogo do medir com a medida do metro. – Imaginemos de modo semelhante ao do metro-padrão, um modelo das cores conservado em Paris. Assim, declaramos: ‘sépia’ chamar-se-ia a cor do sépia-padrão lá conservado no vácuo. Então não haverá sentido algum em dizer que esse modelo tem essa cor, nem que ele não a tem” (WITTGENSTEIN, 1973, p. 36).

²³⁴ Para Hart, entre as características do conceito de direito pensadas para exigir uma explicação filosófica, duas são centrais: (i) de todas as diversas normas de uma sociedade, só alguns subconjuntos são normas de “direito” (critérios de legalidade); e (ii) uma norma especial, é uma norma “jurídica” fornece aos agentes

Não obstante, o tratamento dado por Hart à questão dos enunciados cognitivos avança à preocupação de Quine de estabelecer interpretações “psicologistas” da distinção entre eventos psicológicos interiores e eventos não-psicológicos ou exteriores como abordagem de maior sucesso sobre a nossa linguagem. Para justificar a existência de regras jurídicas, ele apela para a avaliação de diferentes comportamentos linguísticos socialmente típicos. Mais do que a análise psicológica, é a análise de nosso comportamento linguístico que pode levar a uma conclusão sobre a existência de algo. É “através da nossa linguagem que é possível constatar se uma regra social está sendo utilizada, e a utilização é a condição necessária suficiente para a existência de uma regra: isso pertence à essência da regra” (MICHELON JÚNIOR, 2004, p. 161).

Esse empreendimento de Hart surge da observação das dificuldades de reduzir a explicação da normatividade do direito a fatos brutos, de tal sorte que tais premissas fisicalistas merecem ser abandonadas. Para ele, tal redução fisicalista ao fato da obediência regular ou ao fato psicológico do sentimento de obrigação, como sugerido muitas vezes no âmbito do Realismo Jurídico não é convincente, posto que incapaz de distinguir o nosso uso comum das expressões “*ter obrigação*” e “*ter sido obrigado a*”²³⁵. O autor entende que o “sentido interno” a que o Realismo se refere não significa o mesmo que sua concepção de “sentido interno”²³⁶. Para ele, a “distinção necessária entre o externo e o interno não é aquela que

razões especiais para agir (normatividade do direito). Uma abordagem dos critérios de legalidade demarca a fronteira (se houver) entre normas de direito e todas as outras normas da sociedade (especialmente as normas da moral), e ao mesmo tempo define o alcance da obrigação dos juízes: estes devem respeitar e fazer cumprir as normas do direito. Uma abordagem da normatividade do direito, por outro lado, explica como ou por que o direito muda as nossas razões para agir. Assim, ajuda demarcar a fronteira entre o comportamento do grupo que é meramente habitual daquele que é genuinamente governado por regras; neste último caso, mas não no primeiro, a norma que descreve o comportamento fornece um padrão de conduta para que as pessoas possam legitimamente recorrer ao justificar a conformidade ou criticar o desvio da norma. Somente quando entendemos normas a partir deste ponto de vista interno, isto é, como o fornecimento aos agentes de razões especiais para a ação, é que podemos começar a entender as normas que compõem o direito.

²³⁵ Na explicação do próprio Hart: “Contudo, embora tais referências a juízos comuns sobre males comparados e estimativas razoáveis de probabilidade estejam implícitos nesta noção, a afirmação de que uma pessoa foi obrigada a obedecer alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente a crenças e motivos pelos quais se fez uma ação. Mas a afirmação de que alguém tinha a obrigação de fazer algo é de tipo diferente e há muitos sinais desta diferença” (HART, 1994, p. 93).

²³⁶ Hart expressa sua preocupação com a distinção de significados de pontos de vista interno em um texto sobre o Realismo Escandinavo: “Ross inicia sua análise da validade jurídica considerando o caso mais simples das regras do jogo de xadrez, embora seja importante observar que não falamos geralmente de regras como ‘válidas’, excedo quando, como no caso jurídico, o sistema contenha alguns critérios gerais para a identificação das regras. Ross afirma que uma regra de xadrez, por exemplo, de que o bispo deve se mover na diagonal (exemplo meu), é uma ‘regra de xadrez válida’ se (i) os jogadores regularmente movem o bispo desse modo e (ii) eles o fazem porque experimentam um sentimento de compulsão de seguir esse padrão de comportamento. Segue-se que a regra é, nessas circunstâncias, algo que nos permite (a) entender ou interpretar as ações dos jogadores como uma conduta coerente e motivada e (b) prever seu comportamento futuro. A regra-fórmula serve, portanto, tanto como um ‘esquema interpretativo’ quanto como base para predições. A análise paralela no caso validade jurídica se dá da seguinte forma. As regras jurídicas são essencialmente diretivas [*directives*] para que os tribunais, diante de determinadas condições, apliquem

distingue o comportamento físico dos sentimentos, embora essa possa, evidentemente, ser estabelecida; mas sim uma distinção separando dois tipos de declarações radicalmente diferentes”.

Mas por que essa distinção “interno/externo” seria importante para a explicação do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos? Hart acredita tal distinção é importante para que possamos distinguir também *hábitos* de *regras*. Até aí, ambos remetem à regularidade de comportamento social, algo que é passível de observação até mesmo pelo método naturalista quineano. Entretanto, as regras possuem algo que passa despercebido do naturalismo, que é o elemento da “atitude crítica reflexiva”, donde se infere a *aceitação* de um comportamento. Tal aceitação, a seu turno, não remete apenas à observação ou aprovação de um padrão de comportamento ou mesmo nutrir um sentimento em relação à conduta de alguém²³⁷, mas, como explicou Claudio Michelon Júnior, “significa utilizar esse padrão para estabelecer críticas e justificar críticas a um determinado comportamento que não esteja adequado ao padrão” (2004, p. 149). Tais padrões de comportamento são compartilhados por um grupo social, não se tratando, pois, de formulações comuns às linguagens privadas, criticadas por Wittgenstein²³⁸. A atitude crítica reflexiva consiste nada mais do que no uso da regra para estabelecer e justificar críticas, isto é, do critério e da “forma de vida” compartilhados: a regra de reconhecimento²³⁹. Esta regra contém em si as

sanções (Esse dogma kelseniano é adotado sem grandes discussões). Dizer que uma regra jurídica é válida é dizer (i) que os tribunais, em condições específicas, irão aplicá-la ou, pelo menos, considerá-la como especialmente importante para chegarem a uma decisão e (ii) que eles o farão porque tem a experiência emocional de ‘estarem vinculados’ pela regra. Uma lei válida é uma hipótese verificável sobre o comportamento judicial futuro e seu sentimento motivador especial” (HART, 2010, pp. 185-186).

²³⁷ De acordo com o próprio Hart: “O aspecto interno das regras é muitas vezes representado de modo errôneo como mera questão de ‘sentimentos’ em contraste com o comportamento físico observável externamente. Sem dúvida, quando as regras são geralmente aceitas por um grupo social e geralmente apoiadas por uma crítica social e uma pressão de conformidade, os indivíduos podem ter experiências psicológicas análogas às da restrição ou da compulsão. Quando dizem que ‘se sentem compelidos’ a se comportar de certas maneiras, eles talvez estejam, de fato, se referindo a essas experiências. Mas tais sentimentos não são nem necessários nem suficientes para a existência de regras ‘compulsórias’. Não há nenhuma contradição em se afirmar que algumas pessoas aceitam certas regras, mas não experimentam esses sentimentos de compulsão. O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos padrões de comportamento enquanto um standard comum” (1994, p. 57).

²³⁸ § 202 “Eis porque ‘seguir a regra’ é uma práxis. E acreditar seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podemos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra” (WITTGENSTEIN, 1973, p. 92).

²³⁹ A regra de reconhecimento explica por que a soberania pode ser limitada juridicamente. Se as autoridades identificam como direito um princípio que rege a sucessão de soberanos, então é direito, mesmo que ele próprio não seja o comando de qualquer soberano. Mais importante para os nossos propósitos, Hart acredita que o conjunto de fatos sociais que constituem a regra de reconhecimento, ao contrário daqueles fatos sociais a que recorreu Austin, pode explicar a normatividade do direito, por que o direito consiste em regras no sentido de razões para agir. O fundamento do argumento de Hart é que uma regra de reconhecimento é uma regra social. Existe uma regra social, quando, além da convergência de comportamento, os desvios são geralmente considerados como lapsos ou falhas abertas a críticas, e ameaças de desvios encontram pressão de

duas perspectivas: “uma está expressa na afirmação externa de fato de que a regra existe na prática efetiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar o direito” (HART, 1994, p. 123).

Há, portanto, duas formas de dar conta do fenômeno jurídico: aquela dos que vivem os padrões de comportamento social como guia de conduta (ponto de vista interno) e aquela dos que não levam em conta esses padrões de conduta ao descrever o comportamento humano (ponto de vista externo). Assim sendo, o aspecto interno das regras só pode ser visto do ponto de vista interno, mas, quem assume apenas o ponto de vista externo, só poderá perceber hábitos sociais como regularidades de comportamento, mas não comportamento de conformidade com as regras.

Desse modo, conceitos como “direito subjetivo”, “dever jurídico” ou “obrigatoriedade” só ganham sentido quando descritos do ponto de vista interno, mas perdem completamente o sentido quando utilizados em enunciados externos ao empreendimento jurídico, como, por exemplo, pelo viés de outro domínio do conhecimento, como as ciências naturais ou a psicologia, tal como parecer querer ver o Realismo Jurídico. Estes conceitos não se tratam de ilusões, mas de regras sociais que existem objetivamente, não enquanto fatos brutos ou eventos do “mundo interior” (estados mentais), mas enquanto fatos institucionais, para cuja existência é necessária uma regra social. É da nossa perspectiva que as expressões que afirmam a existência de “direitos subjetivos” ou “deveres jurídicos” são descrições de um aspecto da realidade²⁴⁰; são, pois, descrições objetivas quanto podemos desejar, esperar e compreender, intenções estas que são excluídas do behaviorismo quineano e que são reinseridas na teoria do direito hartiana.

Com isso, Hart rompe com a “concepção absoluta de mundo” ao afirmar que “o fenômeno da normatividade do direito exige uma nova e distinta compreensão da objetividade e da própria intencionalidade do agente nas práticas juridicamente significativas”, ou seja, é “necessário reconhecer que o próprio conceito de objetividade depende, em alguma medida, de nós mesmos²⁴¹” (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 61-62).

conformidade. Não só é o desvio de um padrão criticado, mas a crítica é considerada legítima, e não apenas por aqueles criticados, mas também pela maioria dos criticados.

²⁴⁰ É preciso deixar claro que embora as razões para agir previstas pela regra de reconhecimento pareçam, segundo esta explicação de Hart, objetivas, ele deixa claro que elas não são razões morais. A legalidade não depende necessariamente do mérito moral. Para Hart, em nenhum sentido é uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam determinadas exigências da moralidade, embora na verdade elas tenham muitas vezes a mesma forma.

²⁴¹ Na explicação de Claudio Michelon Júnior, “No sentido de que a justificação da objetividade depende de uma regra aceita que a objetividade depende em certa medida dos sujeitos, mas isto não significa que os sujeitos possam de alguma forma dispor do conceito de objetividade. O que Wittgenstein (e Cavell quando interpreta Wittgenstein) nos propõe como fundamento do conceito de objetividade (e da própria objetividade,

Há, na leitura de Ronaldo Porto Macedo Júnior, o desenvolvimento de uma nova concepção de objetividade na obra de Hart, segundo a qual nossos conceitos fundamentais para a compreensão do mundo dependem de nossa experiência:

“Nesse sentido, a justificação da objetividade de uma proposição vai se basear, em última instância, numa regra social aceita e compartilhada por indivíduos que vivem dentro de uma mesma ‘forma de vida’. A regra, aceita, compartilhada, é constitutiva do próprio conceito de objetividade. Este, por sua vez, depende, em certa medida, dos sujeitos. A exigência de uma ‘congruência de subjetividades’ que partilham de uma mesma forma de vida é condição lógica necessária para a constituição da regra que determina o sentido da objetividade. Por esse motivo, para Wittgenstein (e Hart) um conceito de objetividade que fosse completamente independente de nossa perspectiva subjetiva (ou forma de vida) seria um *nonsense*. A sua afirmação apenas revela um erro gramatical (lógico) no uso do conceito de objetividade. Essa nova concepção de objetividade do mundo permitirá afirmar que o direito e seus conceitos são parte da realidade (e não uma ilusão, como afirmarão os realistas escandinavos) e que essa realidade não é redutível a fatos brutos. A realidade do direito depende de regras sociais e, dessa forma, depende de nós mesmos. Assim, ela não é passível de uma descrição ‘a partir de lugar nenhum’, isto é, externamente a nossa perspectiva humana manifesta em nossas formas de vida” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 133).

5.1 A crítica de Hart ao Realismo Jurídico: indeterminação e ceticismo

Procurei apresentar anteriormente o trabalho de Kelsen e dos Realistas como um esforço de fixação da objetividade do direito segundo um “*ponto de vista externo*” ou na feliz definição de Thomas Nagel, “*visto de lugar nenhum*”²⁴². De acordo com Nagel, esse tipo de objetividade denota uma tendência da vida intelectual contemporânea: o novo

portanto) é muito (mais) parecido com uma congruência de subjetividades do que com um padrão de objetividade ‘independente de nossa perspectiva’. O conceito de objetividade é, ele próprio, parte de nossa perspectiva” (MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 137-138).

²⁴² De acordo com Claudio Michelon Júnior, a tese segundo a qual só as descrições absolutamente independentes de nossa perspectiva contam como descrição objetiva do mundo implica: a) uma concepção das relações entre objetividade e perspectivas particulares o que é, por definição, impossível. Mesmo que a definição fiscalista seja extensionalmente coincidente com o conjunto de situações em que normalmente afirmamos que existem direitos subjetivos, não terá dito nada sobre o que queremos dizer com ‘direito subjetivo’; b) uma determinada concepção sobre a nossa forma de lidar com os conceitos. Logo, se é impossível determinar os fatos brutos que acompanharão qualquer aplicação do conceito, é impossível também estabelecer a regra segundo a qual, dados determinados fatos brutos, estaremos diante de um caso de aplicação de um conceito. Para que seja possível qualquer definição de um ponto de vista não subjetivo, é necessário conhecer a extensão do conceito. Mas a extensão depende das projeções que faremos em novas situações, ou seja, depende da forma como os usuários da linguagem fazem julgamentos; c) uma certa concepção sobre quais são as qualidades verdadeiras dos objetos (isto é, as qualidades primárias). Ainda que seja possível distinguir qualidades primárias das qualidades secundárias, não há qualquer razão para que as qualidades secundárias não façam parte do mundo (MICHELON JÚNIOR, pp. 116-131).

fiscalismo – o *cientismo*, cuja proposta é designar um tipo de conhecimento humano para lidar com o universo e com o que se pode apreender dele (2004, p. 12). O ceticismo impresso no Realismo Jurídico nega a existência de objetividade por que não a encontra dentre os fatos do mundo comete um erro, “não por que não seja possível oferecer um critério fático de verdade que ele afirma existir, mas por que exige e busca um critério fático quando não faz o menor sentido exigi-lo ou buscá-lo” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 136).

Nesse sentido, a crítica de Hart ao Realismo tem como principal razão o fato de que, para ele, os Realistas estão empenhados em estabelecer teorias reducionistas do direito, que não possuem uma abordagem adequada da natureza do direito ou dos sistemas jurídicos, especialmente por que conectada a uma ideia muito radical de indeterminação do direito.

No capítulo VII de *O Conceito de Direito*, Hart apresenta sua própria concepção de indeterminação, inserida naquilo que denominou como “textura aberta do direito”²⁴³. Assim como os Realistas (e, posteriormente na epistemologia, com Quine), ele reconheceu um “limite inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (1994, p. 139). Mas a indeterminação do direito não se restringe à expressão da linguagem jurídica como padrão geral de conduta. Há uma área em que o legislador mantém aberta para as considerações e julgamento do aplicador da regra: “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha ainda que não possa ser arbitrária ou irracional” (HART, 1994, p. 140). Tal escolha, inserida no exercício do poder discricionário, é um aspecto da condição, de nossa “forma de vida”, de sorte que a regulação prévia da conduta humana tem relação com a nossa relativa ignorância dos fatos da vida humana que precisarão ser regulados e a relativa indeterminação de finalidade dessa regulação²⁴⁴.

Desse modo, se o formalismo consiste numa atitude para com as regras que “procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha” (HART, 1994, p. 142) pelo juiz, a fim

²⁴³ No original: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos Tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (...) Este fato saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra a um caso concreto” (HART, 1994, p. 148).

²⁴⁴ Alerta Hart, portanto, para o fato de que a indeterminação com a qual nos devemos preocupar não é estritamente linguística ou interpretativa, mas na indeterminação que disso resulta, isto é, da previsibilidade das decisões judiciais. Para ele “precisamos nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas” (HART, 1994, p. 143).

de conseguir uma “medida de certeza”, à custa de uma falta de clareza quanto aos fatos e finalidades que serão regulados, numa perspectiva contrafactual, isto é, como se houvesse antecipadamente “uma única resposta correta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes” (HART, 1994, pp. 144-145).

Hart, portanto, acredita que há uma atividade judicial criadora ou legislativa na área da textura aberta²⁴⁵, “semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo”. Essa conclusão, vista de forma isolada do raciocínio anteriormente formulado, levou muitos teóricos a adotarem um posicionamento que foi por ele denominado de “*ceticismo de regras*”, segundo o qual “falar sobre regras é um mito que esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição” (HART, 1994, pp. 149-150).

O argumento de Hart n’*O Conceito de Direito* foi breve, pois acreditava que esta forma de ceticismo de regras era um fracasso óbvio. As decisões não podem ser tudo o que existe no direito, tanto que os Tribunais são constituídos por regras e decidem casos guiados pelas próprias regras de direito, isto é, pelas normas jurídicas que podem ser encontradas nas Constituições, leis, regulamentos e precedentes²⁴⁶.

Hart aponta que uma segunda versão desse ceticismo de regras poderia argumentar que, embora os Tribunais sejam constituídos por leis, estas não são direito até que sejam aplicadas pelos Tribunais, constituindo, pois, *meras fontes* de direito. Tal versão também é inconsistente por que não se pode dizer que as únicas regras existentes são aquelas que instituem os Tribunais, mas também aquelas que conferem poderes legislativos, ou seja, regras secundárias que conferem jurisdição aos Tribunais. Além disso, como anotado acima, para ele, o direito não funciona como hábito ou base para a predição de decisões

²⁴⁵ De acordo com David Brink, a ideia de textura aberta do direito permite concluir que o próprio Hart aceita a afirmação realista de indeterminação do direito, porém de uma forma mais modesta. Sob esse ponto de vista, casos fáceis, para os quais as regras jurídicas claramente são aplicadas, são juridicamente determinados; à medida que a obrigação do juiz é interpretar e aplicar o direito, é sua obrigação devidir os casos em que o direito se aplica. Mas em casos difíceis, em que há controvérsia ou obscuridade sobre se o direito existente se aplica, o direito é indeterminado, de tal sorte que, para Hart, tal indeterminação é um artifício da textura aberta da linguagem (BRINK, 2000, p. 18).

²⁴⁶ Eis o argumento de Hart: “Afirmada numa forma geral e absoluta, de maneira a abarcar ao mesmo tempo as regras secundárias e primárias, é na verdade bastante incoerente: porque a asserção de que há decisões dos tribunais não pode ser combinada de forma consistente com a negação de que haja quaisquer regras. Isto é assim porque, como vimos, a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões. Numa comunidade de pessoas que compreendessem as noções de decisão e de predição de uma decisão, mas não a noção de regra, a ideia de uma decisão dotada de autoridade faltaria e com ela a ideia de tribunal. Não haveria nada que distinguisse uma pessoa privada da de um tribunal” (HART, 1994, p. 150).

dos Tribunais ou ações de outras autoridades, mas “como padrões jurídicos de comportamento aceites” (1994, p. 151).

Para Hart, o ceticismo de regras só merece atenção enquanto teoria da função das regras na decisão judicial, no sentido de que não há nada que os Tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correto e, portanto, que não há nada nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno característico da aceitação das regras. Segundo esta teoria, as leis e afins podem ser direito, mas são muito indeterminados para influenciar significativamente ou prever as decisões dos juízes. Porque o direito é indeterminado, os juízes realmente decidem os casos com base em razões não-jurídicas.

Hart não defendeu que esta teoria fosse incoerente, mas achava que era um “grande exagero”. O direito é indeterminado somente nas margens da textura aberta, mas não é indeterminado em seu núcleo como os Realistas reivindicavam. Para ele:

“O cético acerca das regras é por vezes um *absolutista desapontado*; descobriu que as regras não tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fato, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto das regras. A concepção do cético sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras. Assim, o fato de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta ou terem exceções que não são desde logo exaustivamente especificáveis, e o fato de o desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física são frequentemente usados para fundamentar a tese do cético” (HART, 1994, p. 152).

David Brink (2000, pp. 15-16) conseguiu sintetizar de uma forma valiosa o ceticismo de regras segundo Hart. Para ele, a ironia do ceticismo de regras dos Realistas Norte-Americanos está no fato de representar, na verdade, um “antirrealismo filosófico sobre o direito”. O Realismo sobre determinado domínio tipicamente afirma que há fatos ou verdades de certo tipo que são independentes de nossas crenças sobre eles e sobre nossos procedimentos de verificação. Desse modo, o Realismo implica falibilidade. Em contraste, visões antirrealistas negam ou no mínimo restringem a falibilidade. Uma forma de verificacionismo sobre o mundo externo é o fenomenalismo, o qual, como vimos na explicação apresentada em Quine, sustenta que a verdade de uma afirmação nada mais é do que a verdade de várias afirmações que alguém pode experimentar. O behaviorismo é uma

visão verificacionista sobre estados mentais, de acordo com o que a atribuição de estados mentais nada mais é do que a atribuição de tendências comportamentais.

O modelo de regras de Hart, nesse sentido, é realista: trata as decisões judiciais como confiáveis, mas não como guias infalíveis do que seja o direito, independentemente dessas decisões. Os Realistas Norte-Americanos, em contraste, eram verificacionistas, pois pretendiam remover a lacuna entre o direito e as decisões judiciais e então fazer delas decisões infalíveis. Precedentes não implicam infalibilidade. De fato, a significância dos precedentes está em que as interpretações subsequentes do direito devem levar aquela decisão em consideração com outros materiais jurídicos, de sorte que os precedentes estão entre as regras jurídicas precedentes que qualquer decisão futura deve levar em conta. O precedente conta contra o verificacionismo, e não a seu favor.

Em um famoso artigo denominado “*A Teoria do Direito Norte-Americana pelos olhos dos Ingleses: o Pesadelo e o Nobre Sonho*”, publicado originalmente em 1977²⁴⁷, Hart esboçou uma representação ousada do cenário da teoria do direito norte-americana do início do século XX. Para ele, a teoria do direito americano estava voltada para a decisão judicial porque foi organizada em torno da necessidade de justificar o poder dos juízes para desmantelar a legislação democraticamente validada por razões constitucionais. Desse modo, a teoria do direito norte-americana reagiu a esta situação constitucional distintiva, sugeriu o autor, oscilando entre dois extremos: ou em direção ao ‘pesadelo’ da indeterminação total do direito e do exercício irrestrito da discricionariedade judicial ou em direção ao “sonho nobre” da plena determinação do direito. O “pesadelo” representado no realismo jurídico do início do século XX se entrega ao ceticismo sobre se os juízes são obrigados pelo direito em qualquer dos casos constitucionais complexos ou mais gerais. Em contrapartida, o “nobre sonho” desse mesmo realismo é particularista e holístico: busca encontrar razões que limitem o poder discricionário dos juízes com os recursos dos sistemas jurídicos específicos, e vê o direito como algo que consiste em mais do que meramente regras, afirmando que, mesmo quando as aparências indiquem o contrário, os juízes estão de fato “descobrimdo” ao invés de “criando” direito.

Tal é a concepção de direito que Hart atribui ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Seu argumento era que o problema essencial com Realismo repousava numa visão essencialmente preditiva do direito, moldada pela sua política, que não conseguiu explicar de forma verdadeiramente normativa, a qualidade de orientação da ação pelo direito. Para

²⁴⁷ Hart (2010, pp. 137-161).

ele, esta concepção nos convida a reconsiderar o ponto de vista de que um sistema jurídico é constituído totalmente por regras. Na feliz síntese de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

“A única objetividade possível (e que ‘faz sentido usar’) é aquela que reconhece que as proposições jurídicas têm por ‘base’ um conjunto de regras sociais que são aceitas por nossa ‘forma de vida’. A palavra ‘base’ está entre aspas em razão da impossibilidade de se pensar nela como um fundamento metafísico. A base aqui apenas indica a prática com a qual se inicia a regra, não o seu fundamento último. A pergunta pelo fundamento último, na verdade, também não faz sentido algum. Ela não passa de mais um enfeitiçamento que a linguagem própria de uma concepção absoluta nos faz crer e nos treina a repetir. A única base que podemos imaginar para a nossa linguagem são nossas práticas, nossa forma de vida. Nesse sentido, é a perspectiva social das intersubjetividades a única alternativa para a linguagem significativa sobre uma prática social regulada por regras como o direito. A concepção absoluta de mundo, inclusive a sua versão cética, deve ser abandonada em nome de uma nova objetividade adequada à gramática de nossas práticas sociais” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 137).

Infelizmente, Hart tem pouco a dizer sobre como as razões jurídicas e morais atuam em conjunto na determinação do que as autoridades deveriam fazer. Ele sugere, no entanto, que razões jurídicas não são excludentes. Exigências do direito devem ser equilibradas com preocupações morais. Mas a verdade é que, na medida em que ele está comprometido com a existência de obrigação jurídica, ele parece empenhado em defender que as razões jurídicas são os fatores determinantes do que as autoridades devem fazer. Porque as únicas razões objetivas para a conformidade à regra de reconhecimento que parecem disponíveis são morais, o positivismo hartiano está ameaçado, dado que insiste na separação de obrigação jurídica e moral. Ronald Dworkin identificou este problema no início de sua carreira e está no centro de sua crítica a Hart.

Não quero me alongar aqui sobre o tema, posto que escapa aos limites por mim traçados na introdução desta tese. De qualquer forma, o debate Hart-Dworkin foi essencial para a reconstrução da metodologia da teoria do direito no final do século XX, tendo seus argumentos merecido atenção no mundo acadêmico até hoje²⁴⁸. Voltarei a este debate apenas no próximo capítulo para apresentar a leitura de Leiter sobre este debate e o quanto este foi importante na sua defesa do projeto de naturalização da teoria do direito.

*

²⁴⁸ V. a propósito, Macedo Júnior (2013, em especial os capítulos 4 a 6).

A invasão da filosofia da linguagem na teoria do direito ofereceu uma abertura do panorama da solução das questões tradicionais do direito. Por tal razão, entendi essencial esta apresentação do pensamento dos seus autores mais influentes: Wittgenstein e Quine. Ao pensamento deste último atribuo uma característica de transição filosófica, que alterna entre a reinserção do intérprete/tradutor no papel principal da construção do conhecimento, mas que ainda se atém aos dogmas do empirismo, que o levaram ao que denominei como cientismo. Com Wittgenstein e, posteriormente na teoria do direito com Hart, a ideia de que de uma nova concepção de objetividade que depende de nós mesmos nos leva a dois caminhos distintos: ou a superação de uma concepção absoluta de mundo em direção à aceitação da tensão entre perspectiva externa e interna em relação ao fenômeno jurídico, ou postularmos o abandono das questões tradicionais do direito e substituí-las por uma descrição do fenômeno jurídico que nos permita prevê-lo, seja como um fato do mundo físico, por meio da metodologia das ciências empíricas, em contraposição à metodologia hermenêutica como a defendida por Hart²⁴⁹.

Brian Leiter entende que o Realismo Jurídico, com seu compromisso naturalístico e sua concepção absoluta de mundo, embora tenha tido um impacto inegavelmente poderoso sobre a educação jurídica americana e sobre a forma como os advogados e os juízes pensam sobre o que fazer, não teve maior impacto sobre a principal vertente da teoria do direito anglo-americana, da tradição que vai de Bentham e Austin, no século XIX, a Dworkin e Raz na atualidade. A causa desta negligência, para Leiter é clara: “a crítica devastadora de Hart dos realistas no Capítulo VII ‘d’*O Conceito de Direito*’ rendeu ao realismo a piada da filosofia do direito no mundo de língua inglesa” (LEITER, 2007a, p. 17).

Para Leiter, Hart se equivocou ao interpretar os Realistas Norte-Americanos como se eles estivessem interessados, assim como ele próprio estava, na análise do “conceito de direito”, isto é, no conceito implícito da nossa conversa normal sobre “isso é o que se deve fazer, dada a decisão do tribunal” ou “isso é inadmissível, dado a lei aprovada pelo legislador”. Na visão de Leiter, os Realistas Jurídicos Norte-Americanos estavam, ao contrário, mais interessados em entender como os Tribunais decidem, não na compreensão

²⁴⁹ É o que indica Brian Leiter quando afirma que: “Such a naturalized jurisprudence would be in tension with most of modern legal philosophy, which follows H.L.A. Hart in accepting a hermeneutic model for understanding the social world. According to this model, we do not look for lawful regularities in the external behavior of social actors; rather, to understand social actors we must adopt their ‘internal’ point of view and understand, for example, what their reasons mean to them. We can understand the Realists as contesting whether such an approach is really more explanatorily and predictively fruitful than their non-hermeneutic approach to the social world” (LEITER, 2007a, p. 40).

comum do que é o “conceito de direito”. Na medida em que eles pressupunham uma visão sobre a natureza do direito, os Realistas Norte-Americanos estão muito mais próximos do ponto de vista dos positivistas jurídicos, que acreditam normas que só podem ser consideradas jurídicas em virtude de ter o tipo certo de fonte social reconhecida por autoridades nesse sistema jurídico (por exemplo, a criação pelo legislador), assim como defendem a separação da relação entre direito e moral.

Leiter argumenta que a maior parte dos realistas sustentava visões que eram compatíveis ou até mesmo superiores às de Hart ou, na medida de qualquer incompatibilidade, superior. Em particular, os realistas não esboçavam o “*ceticismo de regras*” que Hart tornou notório neste Capítulo VII. Eles não negavam a existência de regras sociais ou jurídicas. Eles não ofereciam uma análise preditiva do conceito de regra, isto é, forma do *ceticismo de regras* e que os realistas eliminaram a análise conceitual. Leiter contesta que eles estivessem comprometidos apenas com um *ceticismo de regras* empírico, comprimido entre um polo positivo e um polo negativo. O polo negativo é que as decisões dos Tribunais não podem ser confiavelmente previstas com base no direito aplicável. O polo positivo era que aquelas decisões podem ser confiavelmente previstas por considerações extrajurídicas, pelas respostas dos juízes aos “fatos subjacentes aos casos” (LEITER, 2013b, p. 13). Os Realistas teriam oferecido uma teoria que sustenta por que o direito é causalmente impotente. Eles sustentavam que as regras jurídicas eram indeterminadas, não apenas nos casos fáceis, mas na maioria dos casos, por que a indeterminação vai além da vagueza, mas aos conflitos irresolutos do sistema jurídico. Se as regras jurídicas são indeterminadas, não podem direcionar os juízes nem ter um papel causal na explicação de suas decisões. O debate significativo é quantitativo: quão indeterminado é o direito? Quanto ele pode ajudar na previsão das decisões judiciais?

Para explicar essa falta de atenção ao Realismo Jurídico Norte-Americano pela teoria do direito em geral, Leiter sugere que os juristas americanos eram naturalistas realmente visionários²⁵⁰, que não foram afetados por aqueles que trabalham dentro da tradição da teoria do direito dominante, segundo a qual a teoria do direito era uma questão de análise conceitual via apelo às intuições, sendo que ambas entraram em colapso pós-Quine.

A missão de Leiter não é nada fácil. Leiter terá de conciliar a pressuposição positivista da natureza do direito, em que subsiste um “fato bruto”, que é o próprio direito, com uma

²⁵⁰ “With the benefit of philosophical advances of the last thirty years, we are finally in a position to recognize what most jurists have missed: that the Realists were not bad legal philosophers, but rather prescient ones, philosophical naturalists before their time” (LEITER, 2007, p. 58).

abordagem realista, que abandona a análise do conceito de direito em favor da continuidade com as ciências empíricas e sua tarefa de oferecer conclusões descritivas e, assim, garantir a previsibilidade de seu objeto de estudo. A viabilidade de seu projeto é objeto dos próximos capítulos.

CAPÍTULO II – COMO NATURALIZAR A TEORIA DO DIREITO – O PROJETO DE BRIAN LEITER

“For any pair of relata that might stand in a justificatory relation – e.g. evidence and belief, causal history and semantic or intentional content, legal reasons and judicial decision – if no normative account of the relation is possible, then the only theoretically fruitful account is the descriptive/explanatory account given by the relevant science of that domain” (QUINE, 1969, pp. 75-76).

“[S]cience ... and the norms of a scientific epistemology... are the highest tribunal not for any a priori reasons, but because... science has... ‘delivered the goods’; it sends the planes into the sky, eradicates certain cancerous growths, makes possible the storage of millions of pages of data on a tiny chip, and the like” (LEITER, 2001, p. 71).

No capítulo anterior, aponte que a teoria do direito foi em grande parte influenciada pelos debates filosóficos tradicionais. Se, na primeira metade do século XX, a teoria do direito tinha como principal bandeira uma concepção filosófica fisicalista e absoluta de mundo, as críticas apresentadas no período pós-Segunda Guerra Mundial pelo Círculo de Viena trouxeram novos ares para a teoria do direito. O período Pós-guerra denotou um renovado sentido de otimismo, que encorajou os teóricos do direito a aceitar políticas públicas de bem-estar social, ao mesmo tempo em que rejeitaram o *ceticismo de regras* dos Realistas. Essa nova confiança foi encorajada pelo direcionamento a métodos de interpretação objetiva do empreendimento jurídico, comungando de uma nova fé na habilidade do homem para com a solução dos problemas sociais por meio de técnicas racionais. A era das disputas ideológicas parecia estar no fim e uma nova era de razões parecia possível.

A obra de H.L.A Hart foi, sem dúvida, a que colheu mais frutos dessa fase de transição do fisicalismo para uma nova concepção de mundo, cuja objetividade, em certa medida, depende de nós mesmos e da nossa própria experiência.

No mesmo período, a tradicional metodologia epistemológica passou pelas duras críticas do filósofo da linguagem Willard Van Orman Quine. A análise conceitual e o apelo às intuições estariam epistemologicamente falidos. Daí a importância do sucesso das ciências

empíricas, em especial da psicologia, para o projeto de substituição do naturalismo de Quine. O sucesso da ciência, decorrente de sua capacidade de previsibilidade dos fenômenos naturais e sociais, passa a ser a fonte *a priori* do conhecimento, o que o torna um atrativo argumento em favor de uma renovação da concepção fiscalista de mundo nascida na obra de Descartes. Por fim, indiquei o naturalismo quineano como uma teoria pragmática, que deixa sem solução o desafio cético, uma vez que abandona a questão tradicional da epistemologia sobre “o que é conhecimento?” em favor da questão sobre “como adquirimos conhecimento?” (ou, na linguagem de Quine, como a estimulação sensorial causa as ‘teorias’ ou ‘representações’ do mundo). Para tal naturalismo, a questão sobre como devemos distinguir o conhecimento da crença verdadeira não deve ser resolvida, mas sim, abandonada. Quine permanece comprometido com a primazia da ciência na construção da nossa melhor imagem do mundo e, embora o faça de forma diferente daquela apresentada pelo positivismo lógico, no fim das contas, permaneceu fiel ao espírito do positivismo lógico e de seu fiscalismo²⁵¹.

Vimos também que o Realismo Jurídico, em que pese ter surgido em momento histórico anterior ao desenvolvimento do naturalismo epistemológico de Quine, já denotava uma preocupação, ao menos no âmbito jurídico, com a compreensão do comportamento dos juízes e sua influência na elaboração das decisões judiciais, numa tentativa de encontrar fora do direito a autoridade e certeza então perdidas nos melindres do formalismo jurídico. A importância do behaviorismo foi tamanha para o Realismo Jurídico que, em algum momento o conceitualismo das ciências sociais substituiu o conceitualismo jurídico, indicando a perda de sentido desse movimento como melhor representação da prática jurídica.

O sétimo capítulo d’*O Conceito de Direito* colocou numa grande sombra o Realismo Jurídico, de tal forma que só recentemente tem voltado a circular nos âmbitos filosóficos. Um exemplo proeminente do renovado interesse pelos Realistas é a defesa contra a crítica de Hart por Brian Leiter. Por meio de sua leitura apoiada no naturalismo quineano, ele insistirá na defesa do Realismo enquanto precursores de uma teoria naturalizada da decisão judicial, que será ponto de partida para o seu projeto contemporâneo de naturalização da teoria do direito.

²⁵¹ V. Leiter (2007a, p. 138).

Um projeto de naturalização da teoria do direito pós-Quine implicará que o conceito de direito não terá lugar seguro na nossa história²⁵². As ciências sociais deveriam substituir a teoria normativa do direito, porque o tipo de normas presentes em outras visões ou não existe ou são causalmente ineficazes. A teoria do direito deveria aspirar ser metodologicamente contínua ou mesmo parte de uma ciência mais geral, como a psicologia, a economia ou a neurobiologia.

Entretanto, há duas atitudes que precisam ser tomadas em direção à naturalização, e elas exigem justificativas distintas: precisamos de uma razão para abandonar a investigação normativa sobre como devemos decidir e uma razão para adotar a investigação explicativo-causal em seu lugar²⁵³.

Neste capítulo me concentrarei especialmente no livro em que Brian Leiter se engaja na sua tarefa de “*Naturalizing Jurisprudence*”, publicada em 2007. Esta é, sem dúvida, a apresentação melhor encadeada de seu projeto teórico de naturalização da teoria do direito. Leiter compilou, aqui, muitos de seus principais ensaios sobre os temas acima indicados, na tentativa de esclarecer o impacto que o naturalismo pode ter sobre as questões centrais da teoria do direito. Seus objetivos, de acordo com a divisão tripartite do livro, são: (i) oferecer uma interpretação reconstrutiva do Realismo Norte-Americano como “visionários naturalistas”, (ii) defender a teoria do direito naturalizada de forma mais geral, e (iii) localizar as normas jurídicas e morais em um mundo compreendido pelos olhos do naturalismo. Em um sentido mais amplo, porém, acredito que ele tenha dois grandes alvos: (i) a defesa do Realismo Norte-Americano das acusações de H.L.A. Hart e; (ii) a defesa de uma concepção naturalizada de direito face a concepção “não-naturalizada” de Ronald Dworkin.

Para Leiter, o naturalismo na teoria do direito não apenas teve manifestações ao longo da história, como se vê de sua leitura do Realismo Jurídico Norte-Americano, como também é um projeto presente e viável para a teoria do direito pós-hartiana. Ele reconhece²⁵⁴ que tal teoria naturalizada estaria em tensão com a maior parte da moderna filosofia jurídica, herdeira de H.L.A. Hart, segundo a qual não buscamos regularidades jurídicas no

²⁵² Isso quer dizer que o conceito de direito não tem as características necessárias àqueles que entendem que a função do direito, isto é, a dimensão da ação que pode ser analisada externamente se resume ao controle e à previsibilidade das decisões judiciais (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 148).

²⁵³ É o que conclui Leslie Green: “So I think it fairer to say a causal theory of judicial decision proposes to *displace* a normative theory: it shunts it aside, and then tries to occupy the territory. If so, there are two moves that need to be made, and they require separate justifications: we need a reason to abandon normative inquiry into how cases should be decided, and a reason to adopt explanatory-causal inquiry in its place” (GREEN, 2009, pp 27-28).

²⁵⁴ LEITER, 2007a, p. 40, n. 115.

comportamento externo dos atores sociais, mas adotamos seu ponto de vista interno para entender quais são as suas razões para agir. Para o autor, é possível compreender os Realistas como contestadores dessa abordagem, ao argumento de que ela não seria tão frutífera na explicação do que é o empreendimento jurídico quanto a sua abordagem hermenêutica.

O projeto de naturalização da teoria do direito por Leiter não adota completamente os pressupostos quineanos, na medida em que pressupõe um conceito positivista implícito de direito²⁵⁵. Com Leiter, a tarefa de adquirir uma compreensão das implicações de uma abordagem naturalista para os problemas da teoria do direito, tais como o lugar e a forma das teorias empíricas do raciocínio jurídico, a natureza e a normatividade do direito, bem como a viabilidade da análise conceitual como ferramenta filosófica central, estão na agenda da jurisprudência contemporânea²⁵⁶. Cabe a ele, pois, apresentar uma versão renovada das preocupações de Quine, a fim de que seu projeto possa se tornar viável. Eu chamo esta versão de “naturalismo metodológico modesto”.

É importante deixar claro, aqui, que o projeto de naturalização de Leiter não é o de utilizar os métodos das ciências empíricas para responder às questões tradicionais da filosofia do direito, mas de substituí-las por uma explicação causal-nomológica das decisões judiciais. Em suma, sua proposta é que abandonemos as questões e métodos filosóficos tradicionais e nos voltarmos para os métodos empíricos que forneçam explicações causais-nomológicas dessas decisões.

Leiter defende vigorosamente sua abordagem naturalizada e substitutiva como forma de reinterpretação do Realismo Jurídico Norte-Americano. Por tal razão, inicio o capítulo com a apresentação de sua leitura naturalizada do Realismo Jurídico Norte-Americano, centrada

²⁵⁵ “Thus, at the philosophical or conceptual level, Realism and Positivism are quite compatible, and, in fact, the former actually needs the later. At the empirical level, it will turn out that, while there is a genuine disagreement between the two theories, neither Hart, nor any other legal philosopher has actually provided a real argument against the Realist view. It is time, I conclude, to reconsider the place of Legal Realism in the pantheon of jurisprudence” (LEITER, 2007a, p. 60).

²⁵⁶ Acredito que Brian Leiter seja um autor preocupado em apresentar sua contribuição original para a filosofia e a teoria geral do direito. Ele acredita que a teoria do direito, como o estudo dos problemas filosóficos do direito deve ser pensada como um modelo da filosofia cujos métodos e respostas sejam contínuos com as investigações da ciência. Nesses termos, o filósofo do direito se engaja em duas empreitadas: uma epistemológica e outra ontológica. Em primeiro lugar, ele tenta descrever e acessar (em termos epistêmicos), os métodos que os cientistas empregam para descobrir o que é verdade sobre o mundo; no caso do direito, o estudioso deve elucidar e até mesmo criticar ou revisar os métodos do raciocínio jurídico. Em segundo lugar, procura determinar os compromissos ontológicos que as teorias científicas tem ou devem ter. Assim, para a filosofia e teoria geral do direito, devem-se examinar os compromissos ontológicos manifestados no direito ou que devem fazer parte do conceito de direito. Ao tomar tais questões como centrais à teoria do direito, Leiter acredita trazer à tona a riqueza da tradição da teoria do direito e da decisão judicial associada a nomes como o de Austin, Kelsen, Hart, Raz e Dworkin, herdeiros do realismo norte-americano, central para a defesa da naturalização da teoria do direito, como se verá a seguir.

nas obras de Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank. Para ele, estes dois autores representam, respectivamente, a inspiração do que ficou conhecido como Realismo nos Estados Unidos da América e sua versão mais radical, responsável pelo que o autor denominou “visão recebida” ou “frankificação” do Realismo.

Destacados como elementos comuns entre Quine e o Realismo Norte-Americano, Leiter propôs um avanço em relação ao Realismo, em direção à pesquisa modelada pelas ciências empíricas com o claro objetivo de explicar e prever as decisões judiciais. Como expus na introdução desta pesquisa, ele expressa uma crítica ao método de análise conceitual *a priori* e ao papel da intuição na teoria do direito, sustentando que a teoria jurídica deve ser enraizada na pesquisa empírica e, assim, permitir a análise conceitual *a posteriori* do conceito de direito. Seu argumento favorece uma ciência preditiva sobre o comportamento judicial. O conceito de direito será aquele que tornar verdadeiras e explicativas as melhores investigações científicas no direito. Anoto, ainda, a tentativa de aproximação com o pragmatismo de Richard Posner e sua diferença em relação aos pressupostos teóricos filosóficos necessários à construção do conceito de direito.

Na sequência, procurarei expor como Leiter, na medida do reconhecimento das limitações da importação do naturalismo quineano para o empreendimento jurídico à teoria da decisão judicial e à importância das razões não-jurídicas, inserindo o positivismo jurídico enquanto elemento fundacional de seu projeto de naturalização do direito. Ele se apropria das teses das fontes e da separabilidade entre direito e moral, afastando-se de teóricos como Jules Coleman (positivismo inclusivista) e aproximando-se de Joseph Raz (positivismo exclusivista) para a construção de seu conceito de direito. Procurarei exibir o projeto de Leiter como uma combinação modesta entre os pressupostos do naturalismo quineano e da análise conceitual inserida no positivismo jurídico, que culminará naquilo que denominou “quietismo”, algo que se tornará essencial para a sua compreensão sobre as questões clássicas da teoria do direito, como o próprio conceito de direito e de objetividade jurídica. Por fim, indicarei que o alvo da substituição da naturalização da teoria do direito é, na verdade, a abordagem normativa da teoria do direito de Ronald Dworkin e a concepção de direito defendida por este autor. A rejeição à ideia de determinação do direito afastará sobremaneira Leiter do pensamento dworkiniano, em especial da tese da resposta

correta²⁵⁷, sendo essencial para o debate travado entre suas concepções naturalista e não-naturalista do direito, respectivamente.

1. A recusa de Leiter à crítica Hartiana ao Realismo Jurídico

Na opinião de Gary Minda (1995, p. 32), há estudiosos contemporâneos do direito que afirmam que os Realistas são “heróis” por terem demonstrado que a perda de autoridade do direito poderia ser encontrada fora do direito, celebrando seu trabalho por terem demonstrado como poderiam ser aplicados os métodos das ciências e as habilidades tecnocráticas ao estudo do direito, num esforço para tornar o direito mais objetivo e determinado. A possibilidade de fazer afirmações científicas sobre o direito continua, pois, a ser um mito confortável que, desde então, parece não ter morrido. Esse mito, todavia, nunca suprimiu as contradições e paradoxos do direito²⁵⁸. Leiter é, sem dúvida, um desses estudiosos.

Em linhas gerais, o Realismo Norte-Americano tem sido interpretado pelos seus críticos, especialmente após a obra de H.L.A. Hart, como uma teoria preditiva, conceitual, muitas vezes atribuída a Oliver Wendell Holmes²⁵⁹ (1897, pp. 458, 461) e também a Jerome Frank (1930, p. 46). De acordo com essa teoria preditiva, uma norma é uma norma de direito apenas no caso em que constitui uma previsão precisa do que um Tribunal vai fazer; a afirmação de que é o direito que determina que uma troca de promessas constitui um contrato é, na teoria preditiva, equivalente a uma previsão daquilo que um Tribunal irá fazer ao impor estas promessas quando chamado a fazê-lo por uma das partes. Assim, o critério final da legalidade, para a teoria preditiva, é o que os Tribunais farão no caso particular, e uma declaração exata do direito é equivalente a uma previsão precisa do que o Tribunal vai fazer. Porque a teoria preditiva entende pelo conceito de “direito” nada mais do que uma previsão do que Tribunais vão fazer, a única razão para agir prevista pela

²⁵⁷ “The right-answer thesis – the idea that every case has a right answer as a matter of law – would be an example of a Foundationalist Story about adjudication, and so the Realist critique would then have a potent, living target” (LEITER, 2011b, p. 11).

²⁵⁸ Para Gary Minda: “The new confidence was encouraged by the turn toward objective methods in the law, and a new faith in the ability of ‘man’ to solve social problems through rational techniques. The era of ideological struggle seemed to be at an end and a new era of ‘reasoned elaboration’ seemed possible. Social, political, and moral issues of the law became legal problems to be solved by modern policy ‘experts’ (MINDA, 1995, p. 33).

²⁵⁹ Segundo Hart, de conceber a normatividade do direito, como um holmesiano “homem mau” significa reduzir a normatividade do direito a mera prudência ou auto-interesse: mas isso é insuficiente para dar sentido a ideia de ter uma obrigação para fazer o que o direito exige. A teoria preditiva deixaria de apreciar o aspecto “interno” das normas jurídicas, o seu estatuto como razões para a conduta dos atores jurídicos.

teoria vem da preocupação prudente de pessoas sujeitas ao “direito” de evitar ou de se engajar no poder dos Tribunais.

Leiter não acredita que os Realistas Jurídicos Norte-Americanos tenham esboçado uma teoria preditiva, tal qual apresentada por Hart. Para ele, há um absurdo manifesto na suposição de uma teoria conceitual preditiva no Realismo Norte-Americano, indicando que Hart teria interpretado mal os Realistas²⁶⁰. Para ele, o equívoco está no fato de que os Realistas não estavam envolvidos na produção de uma teoria que tivesse como fundamento a análise do conceito de direito. De fato, Holmes deixa claro na primeira página de “*The Path of the Law*” que ele está falando sobre o significado do direito para advogados, que irão “comparecer perante os juízes, ou (...) aconselhar as pessoas de tal forma a mantê-las longe do tribunal²⁶¹” (1897, p. 457), e não sobre análise de aplicação geral do conceito de direito.

Segundo a leitura promovida por Leiter, Holmes nunca tornou explícito qualquer argumento sobre o “conceito de direito” por que este tópico (isto é, a ideia de “conceito”) não era reconhecido por Holmes ou qualquer outro Realista como um tópico real. Há direito, existem questões sobre direito, há questões sobre decisões judiciais, mas o “conceito de direito” enquanto objeto abstrato extraído dessas práticas simplesmente não existiu, de acordo com ele, como objeto de investigação intelectual por Holmes ou pelos demais Realistas (LEITER, 2007a, p. 104). Assim, também, Frank adverte que ele “está principalmente preocupado com o direito” “como ele afeta o trabalho do advogado que exerce e as necessidades dos clientes que o contratam” (1930, p. 47).

Se os Realistas não estavam envolvidos na análise conceitual, o que estavam então fazendo? Para Leiter, a análise conceitual caiu em desuso na filosofia desde o final da década de 1960, desde que Quine levantou profundas dúvidas sobre se a filosofia poderia fornecer um método distintivo que realmente contribuísse para responder à questão sobre

²⁶⁰ Na voz de Leiter: “The Realists, on Hart's reading, gave us a ‘Predictive Theory’ of law, according to which by the concept ‘law’, we just mean a prediction of what the court will do. Hart easily demolished this Predictive Theory of Law. For example, according to the Predictive Theory, a judge who sets out to discover the ‘law’ on some issue upon which she must render a decision is really just trying to discover what she will do, since the ‘law’ is equivalent to a prediction of what she will do! These, and other manifestly silly implications of the Predictive Theory, convinced most Anglo-American legal philosophers that Realism was best forgotten” (LEITER, 2007a, p. 17)

²⁶¹ Na leitura de Leiter: “Holmes, like every other Realist made the now banal, and obviously correct, observation that when your client, who is paying money for your services asks ‘what is the law?’ what she really wants to know is ‘what will judges do if we go to court?’ or ‘what will legal officials do if we pursue this matter’ The client does not want to know what the esteemed legal authorities have to say on the question, or what the ‘paper rule’ says will happen: the client wants to know what will really happen (e.g., will she be able to reclaim her property or get monetary damages for her losses? Or will she be told to go home?)” (LEITER, 2007a, pp. 104-105).

“o que é conhecimento?”, de forma que estivesse acima das ciências empíricas. O ataque de Quine à filosofia²⁶², na sua leitura, nos apresenta um legado duplo:

- (i) a “*virada naturalista*”²⁶³ na filosofia, consistente no reconhecimento de que, para iluminar questões filosóficas sobre o conhecimento, a mente, a moral e as razões para agir, é preciso que a filosofia proceda “em continuidade com as ciências, agindo como o ramo abstrato, refletivo e sintético das ciências empíricas” (LEITER, 2007a, p. 03) e é aqui que, segundo ele, vamos encontrar a chave para a metodologia do Realismo Norte-Americano e;
- (ii) a crítica ao *fundacionismo* do positivismo lógico, o qual abriu, inesperadamente, uma porta para uma nova onda de teorização metafísica, especialmente sobre conceitos como “necessidade” e “possibilidade”, empregadas na compreensão de questões como a natureza da causalidade, liberdade, significado, referência, etc.

Mas sobre que fundacionismo Leiter está falando? Ele se refere ao fundacionismo epistemológico, que tenta justificar nosso sistema de conhecimento mostrando que repousa numa fundação de crenças que são justificadas em virtude de serem inferidas de outras crenças justificadas; crenças “fundacionais”, dessa forma, são aquelas crenças que são justificadas sem que sua justificação dependa do suporte inferencial de outras crenças, de tal sorte que o fundacionista pensa que nosso corpo de conhecimento científico pode ser justificado, isto é, ser defendido ou de ter *status* epistêmico especial (LEITER, 2007a, pp. 149-150).

Para o autor, Quine rejeita o fundacionismo na epistemologia ao defender que a ciência não necessita de qualquer fundação, do mesmo modo que o direito não precisa de qualquer

²⁶² Para Leiter, “The collapse of the analytic/synthetic distinction – the distinction between ‘true in virtue of meaning’ versus ‘true in virtue of fact’ – has ramifications for philosophy. For on the Positivist picture, the ‘analytic’ side of the divide was the business of philosophy, while the ‘synthetic’ side was the business of empirical science. But if Quine is right, then there is just nothing there on the ‘philosophy’ side of the divide: there are no ‘truths in virtue of meaning’ for philosophers to analyze and explicate. The only truths are empirical truths, and thus all questions are scientific questions. Philosophy, then, gets ‘naturalized’, i.e. it gets subsumed into science.” (LEITER, 2007a, p. 144).

²⁶³ Na explicação de Leiter, “Philosophers who have taken the naturalistic turn reject the idea of philosophy as purely a priori discipline, whose methods and results are antecedent to – indeed stand above and adjudicative among – the claims of science; philosophy for the naturalist is rather a discipline whose methods and answers must be continuous with (perhaps supplanted by) scientific inquiry. Like the logical positivists, then, Quine remains committed to the primacy of science (especially physical science) in constructing our best theory of the world” (LEITER, 2007, pp. 137-138). Essa concepção será essencial na crítica à análise conceitual tradicional para Leiter: “Interestingly, conceptual analysis has fallen out of favor in philosophy since the late 1960’s, except in jurisprudence. This general development marks what might be called “the naturalistic turn” in philosophy, and it is here that we will find the key to realist methodology: for the realists are not bad legal philosophers, as Hart’s analysis might suggest, but prescient ones, philosophical naturalists before their time” (LEITER, 2010a, p 251).

fundação além da prática do próprio argumento jurídico (LEITER, 2007a, p. 149). O argumento antifundacional de Quine tem como objetivo mostrar que o procedimento justificativo não é possível: não podemos satisfazer demandas justificatórias da norma fundacional epistêmica. É o conteúdo da norma epistêmica que é fundacional e “não simplesmente o fato de que procuramos justificar a ciência por referência a alguma norma” (LEITER, 2007a, p. 150).

Segundo a leitura de Leiter, para Quine, a filosofia não pode justificar a ciência por que: (i) o programa fundacional na epistemologia está fadado ao fracasso; e (ii) houve o colapso da distinção analítico-sintético, o que coloca todas as perguntas, incluindo perguntas, dentro da justificação do domínio da ciência. Quine compartilhou com o positivismo lógico a ideia de primazia das ciências, “*não existindo tribunal mais alto*”. Este “*cientismo*²⁶⁴” o levou a uma nova metafísica acadêmica. É o cientismo a evidência de que a epistemologia naturalizada de Quine conduz a uma nova forma de fisicalismo, um longo retorno ao Iluminismo, onde a filosofia não tem nada para contribuir além de ser uma forma de justificar a ciência, tal como a “falha do fundacionismo torna claro” (LEITER, 2007a, p. 145).

Em suma, esta é a convocação do projeto de naturalização: “reconheça os realistas como naturalistas filosóficos prescientes e você compreenderá por que a maioria dos filósofos do direito não os compreendeu, e por que eles apreenderam tantas coisas corretamente” (LEITER, 2007a, p. 02). A seguir, apresentarei essa convocação em nome de uma leitura naturalizada do Realismo Jurídico Norte-Americano, destacando seus principais elementos.

2. A reconstrução naturalizada do realismo jurídico norte-americano

Ao defender sua reconstrução naturalizada do Realismo Jurídico Norte-Americano, Leiter nos alerta que a compreensão do direito numa imagem naturalista do mundo por ele proposta não reflete o naturalismo exatamente nos mesmos termos que Quine frequentemente o apresentou, em seu behaviorismo e fisicalismo austeros. É preciso

²⁶⁴ Interessante notar que o próprio Leiter está ciente disso, ao denominar este retorno do fisicalismo de *cientismo*: “‘Scientism’, as noted, is the epithet often applied to those, like Quine, who continue to take the Enlightenment seriously, which means taking seriously the epistemological and metaphysical consequences of the practical and, then, theoretical triumph of the sciences as our most reliable guide to what we can know and what there is. As Quine famously put it, ‘science is self-conscious common sense’, which is to say that epistemic standards of the sciences are merely formal extensions of the standards of evidence and justification that all of us employ all the time: we are all practical naturalists, and the only question is whether we are prepared to follow out the import of the epistemic norms that make human life possible” (LEITER, 2007a, p. 03).

estabelecer um “*naturalismo relaxado*” ou, como acredito, um “*naturalismo moderado*”²⁶⁵”:

“Isto é o que chamo de naturalismo relaxado – é cético quanto aos métodos intuitivos da filosofia e da análise conceitual, acredita nas questões de fato da filosofia; entende a filosofia como contínua com as ciências empíricas e toma uma visão mais quineana sobre ontologia e sobre o que conta como ciência do que o próprio Quine (o arquiteto-behaviorista e fisicalista) tomaria, uma vez que permite que uma ontologia povoe o que quer que figure como prática explanatória ou preditiva de sucesso se for irreduzível a estados mentais ou normas. A proliferação das ciências especiais de sucesso nos últimos cinquenta anos não empresta sustentação às estruturas evidenciais e ontológicas de Quine, que são artefatos de programas de pesquisa moribundos do século XX” (LEITER, 2007a, p. 04)

Para ele, é possível reconstruir o Realismo Norte-Americano sob o argumento de que sua abordagem “empírica” da teoria da decisão judicial é motivada por considerações análogas às invocadas por Quine na naturalização da epistemologia, mas sob esta perspectiva mais moderada (2007a, p. 05). Para explicar este estado de coisas, Leiter sugere que os realistas eram “*naturalistas visionários*” (2010a, p. 251), que não eram apreciados por aqueles que trabalhavam dentro da tradição da teoria do direito dominante, segundo a qual a teoria do direito era uma questão de análise conceitual, com apelo a intuições populares (como expresso, nomeadamente, no senso comum²⁶⁶). Como “cultura intelectual” o naturalismo surgiu como uma visão de mundo segundo a qual “a ciência natural era considerada o paradigma de todo o conhecimento genuíno”, no qual as “ciências sociais eram distinguidas por seus métodos” e no qual “as ciências sociais tentavam concorrer os métodos e o sucesso das ciências naturais²⁶⁷” (LEITER, 2007a, p. 18).

²⁶⁵ “My interpretation is, after all, a reconstruction: it ‘puts back together’ in philosophical terms the largely unphilosophical arguments and positions of The American Legal Realists. The philosophy is mine, the basic arguments and ideas theirs” (LEITER, 2007a, p. 104).

²⁶⁶ Na explicação de Dennis Patterson, os Realistas descartam a divergência entre o discurso da ciência e da linguagem comum. Sua alegação é a de que, entre o mundo e linguagem, o mundo ganha sempre, isto é, os tipos naturais, tal qual caracterizado por Quine no capítulo anterior. Mas a premissa Realista é de que a classificação científica produz uma ordem natural intocada pelo propósito humano. Dadas as provas substanciais de que existem várias maneiras objetivas de organizar as características do mundo natural, a posição realista não é sem seus desafios. Quaisquer que sejam as deficiências do Realismo, o núcleo de verdade no argumento da supremacia dos tipos naturais é o reconhecimento de que a existência do mundo é independente da mente. O problema, diz Patterson, “é que não é preciso acreditar em tipos semânticos naturais para acreditar nesta verdade óbvia” (2006, p. 552).

²⁶⁷ “The social sciences then – conceived ‘positivistically’ (that is, on the model of the natural sciences) – were the tool for performing this crucial task. By approaching law like a behaviorist psychologist, an anthropologist, or an empirical sociologist, the Realist hoped to discover the real patterns of judicial decision-making, thus providing information of practical value to lawyers” (LEITER, 2007a, p. 90).

Leiter explica que os realistas não apresentaram uma teoria do direito, mas uma teoria da decisão judicial, sublinhando que é um erro lhes atribuir a “visão recebida²⁶⁸” (1997, p. 268; 2007a, p. 16), a qual é fundamentalmente: (i) uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, segundo o qual, (ii) os juízes exercem livremente o poder discricionário, a fim de (iii) alcançar resultados com base em seus gostos e valores pessoais, que (iv) que, então, racionalizam com as regras e razões jurídicas adequadas.

O que os Realistas Norte-Americanos fizeram valer, na sua opinião, foi a tese central (“*Core Claim*”), de acordo com a qual “os juízes respondem principalmente aos estímulos dos fatos” – como distinguem a regra ou as regras aplicáveis do caso concreto (LEITER, 2007a, p. 21). Por conta disso, ele explica, “Os Realistas anteciparam (i) uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, segundo a qual (ii) as decisões judiciais repousam sobre padrões determinados, e que (iii) juízes alcançam resultados com base em uma resposta (geralmente compartilhada) aos fatos subjacentes ao caso, que (iv) então, racionalizam fato-após-fato com as regras e razões jurídicas apropriadas” (LEITER, 2007a, p. 30).

A tarefa da teoria do direito era identificar e descrever – e não justificar – os padrões de decisão; as ciências sociais seriam a ferramenta para esta tarefa não-normativa (LEITER, 2007a, p. 63). Tratarei da tese central do realismo jurídico norte-americano mais adiante. Por ora, apresentarei a relação que Leiter procura fazer entre Realismo Jurídico Norte-Americano e o naturalismo quineano.

2.1 Naturalismo e Realismo Jurídico Norte-Americano

De acordo com Leiter, o Realismo Norte-Americano, assim concebido, envolve um compromisso com o naturalismo (metodológico) e com o pragmatismo (2007a, p. 21). Ele explica que, enquanto o naturalismo (metodológico) indica como “objetivo da teoria a descrição ou explicação” dos fatos, exige que as teorias filosóficas sejam “contínuas com a investigação empírica nas ciências” (LEITER, 2007a, pp. 23; 35). Ele rejeita a noção de que exista tal coisa como uma filosofia primeira, isto é, uma filosofia que procede *a priori*, enquanto que o pragmatismo exige que uma teoria da decisão judicial satisfatória para os

²⁶⁸ Para Leiter, a visão recebida, em sua forma radical, as teses da *volição judicial* e *idiosincrasia judicial* levam à conclusão de que a decisão judicial é absolutamente imprevisível, uma vez que nunca é possível isolar os fatos idiosincráticos significativos sobre um juiz singular que influenciem sua escolha. Se na visão recebida do Realismo, a previsão da decisão judicial se tornar impossível (como Frank teria dito), então a visão recebida não poderia ser uma explicação adequada dos pontos de vista de todos os Realistas que visaram adotar teorias preditivas de decisão judicial (LEITER, 2007a, pp. 25-26).

advogados será capaz de prever o resultado dos processos judiciais²⁶⁹. E, ele aponta que, uma vez que apenas se pode prever com segurança decisões judiciais se soubermos o que faz com que os Tribunais decidam como eles decidem, esta última teoria (pragmatismo) pressupõe a primeira (naturalismo) (LEITER, 2007a, pp. 30-31)²⁷⁰.

Mas o que, exatamente, “continuidade com a investigação empírica das ciências” (LEITER, 2007a, p. 34) significa? Ele faz uma distinção entre o naturalismo que exige “*continuidade de resultados*” com as ciências e o naturalismo que exige somente “*continuidade de métodos*”, e explica que, enquanto o primeiro requer que as teorias filosóficas sejam confirmadas por resultados científicos, isto é, que as afirmações substantivas das teorias filosóficas sejam apoiadas ou justificadas pelos resultados das ciências, este último (continuidade de métodos) exige que as teorias filosóficas apenas imitem os métodos de investigação e estilos de explicação das ciências naturais e sociais²⁷¹.

Na análise do Leiter, “continuidade de métodos” envolve a ideia de que podemos explicar a ação humana em termos de *causas*, não de *razões*. As ciências sociais, então, seriam as ferramentas para a execução dessa tarefa explicativa: ao abordar o direito como um psicólogo behaviorista, um antropólogo ou um sociólogo empirista, os Realistas Norte-Americanos esperavam descobrir os padrões reais do processo decisório, garantindo assim uma informação valiosa aos juristas (LEITER, 2007a, p. 90) Esta é uma afirmação bastante radical, o que implica a rejeição do raciocínio tradicional da filosofia e das ciências sociais, apresentado no primeiro capítulo.

²⁶⁹ No original: “Naturalism in philosophy is always first a methodological view to the effect that philosophical theorizing should be continuous with empirical inquiry in the sciences”. The naturalist, following Quine, rejects the idea that there could be a ‘first philosophy’, a philosophical solution to problems that proceeds a priori, that is, prior to any experience. (LEITER, 2007a, p. 33).

²⁷⁰ Nas palavras de Leiter: “Naturalismo e pragmatismo estão conectados da seguinte forma: para prever confiável e efetivamente o que as Cortes farão se deve saber o que causa tais decisões; as causas de uma decisão judicial, em contrapartida, estão disponíveis apenas para o tipo de investigação empírica modelada nas ciências naturais e sociais que os realistas advogam. Uma teoria naturalista da decisão judicial, então, está preocupada em produzir uma teoria valiosa pragmaticamente aos advogados, isto é, uma teoria que os capacitará a prever o que as Cortes farão” (LEITER, 2007a, p. 31).

²⁷¹ No original: “Instead, the philosophical naturalist demands continuity with the natural and social sciences in one or both of the following ways: what I will call ‘Results Continuity’ and ‘Methods Continuity’. ‘Results Continuity’ requires that the claims of philosophical theories be supported by the results of successful sciences. Epistemologists like Alvin Goldman look to the results of psychology and cognitive science to find out how the human cognitive apparatus really works; only with that information in hand, argues Goldman, can the epistemologist construct norms for how humans ought to form beliefs’. Methods Continuity, by contrast, demands only that philosophical theories emulate the methods of inquiry and styles of explanation characteristic of successful sciences. Historically, this has been the most important type of Naturalism in philosophy, evidenced in writers from Hume to Nietzsche” (LEITER, 2007a, p. 34).

Em relação à questão do naturalismo, Leiter vê uma analogia importante entre a linha bem conhecida de Quine da argumentação apresentada no seu texto “*Epistemology Naturalized*²⁷²” e a linha argumentativa adotada pelos Realistas Norte-Americanos em sua crítica às teorias tradicionais da decisão judicial. Ele está interessado no naturalismo substitutivo, na medida em que:

“Para qualquer par dados inserido numa relação justificativa – por exemplo, evidência e teoria, razões e crença, razões jurídicas e decisão judicial – se nenhuma abordagem normativa da relação for possível, então a única abordagem teoricamente frutífera é a descritivo-explicativa dada pela ciência relevante desse domínio”. (LEITER, 2007a, p. 37)

A chave para uma defesa bem sucedida do naturalismo substitutivo, na sua opinião, está na noção implícita de fecundidade da investigação teórica. A réplica quineana deve assumir a seguinte forma: “Uma vez que desistimos do projeto fundacional da justificação, nada que temos a dizer sobre a justificação será de grande interesse teórico; a teorização sobre a justificação entrará em colapso, por assim dizer, numa sociologia descritiva das nossas práticas de justificação” (LEITER, 2007a, p. 38).

Leiter ressalta que o argumento de Quine para o naturalismo substitutivo prossegue em duas etapas: (i) uma crítica ao fundacionismo epistemológico à *la* Rudolf Carnap, e; (ii) a substituição de tal fundacionismo por uma abordagem descritivo-explicativa da relação evidência-teoria²⁷³ – e argumenta que os Realistas Norte-Americanos fundamentaram de

²⁷² Na leitura de Brian Leiter: “Quine’s target is one influential construal of this project: Cartesian foundationalism, particularly in the sophisticated form given to it in the twentieth century by Rudolf Carnap in ‘*Der Logische Aufbau der Welt*’ The foundationalist wants an account of the theory-evidence relation that would vindicate the privileged epistemic status of at least some subset of our theories: our theories (in particular, our best theories of natural science) are to be ‘grounded’ in indubitable evidence (*e.g.*, immediate sense impressions). As is quite familiar, foundationalism, for Quine, is a failure, rendered unrealizable by Quinean meaning holism on the one hand (theoretical terms get their meanings from their place in the whole theoretical framework, not in virtue of some point-by-point contact with sensory input), and the Duhem-Quine thesis about the underdetermination of theory by evidence on the other (there is always more than one theory consistent with the evidence, in part, because a theoretical hypothesis can always be preserved in the face of recalcitrant evidence by abandoning the auxiliary hypotheses that informed the test of the hypothesis)” (LEITER, 2007a, p. 36).

²⁷³ O projeto descritivo do naturalismo substitutivo pode contabilizar certos processos cognitivos irracionais ao estudar a relação teoria-evidência, mas dada a indeterminação da teoria pela evidência, mesmo quando corrigimos os erros lógicos, ainda não temos uma abordagem sobre qual das nossas crenças teóricas são justificadas e quais não são. A intuição quineana, na leitura de Leiter, é que vamos aprender mais com a investigação empírica a partir da sistematização das nossas intuições normativas banais sobre a irracionalidade. De modo mais geral, a menos que exista algum ponto fundacional fora de nossas práticas epistêmicas a partir do qual podemos avaliar as questões epistemológicas (ou seja, um ponto arquimediano), o projeto de sistematização das nossas intuições normativas mundanas simplesmente entrará em colapso dentro da sociologia descritiva do conhecimento. Se nós não podemos ficar de fora do barco epistemológico, então não podemos fazer mais do que relatar o que é o que fazemos. Mas é precisamente a viabilidade desse

forma semelhante a respeito das teorias de decisão judicial. Primeiro, eles argumentaram contra o formalismo jurídico dizendo que, sob estas teoria, a classe de razões jurídicas inequivocamente não determina um resultado e, então, argumentaram a favor da substituição de tais teorias “estéreis” (porque indeterminadas) por abordagens descritivo-explicativas da decisão judicial (LEITER, 2007a, p. 40).

O ponto de Quine, tal como Leiter o lê, é que não há nada a “compreender [a cerca do] conhecimento”, se “compreensão do conhecimento” significa compreender a justificação. A alternativa de Quine é estudar a relação entre teoria e evidência como uma questão de psicologia empírica, não como uma forma de analisar o conceito de “justificação”, mas como uma forma de entendimento de “conhecimento”, ou seja, as “teorias” (*outputs*) que construímos com base em “evidências” (*inputs*) escassas (LEITER, 2014). Ele argumenta que os Realistas Norte-Americanos teriam fundamentado de forma semelhante sua teoria da decisão judicial:

“Como resultado dessa orientação do Realismo, há um sentido em que podemos pensar a teoria do direito defendida pelos realistas como uma teoria naturalizada do direito, isto é, uma teoria do direito que extrai a análise conceitual acadêmica em favor da continuidade com uma investigação *a posteriori* nas ciências empíricas. Assim como a epistemologia naturalizada – na famosa formulação de Quine – ‘simplesmente aparece como um capítulo da psicologia – como ‘uma ciência causal-nomológica da cognição humana, puramente descritiva,’ também a teoria do direito naturalizada dos realistas é essencialmente uma teoria descritiva das conexões causais entre as situações-tipos e as decisões judiciais reais” (LEITER, 2007a, p. 63).

Tais teorias seriam “estéreis” por que, para o Realismo Norte-Americano, o direito é racionalmente indeterminado, no sentido de que as razões jurídicas não garantem uma

ponto de vista externo que Quine nega em sua metáfora do barco de Neurath. Então, de dentro do barco, não há nada a fazer que não descrever (LEITER, 2007a, p. 39).

Veja-se, a propósito, o seguinte excerto de Leiter: “Where the Neurath/Quine picture agrees with Rorty is that all our epistemic judgments are “parochial,” but only in the fairly trivial sense that it is conceptually (hence practically) impossible for us to climb out of our ship (our best-going theory of the world) and rebuild the whole edifice from scratch by reference to non-parochial (non-historical) standards of truth and warrant. (This is just to agree with Quine that “there is no Archimedian point of cosmic exile from which to leverage our theory of the world.”) We must *necessarily* rely on certain epistemic criteria—criteria for what we *ought* to believe—any time we ask about the justification of any other belief (including beliefs about epistemic criteria). That is just to say that we must stand firm on certain “planks” in the boat while rebuilding (or figuring out whether we *ought* to rebuild) any other planks. The only question, then, is which planks we ought to “stand firm” on because they work so well. One such plank seems rather clearly to be the “scientific norm”” (LEITER, 2007b, p. 08).

justificação para uma única resposta correta, tal qual uma evidência sensória não justifica uma única teoria científica (2007a, pp. 39, 64). Como coloca:

“Como Underhill Moore coloca no início de um de seus artigos: ‘Este estudo se fixa no interior da seção de teoria do direito. Também está dentro do campo da psicologia behaviorista. Ele coloca a seção dentro do campo (...)’. Observe quão perto isto ecoa a ideia de Quine de que, ‘Epistemologia (...) simplesmente se coloca como um capítulo da psicologia (...)’ A teoria do direito – ou, mais precisamente, a teoria da decisão judicial – se ‘naturalizou’ porque aparece, para o realista, como um capítulo da psicologia (ou da antropologia ou da sociologia). Além disso, ele faz isso pela razão essencialmente quineana de que a abordagem fundacional da decisão judicial é um fracasso, uma consequência da aceitação da famosa tese dos realistas de que ‘o direito é indeterminado’” (LEITER, 2007a, p. 40).

E completa, em outra oportunidade, que:

“A teoria do direito – ou, mais precisamente, a teoria da decisão judicial – cai no lugar, para o realista, como um capítulo da psicologia (ou das ciências sociais em geral); abandonamos a ambição normativa de contar aos juízes como eles devem decidir os casos, a fim de realizar o estudo descritivo das relações causais entre *inputs* (fatos e regras de direito) e *outputs* (decisões judiciais). Isso produz uma teoria totalmente naturalizada e descritiva da decisão judicial, ao invés de uma teoria conceitual dos critérios de legalidade ou uma teoria conceitual da adjudicação, como um subproduto da primeira” (LEITER, 2010a, p. 252).

Em suma, a analogia entre o Realismo Jurídico Norte-Americano e o Naturalismo de Quine é a seguinte: a epistemologia está para a ciência (ou parte dela), assim como a filosofia do direito está para a decisão judicial. Lembre-se que Quine argumentou a favor do naturalismo de substituição da seguinte forma: a preocupação central da epistemologia é a relação entre evidência (*input*) e teoria (*output*); se uma abordagem normativa, fundacional desta relação é inexecutável, então há apenas uma abordagem frutífera desta relação: a abordagem causal, puramente descritiva, dada pela ciência da cognição humana. Desse modo, portanto, se dá a substituição de questões filosóficas sobre a relação entre o direito e a justificação da decisão judicial pela explicação causal do comportamento judicial. Os filósofos do direito devem parar de fazer perguntas relativas à justificação do direito, ou seja, sobre o que tornaria uma decisão judicial justificada de acordo com o direito e, ao invés disso, fazer perguntas sobre *como* os juízes decidem os casos. É um

projeto que, nas palavras do próprio Leiter, destina-se à “substituição (...) de questões filosóficas por questões empíricas significativas” (2007a, p. 117).

A noção de salientar aqui é a da *substituição*: a proposta é naturalizar o que se considera um “empreendimento fundacional falido” e substituí-lo por um tipo de investigação empírica de sucesso, no caso, as ciências naturais e sociais. É necessário substituir a teoria do direito por uma explicação estritamente descritiva, causal-nomológica, sobre como os juízes decidem. Leiter conclui o argumento dizendo que, seguindo o modelo quineano, a alternativa possível ao reconhecimento de que as razões jurídicas não justificam únicas respostas corretas no direito (o que inclui até mesmo uma resposta correta sobre o próprio conceito de direito) é a substituição das preocupações tradicionais da teoria do direito pelo estudo empírico sobre como os juízes decidem, do mesmo modo que Quine sugeriu substituir as preocupações tradicionais da epistemologia por um estudo empírico sobre como as pessoas adquirem suas crenças.

Mas em que sentido poderia a psicologia (ou a sociologia ou a economia ou a neurobiologia) poderia “*substituir*” a teoria do direito? Embora existam abordagens não-naturalistas nas ciências sociais, as que ele tem em mente são obviamente não-normativas. Elas não podem substituir a teoria do direito da mesma maneira que se substitui uma lâmpada queimada, posto que tais ciências não oferecem o que a análise normativa nos promete: razões válidas para decidir. Então, acredito que, na verdade, a teoria naturalizada da decisão judicial, propõe a substituição de uma teoria normativa por outra: ela a substitui para, em seguida, tentar ocupar o seu território.

Todavia, para tornar seu projeto de naturalização convincente, Leiter terá que apresentar duas razões: uma para abandonar a investigação normativa sobre como devemos decidir e outra para adotar a investigação explicativo-causal em seu lugar (GREEN, 2009, p. 28).

Entendo que Brian Leiter apresenta duas razões importantes para a substituição das teorias normativas por uma abordagem causal-nomológica do direito e que tem clara inspiração no naturalismo quineano, a saber: (i) a ideia de indeterminação do direito, referente ao que veio a denominar “classe das razões jurídicas” (2007, p. 09)²⁷⁴; (ii) o antifundacionismo e a metodologia substitutiva das teorias tradicionais do direito, inseridas naquilo que denominou como tese central (ou ‘*core claim*’) do Realismo Jurídico Norte-Americano, como se verá a seguir.

²⁷⁴ É o que se vê da pergunta apresentada pelo próprio Leiter ao tratar do Realismo Norte-Americano: “Why abandon the normative ambitions of traditional jurisprudence in favor of replacement naturalism? Here we need to understand the influential realist arguments about the indeterminacy of law” (LEITER, 2010a, p. 252).

2.1.1 Indeterminação jurídica e indeterminação da tradução

Os Realistas Norte-Americanos, segundo Leiter, estariam preocupados com a indeterminação do direito, especialmente nos casos levados aos Tribunais. Como vimos no capítulo anterior, regra geral os Realistas fundaram seu argumento da indeterminação do direito na existência de conflitos entre métodos de interpretação de leis e precedentes. Afinal, se estes pudessem ser lidos de duas ou mais maneiras diferentes, poderiam gerar decisões diferentes e até mesmo conflitantes. Assim, mesmo uma aplicação honesta dos “métodos” de raciocínio e interpretação jurídica disponíveis não seria suficiente para determinar como uma questão jurídica teria uma única resposta correta (LEITER, 2007a, p, 20).

Assim como para Quine o problema da indeterminação da tradução²⁷⁵ é decisivo no abandono da apresentação de um conceito de justificação e, por conseguinte, da normatividade inserta no conceito de conhecimento, Leiter defende que o direito é indeterminado, isto é, “a classe de razões jurídicas é indeterminada” (2007a, p. 09). Isto inclui as fontes do direito (leis, decisões judiciais, moralidade e a Constituição), os métodos interpretativos, os métodos de caracterização dos fatos como jurídicos e de raciocínio jurídico. É possível atribuir o paralelo da indeterminação do direito, ainda, à tese Duhem-Quine sobre a indeterminação da teoria pelas evidências, posto que há sempre mais de uma teoria consistente com a evidência, em parte, porque uma hipótese teórica pode ser sempre preservada em face das evidências recalcitrantes, abandonando as hipóteses auxiliares que informaram o teste da hipótese (LEITER, 2007a, p. 36).

O autor tratou em profundidade a tese da indeterminação do direito em um texto produzido com Jules Coleman, intitulado “*Determinacy, Objectivity and Authority*”, em 1993. Naquela ocasião, definiram como a tese da indeterminação (racional e causal) da seguinte forma:

“Começamos por fazer uma distinção entre (in) determinação racional e (in) determinação causal. Muitas vezes queremos saber se um resultado jurídico específico é justificado. A justificação é fornecida por razões. A tese de que o direito sofre de indeterminação racional é uma afirmação sobre a relação entre o conjunto de razões jurídicas disponíveis e a

²⁷⁵ Embora Leiter seja econômico na referência, indica que: “Quine’s indeterminacy of translation thesis, for example, is not designed to prevent us from buying or reading texts in translation, but to raise doubts about the picture of meaning that emphasizes intensionality” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 572).

justificação dos resultados jurídicos. Em outras ocasiões, procuramos uma explicação sobre o resultado a que um juiz chegou num caso particular. Sobre a teoria de que as explicações são essencialmente causais, a explicação de um resultado é fornecida por meio da identificação de suas causas. A tese de que o direito sofre de indeterminação causal é uma afirmação sobre a inadequação do conjunto de razões jurídicas como causa de opiniões judiciais. Em suma, as teses da indeterminação fazem afirmações sobre a relação entre os motivos jurídicos e as decisões jurídicas: a tese da indeterminação racional afirma que a relação da primeira com a segunda é justificatoriamente inadequada; a tese da indeterminação causal afirma que a relação da primeira com a segunda é explicativamente inadequada” (COLEMAN, LEITER, 1993, pp. 559-560).

Para Leiter, a indeterminação atinge tanto o âmbito racional (*rationally indeterminate*), posto que as razões jurídicas são insuficientes para justificar uma única resposta a um dado caso concreto, como o âmbito causal (*causally indeterminate*), dado que não explica causalmente a decisão do juiz (2007a, p. 09). O direito é *racionalmente indeterminado* quando a “classe de razões jurídicas” é insuficiente para justificar uma única resposta correta (LEITER, 2007a, p. 64). A “classe²⁷⁶” engloba essas razões que são motivos para a justificação adequada da decisão judicial: por exemplo, casos análogos têm sido decididos de forma semelhante ou uma lei que exige o mesmo resultado são ambas razões legítimas para uma decisão judicial²⁷⁷. Em certo sentido, uma regra é indeterminada se houver mais do que uma forma de cumprir suas exigências. No outro, dizer que uma regra é indeterminada é fazer uma afirmação sobre a falta de unicidade (*uniqueness*) em relação ao que a regra é. A indeterminação do primeiro tipo não é apenas inevitável; é necessária e desejável (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 560). Na sua essência, a tese de indeterminação racional é uma afirmação sobre a capacidade das razões – razões jurídicas, em particular, mas talvez também razões em geral, de justificar plenamente os resultados em favor dos quais são invocadas. E esta é uma maneira pela qual o argumento de indeterminação desenha, pelo menos em parte, as teorias filosóficas tradicionais sobre significado e

²⁷⁶ “The class includes legitimate sources of law (such as statutes, prior court decisions) and legitimate ways of interpreting and reasoning from those sources (for example, interpreting statutes by the “plain meaning” reasoning by analogy)” (LEITER, 2010a, p.253).

²⁷⁷ Na opinião de Leiter, a indeterminação racional aparece não apenas na interpretação de leis e precedentes, mas também na liberdade que os juízes têm sobre como caracterizar os fatos de um caso. Afinal, as regras devem ser aplicadas aos fatos; mas os fatos de um caso não vêm com suas próprias descrições, e devem ser caracterizados em termos de sua importação para a linguagem jurídica. Muitos realistas argumentaram, de acordo com Leiter, que os juízes poderiam legitimamente caracterizar os mesmos fatos em diferentes formas, e assim mesmo com uma regra definitiva, o juiz ainda pode ter justificação para alcançar mais de uma decisão, dependendo de como ele caracterizou os fatos. (v. também Frank, 1930, pp. 108-10).

metafísica, neste caso, o significado e a essência de razões (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 561).

Em se tratando de indeterminação racional, pode-se dizer que direito é *localmente indeterminado* quando é indeterminado apenas em alguns casos, isto é, quando é incapaz de garantir uma justificação para uma única resposta em determinadas circunstâncias. O direito é *globalmente indeterminado* quando é indeterminado em todos os casos. Nesses termos, o direito pode ser local ou globalmente indeterminado, a depender da extensão das dificuldades que as razões jurídicas encontram para justificar uma única resposta correta (LEITER, 2010a, pp. 253-255).

O direito é *causalmente indeterminado*, se a classe de razões jurídicas não for suficiente para fazer com que o juiz chegue a apenas um resultado correto. Supondo que “as condições de fundo” dos juízes sejam sua racionalidade, honestidade e competência. O direito é causalmente indeterminado apenas no caso da classe de razões jurídicas em conjunto com as condições de fundo sejam insuficientes para fazer com que o juiz chegue a apenas um resultado correto. Uma razão para que isto seja verdade é, por exemplo, que o direito seja racionalmente indeterminado quanto a esse ponto: se a classe justifica mais de um resultado, então até mesmo juízes honestos, racionais e competentes não serão provocados (causalmente) por razões jurídicas²⁷⁸ aplicáveis para alcançar a decisão que eles desejam atingir; devemos procurar razões em outro lugar para descobrir o que os levou a fazer o que fizeram.

Todos os Realistas afirmam que o direito é causalmente indeterminado onde é racionalmente indeterminado. Tal argumento pressupõe que, em primeiro lugar, o direito exerce sua influência causal através de razões. E, em segundo lugar, assume que as condições de conhecimento, de sorte que as razões jurídicas não são a única causa de uma decisão, se não forem capazes de justificar exclusivamente essa decisão. Mas se o direito é racionalmente indeterminado, então razões jurídicas justificam mais do que uma decisão a esse respeito: assim, temos de olhar para fatores adicionais para saber (e prever) porque o juiz decidiu daquela forma ao invés de outra (LEITER, 2010a, p. 255).

²⁷⁸ Coleman e Leiter, no entanto, ressalvam que ao aceitar a indeterminação causal, não se rejeita a possibilidade de que razões possam também ser causas: “However, it is based on the idea that such behavior is causally explicable. Thus, whereas our argument appears to accept the Legal Realist view of legal reasons as causally indeterminate, it is not skeptical about the causal efficacy of reasons generally. Is this a problem? Is it inconsistent? It is neither. In accepting the indeterminacy of causes thesis, we accept that legal reasons might not themselves fully cause judicial decisions. We are not rejecting the possibility that reasons can be causes. To accept the notion that judicial behavior is not fully caused by the legal reasons to which judges might be expected to appeal hardly entails that judicial behavior is itself mysterious or otherwise not subject to ordinary causal explanation” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 587).

Alguns Realistas pontuaram que o direito seria causalmente indeterminado no que diz respeito à forma como o Tribunal decidiria determinado litígio precisamente porque as condições de fundo muitas vezes não seriam evidentes (FRANK, 1931, p. 240). Segundo Leiter, isto levanta diferentes tipos de perguntas sobre a legitimidade do processo decisório. Mas houve Realistas, como Underhill Moore, behaviorista declarado²⁷⁹, que acreditava que o direito era causalmente indeterminado ainda que as condições de fundo fossem conhecidas, posto que as razões, por si mesmas, são causalmente ineficazes²⁸⁰. Assim, para o Realista Norte-Americano behaviorista, o fato de que razões justificam uma decisão não é um fato causal significativo, porque a justificação envolve uma relação entre o conteúdo racional de diferentes proposições, e esse conteúdo está fora do alcance para o behaviorista. O direito é causalmente indeterminado, mesmo quando é racionalmente determinado, porque determinação racional (isto é, a justificação através de conteúdos racionais) é causalmente irrelevante para o behaviorista²⁸¹ (LEITER, 2010a, pp. 255-256). Ora, se as razões jurídicas ou não-jurídicas, são causalmente ineficazes para determinar as decisões judiciais, que razão justificaria o endosso de uma teoria naturalizada, construída sobre os pilares do Realismo Jurídico Norte-Americano?

O argumento Realista para indeterminação gira em torno de uma concepção de legitimidade das razões jurídicas. Isso pressupõe um critério de legalidade. Leiter reconhece que isso é uma deficiência do Realismo Norte-Americano, pois ele não tem uma teoria explícita a esse respeito (2010a, p. 256). Para demonstrar a indeterminação do direito, concentrando-se a indeterminação na interpretação das leis e precedentes, os

²⁷⁹ “This view is clearest in Moore, who took most seriously the naturalistic imperative to make jurisprudential theorizing continuous with empirical inquiry in the social sciences (see Moore, 1923; Moore & Hope, 1929; Moore & Callahan, 1943). For Moore, the relevant science was (usually) psychology, in particular Watsonian behaviorism, which viewed human beings, like rats and dogs, as complex stimulus - response machines (...) Thus, Moore can say that the “logical processes of the institution of law ... throw [...] no light on any pertinent question as to what the institution has been, is or will be” (1923, p. 611) – that is, such rational processes make no causal difference. Similarly, Moore complains that to move “[f]rom necessary logical deduction to necessary behavior” is “an easy step” but a misstep, presumably because rational determinacy does not entail causal determinacy for the behaviorist (Moore & Hope, 1929, p. 704). And even Llewellyn (1931) observed that for Moore’s account of adjudication, “all reference to the actor’s own ideas is deprecated or excluded” (p. 1245). This final thesis about indeterminacy is not only the most unfamiliar but also the least important for purposes here” (LEITER, 2010a, pp. 255-256).

²⁸⁰ Leiter identifica, aqui, o ceticismo de regras do qual Hart acusou os Realistas em seu “*O Conceito de Direito*” (2007, pp. 149-161). De fato, os Realistas eram céticos não sobre a existência ou coerência conceitual de regras, mas sobre se as regras fazem qualquer diferença significativamente causal na tomada de decisão judicial. É o que os juízes acham que seria “certo” ou “justo” sobre os fatos do caso – e não regras jurídicas – que geralmente determina o curso da decisão de acordo com o Realista (LEITER, 2010a, p. 258).

²⁸¹ E Leiter complementa: “Note, however, that the model of psychology, anthropology, and social science at work in Moore and in realism more generally is positivistic (in the scientific, not legal, sense), not hermeneutic: we seek to study human (or judicial) behavior as we study the rest of the natural world, relying on detached observation in order to formulate causal laws (LEITER, 2010a, p. 257).

Realistas parecem estar supondo que leis e precedentes esgotam as fontes oficiais de direito, algo plenamente aceito pelas teorias positivistas. Segundo esse raciocínio, Leiter conclui que os Realistas Norte-Americanos não desenvolveram uma análise conceitual do direito original, tal como indiquei no primeiro capítulo. Mas, para ele, isso permite deduzir que os Realistas podem realmente ter dependido da análise conceitual positivista, do tipo exclusivista, como indicarei mais adiante.

A analogia com o projeto de naturalização de Quine se fecha nesse sentido:

“Se o direito é sempre racionalmente indeterminado, então não há abordagem normativa fundamental dessa relação que seja possível; não há relação fundamental normativa entre a classe e uma decisão particular, porque a classe é capaz de justificar mais do que uma decisão (ou seja, ele subdetermina qualquer decisão particular). Dado o fracasso do projeto normativo tradicional, os Realistas propõem à procura de um relato descritivo frutífero de que input causa quais decisões, por subordinar a teoria da decisão judicial dentro de uma abordagem científica do comportamento judicial” (LEITER, 2010a, p. 256).

Em síntese, o argumento da indeterminação é o seguinte: quando as razões jurídicas não justificam uma resposta correta, então outros fatores psicológicos e sociológicos podem surgir para determinar causalmente a decisão²⁸². O Realismo Jurídico havia localizado a indeterminação do direito não nas características gerais da linguagem jurídica, mas na existência de cânones interpretativos que os Tribunais poderiam empregar para extrair diferentes decisões dos mesmos textos jurídicos, dificuldade semelhante àquela expressa por Quine no seu exemplo da tradução linguística (LEITER, 2007a, p. 74). A sua identificação, no entanto, escapa aos limites das teorias normativas do direito, o que se torna uma razão para adotar a investigação explicativo-causal.

Veja-se que a razão subjacente à defesa do caráter indeterminado do direito é fundada na desconfiança do Realismo Jurídico Norte-Americano quanto à capacidade das teorias jurídicas existentes em garantir respostas corretas para as questões jurídicas²⁸³. Em outras

²⁸² É o que se vê das considerações do artigo produzido em conjunto com Jules Coleman: “One idea is that indeterminacy causes us to rethink the lawyer's conception of legal practice. In this view, the existence of determinate or right answers to legal disputes is part of the working framework of legal practice into which lawyers are socialized. This conception is part of a larger network of beliefs or presuppositions that form the conceptual framework of liberal, legal culture. The existence of nontrivial indeterminacy in the law requires a reconceptualization of liberal legal culture” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 579).

²⁸³ Essa ideia evidencia afronta à teoria interpretativa de Ronald Dworkin. Embora não seja objeto de estudo da presente tese, Ronald Dworkin sugere que, em direito, devemos distinguir entre “o fato e as consequências da imprecisão”. A indeterminação dos padrões sociais com os quais as instituições de aplicação do direito estão intimamente preocupadas não implica indeterminação no direito, porque, para Dworkin o estado do direito sobre uma matéria especial, não depende, em qualquer sentido direto sobre esses padrões. Pelo

palavras, o argumento da indeterminação do direito é o de que questões jurídicas não têm respostas corretas, ou pelo menos não tem uma única resposta correta. Os defensores dessa tese de duvidam que os materiais jurídicos sejam suficientes para determinar uma (única e correta) resposta às questões jurídicas e, segundo o autor, determinadas questões jurídicas apenas podem ter tais respostas quando os materiais não-jurídicos (incluindo princípios morais, treinamento ou preconceitos dos juízes) são considerados, mas isso não significa que o direito em si seja determinado.

2.1.1.1 Indeterminação e previsibilidade

Se a necessidade de que as pessoas tenham a oportunidade de conformar o seu comportamento às exigências do direito é a inquietação que motiva a preocupação com a indeterminação jurídica, então o que é realmente necessário é a *previsibilidade*. Afinal, para Leiter, se “a necessidade pragmática de prever com sucesso o curso da experiência é central para a vida cotidiana e para o empreendimento científico”, uma vez que aceitamos esse dogma enquanto norma epistêmica, “o critério para a aceitação de uma crença não precisa ser pragmático, exceto na medida em que as normas epistêmicas que aceitamos sejam parte de um critério pragmático” (2007a, pp. 51-52).

Interessante notar que, para Leiter, tendo em vista que os Realistas propuseram uma abordagem descritiva e frutífera sobre quais *inputs* causam quais *outputs*, subsumindo a teoria da decisão judicial numa abordagem científica do comportamento judicial, a ideia de *previsibilidade* acaba se confundindo com a ideia de *explicação* de uma decisão:

“(...) às vezes queremos saber não se um determinado resultado se justifica, isto é, se existem motivos suficientes para justificá-lo, mas se

contrário, ela depende da postura moral que estes aspectos de nossa história política têm sobre os direitos do sujeito. A questão não é “Como é que o padrão de cuidado se aplica neste caso particular?”, mas sim “Qual é a posição moral do réu dado fatos pertinentes sobre a nossa institucional situação, incluindo o fato de que esta lei foi promulgada?” A mudança de assunto abre espaço para a distinção que Dworkin procura entre ato social e sua consequência para o estado do direito e determinabilidade; esta é garantida por outro argumento: que as questões morais têm, ou quase sempre tem respostas certas. Na visão de Dworkin, a indeterminação do direito perde o seu significado substantivo e torna-se, em vez disso, uma carga epistemológica que deve ser assumida como parte da tarefa de determinar que o direito exige, na verdade, que é um processo de interpretação construtiva. Sua compreensão de raciocínio dentro do direito só pode decolar quando acompanhada por uma determinada abordagem das fontes do direito. É só porque seus apelos teóricos para uma concepção particular de direito ou, talvez mais precisamente, do raciocínio jurídico que ele é capaz de plausivelmente sustentar a visão de que há sempre algo determinado que o direito exige de nós, que nunca é silencioso, ou incerto, e nunca fala com uma voz contraditória. Para negar-lhe a sua abordagem de validade, sua tese sobre o que é direito é negar-lhe a possibilidade de sua compreensão da justificação do direito. (v. DWORKIN, 1999, em especial os capítulos I a IV).

um resultado pode ser explicado ou previsto”. Razões podem figurar nas explicações e previsões desde que sejam causas. O conjunto de razões jurídicas é causalmente indeterminado apenas se for considerado insuficiente para explicar ou prever as decisões dos juízes. Se considerarmos juntas as duas formas de indeterminação [racional e causal] o conjunto de razões jurídicas é insuficiente exclusivamente para justificar um resultado, prever ou explicar” (COLEMAN, LEITER, 1993, pp. 580-581).

De acordo com o autor, críticos do Realismo Jurídico Norte-Americano como H.L.A. Hart, costumam chamá-lo de “*teoria preditiva*”. Para a teoria preditiva, uma regra é jurídica apenas se constituir uma previsão precisa do que Tribunal fará; o argumento de que determinada troca de promessas constitui um contrato é parte do direito é, segundo a teoria preditiva, equivalente a uma previsão daquilo que um Tribunal fará ao impor estas promessas quando é chamado a fazê-lo por uma das partes. Se um Tribunal se recusa a achar um contrato executável no caso em questão, então, para a teoria preditiva, não há, como uma questão de direito, um contrato. Assim, o critério final da legalidade, para a teoria preditiva, é o que os Tribunais fazem no caso particular, e uma declaração exata do direito é equivalente a uma previsão precisa do que o Tribunal vai fazer (LEITER, 2010a, p. 250).

Como será possível prever como as Cortes decidirão? Bem, diz Leiter, para qualquer um que tenha litigado, a resposta parece bastante clara: juristas, em geral, trabalham com algum grau de conhecimento psicológico, político e cultural informal sobre os juízes e Tribunais que constitui o que denominou de teoria sócio-científica popular da decisão judicial (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 585). O sucesso desta teoria é que constitui o núcleo da sua avaliação do Realismo Jurídico Norte-Americano (LEITER, 2007a, p. 55).

Note-se que ele trata da exigência de previsibilidade e não da determinação do direito, posto que a investigação sócio-científica pode identificar os fatores não-jurídicos que realmente determinam o curso da decisão jurídica²⁸⁴ (LEITER, 2007a, p. 92). E o mesmo ponto do Realismo Jurídico é que os resultados indeterminados racionalmente podem ser, no entanto, confiavelmente previsíveis, ainda que a previsão não possa ser feita inteiramente a partir das razões jurídicas (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 582).

Mas por que deveríamos nos preocupar com a previsibilidade? Qual a razão prática desse esforço?

²⁸⁴ “The determinacy thesis makes a claim about *justification*: the set of legal reasons uniquely justifies the outcome. The focus on predictability has nothing to do with justification, whereas determinacy has everything to do with justification” (COLEMAN, LEITER 1993, p. 588).

Aqui é onde a ênfase dos Realistas sobre a previsibilidade e a causalidade entra: se a necessidade que os agentes têm de conformar o seu comportamento com as exigências do direito é o que motiva a preocupação com a indeterminação, então tudo o que é realmente necessário é a previsibilidade. Se os indivíduos podem prever o que o direito exige deles, então, em princípio, eles têm a oportunidade de conformar, previamente, o seu comportamento para as exigências do direito. Note-se, porém, que isso requer previsibilidade, não determinação. E o mesmo ponto da tradição Realista é que os resultados racionalmente indeterminados podem, contudo, ser confiavelmente previsíveis, mesmo que a previsão não possa ser feita plenamente com base na classe de razões jurídicas. É para tal intento que existem as teorias sócio-científicas da decisão judicial (COLEMAN, LEITER, 2007a, pp. 582-583).

Mas que tipo de teorias sócio-científicas são exigidas para garantir a previsibilidade? Para Leiter e Coleman, a previsibilidade não exige uma teoria completa do comportamento judicial, mas tão somente uma “*teoria popular informal*” (*folk theory*)²⁸⁵, precisamente o tipo que a maioria dos cidadãos já parecem ter (1993, p. 586). Sendo assim, o sucesso dessa “*teoria popular informal*” que é coextensivo com o talento dos advogados, isto é, com sua habilidade para advertir seus clientes sobre o que fazer em juízo, constitui o centro da naturalização da teoria do direito (LEITER, 2007a, p. 55). Veja-se que a ideia de uma “teoria popular” deve, em muito, ao senso comum quineano e à sua importância na consecução da tese da indeterminação da tradução.

Leiter tem consciência de que tais teorias podem não ter a mesma sistematicidade característica das teorias científicas genuínas, falhando na geração de leis sobre o comportamento judicial, mas isso não significa que as ciências políticas tiveram maior sucesso no mesmo intento, o que não invalida sua utilização (2007a, p. 56).

Então que tipo de conceito de direito é pressuposto no argumento da indeterminação jurídica, se um conceito em que leis e precedentes são parte do direito, mas regras não codificadas e argumentos de política pública não são (LEITER, 2007a, p. 72)?

Ele mesmo retoma o paralelo com a epistemologia naturalizada de Quine para responder a esta questão. De acordo com o antifundacionismo quineano, uma vez que todas as nossas

²⁸⁵ Leiter explica o procedimento dessas teorias populares no seguinte sentido: “Recall, too, what is required for a ‘naturalized’ jurisprudence: we seek methodological continuity with the natural and social sciences. Folk theories plainly satisfy this demand: they are predicated on empirical observation of judicial decisions; they seek causal explanations for these decisions, inasmuch as they understand ‘reasons’ as ‘causes’; and they look for regular, law-like-ideally lawful-patterns of decision. Indeed, it is common in the extensive political science literature on judicial behavior to correctly identify Realism with precisely such a naturalistic research program.’ That lawyers possess workable, if informal, folk theories of judicial decision serves to vindicate and instantiate Realism’s naturalistic program” (LEITER, 2007a, p. 56).

crenças só se justificam na medida em que são inferidas de outras crenças, segue-se que nossas crenças não repousam, em última análise, em uma “fundação” de crenças que são justificadas de forma independente. É preciso, ainda, substituir a busca por fundações por uma investigação sobre como adquirimos nossas crenças. Esta é a filosofia naturalizada dos Realistas, expressa no que anteriormente denominou sua “tese central” ou “*core claim*”.

2.1.2 A tese central e o naturalismo: antifundacionismo e substituição

Leiter acredita que os Realistas procuraram, na verdade, defender uma “tese central” (“*core claim*”), isto é, uma tese descritiva sobre o processo decisório, segundo a qual “*os juízes respondem primariamente ao estímulo dos fatos*”, isto é, “alcançam decisões com base no que pensam que seria justo no caso e não com base na aplicação das regras jurídicas²⁸⁶” (2007a, pp. 21-22). Por conta disso, os Realistas avançam (i) uma teoria descritiva sobre a natureza da decisão judicial, segundo o qual (ii) decisões judiciais têm padrões determinados (sociologicamente), em que (iii) juízes alcançam resultados com base em uma resposta, geralmente compartilhada, sobre os fatos do caso, a qual (iv) então, racionalizam após o fato, com as regras e razões (LEITER, 2007a, p. 30). Uma alternativa formulação da tese central é que “os juízes são (principalmente), responsivos a razões não-jurídicas (LEITER, 2007a, p.24) como a ideia de justiça. São essas razões não-jurídicas que tornam fatos, no sentido do termo expresso por ele, relevantes para as decisões judiciais.

O autor argumenta que os Realistas aceitaram a tese central justamente porque entendem que o direito é racionalmente indeterminado. No entanto, Leiter apresenta duas importantes subteses sobre a formulação da tese central (2007a, pp. 23-28):

(i) *a tese do determinismo*: segundo esta tese, a escolha da decisão deve ser suficientemente limitada a fim de que sua previsão seja possível. A visão contrastante aqui, o formalismo jurídico, está comprometida com a afirmação descritiva de que os juízes respondem primariamente aos fatos, talvez exclusivamente, às exigências racionais das regras aplicáveis de direito e os modos de raciocínio jurídico. A afirmação descritiva dos formalistas pode ser recusada por meio da proposta do Realismo, que diz que os juízes são

²⁸⁶ All the realists endorse the following *descriptive* claim about adjudication: in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the underlying facts of the case, rather than legal rules and reasons (hereafter “the Core Claim”) (LEITER, 2010a, p. 252).

responsivos principalmente aos fatos. Leiter considera que este ponto é bastante óbvio no caso da imagem formalista: leis, precedentes e inferências dedutivas dão aos juízes razões jurídicas para decidir. Mas, quando um juiz responde aos fatos subjacentes do caso, o que estamos realmente dizendo é que o juiz tem razões não-jurídicas para decidir. A verdadeira disputa entre o Formalista e o Realista, na sua opinião²⁸⁷, diz respeito às razões que determinam a decisão judicial, isto é, se são razões jurídicas ou razões não-jurídicas. Para o formalista, as decisões são previsíveis porque o direito é racionalmente determinado; para o Realista, isto é ‘pura mitologia’: raramente há respostas determinadas em questões jurídicas, pelo menos no que tange aos casos que estão nos Tribunais (LEITER, 2007a, p. 92).

(ii) *a tese da generalidade*: de acordo com esta tese, as limitações ao processo decisório não podem consistir em fatos idiossincráticos sobre os juízes, mas acessíveis a todos, de modo a tornar a previsão dessas decisões possível. Essa tese é expressão do *behaviorismo*, de acordo com o qual todo o comportamento humano pode ser explicado em termos dos emparelhamentos de certas respostas a certos estímulos; qualquer referência aos estados mentais de crenças, desejos, etc., é necessário. A retórica do *behaviorismo* permeou os escritos dos Realistas: daí o sentido de formular a tese central em termos de fato-responsividade. Nesses termos, a única questão é: quais estímulos desencadeiam a resposta judicial? Os Realistas respondem que são os fatos na base deste processo, ao invés das regras jurídicas. Tal tese é representativa do esforço de Leiter para adequar sua explicação dos preceitos Realistas segundo uma ótica naturalística quineana, em que a preocupação expressa por Quine quanto ao processo de aprendizagem de línguas e de formação do significado linguístico.

Dada a tese central, vimos que o argumento de Quine para o naturalismo substitutivo se dá em duas etapas: (i) *antifundacionismo*: nenhuma teoria única é justificada com base apenas em evidências (*input*); (ii) *substituição*: uma vez que nenhuma história fundacional pode ser dita sobre a relação entre *inputs* (evidências) e *outputs* (teoria). Assim, pode questionar Leiter, por que não substituir o programa normativo por uma pergunta puramente

²⁸⁷ “Whatever their differences among themselves, the realists were united in their opposition to a very different descriptive theory of adjudication, often called “formalism” or “mechanical jurisprudence ” According to the formalist, “ the judge begins with some rule or principle of law as his premise, applies this premise to the facts, and thus arrives at his decision ” (Frank, 1930 , p. 101). Judges, of course, write their opinions in this “ formalistic ” mode, but the realists want to insist precisely that, “ the decision often may and often will prove to be inadequate if taken as a *description* of how the decision really came about and of what the vital factors were which caused it ” (Llewellyn, 1930 , p. 37; cf. Cohen: “ The traditional language of argument and opinion neither explains nor justifies court decisions ” (1935 , p. 812))” (LEITER, 2010a, p. 262).

descritiva, por exemplo, o estudo psicológico sobre qual *input* causa qual *output*? (2007a, p. 39).

Para o autor, os Realistas são antifundacionistas sobre as decisões judiciais no sentido de que negam que as razões jurídicas justificam uma decisão única: as razões jurídicas tipicamente subdeterminam a decisão. Mais precisamente, os Realistas afirmam que o direito é indeterminado racionalmente, no sentido de que a classe de razões jurídicas, isto é, a classe dos motivos legítimos um juiz pode oferecer para uma tomada de decisão, não fornece uma justificativa para um resultado único²⁸⁸. Assim como o *input* sensorial não justifica por si só uma teoria científica original na epistemologia naturalizada, razões jurídicas, de acordo com os Realistas, não justificam uma decisão única.

Os Realistas também dão o segundo passo: *a substituição*. Como abordei anteriormente, de acordo com a tese da indeterminação, razões jurídicas subdeterminam as decisões judiciais, o que significa que o empreendimento fundacional da teoria da decisão judicial é impossível. Por que não substituir, então, o programa fundacional estéril de justificação das decisões judiciais, com base em razões jurídicas aplicáveis por uma abordagem descritiva e explicativa do que o *input* - ou seja, qual a combinação de fatos e razões - produz qual *output*, ou seja, que decisão judicial?

Leiter acredita que é nessa ideia de substituição que os Realistas mais se aproximam da ideia de Quine de que a “epistemologia cai como um capítulo da psicologia”. Para eles, a teoria do direito (ou mais limitadamente, a teoria da decisão judicial, como veremos adiante) é naturalizada precisamente porque também cai como um capítulo da psicologia, “porque a abordagem fundacional da decisão judicial entrou em colapso – consequência da aceitação da tese Realista de que o direito é indeterminado” (LEITER, 2007a, p. 40). No paralelo com o naturalismo quineano, como o *input* sensorial não *justifica* uma única teoria científica original, razões jurídicas, de acordo com os realistas, não *justificam* uma decisão única (*output*).

Leiter conclui o argumento dizendo que, no modelo de naturalismo defendido por Quine, a reação apropriada para o reconhecimento de que os fundamentos do direito não justificam resultados únicos é uma substituição das preocupações tradicionais fundacionais da teoria

²⁸⁸ No original: “But the law in many cases is indeterminate, and thus in those cases there is no ‘foundational’ story to be told about the particular decision of a court: legal reasons would justify just as well a contrary result. But if legal rules and reasons cannot rationalize the decisions, then they surely cannot explain them either; we must, accordingly, look to other factors to explain why the court actually decided as it did. Thus, the Realists in effect say: ‘Why not see how the construction of decisions really proceeds?’ The Realists, then, call for an essentially naturalized and hence descriptive theory of adjudication, a theory of what it is that causes courts to decide as they do” (LEITER, 2007a, pp. 64-65).

do direito pelo estudo empírico sobre como os juízes decidem. Essa reação é análoga ao naturalismo substitutivo proposto por Quine, de que as preocupações epistemológicas tradicionais fundacionais sejam substituídas pelo estudo empírico de como as pessoas realmente formar crenças.

No que toca a teoria da decisão judicial, a atividade filosófica voltada a determinar, pela reflexão sobre os conceitos de direito, conteúdo, interpretação entre outros, o conjunto de normas apropriadas para a decisão judicial, o argumento da teoria do direito naturalizada é que a teoria da decisão judicial encontrará as mesmas dificuldades da epistemologia tradicional²⁸⁹. “*Não há filosofia primeira*” suficiente para determinar a relação entre *input* e *output* de uma forma satisfatória. Qualquer número de *outputs* inconsistentes é compatível com o conjunto de *inputs* decisórios, e há um grande número de princípios interpretativos ou formas de organizar os *inputs* que são consistentes e que garantem decisões diferentes. Não há princípios interpretativos únicos e não há uma forma filosoficamente respeitável de encontrar a resposta correta.

Leiter milita em favor da substituição da filosofia do direito pela sociologia, psicologia ou antropologia. Devemos nos voltar para uma investigação sócio-científica apropriada, que revele as regularidades do direito no processo decisório, capaz de identificar as normas que sejam internas à prática decisória – os testes de legalidade. Ele não nega que haja tais normas, mas por *razões pragmáticas*, apenas que a filosofia não tem um papel na sua determinação ou justificação.

2.2 Pragmatismo e Realismo Jurídico

Não é raro encontrar na filosofia norte-americana obras que aproximam o naturalismo do pragmatismo, dada a quantidade de elementos teóricos compartilhados por ambos, especialmente no que se refere aos seus principais questionamentos²⁹⁰. Do ponto de vista

²⁸⁹ Observe-se, no entanto, que Leiter não apresenta qualquer justificativa para a substituição além do reiterado fracasso do fundacionismo na teoria do direito, nem tampouco aborda a construção do Realismo Jurídico Norte-Americano como tentativa de revisão da teoria do direito em favor de um método de continuidade com as ciências. Tal constatação aqui brevemente esboçada, sera tratada com maior vagar no próximo capítulo.

²⁹⁰ Como bem descrito por Keneth Ching, “Simply put, pragmatism asks: “What practical difference does it make to us?” The incorporation of naturalism into pragmatism can be seen in that naturalism similarly requires that for phenomena to be considered a fact, it must “make a practical difference to us” by making a causal difference in the course of our experience”(CHING, 2012, pp. 65-66). Dentre os elementos do pragmatismo está a defesa da aplicação dos métodos das ciências naturais à definição do conhecimento. Considere, por exemplo, a seguinte afirmação: “Though the reductionistic interpretation of pragmatic doctrine has happily and rapidly waned, the focus on causal analysis in one of its several forms as the

de Leiter, o pragmatismo tem um duplo compromisso: um teórico e outro epistemológico. O compromisso teórico significa que a teoria deve “provocar” diferença na prática (ou na experiência). Trata-se, aqui, de uma máxima normativa, referente ao tipo de teorização que vale a pena ter. Já o compromisso epistemológico é relativo ao anti-fundacionismo: toda justificação do conhecimento é inferencial. A visão distintiva do pragmatismo exige que pelo menos algumas crenças e normas sejam aceitas como um critério *a posteriori* de utilidade para fins particulares. Desse modo, o pragmatista sustenta que algumas crenças devem ser aceitas simplesmente por que “funcionam” (*work*) em relação a vários fins humanos (LEITER, 2007a, pp. 47-49)²⁹¹. Por que deveríamos adotar o critério “*do que funciona*”? Para ele:

“A necessidade pragmática de prever com sucesso o curso da experiência é central para a vida cotidiana e para o empreendimento científico; mas isso significa que, por sua vez, a razão pragmática para as nossas normas epistêmicas mais básicas podem ser encontradas em características universais da condição humana, por exemplo, a necessidade de explicar a nossa experiência com um olhar para descobrir o que vai acontecer no futuro. A ciência tem maior sucesso do que qualquer outra prática, e é por isso que Quine, ao contrário dos pós-modernistas anti-fundacionistas, continua a concordar com os positivistas que a ciência é o paradigma do conhecimento genuíno”. (LEITER, 2007a, p. 51).

No limite, para se manter fiel ao naturalismo substitutivo de Quine, ele adota uma versão modesta da metáfora do Barco de Neurath:

“Uma vez que não é possível reconstruir o navio inteiro de uma só vez, eles [os marinheiros] não podem sair do navio, por assim dizer, e reconstruí-lo a partir do zero – devem optar por se manterem firmes em algumas tábuas no navio, além de reconstruir outras. Eles, é claro, optam por manterem-se firmes nas tábuas que funcionam melhor – um critério pragmático – enquanto reconstroem aquelas que são menos confiáveis, úteis ou necessárias. É claro que em um momento posterior, os marinheiros podem optar por reconstruir as pranchas em que tinham estado em anteriormente, e ao fazê-lo vão ficar em cima de algumas outras pranchas que servem as suas necessidades práticas. A nossa

keystone of naturalism and of scientific method has not. Recent claims that epistemology should be naturalized go hand in hand with a causal theory of justification in terms of causal processes that produce psychological belief-states that are true. Further, this type of analysis is held to be patterned after scientific inquiry and theory construction. Epistemology thereby becomes dependent upon scientific inquiry, and scientific inquiry like naturalism, centers around doctrines of causal analysis” (ROSENTHAL, 2009, p. 78). A propósito do pragmatismo filosófico, ver também Arruda (2011).

²⁹¹ “The distinctive pragmatic view is that at least some beliefs and norms must be accepted solely on the a posteriori criterion of utility for particular human purposes” (LEITER, , 2007a, p. 48)

situação epistêmica é a mesma: necessariamente nos mantemos firmes em algumas tábuas de nossa concepção teórica do mundo – hipóteses, normas epistêmicas, e assim por diante – ao avaliar outras afirmações sobre o mundo. As pranchas que escolhemos no nosso barco epistêmico são apenas aquelas que têm trabalhado o melhor para nós no passado; mas nada impede a possibilidade de que em algum momento no futuro, reconstruamos estas pranchas, enquanto elaboramos uma nova concepção teórica” (LEITER, 2007a, p. 50, g.n.).

A leitura sobre a metáfora de Neurath permite concluir que o projeto de naturalização é mais modesto²⁹² do que poderia aparecer nas afirmações extraídas de sua reconstrução do Realismo Jurídico Norte-Americano, de que “uma teoria do direito que extrai a análise conceitual acadêmica em favor da continuidade com uma investigação *a posteriori* nas ciências empíricas” (LEITER, 2007a, p. 63), posto que argumenta, ainda que de forma tácita, que a análise conceitual não deve ser abandonada, apenas apresentando um papel modesto dentro do projeto naturalista (COLEMAN, 2001b, p. 211).

A visão pragmática distintiva do naturalismo quineano abraçado por Leiter é a de que pelo menos algumas crenças e normas devem ser aceitas exclusivamente como critério *a posteriori* que “funciona” auxiliando na tarefa de prever nossas experiências sensoriais. O argumento apresentado pelos Realistas Norte-Americanos de indeterminação do direito²⁹³ é compatível, portanto, na sua visão, com a exigência de um critério de legalidade²⁹⁴.

Na verdade, Leiter, assim como Quine em relação ao “sucesso da ciência”, trata a concessão à análise conceitual como uma opção pragmática, posto que “funciona” para a proposta de uma teoria da decisão judicial naturalizada.

Mas por que não há “mais alto tribunal” do que a ciência? Ele acredita que essa afirmação de Quine só pode decorrer de uma postura pragmática. A ciência é o mais alto tribunal por

²⁹² Extraio essa afirmação de uma nota de rodapé inserida no Pós-Escrito da parte II de “*Science and Methodology in Legal Theory*”, a qual reproduzo aqui “isso não é negar o papel que a análise conceitual em um sentido mais amplo, tem desempenhado no desenvolvimento da ciência (...) a história da ciência está repleta de exemplos de debates sobre problemas conceituais, ou ‘interno’ a uma teoria (por exemplo, a teoria ‘apresenta algumas inconsistências internas ... ou a sua base de análise é vaga e imprecisa’) ou ‘externa’ com a teoria, mas relacionados à forma como a teoria se comporta com outras pessoas que já são vistas como racionalmente justificada. Mas em ambos os casos, os problemas conceituais não são resolvidos por recurso a intuições sobre a extensão dos conceitos, mas sim pela confiança nos padrões de clareza e de implicação lógica” (LEITER, 2007a, p. 183).

²⁹³ “But it is impossible to formulate an argument for rational indeterminacy of law without presupposing certain conceptual views about the criteria of legal validity. When Holmes, for example, chalks up judicial decision not to law but to a half-conscious judgment of policy,’ he is plainly presupposing that reasons of policy are not part of the ‘law’ in the sense of the class of legitimate recognized *legal* reasons. And in demonstrating the indeterminacy of law by concentrating on indeterminacy in the interpretation of statutes and precedents, Realists like Llewellyn and Radin seem to be supposing that these exhaust the authoritative sources of law” (LEITER, 2007a, p. 45).

²⁹⁴ “Suffice it to not that the kind of positivism presupposed by Legal Realism will turn out to be Hard Positivism” (LEITER, 2007a, p. 67)

que ela funciona, e a ciência é o senso comum autoconsciente, isto é, a ciência é apenas a versão formal e cuidadosa de nossas ferramentas do “senso comum” para prever o curso futuro da experiência. Nossa posição cognitiva está contida num corpo de teoria substantiva que, segundo Quine, só pode ser a teoria científica porque esta se mostrou a de maior sucesso para a humanidade. Isso significa que Quine não acha que a ciência garanta a justificação epistêmica para própria ciência, uma vez que devemos todos os nossos padrões epistêmicos à nossa prática de maior sucesso, isto é, a própria ciência (LEITER, 2007a, p. 117).

Leiter acredita que é nessa afirmação, indicada anteriormente, que o pragmatismo²⁹⁵ subjacente de Quine se torna importante. Não se trata, todavia, do tipo de pragmatismo que Dennis Patterson encontra em Quine, ao que denominou “pragmatismo sobre questões de verdade” (PATTERSON, 1996, p. 159). Para ele, Patterson oferece uma leitura equivocada de Quine ao inseri-lo no plano dos autores pós-modernos²⁹⁶. O holismo inserido no naturalismo quineano não indica que a questão da verdade do conhecimento seja um problema de coerência, mas sim de “correspondência com o mundo” (LEITER, 2007a, p. 148).

Na leitura proposta por Leiter, Quine repudia expressamente tal abordagem à verdade: “qualquer definição pragmática da verdade está fadada ao fracasso” (QUINE, 1969, p. 23). O pragmatismo não entra no nível de uma teoria da verdade para Quine, o qual mantém a teoria da verdade como correspondência, mas no nível de *justificação*²⁹⁷. Portanto, de

²⁹⁵ “I think it is safe to say that his posture is a pragmatic one: science is the highest tribunal because science works, and ‘science is self-conscious common sense, that is, science is just the formal and careful vision of our ordinary ‘common sense’ tools for predicting the future course of experience. Our cognitive position is always internal to a body of substantive theory, and that theory is a scientific one because that, Quine thinks, is the theory that has proven most successful for creatures like us” (LEITER, 2007a, p. 117)

²⁹⁶ Segundo a caracterização de Patterson, “Postmodern thought may be defined as ‘any mode of thought that departs from the three modern axes described above without reverting to pre-modern categories. Postmodernism is not about the reconstruction of any of all of these axes (...) Quine’s picture of knowledge of the external world changed the way people thought about the construction of knowledge. The breakthrough was to see knowledge not as a matter of foundations – building up from bedrock – but a function of one’s being able to move about within a holistic web (be it a web of theory or subjective practice. It is in the move from simplicity, reductionism, and foundations in holism, network, and totality that Quine’s epistemology is rightly described as ‘postmodern’. Quine’s embrace of holism, together with his pragmatism on questions of truth, invite comparison with the second of the three aspects of modernism that are displaced in postmodernism, that of referential theory of language” (PATTERSON, 1996, pp. 158-159).

²⁹⁷ Como destaca no artigo *Why Quine is Not a Postmodernist*: “Mas por que não há ‘mais alto tribunal’ do que a ciência? Aqui é onde eu acho que o pragmatismo subjacente de Quine se torna importante (...) Mas Quine explicitamente repudiou tal abordagem à verdade: ‘Qualquer definição pragmática de verdade está fadada ao fracasso’. O pragmatismo não entra no nível da teoria da verdade para Quine – Quine sustenta a teoria da verdade como correspondência, mas ao nível da justificação. A razão toda investigação vem de dentro da ciência é que a ciência funciona. Ela “nos dá as coisas”, pode-se dizer. A ciência, para Quine, é simplesmente em um *continuum* com o senso comum, e que, como a ciência, tem como objetivo prever o curso futuro da experiência, a fim de facilitar a nossa forma de lidar com o mundo. É justo que a ciência, ao

acordo com Leiter, o privilégio epistêmico da ciência pode ser justificado em bases pragmáticas, o que não significa que as normas que devemos acreditar sejam em si mesmas pragmáticas: a ciência não diz “acredite no que seja útil”, mas “acredite naquelas hipóteses que respondam ao teste da experiência”. A verdade se torna uma questão de correspondência, na medida em que é fixada pelos padrões epistêmicos da ciência. A ciência não é uma prática qualquer, mas “*a prática*”: ela separa o joio do trigo quando nos deparamos com diferentes perspectivas da realidade, e o resultado desse procedimento é austero: “o joio inclui não apenas a religião, a metafísica, a poesia ou a astrologia, mas também a psicologia não-comportamental e todas as ciências não redutíveis à física” (LEITER, 2007, pp. 148-149).

Como destaquei no capítulo anterior, a defesa do *status* epistêmico privilegiado das ciências em razão de seu sucesso é também uma afirmação normativa e, portanto, conceitual, *a priori*. Há um inescapável caráter circular nesse argumento, algo que suscitou grande parte das críticas endereçadas ao naturalismo quineano. Mas Leiter, assim como Quine, é pragmático em sua resposta: não é que a ciência empírica “dependa” da análise conceitual para contar sua história explicativo-descritiva, mas é, por meio dela, que o filósofo pode ser capaz de oferecer maior clareza reflexiva sobre os conceitos invocados na história explicativo-descritiva²⁹⁸.

A preocupação, ao contrário, é a de que intuições sobre conceitos não desfrutam de um status epistêmico privilegiado, tal qual as afirmações da ciência empírica. Mesmo que a ciência empírica não resolva essas disputas, pelo menos delinea critérios com peso epistêmico para julgá-las. Na medida em que uma análise conceitual ajuda no

contrário da psicologia ou da economia, preveja o curso futuro da experiência com muito maior precisão e confiabilidade. Para criaturas como nós, é uma necessidade *pragmática* para descobrir o que vai acontecer. Essa necessidade pragmática nos coloca como se fosse “dentro da ciência”. Nossa posição cognitiva é sempre interna a um corpo de teoria substantiva, e essa teoria é científica, porque essa é a teoria de que trabalha para criaturas como nós. Esse pragmatismo quineano, mais uma vez, não tem implicações para a questão sobre se ou não a revisão judicial é justificada ou legítima numa sociedade democrática” (LEITER, 2007a, pp. 147-148).

²⁹⁸ Leiter esclarece a ideia de status epistêmico privilegiado no seguinte sentido: “Primeiro, fundacionismo na epistemologia pretende justificar o nosso sistema de conhecimento, mostrando que ela repousa sobre uma base em que: (i) as crenças que são justificadas em virtude de serem inferidas de outras crenças justificadas; e, finalmente, (ii) as crenças ‘fundacionais’, ou seja, as crenças que são ‘justificadas’ ou ‘garantidas’ sem que a sua justificação dependa de receber apoio inferencial de quaisquer outras crenças. Assim, o fundacionista pensa, ao contrário do Quine, que o nosso corpo de conhecimento científico pode ser justificado, no sentido de ser defendido ou mantido como epistemologicamente especial. “Epistemicamente especial” aqui significa apoiado, no fundo, por crenças fundamentais que gozam de um mandado de não-inferencial (...) O argumento de Quine é mostrar que tal procedimento de “construção” de crenças não é possível: não podemos satisfazer demandas justificatórias da norma epistêmica fundacional. É o conteúdo dessa norma epistêmica que é fundacional, e não simplesmente o fato de buscar justificar a ciência por referência a alguma norma” (LEITER, 2007a, p. 150)..

empreendimento jurídico, sua ajuda vem *depois (a posteriori)* de descobrirmos qual forma de “cortar as articulações causais do mundo” funciona melhor (LEITER, 2014).

Para os Realistas Norte-Americanos, as normas só contam como normas jurídicas em virtude de ter o tipo certo de origem social, reconhecido pelas autoridades do sistema jurídico (LEITER, 2013b, p. 02). Há, no Realismo Jurídico Norte-Americano, uma regra de reconhecimento, ou seja, de um critério de legalidade segundo o qual uma regra se torna parte do direito em virtude de ter sua fonte num ato legislativo ou de uma decisão judicial (LEITER, 2007a, p. 73).

Leiter acredita que essa compreensão é implícita por que não se trata propriamente de um argumento sobre o “conceito” de direito²⁹⁹, mas um argumento sobre “como é útil pensar sobre o direito para advogados que devem aconselhar seus clientes” (2007a, p. 67). Afinal, o Realismo Jurídico Norte-Americano pensava que a maior tarefa da teoria jurídica era identificar e descrever as decisões judiciais. Não se tratava necessariamente de justificar tais decisões, mas de torná-las previsíveis. Como definiu, “essencialmente uma teoria descritiva das conexões causais entre as situações-tipos e as decisões judiciais reais³⁰⁰”.

Como indicado no item anterior, a previsibilidade se torna importante na medida em que as pessoas tenham a oportunidade de conformar o seu comportamento às exigências do direito. Tal necessidade, para Leiter, é também pragmática: “a necessidade [pragmática] de prever com sucesso o curso da experiência é central para a vida cotidiana e para o empreendimento científico” e, uma vez que aceitamos normas epistêmicas, “o critério para a aceitação de uma crença não precisa ser pragmático, exceto na medida em que as normas epistêmicas que aceitamos sejam parte de um critério pragmático” (2007a, pp. 51-52).

Esta é a razão pragmática de um *teste de legalidade*: se os indivíduos podem prever o que o direito exige deles, então, em princípio, eles têm a oportunidade de conformar o seu

²⁹⁹ Um interessante argumento a respeito desse caráter tácito do conceito de direito positivista é desenvolvido por Leiter no trecho de NJ em que apresenta algumas respostas a críticos de sua reconstrução do Realismo Jurídico Norte-Americano: “(...) Holmes – like every other Realist – never made any explicit claim about the ‘concept of law’ – because that topic (namely, the ‘concept’) was not a topic either Holmes or any other legal scholar recognized as a real one (...) There is law, there are questions about law, there are decisions of courts: but ‘the concept of law’ as an abstract object to be elicited from all these practices simply did not exist as a topic of intellectual inquiry for Holmes or any of the later Realists” (LEITER, 2007a, p. 104)

³⁰⁰ Como Leiter argumenta em favor do programa quineano: “The descriptive project of Replacement Naturalism may record certain irrational cognitive processes in studying the evidence-theory relationship, but given the underdetermination of theory by evidence, even when we correct for logical mistakes, we still won't have an account of which theoretical beliefs are warranted and which are not. The Quinean intuition is that we'll learn more from the empirical inquiry than from systematizing our mundane normative intuitions about irrationality. Moreover, this latter project will still have to collapse into the descriptive sociology of knowledge unless we have some foundational point outside our epistemic practices from which to assess the epistemic issues. Otherwise we can do no more than report what it is we do. But it is precisely the viability of such an external standpoint that Quine denies” (LEITER, 2007, p. 39).

comportamento com as exigências do direito³⁰¹. *Funcionar*, para os Realistas, significa capacitar para prever como os Tribunais vão decidir. Veremos mais adiante como Leiter conduz esse teste de legalidade frente à adoção de uma perspectiva naturalizada da teoria do direito.

2.2.1 O pragmatismo realista e o pragmatismo de Richard Posner: semelhanças e diferenças

Embora não seja objeto da presente tese, interessante notar que a aproximação promovida por Brian Leiter entre o naturalismo quineano e o pragmatismo filosófico nos remete a outro autor norte-americano, o juiz Richard Posner. Deve ficar claro que não se pode afirmar que ambos estejam tratando o pragmatismo de forma idêntica, guardando, na verdade, semelhanças e diferenças entre seus propósitos para a teoria do direito pelas razões que passo a apresentar.

A principal semelhança entre o pragmatismo defendido por Posner e o naturalismo de Leiter está em que ambos incorporam as ciências de sucesso ao direito, incluindo a antropologia, a sociologia, a psicologia e a economia³⁰². Ambos olham para “a literatura sócio-científica sobre o direito e as instituições jurídicas para ver qual conceito de direito se evidencia nos mais poderosos modelos explicativos e preditivos de fenômenos jurídicos tais como o comportamento judicial” (LEITER, 2007a, p. 184). Para Posner, a incorporação da ciência ao direito deve levar a “programas de investigação *a posteriori* frutíferos” (POSNER, 1999, p. 60). Desse modo, a incorporação da ciência ao direito é feita “para nos permitir prever, compreender, e talvez até mesmo controlar o nosso

³⁰¹ Para os Realistas Norte-Americanos, na leitura de Brian Leiter, é uma limitação à construção da teoria do direito que tal afirmação tenha valor prático, tornando possível prever como vão decidir as Cortes. Para Leiter, não há nada de banal sobre o pragmatismo assim compreendido. De fato, em conjunto com a afirmação central do Realismo Jurídico (*the core claim*), esse pragmatismo implica uma conclusão surpreendente: a de que a abordagem dominante da teoria da decisão judicial no mundo anglo-americano é fundada em um erro, o qual Leiter atribui à influência do interpretativismo de Dworkin e à sua crítica ao positivismo hartiano. Leiter afirma que: “sob a influência de importantes escritos de Dworkin, a teoria analítica da decisão judicial baseia-se na suposição de que o que a teoria deve levar em conta são as razões que os juízes dão em suas opiniões para formar as suas decisões. De fato, essa tem sido uma das acusações consistentes de Dworkin contra o positivismo de Hart, que não descreve adequadamente o modo como os juízes decidem os casos difíceis. Mas se a ‘core claim’ do Realismo Jurídico estiver correta, então a construção de uma teoria que é descritivamente adequada no sentido de Dworkin é um exercício sem sentido: juízes decidem por outras razões (eles respondem aos fatos), e não por causa dos motivos jurídicos que enchem as suas opiniões” (LEITER, 2007a, p. 53).

³⁰² Tanto para Posner e Leiter, a ideia de “sucesso” parece se referir primariamente aos avanços tecnológicos decorrentes dessas ciências. V. LEITER, 2007a, p. 71: “[Science] sends the planes into the sky, eradicates certain cancerous growths, makes possible the storage of millions of pages of data on a tiny chip”; v. POSNER, 1990, pp. 66–67 (discutindo a bomba atômica).

ambiente físico e social, produzindo conhecimento” (POSNER, 1999, p.14). Em uma abordagem naturalista do direito, teorias jurídicas devem gerar previsões que sejam empiricamente refutáveis, e, então, tais teorias seriam testadas comparando as previsões de uma teoria com resultados observáveis (POSNER, 1999, p. 13).

No entanto, existe uma diferença importante entre Posner e Leiter, que se refere à defesa de uma postura matriz filosófico-teórica em relação ao seu pragmatismo.

O pragmatismo esboçado por Richard Posner é fruto do que apontei em minha dissertação de mestrado, de um *pastiche* da filosofia do direito do século XX e que veio a ser conhecido como *neopragmatismo*³⁰³. Esboça uma postura antiteórica que se esforça para resistir ao impulso decisional, à regulação obsessiva do pensamento jurídico moderno³⁰⁴. Posner considera que há diferença entre o uso filosófico e o uso do senso comum do termo “pragmatismo”, mas que tais diferenças são essencialmente de natureza institucional. O discurso filosófico do pragmatismo é acadêmico, sutil, complexo e realizado em vocabulário técnico³⁰⁵. Ele também tende a ser contemplativo e não orientado para a ação cotidiana. O pragmatista utiliza o senso comum para resolver problemas; o filósofo pragmatista explica porque este é um procedimento sensível. Em linhas gerais, consiste, o pragmatismo cotidiano “na projeção da idiosincrasia média norte-americana, assumindo caráter de concepção contextual autocompreendida como não teorizada³⁰⁶”. É a atitude que

³⁰³ Essa caracterização fica evidente em Gary Minda: “neopragmatists believe that theory merely establishes the rules for playing a particular language game. They view theory as a function of language, rather than reason, logic or analytical method. Neopragmatists have accepted two paradoxical ideas about law: first, that it is possible to know the truth without accepting the idea of universal essences, and second, that it is possible to reach principled decisions even though there are no right answers. These ideas are not really paradoxes for legal pragmatists since they reject the philosophy of foundationalism upon which universal truth and right answers rest” (MINDA, 1995, p. 236).

³⁰⁴ Cf. Minda (1995b, p. 234).

³⁰⁵ Leiter, a seu turno, consegue estabelecer uma definição de pragmatismo mais próxima daquela proposta pelo movimento filosófico que lhe deu origem: “The ‘definition’ that follows is only partly stipulative. In characterizing ‘Pragmatism’, we have two benchmarks to go by. One is the set of views embraced by self-identified ‘pragmatist’ philosophers like Charles Peirce, William James, and John Dewey—who unfortunately disagreed more than they agreed (though they had more in common with each other than any do with Richard Rorty). A second is the meaning of the word ‘pragmatist’, and its cognates, in ordinary language. Happily, the two overlap in some measure. But as with any concept that has enjoyed wide and varied usage, the ultimate criterion for a definition of the concept must be its contribution to fruitful theory-construction(itself a pragmatic criterion!)” (LEITER, 2007a, p. 48, n. 47).

³⁰⁶ Eis a definição de pragmatismo, tal como compreendida por Richard Posner: “O pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da inalcançabilidade da ‘verdade’, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos. Tais disposições, que são mais características de cientistas do que de advogados (e num sentido importante o pragmatismo é a ética da investigação científica), não tem valência política” (2007b, pp. 620-621).

predispõe os americanos a julgar propostas pelo critério “*do que funciona*”, de suas consequências concretas pela felicidade e prosperidade das pessoas (Posner, 2003a, p. 50). Leiter, ao contrário de Posner, concebe o pragmatismo comprometido com a ideia de tornar a teoria importante para a prática, especialmente quando a teoria “possibilita prever o que as Cortes farão” (2007a, p. 52). Dessa forma, “o pragmatismo, na obra de Leiter, será usado para descrever uma filosofia abrangente que tem o naturalismo como sua ontologia, a ciência empírica como sua epistemologia, e o consequencialismo como sua ética”, o que reverbera em sua reconstrução do Realismo Jurídico Norte-Americano³⁰⁷. O naturalismo, como ontologia, define que o que existe como independente da mente provoca a diferença causal para o curso de nossa experiência. A ciência empírica é a epistemologia do naturalismo. É o método pelo qual conhecemos os ‘fatos’. E o consequencialismo (embora Posner rejeite essa definição³⁰⁸) é um programa em que a conduta é julgada com base em suas consequências, ou como Posner ou Leiter podem colocá-lo, com base no que faz “diferença prática faz para nós” (LEITER, 2000, p. 03).

Em que pese sua diferença relativa ao comprometimento teórico-filosófico, Posner e Leiter argumentam, cada qual à sua maneira, que a teoria do direito tradicional, normativa, deveria ser substituída para representar os fatos que causam as decisões judiciais. A “*diferença prática que isso faz para nós*” é que fatores não-jurídicos, como a moral, deveriam ir embora.

Isso poderia implicar que o resultado prático da obra de ambos os autores poderia conduzir às mesmas soluções na teoria do direito, o que faria com esta tese não tivesse sentido algum. Afinal, por que deveria tratar de autores com o mesmo posicionamento teórico?

³⁰⁷ V. Ching (2012, pp. 62-63). Ching vislumbra, ainda uma leitura semelhante do Realismo Jurídico Norte-Americano nas obras de Posner e Leiter: “Posner’s and Leiter’s thought bear a strong relationship to that of Oliver Wendell Holmes, Jr., Roscoe Pound, and Benjamin Cardozo “in seeing law as an instrument for the conscious pursuit of social welfare, an instrument whose master term was policy rather than principle, whose master institution was the legislature rather than the courts, and whose servants should devote themselves to social engineering rather than doctrinal geometry.” Like these legal realists, Posner and Leiter characterize law as “instrumental problem solving rather than detached speculation”—as a “means to an end” meant to promote social welfare. They seem to agree with these earlier thinkers in locating legal legitimacy in democratic consensus. Fulfilling Holmes’s prophecy that the lawyer of the future “is the man of statistics and the master of economics,” Posner and Leiter urge “lawyers to become ‘social engineers,’ systematically investigating social problems, familiarizing themselves with the available methods of reform, and testing whether these had the intended effects.” Thus, Posner and Leiter are situated neatly in line with thinkers like Holmes, Pound, and Cardozo (CHING, 2012, p. 68).

Leiter considera que Posner representa o novo realismo jurídico norte-americano, ainda que o próprio Posner não se identifique como Realista: “A “new legal realism, “which many scholars now champion, would continue the paradigm of scholarship established by the old legal realists, namely, contrasting what courts say they’re doing with what they actually do. ‘We are all realists now’ because this is what so many legal scholars do, including those who know nothing of social science (like Laycock) and don’t even self-identify as realists (like Posner in the 1970s)” (2013a, p. 16).

³⁰⁸ V. Arruda (2011, pp. 142-145).

Entendo que há, todavia, uma importante diferença metodológica entre Leiter e Posner que merece ser estabelecida nesse momento que vai além do fundamento teórico do pragmatismo ao qual cada um se vincula, quer o pragmatismo quineano, quer o neopragmatismo e está diretamente relacionada à sua aplicação.

Procurei indicar em minha dissertação de mestrado que Posner, ao indicar que o juiz pragmático deve se pautar não apenas pelas consequências específicas, mas também pelas consequências sistêmicas de suas decisões, o que inclui o respeito às normas e precedentes que compõem o sistema jurídico, na verdade, adota uma estratégia de *consequencialismo de regras*. O consequencialismo de regras³⁰⁹ significa a utilização de técnicas formalistas a casos específicos, em prol do grande-retrato do pragmatismo, a fim de manter a previsibilidade no direito ou a integridade institucional do Judiciário. Tal estratégia pressupõe que as pessoas produzam as melhores consequências no longo prazo, seguindo uma regra cuidadosamente construída; ao seguir essa regra, em cada caso, produzindo ou não as melhores consequências nesse novo caso, produzirá as melhores consequências ao longo do tempo (POSNER, 2003a, p. 69).

Mas, afinal, quais seriam as melhores consequências? Como demonstrei naquela ocasião, Posner, mesmo após sua virada pragmática, não abandona sua predileção pela análise econômica enquanto exemplo perfeito de aplicação da ética da investigação científica (pragmaticamente compreendida) ao direito, algo que é determinante para o seu decreto de fim da autonomia do direito. Como afirmou na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, o pragmático, ao ser indiferente à manutenção da autonomia do direito, é mais aberto a “invasões” de outras áreas do conhecimento (POSNER, 2003a, p. 77), especialmente da economia. Desde logo, o verdadeiro teste para o direito é saber se ele “*funciona*” para maximizar objetivos e aspirações humanas. Isso significa dizer que as melhores consequências são aquelas que maximizam os objetivos humanos. Porém, existe posicionamento filosófico que direcione essa maximização? Como o próprio Posner confessa, ele mesmo faz as recomendações pessoais sobre políticas públicas, guiado por um “vago utilitarismo e um liberalismo clássico³¹⁰” (2002 p. XII). Posner nos diz, portanto, que é a tensão entre a democracia e o liberalismo que determina quais são as melhores

³⁰⁹ Em certa medida, o “consequencialismo de regras” se assemelha ao “utilitarismo de regras” a que Posner alude, o qual estipula que uma ação será correta se determinada ou permitida por uma regra, em que a regra, se obedecida por todos a quem ela se aplica, terá as melhores consequências (ou pelo menos as melhores consequências), comparada com qualquer outra regra que regule o mesmo ato (HARRIS, 2004, pp. 43-44).

³¹⁰ Em outro momento, Posner destaca que “mesmo um indivíduo profundamente comprometido com a abordagem econômica do direito terá, em algum momento, de tomar partido em questões de filosofia política e moral” (2009, p. 24).

consequências, preenchendo as lacunas onde a explicação atribuída à análise econômica do direito não é totalmente convincente para a maximização dos objetivos humanos, o que faz com que o pragmatismo de Posner seja considerado frouxo³¹¹, posto que apoiado numa moralidade liberal subjacente.

Como apresentarei nos próximos itens, Leiter procura se manter fiel à separação entre direito e moral defendida pelo positivismo jurídico e, em certa medida, pelo Realismo Jurídico, tratando esse dogma enquanto razão pragmática de seu projeto de naturalização. Para ele, ao contrário de Posner, a decisão judicial não é tratada em termos de suas “melhores consequências”. O alvo de sua descrição causal-nomológica das decisões judiciais limita-se à previsão destas e não mais do que isso. Para ele, “a verdade de uma teoria do direito não é determinada pelas consequências morais ou políticas da adoção generalizada dessa teoria” (2013, p. 19).

O que é importante, para Leiter, é que o método das ciências naturais, empíricas, é capaz de identificar com precisão as consequências observáveis das decisões judiciais e fazer com que isso faça parte de um esquema científico para torná-las previsíveis para os advogados, não tendo, ao contrário do consequencialismo de regras de Posner, um papel orientador da conduta do juiz na decisão judicial. Há, portanto, em Leiter, um pragmatismo de caráter muito mais descritivo do que em Posner, em que o consequencialismo do tipo “*que diferença prática isso faz para nós*” tem um caráter evidentemente prescritivo-normativo, o que lhe garantiu muitos admiradores, inclusive Leiter.

O resultado disso é que, enquanto Leiter se contenta em descrever as decisões judiciais sob um aspecto causal por meio das técnicas das ciências empíricas, Posner se vale da moralidade subjacente à sua ciência empírica de predileção (a economia, posto que ela “funciona”) para conduzir o juiz às melhores consequências de suas decisões. Não raro, o resultado prático pode ser equivalente. Mas, se Posner entender que o juiz de um determinado caso decidiu por acreditar que o juiz teve em as melhores consequências para as partes (a execução mais eficiente de um contrato, do ponto de vista econômico), Leiter também poderia concluir que um juiz com maior conhecimento das atividades mercantis de determinada localidade apenas poderia decidir de determinada forma, que poderia ser semelhante ou não à decisão do juiz posneriano. A questão está em que o juiz posneriano é capaz de justificar sua decisão enquanto o juiz leiteriano apenas poderia descrevê-la do ponto de vista causal-nomológico.

³¹¹ V. a propósito, Macedo Júnior (2010).

Acredito que, nem por isso, a postura de Leiter seja menos interessante que a de Posner. Na busca da separação entre direito e moral, Leiter lança mão de um aparato técnico muito mais refinado e consistente que Posner para limitar o seu projeto de naturalização da teoria do direito a uma perspectiva descritiva, causal-nomológica, ao mesmo tempo em que está apoiado no instrumental das ciências empíricas de forma mais abrangente que a análise econômica do direito de Posner. É o que veremos nos próximos itens.

3. Limites de leitura naturalizada da teoria do direito

Neste item procurarei apresentar como Leiter apresenta a sua reconstrução do Realismo Jurídico, restringindo-a à naturalização da teoria da decisão judicial, evidenciada a necessidade pragmática de um “teste de legalidade”. Na sua visão, a existência de um conceito implícito de direito no Realismo Jurídico denota que “ainda há espaço para a teoria do direito não-naturalizada, apesar de tudo”. Os Realistas exigem a “naturalização” da teoria da decisão judicial, mas em argumentando, eles podem precisar da ajuda filosófica tradicional na elaboração de teorias do conceito de direito que a filosofia analítica tipicamente fornece. (LEITER, 2007, p. 45-46).

O autor argumenta que a analogia entre o Realismo Jurídico Norte-Americano e o naturalismo substitutivo quineano é limitada em duas frentes: (i) os Realistas Jurídicos Norte-Americanos estão comprometidos com um conceito de legalidade na elaboração de seu argumento para a indeterminação do direito: enquanto defendem que a única abordagem fecunda da decisão judicial é descritiva e empírica, não normativa e conceitual³¹², precisam de um conceito de *direito* que não é, pelo menos nos argumentos considerados até agora, empírico ou naturalizado (LEITER, 2007a, p. 65); (ii), as razões não-jurídicas explicam as decisões, justificando-as ao mesmo tempo. Isso significa, para ele, que a explicação causal das decisões em termos de razões (ainda que sejam razões não-jurídicas) exige levar a força normativa das razões a sério (LEITER, 2007a, p. 65). Dedicarei o item 04 à primeira limitação, referente ao teste de legalidade. Na sequência,

³¹² Como Leiter afirmou alhures: “(...) as a methodological matter, the realists were not engaged in conceptual analysis. Indeed, Holmes makes clear on the very first page of ‘The Path of the Law’ that he is talking about the meaning of law *to lawyers*, who will ‘appear before judges, or ... advise people in such a way as to keep them out of court’ (1897 , p. 457), and not aiming for a generally applicable analysis of the concept of law. So, too, Frank cautions that he ‘is primarily concerned with ‘law’ as it affects the work of the practicing lawyer and the needs of the clients who retain him” (Frank, 1930, p. 47n). (Hart’s criticisms may be more apt with respect to Cohen, 1935) (LEITER, 2010a, p. 251)

explico as razões para a limitação à teoria da decisão judicial e a importância das razões não-jurídicas para o projeto de naturalização de Leiter.

3.1 A limitação do projeto de naturalização à teoria da decisão judicial

Leiter acredita que os dois passos dados pelo naturalismo substitutivo de Quine (anti-fundacionismo e substituição) encontram analogia na abordagem Realista da teoria da decisão judicial. Ele está ciente, no entanto, de quatro objeções potenciais à sua leitura do Realismo Jurídico enquanto teoria do direito naturalizada (2007a, p. 40): (i) os Realistas não afirmam que o direito seja completamente indeterminado, nem que as razões jurídicas falham ao justificar respostas corretas em todos os casos; (ii) uma teoria da decisão judicial não pode ser considerada, por si própria, um programa do tipo fundacional; (iii) juízes decidem de acordo com razões, mas não necessariamente razões jurídicas; (iv) ainda que o Realismo seja bem sucedido na defesa da naturalização da teoria da decisão judicial, isso não prova que a teoria do direito tenha sido naturalizada.

Ele procura responder às três primeiras objeções, mas cede à última. Em relação à primeira, Leiter acredita que, ainda que o direito não seja completamente indeterminado, há espaço para o naturalismo substitutivo naquelas áreas em que as razões jurídicas não são capazes de prever satisfatoriamente as decisões judiciais. Já quanto à segunda objeção, contra-argumenta que a “formulação de uma teoria normativa não-fundacional” seria inadequada por não ser capaz de garantir ferramentas para a previsão das decisões judiciais. Ele coloca a objeção de outra forma: se tomado o naturalismo quineano como uma abordagem que, em razão da indeterminação dos conceitos é possível a apreciação desses por mais de uma teoria (ou ‘manual de tradução’) uma possível questão para a sua transposição para a teoria do direito seria a de que, se há mais de uma (embora não simplesmente qualquer) decisão judicial que pode ser justificada com base na classe de razões jurídicas, o naturalismo ainda é uma teoria que vale a pena ter. “Será que uma teoria que diz aos juízes que suas decisões seriam justificadas (com base na classe de razões jurídicas) ao decidir a favor do autor pela teoria X ou do réu pela teoria Y (mas não a favor do autor ou do réu pela teoria Z!) realmente fornece orientação normativa que vale a pena ter?” (LEITER, 2007a, 40).

A resposta do naturalista substitutivo é negativa e, ao meu ver, incompleta, tal como a resposta ao ceticismo apresentada por Quine: “melhor ter um relato descritivo de *inputs* e *outputs*, que licenciasse a previsão do comportamento judicial, do que uma teoria

normativa indeterminada” (LEITER, 2014). O autor não atribui outras razões além do sucesso das ciências empíricas para sustentar a substituição das teorias normativas tradicionais por uma explicação causal-descritiva do empreendimento jurídico.

Com relação à terceira, Leiter estabelece uma resposta dividida em quatro subargumentos: (a) dar importância a razões não-jurídicas não significa derrotar o programa de naturalização, de sorte que, para dar uma explicação causal a uma decisão, devemos atentar à racionalidade das razões da decisão; (b) se invocarmos intuições sobre se as explicações naturalísticas são mais ou menos úteis do que explicações por razões jurídicas, então é uma questão empírica aberta saber qual será a escolhida; a literatura de ciência política que correlaciona as decisões judiciais com a formação dos juizes é fundada na afirmação de que as primeiras, explicações são mais interessantes e mais esclarecedoras. Para o Realismo Jurídico, podemos entender as decisões judiciais com referência a razões não-jurídicas, porém restritas aos fatos psicossociais relevantes sobre os juizes; (c) razões não-jurídicas são indeterminadas, de sorte que, assim como razões jurídicas determinam as decisões, o mesmo ocorre para razões não-jurídicas; logo, “se considerações morais não são objetivas, razões morais também serão indeterminadas”; (d) mesmo onde razões são racionalmente determinadas, ainda há trabalho para o naturalismo, se assumirmos que há sistemas racionais incomensuráveis, de modo que dentro de qualquer sistema há explicações puramente racionais para as decisões, ainda que a adoção de qualquer sistema racional exija explicações naturalistas não-rationais (LEITER, 2007a, pp. 42-44).

Se Leiter cede à última objeção, isto é, se a teoria do direito não foi plenamente naturalizada, o que resta à sua leitura do Realismo Jurídico Norte-Americano? Ora, enquanto os defensores do naturalismo puderem acreditar que a única abordagem fecunda da decisão judicial é causal-descritiva e empírica, não normativa, eles precisarão de um conceito de *direito* que seja, pelo menos nos argumentos considerados até agora, empírico ou naturalizado. O autor precisa, sobretudo, de um critério, do tipo normativo, que caracterize um fato ou evidência (*input*) como “jurídico³¹³”. Como ele responde a essa demanda?

³¹³ “(...) The Realists end up presupposing a theory of the concept of legality in framing their arguments for law’s indeterminacy; thus, while they may believe the only fruitful account of adjudication is descriptive and empirical, not normative and conceptual, they themselves need a concept of law that is not itself empirical or naturalized” (LEITER, 2007a, p. 65).

Leiter tenta responder a essa demanda interna da naturalização da teoria do direito ao conceder que, em última análise, os Realistas não naturalizam a teoria do direito, mas *apenas a teoria da decisão judicial*³¹⁴ (2007a, p. 45).

Para ele, os Realistas adotaram uma tese descritiva da decisão judicial: ao decidir, os juízes reagem primariamente aos fatos do caso e não às regras e razões jurídicas aplicáveis. A causa da decisão judicial se insere em padrões discerníveis, correlacionados com os fatos subjacentes às questões em litígio, de tal sorte que é a responsividade judicial a estas situações típicas que determinam a resposta ao caso concreto (LEITER, 2007a, p. 62).

Por que o projeto de naturalização estaria restrito à teoria da decisão judicial? A teoria da decisão judicial está preocupada, segundo Leiter, *não* com a relação entre as “evidências” e a “teoria científica”, mas com a relação justificativa entre as “razões jurídicas” (o *input*, por assim dizer) e a decisão judicial (o *output*). A teoria da decisão judicial tenta dizer aos juízes como eles *devem* justificar suas decisões, ou seja, procura “fundamentar” a decisão judicial por razões que exigem resultados únicos³¹⁵:

“Então, também, os Realistas advogaram em favor de uma teoria empírica da decisão judicial, precisamente por que eles pensavam que o projeto tradicional da teoria do direito de tentar mostrar que as decisões são justificadas com base nas regras e razões jurídicas fracassou. Para os Realistas, o direito é racionalmente indeterminado, isto é, a classe de razões jurídicas legítimas que um Tribunal pode apelar para justificar uma decisão judicial falha, de fato, ao justificar uma única resposta na maioria dos casos. Se o direito fosse determinado, então deveríamos esperar – exceto em casos de inaptidão ou corrupção – que as regras e razões jurídicas fossem fontes confiáveis de previsão das decisões judiciais. Mas no direito muitos casos são indeterminados, e então nestes casos não há estória ‘fundacional’ a ser contada sobre a decisão do Tribunal: razões jurídicas justificariam também resultados opostos. Mas se razões jurídicas não podem racionalizar decisões, então certamente não podem explicar: devemos, portanto, olhar para outros fatores para

³¹⁴ Até aqui, Leiter acredita que isso permite que ainda haja espaço para a filosofia tradicional no campo mais amplo da teoria do direito. Ao longo do livro, todavia, Leiter levantará dúvidas sobre esse argumento, indicando um recrudescimento de sua crença no argumento da naturalização da teoria do direito como um todo.

³¹⁵ Em suas palavras: “Theory of adjudication is concerned *not* with the relationship between “evidence” and “scientific theory,” but rather with the justificatory relationship between “legal reasons” (the input, as it were) and judicial decision (the output): theory of adjudication tries to tell judges how they *ought* to justify their decisions, i.e. it seeks to “ground” judicial decision-making in reasons that require unique outcomes. The American Legal Realists are “anti-foundationalists” about judicial decisions in the sense that they deny that the legal reasons justify a unique decision: the legal reasons underdetermine the decision (at least in most cases actually litigated). More precisely, the Realists claim that the law is *rationaly* indeterminate in the sense that the class of legal reasons—i.e., the class of legitimate reasons a judge may offer for a decision—does not provide a *justification* for a unique outcome. Just as sensory input does not *justify* a unique scientific theory, so legal reasons, according to the Realists, do not *justify* a unique decision” (LEITER, 2007a, p. 39, 2014).

explicar porquê o Tribunal decidiu daquela forma. (...) Os Realistas procuram por uma essencial e portanto, teoria descritiva naturalizada da decisão judicial, uma teoria sobre o que causa a decisão dos Tribunais” (LEITER, 2007, pp. 64-65).

3.2 O impacto causal das razões não-jurídicas

Do que foi apresentado até o presente momento, fica claro que, para Leiter, o estudo da teoria do direito, num sentido amplo, merece ser apoiado pela filosofia da ciência, tanto no sentido ontológico como epistemológico. Em primeiro lugar, por que ela tenta descrever em termos epistêmicos os métodos que os cientistas empregam para descobrir e explicar as verdades sobre o mundo. Em segundo, por que o filósofo da ciência tenta determinar as preocupações ontológicas que as teorias científicas têm ou deveriam ter. Ele consegue entrever esse apoio na teoria do direito. O teórico do direito não promove críticas substantivas à teoria do direito, mas se engaja no estudo, elucidação, crítica e revisão dos métodos utilizados por advogados e juízes na formulação das decisões judiciais e examina as preocupações ontológicas manifestadas no direito ou no conceito de direito (LEITER, 2007a, p. 84).

Leiter encontra essa aproximação entre a teoria do direito e a filosofia da ciência na transição do final do século XIX para o século XX entre o Formalismo e o Realismo Jurídico. Grosso modo, em razão da sua preocupação pragmática na produção de uma teoria do direito que “*funcionasse*” para os advogados e juízes, os Realistas reconheceram que a ciência jurídica desenvolvida pelos formalistas fracassava quando se tratava de casos que não eram decididos com base puramente em razões e regras jurídicas, mas com base na “responsividade” dos Tribunais aos fatos do caso. A diferença (e também a dificuldade) da posição do Realismo frente ao Formalismo que pretendeu suceder é que razões não-jurídicas também explicam as decisões. É o formalismo, portanto, a teoria fundacional a que atribui o fracasso fundacional que deu vida ao Realismo Jurídico.

É preciso deixar claro, todavia, que ele não nega a existência de razões jurídicas válidas ou que elas tenham algum papel³¹⁶ causal nas decisões judiciais, mas apenas que estas sejam absolutamente relevantes para explicar uma decisão judicial³¹⁷. As normas jurídicas são apenas racionalizações das decisões tomadas exclusivamente por conta de razões não-

³¹⁶ “The Realist, Llewellyn writes in 1931, denies that ‘traditional... rule-formulations are the heavily operative factor in producing court decisions’. But to deny only this claim is to admit that rules play some causal and justificatory role in decisions. Yet that is all Realist rule-skepticism ever claimed” (LEITER, 2007a, p. 110).

³¹⁷ V. Leiter (2007a, p. 78).

jurídicas. Leiter diz, por tal razão, que a tese central (*core claim*) do Realismo é que “os juízes decidem por outras razões – a sua responsividade aos fatos – e não por causa das razões jurídicas que preenchem as suas opiniões” (2007a, p. 53).

De acordo com esta caracterização do Realismo Jurídico, o juiz é apresentado aos fatos do caso, “sente” o resultado eticamente correto e, em seguida, passa a escrever a sua decisão em termos de linguagem jurídica. Mas, como entende, uma vez que os materiais jurídicos são tão diversos e tão nebulosos, o juiz está disposto a decidir por razões não-jurídicas e, portanto, a “tradução” da decisão em termos de linguagem jurídica nunca constrange o juiz tomar qualquer decisão que ele não desejar. Segue-se que as razões jurídicas, consideradas isoladamente, não têm poder de justificação ou mesmo motivacional, porque não têm um papel único na determinação do resultado do caso concreto. Tal conclusão, pois, é compatível com a transposição que Leiter faz do holismo da epistemologia naturalizada de Quine e que faz parte do seu projeto próprio de naturalização da teoria do direito.

Há de se considerar, entretanto, que o fato de que as razões não-jurídicas pesam sobremaneira na explicação causal do direito, mas não de forma exagerada, posto que a indeterminação no direito, mesmo para o Realismo Jurídico, não é global, mas local, estendendo-se especialmente para os casos decididos pelos Tribunais Superiores (LEITER, 2007a, p.77, v. também pp. 23, 41,77–79, 107–108, 110–111, 115–116).

Agora, diz Leiter, claramente a estória descritiva das razões não-jurídicas não será parte de uma naturalização não-mentalística da teoria da decisão judicial: uma explicação causal das decisões em termos de razões exige tomar a força normativa das razões seriamente. O *behaviorismo* de Quine não tem grande espaço aqui, mas certamente deve ser o preferido: o *behaviorismo* falhou apenas como fundação da ciência social empírica, enquanto as teorias sócio-científicas que empregaram o estudo das categorias mentais floresceram. Ademais, se as razões não-jurídicas são elas mesmas indeterminadas – isto é, não justificam uma única resposta, então qualquer explicação causal da decisão deve ir além das razões para identificar os fatos psicossociais que causam a decisão. Tal naturalização da teoria da decisão judicial deve ser insuficientemente austera em sua ontologia para os escrúpulos quineanos, mas, para ele, ainda é reconhecível sua tentativa de subsumir o que os juízes fazem dentro de uma estrutura (sócio) científica (2007a, p. 65).

E assim, ao estabelecer um limite para a inserção do naturalismo quineano na teoria do direito, Leiter se considera apto a desenvolver seu próprio projeto de naturalização da teoria do direito, pendente entre o naturalismo e a análise conceitual. É o que veremos no próximo item, com a cessão de espaço dada pelo naturalismo ao positivismo jurídico.

4. Critério de legalidade e justificação: o quietismo como resposta à crítica de Hart

Leiter indica que qualquer argumento do Realismo Jurídico sobre a tese da indeterminação pressupõe uma visão sobre os limites das razões jurídicas (2007a, p. 72). Como visto anteriormente, o principal legado do Realismo Jurídico foi a tese da indeterminação racional³¹⁸, mas isso não quer dizer que estivesse menos preocupado com a indeterminação causal³¹⁹. Afinal, os Realistas Jurídicos estavam tão interessados em entender por que os juízes chegavam às decisões que eles chegavam quanto em determinar se essas decisões poderiam ser justificadas ou defendidas.

O autor acredita que a clássica crítica de H.L.A. Hart ao Realismo Jurídico, no sentido de que estes seriam céticos sobre as regras, merece reconsideração. Como indiquei anteriormente, a preocupação de Hart era a de que o Realismo Jurídico esboçava uma visão reducionista da teoria da decisão judicial, em que faltava uma abordagem adequada da natureza do direito e dos sistemas jurídicos. Na síntese do argumento:

“(...) O positivismo é essencialmente uma teoria do direito – uma teoria, em parte, sobre o que é distintivo nas normas jurídicas de qualquer sociedade (em oposição às suas normas morais, estéticas e sociais) – Realismo é essencialmente uma teoria descritiva da decisão judicial, uma teoria sobre o que os juízes realmente fazem quando eles decidem. Ao defender sua teoria descritiva da decisão judicial, entretanto, os Realistas devem pressupor uma teoria do direito que é, de fato, um tipo de positivismo” (LEITER, 2007a, p. 60).

Vimos que as objeções ao Realismo Jurídico em muito se devem ao Capítulo VII *d'O Conceito de Direito*. Hart atribuiu aos Realistas algo que ficou conhecido como “*ceticismo de regras*”, o argumento de que “falar sobre as regras é um mito que esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição” (2004, pp. 149-150). Hart acredita que essa versão cética da teoria do direito é incoerente, posto que a afirmação de que há decisões dos tribunais que não pode ser combinadas consistentemente com a negativa de que existam regras, ainda que se considere a textura

³¹⁸ Uma vez que, para Leiter, as causas da decisão judicial apenas se tornam visíveis segundo a investigação empírica modelada nas ciências naturais e sociais que os Realistas defendem, “This assumes, of course, that the Realists are correct that the law is rationally indeterminate, *i.e.*, that the applicable legal reasons do not justify a unique outcome” (LEITER, 2007a, p. 31, n. 81).

³¹⁹ “All realists defend the following two theses about indeterminacy: (1) the law is rationally indeterminate locally not globally; and (2) the law is causally indeterminate in the cases where it is rationally indeterminate. Some realists defend this additional thesis: (3) the law is causally indeterminate even where it is rationally determinate and the background conditions obtain” (LEITER, 2010a, p. 253).

aberta do direito³²⁰. Entretanto, tal ceticismo merece atenção na medida em que “é uma teoria da função das regras na decisão judicial” (HART, 2007, p. 151).

Leiter (2007a, pp. 68-78) subdivide o argumento de Hart em dois tipos de ceticismo de regras: (i) o *ceticismo de regras conceitual*, que apresenta uma abordagem cética do conceito de direito, na medida em que nega a “visão simplificada” do direito, segundo a qual apenas os atos prévios de autoridade constituem o direito. Isso confirma o postulado de que “o direito é aquilo que os Tribunais fazem”, em contraste com o positivismo, uma abordagem não-cética, cuja ideia de regra de reconhecimento é plenamente compatível com a “visão simplificada”; (ii) e o *ceticismo de regras empírico*, que não faz qualquer afirmação sobre o conceito de direito, mas apresenta uma afirmação empírica sobre o papel causal das regras no processo decisório. De acordo com essa versão de ceticismo, as regras jurídicas não provocam tanta diferença (causal) sobre como os Tribunais decidem, algo que é compatível com a ideia de indeterminação do direito, também expressa no conceito de textura aberta apresentado na obra de Hart.

Na visão de Leiter, a ideia de um *ceticismo de regras conceitual* é uma grande falácia. Quando se trata de Realismo e da importância por eles dada à previsão do que os Tribunais farão, não significa que esta mesma ideia “previsão do que os Tribunais farão” seja ela, por si considerada, um conceito de direito. A ideia de análise conceitual, tal como visto anteriormente, é um “artifício da filosofia analítica” (LEITER, 2007a, p. 70), não se podendo dizer que os Realistas esboçassem qualquer conceito explícito de direito.

O *ceticismo de regras conceitual*, na opinião de Leiter, decorre do próprio argumento da indeterminação do direito, posto que qualquer argumento de indeterminação pressupõe uma visão sobre as fronteiras do que são as razões jurídicas³²¹. O *ceticismo de regras empírico* envolve, por sua vez, duas afirmações: (i) a de que as regras jurídicas são indeterminadas e; (ii) regras jurídicas não determinam ou limitam decisões. Para ele, Hart atribui ao Realismo apenas a afirmação (i) quando, na verdade, a indeterminação para os Realistas tem uma explicação também inclui a afirmação (ii) e que determina o grau de indeterminação (local) do direito a que eles se referem. Assim, se para Hart é possível afirmar que a textura aberta do direito existe em virtude da existência de “um limite,

³²⁰ “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos Tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, 2007, p. 148).

³²¹ “The famous Realist arguments for indeterminacy which focus on the conflicting, but equally legitimate ways, lawyers have of interpreting statutes and precedents only show that the law is indeterminate on the assumption either that statutes and precedents largely exhaust the authoritative sources of law or that any additional authoritative norms not derived from these sources conflict” (LEITER, 2007a, p. 72).

inerente à natureza da linguagem” do direito (2007, p. 139), os Realistas não localizam a indeterminação na linguagem do direito, mas em seus cânones interpretativos, isto é, nas formas como caracterizamos o conteúdo de regras e precedentes (LEITER, 2007a, p. 75). Em resumo: o centro da defesa do Realismo Jurídico em face da acusação do *ceticismo de regras empírico* é, de fato, empírico: “eles [os Realistas] olhavam para o que as Cortes faziam e encontravam quais regras jurídicas claramente não eram fatores determinantes na maioria dos casos” (LEITER, 2007a, p. 77³²²).

E, como indiquei anteriormente, essa visão dos Realistas sobre a indeterminação do direito implicaria a adoção de uma teoria normativa, capaz de estabelecer as condições de justificação e legitimação da prática jurídica, ou seja, estabelecer as condições que devem ser satisfeitas para que algo conte como direito. Mas ele reconhece que essa é uma deficiência do Realismo Jurídico Norte-Americano: a ausência de uma teoria explícita de um critério de legalidade.

A essa postura esboçada pelos Realistas Jurídicos Leiter deu o nome de *quietismo*³²³. Para ele, o naturalismo conjugado com o pragmatismo é a base do quietismo e da sua concepção teórica como essencialmente descritiva e explicativa, e não normativa³²⁴.

³²² Leiter acredita que ainda há um ponto genuíno entre Hart e os Realistas. Enquanto ambos aceitam a indeterminação no direito e que as regras não determinam as decisões judiciais em uma variedade de casos, eles claramente discordam sobre essa variedade de casos sobre as quais essa afirmação da indeterminação é verdadeira. Para Leiter, trata-se apenas de uma diferença de grau (2007a, p. 78).

³²³ Leiter apresenta o quietismo como expressão normativa do Realismo Jurídico Norte-Americano apenas em dois de seus textos: *Holmes, Nietzsche and Classical Realism*, publicado em 2000 e no *verbete American Legal Realism*, de 2010. No restante de sua obra, a ideia do quietismo desaparece, tamanha a dificuldade de inserção do Realismo Jurídico na rubrica das teorias normativas.

³²⁴ Segundo a perspectiva de Leiter, a teoria normativa, pelo menos em “*The Path of the Law*”, se apresenta como um estudo sistemático e empírico dos motivos reais da decisão judicial dado que, para Holmes, precisamos explicar e descrever a tomada de decisão judicial, em vez de dizer o que os juízes “devem” fazer. Para Leiter, este tipo de quietismo normativo é proeminente na obra de Jerome Frank, por exemplo, quando este comenta sobre o que ele chamou de “*Justiça Cadi*” (essencialmente, a justiça por predileção pessoal), observa que, ‘a verdadeira questão (...) não é se devemos nos voltar para ela, mas se (a) se já a abandonamos e (b) se podemos sempre ir além dela. Defender uma ‘volta para a justiça Cadi’ é tão sem sentido quanto [defender] um “retorno da mortalidade” ou um “retorno à respiração”, porque, de acordo com Frank, “o elemento pessoal é inevitável nas decisões judiciais” (FRANK, 1931, p. 25).

Leiter aponta como exemplo interessante de quietismo normativo no Realismo Jurídico a obra de Karl Llewellyn, no que tange ao seu papel de elaboração do artigo 2º do *Uniform Commercial Code*. Uma vez que a elaboração de um Código é, naturalmente, uma empreitada explicitamente normativa, dificilmente seria realizada por um Realista. Na verdade, porém, Llewellyn usa artigo 2º para dizer aos juízes que o que eles deveriam fazer em questões comerciais é precisamente o que as suas pretensões de sua teoria descritiva que em grande parte já estão dizendo, ou seja, fazer cumprir as normas da cultura comercial vigente (ou da prática mercantil) em litígio. Assim, por exemplo, o Código impõe uma obrigação de “boa fé” em todas as relações contratuais, o que significa “o cumprimento das normas comerciais razoáveis de negociação justa no comércio”. Mas, para um tribunal, então, fazer cumprir a regra que exige “boa fé” é apenas, para esse tribunal, fazer cumprir as normas relevantes da cultura comercial! A dependência do artigo 2º sobre as normas de “boa fé” e “razoabilidade” são um convite para o juiz fazer o que ele já faria de qualquer maneira, segundo o Realismo Jurídico Norte-Americano (LEITER, 2010a, p. 264).

Qualquer teorização normativa que não respeite os limites impostos pelos fatos sobre a natureza humana será ociosa e inútil; é melhor ‘manter a calma’ sobre assuntos normativos, do que teorizar de forma que não faça diferença para a prática jurídica (LEITER, 2000, p. 03).

Uma vez que a motivação do quietismo é o pensamento de que uma vez que os juízes decidirão de acordo com a tese central (*core claim*) de qualquer forma, seria inútil ou sem sentido dizer-lhes que eles deveriam decidir de alguma outra forma³²⁵. Mas por que pensar que os juízes devem ser “*responsivos*” aos fatos? Nas suas palavras:

“Talvez a hipótese mais plausível é que a tese central (*core claim*) seja uma verdade inevitável aos juízes de direito da *common law* que, por função e tradição, são convidados a analisar e reformular o direito de forma que respondam às novas circunstâncias em que surgem problemas jurídicos. Assim, não é por causa de uma ‘profunda verdade’ sobre a psique humana que a tese central é verdadeira, mas sim um fato contingente, mas ainda sim obstinado, sobre o processo decisório na *common law*. Na verdade, pode-se detectar um novo elemento não-quietístico e normativo no Realismo: a saber, na medida, ainda que pequena, que os juízes não são responsivos aos fatos e impulsionados pela equidade em suas decisões (na medida, por exemplo, que são, por vezes, formalistas ou langdellianos no seu modo de decisão), então, nessa medida, eles devem decidir como a tese central diz que a maioria deles normalmente fazem” (LEITER, 2010a, p. 265).

Leiter entende que há perguntas difíceis aqui quanto à causalidade histórica e social das decisões judiciais, mas o poder de explicações *amplamente materialistas* (ou transformadas em *fatos brutos*, para nos atermos à questão do fisicalismo, que venho desenvolvendo ao longo desta tese) dos fenômenos em quase todos os domínios pode sugerir que o Realismo Jurídico está certo em ser cético sobre a eficácia reivindicada da

³²⁵ Na opinião de Leiter, o quietismo contrasta acentuadamente com as ambições normativas de teóricos contemporâneos, como Ronald Dworkin. É a partir desse momento que Leiter começa a destilar sua crítica ao interpretativismo dworkiniano. Para ele, Dworkin afirma suficiência descritiva da sua teoria, pelo menos no que diz respeito à lógica subjacente do que os juízes estão fazendo. Mas, para Leiter, nem sempre está claro que advogados e juízes reconhecem em Dworkin uma ‘descrição’ do que eles estão fazendo. Para Leiter, quando se trata de Dworkin, discutir questões jurídicas materiais como, por exemplo, aborto ou ação afirmativa ele parece estar fazendo algo bem diferente do que os advogados fazem. Certamente, diz Leiter, a mais famosa afirmação de Dworkin de que até mesmo os “casos difíceis têm respostas certas”, tem pouca aceitação entre acadêmicos e juízes. Ao invés de simplesmente aconselhar juízes a fazer explicitamente o que já fazem (como Leiter sugere que Holmes faz), Dworkin quer reformar a sua prática, de acordo com uma teoria filosófica superior da decisão judicial e de legitimidade política. Mas este tipo de empreendimento, de acordo com o Realismo, é irrelevante. O alcance limitado do interpretativismo dworkiniano, na opinião de Leiter, sustenta a suspeita do quietismo de que certos tipos de teorização normativa são exercícios sem sentido, e que “estilos de interpretação constitucional surgem e desaparecem por razões que não tem relação com argumentos dos filósofos” Adiciona, ao seu argumento, que “o fato de que falamos de uma ‘ideia cuja hora chegou’ não significa que sua hora chegou por causa do trabalho dos filósofos da moral” (LEITER, 2000, pp. 25-26).

teoria normativa³²⁶. É por essa razão que, para ele, “se esta última constitui um exemplo particularmente impressionante e incomum do poder causal de forças não-materiais, onde mais no mundo natural iríamos encontrar o seu análogo?” (LEITER, 2000, p. 26).

Entretanto, Leiter reconhece que, como Realista, mesmo Holmes acredita haver certos fatos incorrigíveis sobre decisão judicial que constituem “uma profunda limitação sobre o que conta como um pensamento sensível sobre o direito e os processos decisórios” (2000, p. 27). Ele retorna, aqui, ao ponto em que as grandes questões se tornam irresistíveis aos juristas, o que implica dizer a necessidade de um pressuposto de legalidade.

Mas qual é, afinal, a pressuposição de legalidade que melhor atende aos anseios dos Realistas? Segundo Leiter e Coleman, a pressuposição fundamental do Realismo Jurídico é a de que “o direito é coercitivo” (1993, p. 582). No mínimo, para que o exercício do poder coercitivo possa ser justificado, ele deve ser imposto aos indivíduos que são capazes de conformar o seu comportamento às suas exigências e que têm a oportunidade de fazê-lo. Assim, as pessoas devem estar cientes do que é esperado deles. A indeterminação do direito é, presumivelmente, um problema para o Estado de Direito, pois se o direito é indeterminado, então, as pessoas ficam sem saber o que o direito exige delas e são incapazes de se conformar o seu comportamento.

Para os Realistas Norte-Americanos, as regras só contam como regras jurídicas em virtude de ter o tipo certo de origem social, reconhecido pelas autoridades do sistema jurídico (LEITER, 2013b, p. 02). Há a hipótese, além disso, no Realismo Jurídico Norte-Americano, da existência de uma regra de reconhecimento, ou seja, de um critério de legalidade segundo o qual uma regra se torna parte do direito em virtude de ter sua fonte num ato legislativo ou de uma decisão judicial (LEITER, 2007a, p. 73). Além disso, uma vez que para os Realistas a indeterminação do direito é local e não global, é possível que as regras primárias, isto é, aquelas validadas pela regra de reconhecimento, tal como definido por Hart, sejam determinadas e sejam aplicadas à maioria das situações, ainda que isso não ocorra em todas as situações perante os Tribunais (LEITER, 2007a, p. 79). Assim sendo, conclui o autor, o argumento Realista para a indeterminação “parece supor uma abordagem essencialmente positivista de critério de legalidade, uma cujo *pedigree* apropriado é a marca da genuína norma jurídica” (LEITER, 2007a, p. 80).

4.1 Que tipo de positivismo? Os argumentos conceituais do positivismo exclusivista

³²⁶ Na opinião de Leiter, “skepticism rest on the thought that given what human beings are really like, one should not expect moral claims or normative theory to have much impact upon them” (2000, p. 07)

Na segunda parte de *Naturalizing Jurisprudence (Ways of Naturalizing Jurisprudence)*, Leiter procura responder o que significa transportar a filosofia do direito para a “virada naturalista” (2007a, p. 05). Ele parte do argumento, descrito linhas atrás, de que a tese da indeterminação defendida pelos Realistas Norte-Americanos depende de uma concepção de legalidade inserida no positivismo exclusivista:

“Se os Realistas são positivistas, como eu [Leiter] argumento, não pode ser o caso de que o positivismo inclusivista seja uma doutrina positivista genuína. Mas há mais em questão do que apenas denominações. Os argumentos para indeterminação do direito – argumento central ao empreendimento Realista – depende crucialmente do seu positivismo exclusivista tácito. De fato, o positivismo tem uma visão mais frouxa de critério de legalidade do que supõe o positivismo exclusivista, então os argumentos do Realista dependem de premissas tácitas sobre a validade jurídica. O que está em questão, então, não é se os Realistas poderiam ser chamados de ‘positivistas’ tácitos, ou meramente de ‘positivistas exclusivistas’ (tácitos), mas se a sua visão do critério de legalidade soa como tal. E só pode ser assim se os melhores argumentos favorecerem o positivismo exclusivista” (LEITER, 2007a, p. 122).

Qual o argumento em favor do positivismo exclusivista? Em breve síntese, a defesa do positivismo insiste em duas teses: (i) *a tese da separabilidade*, segundo a qual o valor moral de um padrão normativo não pode figurar entre as condições de seu *status* como uma norma juridicamente válida; e; (ii) *a tese das fontes sociais*, de sorte que todo conteúdo do direito deve advir tão somente das fontes sociais³²⁷. Enquanto o positivismo inclusivista admite que seja conceitualmente possível a existência de uma regra de reconhecimento que tenha a moralidade como critério de validade jurídica, o positivismo exclusivista entende que para todos os sistemas jurídicos, a moralidade não será critério de legalidade, “a menos que um critério de conteúdo neutro permita”. Já em relação à tese das fontes sociais, se para o positivismo inclusivista a regra de reconhecimento é constituída por fatos sociais sobre como as autoridades decidem, para o positivismo exclusivista não apenas a regra de reconhecimento é constituída por fatos sociais como que o critério de validade jurídica constituído pela regra de reconhecimento de qualquer social deve consistir em um fato social (LEITER, 2007a, p. 123). Tendo isso em vista, Leiter entende

³²⁷ A tese é representada na seguinte afirmação de Raz: “Todo direito é baseado em fontes. Um direito é baseado em fontes se a sua existência e conteúdo podem ser identificados por referência tão somente a fatos sociais, sem recorrer a qualquer argumento avaliativo”.

ser suficiente notar que o tipo de positivismo pressuposto pelo Realismo Jurídico deve ser *o positivismo exclusivista* (2007a, p. 67).

O mais influente é o argumento do professor israelense Joseph Raz (1939-), de que a tese de separabilidade subjugua a capacidade do direito de servir como uma autoridade prática. De acordo com o positivismo exclusivista defendido por Raz, a regra de reconhecimento é constituída não apenas por fatos sociais (por exemplo, fatos sobre a prática convencional das autoridades na solução dos conflitos), mas também por um critério de validade jurídica, colocado pela sociedade e que também deve consistir num fato social.

Para Leiter, os argumentos do positivismo exclusivista são conceituais³²⁸, isto é, defendem o positivismo exclusivista no sentido de que ele garante uma melhor explicação de várias características do direito (2007a, p. 123).

O conceito de direito parece, em sua opinião, ter um conteúdo referencial, posto que representa alguma característica do mundo, como se vê da afirmação de Raz de que o argumento para o positivismo exclusivista “não é um argumento no sentido comum de ‘direito’ ou qualquer outro termo. Ele se dá pelas características fundamentais de nossa compreensão de certa instituição social” (RAZ, 1979, p. 50).

Atualmente, diz o autor, os principais argumentos conceituais do positivismo exclusivista são argumentos que apelam para algum aspecto do conceito de direito e, em particular, de *função* do direito (LEITER, 2007a, p. 125). O que ele quer dizer com “*função*”?

Leiter atribui ao conceito de função um caráter epistêmico- normativo³²⁹, mas apenas para atender à finalidade pragmática de justificação do exercício do poder coercitivo. Isto porque não se pode especificar a função do direito sem se engajar num argumento normativo, isto é, um argumento sobre qual função o direito deve ter. Esse argumento é importante, uma vez que supõe que a análise conceitual.

Dessa forma, a afirmação normativa que melhor captura a nossa prática é, na sua opinião, a de que há uma característica distintiva na regra de reconhecimento que preenche a função epistêmica de reconhecer o direito e, por conseguinte, o exercício do poder coercitivo. A afirmação conceitual do positivismo, então, é a de que não há sistema jurídico quando as

³²⁸ A preocupação com a ideia de conceito, entretanto, difere da ideia de significado, posto que este propõe a regulação da prática e do uso linguístico. Tal missão é infrutífera segundo o raciocínio quineano, já que, como afirmado no capítulo anterior, a própria ideia de “significado” carece de definição normativa/justificatória.

³²⁹ Para Leiter, o fato de haver diferentes conceitos de ‘função’ não é, *per se*, algo preocupante, uma vez que uma única teoria do direito garante a melhor abordagem de todas as características genuínas que fazem parte do conceito. O que é preocupante, entretanto, é se diferentes afirmações conceituais estão em tal tensão que nenhuma teoria pode abordar conceitos de direito que sejam viáveis (v. LEITER, 2007a, p. 133).

autoridades não conseguem reconhecer o direito com certo grau de certeza (LEITER, 2007a, p. 126).

O argumento funcional mais importante em favor da afirmação conceitual do positivismo exclusivista de Joseph Raz é o da *autoridade*³³⁰. Sua teoria da autoridade é fundada em uma concepção abrangente de razão prática, cujo cerne é a noção de “razões para agir”. Dizer que algo deve ser feito, por exemplo, é dizer que há uma razão para agir. Um julgamento sobre algo que deve ser feito deve se referir ao equilíbrio de todas as razões em ação (razões dependentes ou de primeira-ordem). Normas imperativas figuram como razões de segunda-ordem, incidindo sobre o equilíbrio das razões de primeira-ordem, constituindo, pois, “razões exclusionárias”.

De acordo com Raz, um sistema jurídico pode afirmar ter autoridade apenas se for possível identificar suas diretivas sem referência a outras razões subjacentes (ou dependentes), ou seja, excluindo-as da base da autoridade. Isso é um prerequisite não-normativo para a autoridade, pois o que distingue a autoridade (prática) é que suas diretivas antecipam a consideração de razões de primeira-ordem (o que inclui razões morais) sobre o que se deve fazer. E, ao fazê-lo, torna mais próximo o que realmente devemos fazer. Quando estas diretivas são bem administradas, segundo Raz, a sociedade estará muito mais propensa a alcançar o que a “reta razão” exige, em vez de tentar agir individualmente, de acordo com as razões subjacentes de cada um. Razões de autoridade são afirmadas como razões excludentes, excluindo a consideração das razões dependentes (incluindo, principalmente, as razões morais) em que a diretiva da autoridade repousa. Em tais circunstâncias, encontraremos justificação na submissão à autoridade do direito. Além disso, um sistema jurídico fundado na autoridade, por vezes, sabe melhor, ou pelo menos tem o tempo, energia e recursos para determinar o que é melhor.

Há, entretanto, outras afirmações sobre o conceito de direito, em particular, que discordam desta defendida por Joseph Raz³³¹ e que também tem certo apelo de sucesso na teoria do

³³⁰ De acordo com Raz, a função fundamental do direito é promover regras públicas de comportamento, em virtude das quais os indivíduos estão obrigados de tal modo que não podem escusar a não conformidade questionando a justificação dessas regras. É por essa razão que diferenciamos a aplicação do direito por parte dos tribunais daquelas regras de comportamento que são públicas e vinculantes, para além do argumento moral, bem como de outras atividades dos tribunais por meio das quais desenvolvem e modificam o direito com fundamento em bases morais e outras bases racionais.. Ao fazer deste o único teste para identificar o direito, o positivismo exclusivista o identifica como um exemplo de “um tipo de instituição humana de importância decisiva para a regulamentação da vida social” (RAZ, 1979, pp. 50-52). Na opinião de Waluchow, Raz é o único que considera o argumento às funções do direito como a principal proposta para a plataforma positivista pós-hartiana (1994, p. 133).

³³¹ Leiter reconhece isso quando indica que “Raz’s claims about authority are controversial in a number of ways, for example, in treating the hallmark of ‘authority’ as its performing a service, in arguing that

direito, como por exemplo, o positivismo inclusivista³³² ou o interpretativismo de Ronald Dworkin. Isso significa, para Leiter, que não podemos especificar uma “função” do direito, como fez o positivismo exclusivista de Raz, sem nos engajarmos num argumento normativo/justificativo sobre o que deve ser essa função do direito.

4.2 A relação justificativa entre ciência empírica e positivismo

Mencionei há pouco que o que justifica o positivismo exclusivista no projeto de Leiter é a afirmação empírica de que ele se trata da “melhor abordagem atual sobre como o mundo funciona”. A ideia de justificação, aqui, é a mesma a que Quine se refere em seu projeto de naturalização da epistemologia: se para ele a justificação corresponde a mostrar que a ciência tem um *status* epistêmico privilegiado, para a teoria do direito a questão da justificação resume-se à afirmação sobre se o “exercício do poder coercitivo pelas Cortes é defensável numa sociedade democrática, dado que certos princípios normativos são centrais numa sociedade democrática” (LEITER, 2007a, p. 145).

Em atenção aos limites da transposição do naturalismo de Quine para a teoria do direito, Leiter procura afirmar, com isso, que, ao buscar justificar as decisões judiciais em uma sociedade democrática não se está tentando resolver um problema análogo ao problema fundacional na epistemologia, mas se as normas dessa sociedade permitem o exercício do poder coercitivo e se isso é possível.

Para Quine, toda teoria é científica na medida em que todas as questões se resumem a fatos empíricos, e a ciência tem se mostrado bem-sucedida ao lidar com questões desse tipo. Mas, para Leiter, é perfeitamente possível distinguir a questão sobre se determinada lei é

authoritative reasons must be exclusionary, i.e., that they pre-empt all consideration of the dependent reasons on which the authoritative directive is based; in supposing that all law sincerely claims authority; and in requiring that there be objectively better and worse answers to practical questions (without such answers, it would be impossible to assess whether an authority was performing the required ‘service’) (LEITER, 2007a, pp 160-161).

³³² A principal afirmação apresentada por Leiter é aquela defendida pelo positivismo inclusivista. De acordo com ele, o positivismo inclusivista mina a possibilidade do argumento da autoridade da regra de reconhecimento afirmando, pois, que uma regra de reconhecimento pode, em princípio, empregar razões dependentes como critérios de validade jurídica: identificar, então, as diretivas sobre a validade jurídica de tal regra de reconhecimento seria impossível sem recorrer ao precisamente as razões dependentes que a regra supostamente pode antecipar. Leiter avalia o positivismo de Hart, nesse sentido, no âmbito do positivismo inclusivista, no sentido que exige a objetividade da moral em algum sentido. Ou seja, que a moralidade é um critério de validade jurídica em alguns sistemas jurídicos é apenas um fato contingente sobre a prática das autoridades nesses sistemas, não uma exigência conceitual da abordagem positivista do direito. Ver, a propósito, Coleman (2001) e Waluchow (1994). Sobre a diferença entre positivismo inclusivista e exclusivista, ver também Dimoulis (2006).

constitucional, uma questão interna ao direito, da questão sobre é justificável uma Corte decidir sobre essa questão em uma sociedade democrática³³³ (2007a, p. 147).

Em síntese, Leiter quer dizer que o fato de buscar a justificação de uma prática não significa que se está buscando uma justificação do tipo fundacional, uma vez que essa tem uma estrutura muito particular: quer demonstrar que uma única resposta pode ser justificada das nossas crenças fundacionais³³⁴. A defesa da ciência, promovida por Quine, na visão de Leiter, não é fundacional, mas pragmática. Para ele, podemos falar sobre justificar uma teoria dando-lhe uma “fundação” sem que isso signifique o que o “fundacionista” quer dizer, que “há uma única teoria que é justificada por um processo justificatório que repousa em afirmações que tem garantias não inferenciais” (LEITER, 2007a, p. 151).

É o argumento pragmático que Leiter usa para salvar o projeto naturalista de Quine da circularidade da qual ele mesmo não parece se importar, como demonstrei no capítulo anterior. Na verdade, ele se vale do pragmatismo identificado no naturalismo quineano para salvaguardar o seu próprio projeto de naturalização da teoria do direito, possibilitando, assim, uma explicação mais plausível da justificação do conceito de direito do positivismo exclusivista³³⁵. Como quineano, ele está ciente de que a busca por essa “única teoria” é, no mínimo, uma empreitada infrutífera: as afirmações conceituais a respeito do que é direito ou a sua função estão em uma tensão tal que nenhuma teoria poderia ter esse papel único.

³³³ Com base nessa ideia, Leiter não vê, por exemplo, que, quando alguém indica que a responsabilidade civil trate de eficiência (POSNER, 2007a) ou de justiça corretiva (COLEMAN, 1992) isso equivalente a afirmar que o corpo substantivo da doutrina da responsabilidade civil pode ser justificado, no sentido de ser dotado de uma “normatividade especial”. Para Leiter, autores como Posner e Coleman buscam “explicar” a responsabilidade civil, tanto conceitualmente, explicando a lógica das doutrinas de responsabilidade civil, como empiricamente, apresentando previsões sobre o que as Cortes farão no futuro nessa seara. Isso quer dizer que, na visão de Leiter, é perfeitamente possível explicar a responsabilidade civil em termos de eficiência, por exemplo, sem pensar que isso garanta uma justificação para a presente estrutura da doutrina da responsabilidade civil. Um posneriano, na visão de Leiter, quer justificar a responsabilidade civil mostrando que ela satisfaz uma norma particular do que podemos chamar de “moralidade política”, nomeadamente, a eficiência. Mas o conteúdo dessa norma de eficiência não é fundacional, no sentido de ser construído por um processo justificatório baseado em crenças fundacionais (LEITER, 2007a, p. 150).

³³⁴ “We can put the point a bit differently. Merely seeking a justification for a practice is not, in itself, ‘foundational’ in the sense to which Quine objects. A foundational justification is one with a very particular structure: one that aims to show that a unique outcome can be justified (‘built-up’) out of constituent elements that rest ultimately on some foundational beliefs (i.e. ones that enjoy a non-inferential warrant” (LEITER, 2007a, p. 151).

³³⁵ As preocupações quineanas sobre a análise conceitual se sustentam mesmo nos casos em que as intuições de todos sobre um conceito coincidem; mas quando elas não coincidem, como no caso do conceito de direito, as insuficiências dos “métodos filosóficos” disponíveis parecem especialmente agudas. Alguns defensores dos métodos tradicionais da filosofia do direito criticam que “o simples fato de que há desacordo sobre o que são as verdades conceituais do direito (...) não significa que a análise conceitual do direito seja infrutífera” (COLEMAN, 2001b, p. 211, n. 38). Dessa forma, a análise conceitual, por si só, é incapaz de nos dar razões para preferir um conceito a outro, algo que apenas um argumento normativo pode fazer.

Deveríamos então, perder a esperança de encontrar tal teoria? A afirmação de Quine de que as afirmações sobre a análise conceitual são sempre vulneráveis às demandas de construções teóricas *a posteriori* é fatal ao próprio empreendimento conceitual.

Porém, Leiter acredita que é possível que uma análise do conceito de direito (ou de sua função) seja preferível às outras não em razão de seu sucesso, mas por sua capacidade de “facilitar instituições jurídicas e teorias frutíferas do direito *a posteriori*” (2007a, p. 134). Como ele mesmo coloca, em defesa do positivismo exclusivista:

“Em outras palavras, o que em última análise justifica os argumentos conceituais para o positivismo exclusivista não é simplesmente a afirmação de que eles abordam melhor o conceito ‘real’ de direito, mas que o conceito de direito que eles melhor explicam é aquele que aparece nos programas de pesquisa mais frutíferos, isto é, aqueles que nos dão a melhor abordagem atual sobre como o mundo funciona. Isso exigiria que a teoria do direito se levantasse da sua poltrona e encontrasse o que os antropólogos, sociólogos, psicólogos, e outros podem nos dizer sobre as práticas sociais sobre o direito” (LEITER, 2007a, p. 134).

Para Leiter, os Realistas Jurídicos Norte-Americanos levaram a sério a investigação de tais questões e o fizeram a partir de uma visão tácita do conceito de legalidade do positivismo exclusivista³³⁶. Mas os programas recentes que sucederam ao Realismo em espírito fizeram ainda melhor. Estes programas tentaram compreender a operacionalidade dos Tribunais em termos de demografia econômica e social para explicar seu comportamento, tipicamente afirmando que explicações jurídicas do comportamento judicial estão confinadas às normas de *pedigree*³³⁷. Ao mesmo tempo, essas abordagens científicas nos dão uma imagem dos

³³⁶ Em um artigo publicado em 2013, Leiter sintetizou seu argumento da seguinte forma: “American Legal Realism, as I have argued for many years, is not only compatible with positivism as a theory of the nature of law, but *presupposes it* in its explanation of the indeterminacy of legal reasoning. American Realists claimed that judicial decision-making had to be explained by the influence of non-legal norms on the judges, since the legal norms underdetermined the decision required. In so arguing, they assumed that only source-based norms could be legally binding ones, and that the only legally binding ones were those explicitly acknowledged by the courts in their opinions or embodied in statutes. They then argued that since there existed equally legitimate but incompatible ways of interpreting the sources, legal reasoning was indeterminate, at least in some range of cases. Their arguments for legal indeterminacy, in short, presupposed a positivist view of which norms were legally binding on judges” (LEITER, 2013, p. 15).

³³⁷ De acordo com Leiter, as principais abordagens científico-sociais do processo decisório têm duas características marcantes a este respeito: (i) todas elas visam explicar a contribuição causal relativa de fatores ‘jurídicos’ e ‘não jurídicos’ (por exemplo, ideologias políticas ou “atitudes”) para as decisões judiciais; e (ii) demarcam o que é direito a partir de fatores não-jurídicos, em termos típicos do positivismo exclusivista, ou seja, geralmente tratam como ‘direito’ apenas normas com *pedigree*, como decretos legislativos e decisões anteriores dos tribunais (bem como, às vezes, os métodos interpretativos aplicados a esses tipos de fontes do direito. Se esses modelos fossem finalmente observados empiricamente (e não apenas nos tribunais americanos), isso daria ao naturalismo substitutivo uma razão para abandonar qualquer confiança intuitiva *a priori* que temos sobre o conceito de direito que entrasse em conflito com o positivismo exclusivista. Se as ciências sociais realmente cortam as articulações causais do mundo jurídico em termos do positivismo

Tribunais que se encaixa numa concepção naturalizada mais ampla do mundo, em que as causas determinísticas governam e cuja atuação volitiva tem pouco ou nenhum papel explicativo³³⁸ (LEITER, 2007a, p. 135).

Afinal, se a análise conceitual não tem mais status epistêmico privilegiado, as afirmações extraídas das ciências empíricas o possuem. Dessa forma, apenas um conceito que puder ser extraído dessas ciências empíricas será capaz de se sobressair como um conceito apto a preencher a “função” esperada dele, isto é, será possível afirmar que “ele funciona”. Assim sendo, com relação ao conceito de direito, dada a sua indeterminação (*racional e causal*), não se poderia esperar outra atitude do Realista que não o abandono da análise conceitual em favor de uma teoria descritiva, sustentada pelas ciências empíricas.

Desse modo, o que explica a escolha do positivismo exclusivista, na visão de Leiter, é que ela provoca a “unificação do fenômeno jurídico com outro fenômeno, que constitui o mundo natural governado pela ciência” (2007a, p. 135).

Leiter não escapa, assim, a um problema que vem dominando a teoria do direito nos últimos séculos, e que veio a ser denominado “*problema da demarcação*”³³⁹. Se na filosofia da ciência o problema da demarcação significa resolver o problema normativo sobre a racionalidade teórica, isto é, sobre o que devemos acreditar, no direito esse problema significa que a demarcação jurídico/não-jurídico na ciência social empírica geralmente reflete premissas explicativas mais gerais sobre os fatores psicossociais que representam o comportamento, muito além do que é jurídico.

O problema da demarcação surge das preocupações práticas, no sentido de demarcar regras jurídicas de regras morais, isto é: (i) do fato de que uma regra juridicamente válida não significar que ela seja moralmente obrigatória e; (ii) do fato que uma decisão de uma autoridade ser moralmente atraente não significar que ela seja moralmente obrigatória (LEITER, 2011b, pp. 11-12). Daí se segue que a motivação para demarcar o jurídico/não-

jurídico, o naturalismo substitutivo argumenta, que é uma razão convincente para trabalhar com esse conceito de direito, assim como contra os seus rivais (LEITER, 2014).

³³⁸ Interessante notar que, linhas atrás, Leiter declarava que tais teorias não tem a mesma sistematicidade característica das teorias científicas genuínas, “falhando na geração de leis sobre o comportamento judicial, mas isso não significa que as ciências políticas tiveram maior sucesso no mesmo intento, o que não invalida sua utilização” (2007a, p. 56). Há, portanto, uma gradativa evolução do pensamento de Leiter, no sentido da naturalização não apenas da teoria da decisão judicial, tal como visualizou na sua leitura naturalizada do Realismo Jurídico, mas também da teoria do direito em sentido amplo, como se verá da sua alternativa de aplicação da filosofia experimental ao direito.

³³⁹ “What is particularly striking is that, even at the dawn of the 21st-century, legal philosophers set conditions for a successful analysis of the Demarcation Problem—to identify the “necessary” and “essential” properties of law that distinguish it from morality in all cases--that would strike most philosophers in other fields, even thirty years ago, as wholly incredible. The persistence of the Demarcation Problem means that the most recent jurisprudential Owl of Minerva has not yearntificalt taken flight” (LEITER, 2012, p.05).

jurídico em termos positivistas exclusivistas essencialmente serve, para a maioria dos cientistas sociais, para efetuar uma unificação explicativa dos fenômenos jurídicos com outros comportamentos político-sociais. E, uma vez que esses programas confiam no conceito de direito do positivismo exclusivista, este pode ser considerado como “a melhor teoria do direito *a posteriori*” (LEITER, 2007a, p. 135).

Acredito que Jules Coleman (2001a, p. 119) conseguiu sintetizar com precisão os limites da relação entre o problema da justificação e a escolha do positivismo exclusivista por Leiter. Para Coleman, se tomarmos o conjunto de normas promulgadas pelas autoridades competentes como o conjunto de inputs jurídicos e as decisões como o conjunto de outputs jurídicos, então a questão central da teoria da decisão judicial torna-se: quais decisões são justificadas ou garantidas pelo conjunto de inputs decisórios? A teoria analítica visa descobrir as regras do raciocínio decisório ou jurídico que, se devidamente seguidas, trarão decisões corretas (“*uniquely warranted outcomes*”), dado o conjunto de inputs disponíveis. Aqui é onde a analogia entre a teoria do direito e a epistemologia é mais forte, e por isso é um lugar provável para um projeto naturalista poderia ganhar seu lugar ao sol na teoria do direito. Mas não parece ser esta a ambição do projeto de naturalização de Leiter.

4.3 Por uma teoria descritiva do direito: metodologia e o novo papel da análise conceitual

No decorrer deste capítulo, apresentei a análise conceitual como uma das principais barreiras à consecução do projeto de naturalização do direito, o que fez com que Leiter assumisse uma postura mais modesta em relação à sua substituição pelas “ciências empíricas de sucesso”. Isso significa, para o autor, levar a sério a enorme literatura sócio-científica sobre direito e instituições jurídicas, a fim de verificar qual conceito de direito soa como o modelo explanatório e preditivo mais poderoso dos modelos de fenômeno jurídico tais como o comportamento dos juízes.

Leiter espera, com isso, se esquivar da cobrança comumente feita ao programa de naturalização de Quine, apontada no primeiro capítulo, de que a substituição implicaria o abandono do que é filosoficamente distintivo ou importante sobre o assunto em questão (no caso, o direito), substituindo-a por questões completamente diferentes, ou seja, “mudando de assunto, isto é, abandonando o que era filosoficamente distintivo (...) substituindo-o por questões que são simplesmente diferentes” (2007a, p. 184).

Em primeiro lugar, é preciso tornar explícito o assunto da teoria do direito. Leiter nos afirma, então, que uma teoria do direito de sucesso é aquela que consiste nas proposições que explicam adequadamente a natureza do direito. Desse modo, se quisermos saber no que o direito consiste, temos que saber como o direito é descrito e explicado pelas ciências. Assumindo então a essencial natureza do direito, então uma teoria do direito naturalizada esta preocupada com a questão raziana³⁴⁰.

Em segundo lugar, para Leiter, há espaço no projeto de naturalização da teoria do direito para os *conceitos hermenêuticos*, isto é, para os conceitos cuja extensão é fixada por seu papel em “como as pessoas tornam a suas práticas e inteligíveis a si mesmas” (2007a, p. 186). Não se trata, assim, do tipo de conceito hermenêutico endossado pelos teóricos analíticos, aqueles que Hart trata como centrais ao fenômeno dos sistemas jurídicos modernos, tais como que as autoridades aceitam algumas regras do ponto de vista interno. “Anormatividade do direito, a ideia de que normas jurídicas válidas nos dão razões especiais para agir em virtude da sua juridicidade, são esquecidas nessa abordagem” (LEITER, 2007a, p. 188). É o que se vê de sua defesa do argumento do positivismo exclusivista como critério de legalidade:

“A natureza da análise conceitual na teoria jurídica é raramente discutida de forma explícita ou em grande medida, embora seja amplamente conhecida no *modus operandi* das teorias do direito dominantes. Podemos iniciar perguntando: o que é um conceito? Um cínico diria que um conceito é aquilo que os filósofos chamam ‘significado’. Uma vez que seu trabalho é a análise de significados. Mas uma vez que Quine constrangeu os filósofos a admitirem que eles não sabem o que é significado, eles começaram a analisar conceitos. (...)

Pra começar, há um ponto óbvio de que o interesse filosófico em conceitos ou significados não é como o interesse lexicográfico em conhecimento: o objetivo filosófico não é regular o uso da prática linguística. (...) Ao mesmo tempo, não podemos ignorar as palavras, porque palavras e conceitos tem uma relação de proximidade. Mas uma importante diferença entre palavras e conceitos é que conceitos, e não palavras são objetos de atitudes proposicionais. (...) Então quando teóricos do direito apelam para o conceito de direito estão apelando para o objeto de um diverso conjunto de atitudes proposicionais sustentado por aqueles que se engajam na conversa jurídica: a conversa jurídica tem

³⁴⁰ “For naturalists, if you want to know what makes ‘law into what it is’, or what makes any X into what it is, you need to know how Xs are described and explained by the sciences (or how Xs figure in true descriptive and explanatory scientific theories). Thus, assuming we give ‘necessarily’ and ‘the essential nature of law’, suitably Quinean glosses – i.e., assuming we treat them, as we should, as equivalent to ‘central to the most fruitful explanatory-predictive social science of law we have going’ – then a naturalized jurisprudence is concerned with something like razian question, the central question in the philosophy of law” (LEITER, 2007a, p. 186).

como objeto o conceito de direito, e vários tipos de conversa jurídica de diferentes pessoas que se engajam nele tem valores constitutivos e evidenciários aos contornos do conceito. Nós podemos algumas vezes pensar se o objeto de todas as atitudes proposicionais relativas ao direito são realmente a mesma ‘coisa’. Tal preocupação se prova fatal à análise conceitual” (LEITER, 2007, p. 124).

É claro, diz Leiter, que a análise da conversa jurídica pode ser instrumental para o fim de conhecer o mundo real. Todavia, não há uma razão particular para pensar que este seja o único ou o melhor instrumento, razão pela qual a análise conceitual merece, pois, um lugar mais modesto no projeto de naturalização da teoria do direito³⁴¹.

Em seu papel modesto, a análise conceitual se restringe a tirar conclusões sobre o que o conceito é, iluminando a sua estrutura subjacente e determinando se as situações em particular são cobertas por esse conceito. Ela ilumina a nossa “conversa jurídica”, não o referente que poderíamos pretender compreender. A análise conceitual deve se limitar ao desiderato de identificar “as propriedades essenciais dadas a um conjunto de fenômenos em ordem que seja denominado direito” e não apelar às intuições que as pessoas compartilham sobre o que seja o conceito de direito, tal como postulou a teoria de H.L.A. Hart.

Para firmar sua concepção de uma análise conceitual modesta, em defesa das questões significantes do positivismo jurídico, especialmente das ideias de regra de reconhecimento e sua relação com a autoridade, a busca por uma metodologia apropriada para a teoria do direito, abordadas nos itens anteriores, Leiter propõe uma reavaliação do debate Hart/Dworkin. Tal debate definiu a agenda da filosofia e teoria do direito anglo-saxã a partir do final da década de 1960, e foi determinante na constituição dos dois *fronts* do positivismo: o exclusivista e o inclusivista (MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 166-167).

Depois de seus trabalhos críticos iniciais sobre o positivismo de Hart, Dworkin elaborou sua própria teoria do direito em seu livro *O Império do Direito*, de 1986. Segundo sua teoria, a resposta correta a uma questão jurídica é aquela que é coerente com a melhor teoria da história institucional do sistema jurídico. A “melhor” teoria, por sua vez, é aquela que tanto explica ou se encaixa (“*fit*”) a uma parte significativa dessa história institucional e fornece a melhor justificação moral dela. Em particular, Dworkin, ao defender a atitude interpretativa e a concepção assumida por uma teoria integral do direito, propõe um conceito de direito que prevê uma “justificação geral para o exercício do poder coercitivo

³⁴¹ “Conceptual analysis, by itself, gives us no reason to prefer one concept to the other, only a further, normative argument, can do that” (LEITER, 2007a, p. 133).

do Estado” (DWORKIN, 1999, p. 136), capaz, portanto, de torná-lo, sob este aspecto, objetivo.

Para Leiter, o debate Hart/Dworkin teve ainda duas outras grandes consequências: (i) a consagração da ‘vitória’ do positivismo sobre o desafio dworkiniano³⁴² e; (ii) o estímulo ao debate metodológico na teoria do direito, com a consequente abertura do processo de virada naturalista.

Não vou me ater aos elementos do debate aqui, posto que a sua avaliação demanda um estudo que não cabe nos limites dessa tese³⁴³. Para Leiter, o único desafio possível que a teoria de Dworkin poderia apresentar para Hart seria se a antiga teoria do direito anglo-saxã fosse considerada correta, mas não pudesse ser levada em consideração dentro da estrutura geral da teoria do direito de Hart (2007a, p. 159). Em particular, a questão colocada para o positivismo de Hart é se pode fazer sentido o fenômeno dos juízes tratarem alguns princípios como juridicamente vinculativos, não em virtude de seu *pedigree*, mas simplesmente em virtude de seu conteúdo. Para Hart, alguns princípios são válidos em

³⁴² Como o próprio Leiter afirmou: “The moment now seems opportune to step back and ask whether the Hart/Dworkin debate deserves to play the same organizing role in the jurisprudential curriculum of the twenty-first century that it played at the close of the twentieth. I am inclined to answer that question in the negative, though not to be sure, because I can envision a jurisprudential future without Hart’s masterful work at its center. Rather, it seems to me – and, I venture, many others by now – that on the particulars of the Hart/Dworkin debate, there has been a clear victor, so much so that even the heuristic value of the Dworkinian criticisms of Hart may now be in doubt” (LEITER, 2007a, p. 154). Scott Shapiro também se debruçou na análise crítica do legado desse debate, mas tratou essa afirmação de Leiter de uma forma um pouco mais cautelosa. Para ele, se pensarmos no debate restrito às respostas geradas pelo Modelo de Regras I, de Dworkin, então os positivistas claramente parecem ter ‘vencido’, pelo menos no sentido de que eles têm defendido com sucesso o desafio de Dworkin. Entretanto, diz Shapiro, o desafio dworkiniano tem evoluído ao longo do tempo e, no processo, suas críticas se tornaram resistentes às defesas positivistas existentes. Assim, ele se separa de Leiter quando ele escreve que ‘A questão não é, apresso-me a acrescentar, que não subsistam quaisquer desafios para o positivismo jurídico, mas sim que os problemas significativos que enfrentam os positivistas jurídicos são agora diferentes daqueles que Dworkin tornou famosos’ (LEITER, 2007a, p. 154). Para Shapiro, o positivismo é vulnerável à crítica de Dworkin no “Império do Direito”. Ignorar este desafio, como fez a maioria dos positivistas, é ignorar a ameaça mais séria voltada ao positivismo jurídico, no início do século XXI (SHAPIRO, 2007, p. 55). Sobre a contribuição do debate Hart/Dworkin ver também Macedo Júnior (2013).

³⁴³ Vou apresentar, sucintamente, as considerações de Leiter que o levaram a concluir pela vitória do positivismo: (i) Dworkin atribui a Hart quatro argumentos: (a) o direito consiste em regras; (b) regras jurídicas são identificadas por uma regra de reconhecimento; (c) na ausência de regras, os juízes exercem discricionariedade e; (d) nos casos em que os juízes exercem discricionariedade, não há direito preexistente a ser definido a nenhuma das partes. Leiter entende que à exceção da última, todos esses argumentos não encontram guarida na teoria hartiana. Para Hart, a distinção artificial promovida por Dworkin entre discricionariedade forte e fraca não é aplicável à sua teoria; (ii) Dworkin atribui uma força excessiva à versão de Hart de sua teoria prática das regras e às regras convencionais. Na verdade, para Leiter, quando Hart fala em “conformidade geral de um grupo às regras” fala em razão para agir, embora Dworkin o acuse de não tratar a respeito do tema; (iii) Dworkin, ao elaborar sua própria teoria, em *O Império do Direito*, segundo a qual a “resposta correta às questões jurídicas é aquela que é coerente com a melhor teoria da história institucional do sistema jurídico” (LEITER, 2007a, p. 158) assume a afirmação de que “uma concepção de direito deve explicar como o direito garante uma justificação geral do exercício do poder coercitivo pelo Estado”, afirmação esta que não difere daquela apresentada por Hart em *O Conceito de Direito*;

razão de seu pedigree e não há nada na noção positivista de regra de reconhecimento que impeça testes de validade que tenham base no conteúdo das regras. É esta resposta que determinou o debate na teoria analítica, a que ele denomina debate “Hart/Raz” e que, portanto, teria colocado fim ao desafio dworkiniano (LEITER, 2007a, pp. 159-164).

Apesar de consagrada a ‘vitória’, Leiter acredita que remanesce o desafio dworkiniano à metodologia descritiva do positivismo. Isto porque, para ele, “quando filósofos se preocupam sobre metodologia, eles se preocupam sobre a *fecundidade da análise conceitual e o status epistêmico das intuições nos vários ramos da filosofia*” (LEITER, 2007a, p. 164). E, uma vez que, como apresentei acima, o projeto de naturalização da teoria do direito apresenta sérias limitações ao papel da análise conceitual na construção e justificação da teoria do direito, este será o argumento condutor de Leiter na crítica ao interpretativismo de Dworkin.

O desafio metodológico se coloca desde que Hart tratou “*O Conceito de Direito*” como “um ensaio de sociologia descritiva” (2007, p. 01). Muitos tomaram essa afirmação de Hart como se a metodologia da teoria do direito pudesse ser puramente descritiva, no sentido de oferecer uma descrição neutra do fenômeno social conhecido como direito.

Para Leiter essa avaliação em muito se deve à teoria interpretativa de Dworkin. Ao tratar o direito como um conceito interpretativo, Dworkin disse, entre outras coisas, que não podemos compreender o conceito a menos que compreendamos o valor ou o sentido (*‘point’*) do direito: justificar o exercício do poder coercitivo pelo Estado. Vista desta forma, a teoria do direito dworkiniana não poderia ser puramente descritiva, posto que é necessário adotar uma postura normativa a respeito da qual o quais condições aquilo que se denomina direito justifica a coerção do Estado³⁴⁴. Trata-se, portanto, de um “conceito normativo de direito” (LEITER, 2007a, p. 165).

Ora, falar sobre interpretação, dessa forma, não significa adotar “A” postura normativa em relação ao direito. Sua concepção normativa do direito (justificação do exercício do poder coercitivo pelo Estado) é plausível, mas não é definitiva, dado que há sistemas jurídicos que não justificam a coerção do Estado (LEITER, 2007a, p. 166). De qualquer modo, Hart também aceita limitações hermenêuticas à sua abordagem do direito, posto que uma descrição adequada da prática social deve se ater a como os participantes da prática

³⁴⁴ A ideia central do conceito de direito dworkiniano é a de justificação: “quando falamos de direito, a reunião ‘particular’ de ideias que incontrovertidamente aceitamos diz respeito à justificação do uso do poder estatal” (GUEST, 2010, p. 43). Nas palavras do próprio Dworkin: “(...) Nessa perspectiva, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades ‘jurídicas’” (DWORKIN, 1999, p. 116).

compreendem seu significado e finalidade. Afinal, “*uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação*” (HART, 2007, p. 306).

Mas por que defender, então, uma análise descritiva? Leiter entende que Hart e Raz, considerados proponentes de uma teoria “puramente descritiva” do direito, estão preocupados, na verdade, apenas com as características “importantes” ou “significantes” do direito. Mas de que forma essas características podem ser consideradas “importantes” ou “significantes”?

Para responder a esta questão, ele vai se valer de sua concepção de epistemologia naturalizada quineana. Ele propõe uma distinção entre valores epistêmicos (ou normas epistêmicas) e valores morais (normas morais): Valores epistêmicos especificam os desideratos de verdade a que aspiramos na construção de uma teoria e escolha de uma teoria: adequação probatória, simplicidade, mutilação mínima de estruturas e métodos teóricos bem estabelecidos (conservadorismo metodológico), consiliência explicativa, e assim por diante³⁴⁵. Por meio do compromisso com tais valores, do ponto de vista quineano adotado por Leiter³⁴⁶, podemos adquirir conhecimento. Valores morais, a seu turno, são aqueles que se relacionam com as questões de razoabilidade prática, por exemplo, questões sobre como se deve viver, quais obrigações que temos uns com os outros, que tipo de instituições políticas se deve apoiar e obedecer, e assim por diante. Logo, questionar se certos sistemas jurídicos são justos é diferente de questionar o que é direito ou sistema jurídico. É desta última questão que, na visão de Leiter, trata uma teoria descritiva do direito.

É claro, ele não nega que se uma teoria descritiva do direito deve responder a questões substantivas de filosofia política e moral, certamente ela não será puramente descritiva. Para ele, todos os teóricos influenciados pelo debate Hart/Dworkin tem consciência de que

³⁴⁵ Ver também em Leiter (2009, pp. 1239-1240).

³⁴⁶ As ideias sobre simplicidade, conservadorismo e modéstia estão dispostas em *The Web of Belief*, de Quine. Note-se que mesmo para Quine a relação entre simplicidade e conservadorismo não é fácil como se vê em alguns trechos de *Word and Object*: “At any rate, simplicity considerations in some sense may be said to determine even the least inquisitive observer's most casual acts of individual recognition. For he is continually having to decide, if only implicitly, whether to construe two particular encounters as repeated encounters with an identical physical object or as encounters with two distinct physical objects. And he decides in such a way as to minimize, to the best of his unconscious ability, such factors as multiplicity of objects, swiftness of interim change of quality and position, and, in general, irregularity of natural law”. Mas, em seguida, Quine relata que: “Conservatism, a favoring of the inherited or invented conceptual scheme of one's own previous work, is at once the counsel of laziness and a strategy of discovery. Note, though, the important normative difference between simplicity and conservatism. Whenever simplicity and conservatism are known to counsel opposite courses, the verdict of conscious methodology is on the side of simplicity. Conservatism is nevertheless the preponderant force, but no wonder: it can still operate when stamina and imagination fail” (QUINE, 1960, pp. 18-20).

um teórico deve aplicar valores epistêmicos a fim demarcar o objeto de sua investigação teórica. A questão é saber se o teórico deve se engajar numa avaliação moral a fim de conseguir apresentar sua teoria (LEITER, 2007a, p. 175). Na sua opinião:

“Os filósofos do direito (...) tem tido o debate errado sobre metodologia da teoria do direito: a filosofia do direito é, de fato, descritiva e trivialmente assim, exatamente da maneira que a maioria outros ramos da filosofia prática têm um importante componente descritivo. A preocupação real sobre a teoria do direito não é que ela é descritiva - é claro que é (ou tenta ser) - mas sim que ele se baseia em dois dispositivos argumentativos centrais – análise conceitual e apelos à intuição – que estão epistemologicamente falidos” (LEITER, 2007, p. 175).

O problema da teoria do direito não está, portanto, para Leiter, no seu componente descritivo. Praticamente todos os ramos da filosofia tem um componente descritivo, isto é, quer saber o que é o objeto investigado. A dificuldade maior está, novamente, na análise conceitual e no apelo às intuições.

Para enfrentar a análise conceitual, ele se escora, mais uma vez, na rejeição da distinção analítico-sintética de Quine. Tal distinção não poderia ser sustentada por que todas as afirmações são, a princípio, resolvidas pela experiência e, assim sendo, poderiam ser sustentadas em face de experiências recalcitrantes até que “ajustemos outras partes de nossa imagem do mundo” (LEITER, 2007a, p. 176). Há simplesmente o fato sócio histórico de que, em um dado momento, há algumas afirmações das quais não podemos nos livrar diante das evidências empíricas recalcitrantes e outras das quais devemos desistir quando as evidências empíricas entram em conflito. Fora isso, uma teoria do direito que empregue a análise conceitual a fim de apresentar verdades necessárias e iluminar as propriedades essenciais seria, para dizer o mínimo, imodesta³⁴⁷.

³⁴⁷ Em alguns trechos dessa parte do livro, Leiter indica que a análise conceitual e o apelo à intuição podem oferecer não mais do que ‘resultados etnograficamente relativos’, a ‘lexicografia’ ou ‘lexicografia glorificada’ ou ‘lexicografia pop’ cujos resultados são estritamente etnográficos e locais, “a sociologia descritiva banal da variedade Gallup-poll”: “Even the leading contemporary champion of conceptual analysis, Frank Jackson, appears, on closer inspection, to acknowledge the import of the Quinean critique and thus to seriously deflate the role of conceptual analysis in philosophy. According to Jackson, conceptual analysis proceeds ‘by appeal to what seems to us most obvious and central about possible cases’ [T]he general coincidence in intuitive responses’ to possible cases, he says, ‘reveals something about the folk theory of [the concept in question], where the ‘folk theory’ is just the ‘ordinary’ understanding of the concept, partly explicit, partly implicit in ordinary ways of talking and thinking. But note that Jackson specifically chastises conceptual analysis in its ‘immodest role’ namely when ‘it gives intuitions ... too big a place in determining what the world is like’: ‘There is nothing sacrosanct about folk theory’, he notes. ‘It has served us well but not so well that it would be irrational to make changes to it in the light of reflection on exactly what it involves, and in the light of one or another empirical discovery about us and our world. The question is, having conceded this much, what remains? Conceptual analysis, as Jackson conceives it, becomes hard to distinguish from banal descriptive sociology of the Gallup-poll variety. (2007, pp. 176-177).

Já com relação às intuições, Leiter questiona como elas poderiam trazer qualquer luz para as condições necessárias do conhecimento, as propriedades essenciais da justificação epistêmica, se a prática demonstra justamente o contrário. Para o autor, portanto, é possível que abandonemos nossas intuições sobre a natureza do tempo e do espaço e nos perguntemos que tipo de tempo e espaço haveria se a teoria física atual for considerada verdadeira e explicativa (2007a, p. 179). Mas qual é de fato o problema com as intuições, visto por Leiter?

Indiquei acima que o autor aposta no conceito de direito defendido pelo positivismo exclusivista como parte de seu projeto de naturalização. O positivismo exclusivista raziano é herdeiro da tradição da filosofia analítica iniciada por Hart. O problema é que a teoria analítica procura explicar a natureza do direito na tentativa de isolar e explicar as características que fazem do direito “o que ele é”, apresentando afirmações sobre o direito que devem ser necessariamente verdadeiras e, portanto, verdades analíticas, as quais foram abandonadas pelo projeto de naturalização quineano.

Sua solução está inserida no *método naturalista*, o qual subsume duas teses: (i) a *tese substantiva*³⁴⁸, segundo a qual no que diz respeito a questões sobre o que existe e o que podemos saber, não temos nada a fazer do que nos apoiarmos nas teorias científicas de sucesso; (ii) a *tese metodológica*: uma vez que a filosofia está preocupada com o que existe e o que podemos saber, ela deve operar como o ramo abstrato das teorias científicas de sucesso. Leiter entende que dificilmente há controvérsia a respeito dessas teses, mas nega, aqui, que se tratem de verdades *a priori* (2007a, p. 180).

Assim, para o naturalismo, preferir uma imagem do mundo metafísica ou epistemológica sobre outra não reside no fato de que isto seja intuitivamente óbvio, mas que essa imagem ganha seu lugar “facilitando as teorias de sucesso *a posteriori* do mundo”. A filosofia não tem métodos especiais de investigar o mundo: “é apenas a parte abstrata e refletiva das

³⁴⁸ Leiter explica, em outra oportunidade, que o naturalismo substantivo na filosofia ou é a visão (ontológica) de que as únicas coisas que existem são coisas naturais ou físicas; ou a visão (semântica) de que uma análise filosófica adequada de qualquer conceito deve mostrá-lo como passível de investigação empírica. *No sentido ontológico, naturalismo substantivo implica o fisicalismo*. No sentido semântico, o naturalismo substantivo é apenas a visão de que os predicados devem ser analisáveis em termos que admitem a investigação empírica: assim, por exemplo, um naturalista substantivo semântico pode alegar que a expressão “moralmente bom” pode ser analisada em termos de características como “maximização do bem-estar humano”, o que admite uma investigação empírica pela psicologia e fisiologia (assumindo que o bem-estar é um estado psicofísico complexo). Muitos filósofos são atraídos por algum tipo de naturalismo substantivo em virtude de seu naturalismo metodológico: ser um naturalista filosófico no sentido metodológico às vezes leva o filósofo a pensar que a melhor explicação filosófica de um conceito ou de domínio será em termos que são substantivamente naturalistas. É importante notar que um compromisso com o naturalismo metodológico não implica quaisquer conclusões substantivas. No entanto, metodologicamente, é uma questão aberta se a melhor explicação filosófica da moralidade, da mente ou do direito deve ser apresentada em termos substancialmente naturalistas (LEITER, 2014).

ciências empíricas” (LEITER, 2007a, p. 180). Temos que ser céticos, na sua opinião, sobre a questão de se as intuições que atuam na filosofia do direito são melhores, epistemologicamente, do que as intuições que atuam na epistemologia da teoria do conteúdo.

Quanto ao problema da metodologia da teoria do direito, Leiter acredita que o positivismo hartiano ganha um novo oponente: a crítica naturalista, que acredita que “os valores epistêmicos, observados pelos métodos hartianos dominantes (análise conceitual e apelo às intuições) nos entrega não mais do que resultados etnograficamente relativos” (2007a, p. 181).

Assim, se a teoria raziana está preocupada com o que é “importante” e “essencial” sobre o que é o direito, não nos resta mais nada além do que aceitá-la enquanto única teoria a preencher as teses do método naturalista, posto que, para Leiter, é a única teoria capaz de sobreviver às abordagens científicas do processo decisório já desenvolvidas.

Todas estas considerações sugerem que a naturalização da teoria do direito pressupõe uma concepção positivista sobre como pensar em um critério de legalidade. Isto coloca o naturalismo lado a lado com o positivismo jurídico que, embora atrativo enquanto teoria do direito, o naturalismo é substantivamente controverso, de tal sorte que o naturalismo no direito só se mostrará plausível se o positivismo exclusivista por ele endossado enquanto fornecedor dos conceitos hermenêuticos dos quais depende a teoria do direito (naturalizada) também for.

Isso independe da possibilidade de refutação inerente ao naturalismo substitutivo do tipo quineano, pois, caso Leiter entendesse ser esse positivismo uma teoria inadequada aos seus propósitos de abandono da análise conceitual e substituição pela investigação sócio-científica apropriada, sequer aventaria a hipótese de considerá-la como critério de legalidade. Afinal, é da essência do naturalismo buscar por formas de conhecimento ‘frutíferas’, em que pese o ‘fruto’ obtido não ser propriamente ‘natural’, mas o melhor revelado pelas ciências empíricas. Colhe-se, sobretudo, um fruto típico do cientismo, a verdadeira nova espécie, derivada do fisicalismo atribuído ao formalismo jurídico do início do século XIX. Apresentarei a seguir, em que medida essa escolha científica sustenta o naturalismo de Leiter.

4.3.1 As vantagens de uma teoria causal-nomológica do direito: Segal & Spaeth e o modelo atitudinal

Ao longo desse capítulo, procurei evidenciar a importância dada por Leiter da investigação empírica na previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, na descrição do direito sob sua “melhor visão de mundo”³⁴⁹. Afinal, de acordo com o naturalismo, uma teoria satisfatória da decisão judicial deve ser contínua com a investigação empírica e as ciências sociais e naturais³⁵⁰. Se as causas da decisão judicial, objeto de seu projeto descritivo-explicativo, e estão apenas disponíveis para o tipo de investigação empírica modelada por essas ciências sociais e empíricas, apartadas da análise conceitual e da confiança nas intuições da filosofia da ciência e da mente, como é possível proceder? Como se mostra viável o seu cientismo?

Leiter pede para considerarmos a teoria da decisão judicial “preditiva-explanatória” desenvolvida por Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth no livro “*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*” (2002). Estes autores teriam desenvolvido o postulado do Realismo Jurídico Norte-Americano, segundo o qual a melhor explicação para o processo decisório é encontrada no conjunto de “fatos do caso” e “nas atitudes e valores dos juízes”. De acordo com ele, Segal e Spaeth identificaram as “atitudes ideológicas” dos juízes, baseados em “julgamentos que apareceram no editorial de jornais que caracterizaram os juízes como liberais ou conservadores” em relação a determinadas questões, tais como direitos e liberdades civis. Durante mais de trinta anos de pesquisa sobre decisões judiciais sobre a constitucionalidade das práticas policiais envolvendo a prisão de suspeitos e buscas de seus carros, casas e propriedades, Segal e Spaeth descobriram que seu modelo comportamental (ou “*attitudinal model*”) previu corretamente 71% dos votos por juízes, ou seja, as atitudes ideológicas do juiz em relação às situações de fato subjacentes (e suas variações), ou seja, explicou o voto do juiz em quase três quartos das decisões.

Claro que, para mostrar que a sua explicação é o melhor, para o autor, Segal e Spaeth devem comparar o modelo comportamental com algumas alternativas existentes. A mais importante é a que eles chamam de “modelo jurídico” (“*legal model*”) de decisão. No “modelo jurídico”, são as fontes do direito, em conjunto com os métodos interpretativos válidos aplicados a essas fontes, que determinam os resultados. Essa união forma o que ele denomina “razões jurídicas”.

³⁴⁹ “Quine tells us that naturalism is ‘the recognition that it is within science itself, and not in some prior philosophy, that reality is to be identified and described’ (LEITER, 2007a, p. 183).

³⁵⁰ A epistemologia naturalizada, afirma Leiter, “has no special methods for investigating the world; it is simply the abstract and reflective part of empirical science” (Leiter 2003, p. 50). No caso da naturalização da teoria do direito, conclui Leiter, “this same approach would mean taking seriously the enormous social scientific literature on law and legal institutions to see what concept of law figures in the most powerful explanatory and predictive models of legal phenomena such as judicial behavior” (Leiter 2007, p. 184).

No entanto, como apresentei anteriormente, tais “razões jurídicas” são indeterminadas, posto que justifiquem mais de uma decisão jurídica. Até o momento, tal argumento dependia da comprovação por algum argumento empírico, isto é, uma explicação causal da decisão judicial, capaz de justificar o projeto de naturalização da teoria do direito. Leiter acredita ter comprovado seu argumento pela substituição pela teoria explicativo-descritiva desenvolvida por Segal e Spaeth:

“Se vários aspectos do ‘modelo jurídico’ podem apoiar um ou outro lado de qualquer disputa que chega ao Tribunal e a qualidade dessas posições não pode ser confiável e validamente medida *a priori*, então o ‘modelo legal’ dificilmente é satisfatório como uma explicação de decisões da Suprema Corte” (SEGAL, SPAETH, 2002, p. 86).

Desse modo, o “modelo comportamental” pode ser considerado como um modelo exaurido pelas fontes do direito (isto é, leis e decisões judiciais), centrais ao “modelo jurídico”, o qual, por sua vez, exclui as atitudes ideológicas do “modelo comportamental”. O que é importante notar é que a melhor explicação causal da decisão judicial, o modelo comportamental, confia centralmente em conceitos hermenêuticos: “supõe que o comportamento dos juízes sobre os fatos explicam a decisão, e seus comportamentos são claramente estados mentais significativos que tem verdadeiro papel causal na abordagem da decisão judicial” (LEITER, 2007a, p. 188). Isso parece dizer que, para que o “modelo comportamental” seja verdadeiro em seu caráter explicativo que deva haver uma demarcação clara entre quais são as atitudes ideológicas dos juízes, que causalmente determinam suas decisões, e as fontes válidas do direito a que o “modelo jurídico” se refere.

E, para Leiter, o conceito de direito que sustenta essa afirmação não pode ser outro que não o positivismo exclusivista de Joseph Raz, dotado de uma regra de reconhecimento cujo critério de legalidade é exclusivamente de *pedigree*: “essa é a visão do direito exigida pelo ‘modelo jurídico’, e é a visão do direito exigida para sustentar o ‘modelo comportamental’, garantindo a melhor explicação da decisão judicial” (LEITER, 2007a, p. 189).

Ele está ciente de que o ‘modelo comportamental’ também não está isento de críticas³⁵¹. Assim como Quine faz em relação à afirmação do “sucesso das ciências”, ele acredita que

³⁵¹ Por exemplo, Richard Posner em seu “*How Judges Think*” argumentou que a preocupação tradicional do modelo comportamental com casos de repercussão política na Suprema Corte Norte-Americana criou uma impressão exagerada de que o processo decisório americano é permeado pela política. Para Posner, a maioria dos casos decididos pelas Cortes norte-americanas não são nem políticos nem chegam à Suprema Corte. O fato do modelo comportamental também se valer do partido político do Presidente que indica os juízes da

um projeto de naturalização da teoria do direito deve insistir na falibilidade daquilo que as pessoas pensam sobre o que é direito:

“Que o positivismo deve estar correto se o ‘modelo comportamental’ for verdadeiro e explicativo ainda não mostra, porém, que a normatividade do direito - característica hermenêutica central do direito - seja parte da figura positivista exigida pelo ‘modelo comportamental’. Afinal, enquanto o ‘modelo comportamental’ precisa demarcar atitudes ideológicas do direito por apelo ao *pedigree* deste último, a normatividade do direito não é, em si, uma característica do direito que é considerada explicativa sobre o ‘modelo comportamental’: é uma mera pose retórica que os juízes adotam em suas opiniões. Ainda, de acordo com Hart e outros positivistas, uma característica central dos sistemas jurídicos é que as autoridades, assim como os juízes, entendem ter obrigação de aplicar determinados critérios de validade jurídica e aplicar as leis válidas. Todo o ‘modelo comportamental’, assim como seus antecessores do Realismo Jurídico, permitem que as autoridades falem *como se* eles tivessem obrigações sobre o direito, quando, na verdade, o seu comportamento é realmente explicado por suas atitudes ideológicas em relação aos fatos subjacentes dos casos” (LEITER, 2007a, p. 190).

Não há nada no modelo comportamental que sugira que as razões jurídicas não limitem as decisões possíveis. Como apresentado anteriormente razões jurídicas, na verdade, para Leiter, subdeterminam as decisões, circunscrevendo-as (2007a, p. 78, p. 190). Desta sorte, a normatividade do direito aparece na melhor explicação sobre a decisão judicial, ainda que a decisão final seja produto da ideologia e não do raciocínio jurídico (LEITER, 2007a, p. 190).

O modelo comportamental compreende os juízes, de acordo com Leiter, como atores políticos que disfarçam suas posições ideológicas por trás de artifícios retóricos, os quais dão a entender que eles levam a normatividade do direito a sério. Como ele afirma, “*juízes, de todas as convicções ideológicas, alegam que eles fazem o que fazem porque eles têm a obrigação jurídica de decidir, não porque eles sentem uma obrigação de implementar sua ideologia*” (LEITER, 2007a, p. 191).

Suprema Corte como ‘autorização’ para as inclinações políticas dos juízes enganosamente implica que a política partidária invade o processo decisório da Suprema Corte. Para Posner, é claro que os Presidentes escolhem, na maior parte das vezes, juízes que tem alguma relação com o seu partido político, mas uma vez indicados, os juízes querem mais ser “bons juízes” do que “braços político-partidários”. Não há juízes questionando, por exemplo, “Como Bill Clinton [ou George W. Bush], que me indicou, decidiria esse caso?” Não obstante, em alguns casos em que um julgamento político é necessário em razão das razões jurídicas, os juízes tendem a sustentar posições na mesma direção do partido ao qual pertenceu, mas isso não significa que “mesma direção” seja equivalente a “idêntica direção”. Ademais, diz Posner, mesmo em questões políticas polêmicas, como aborto, casamento gay, ações afirmativas, direito do trabalho, segurança nacional, direito eleitoral, igreja e Estado laico, o ‘modelo jurídico’ também influencia os juízes, devendo haver um meio-termo entre o ‘modelo comportamental’ e o ‘modelo jurídico’ (POSNER, 2008, pp. 19-28, 42-43).

Com essa explicação, Leiter procura afirmar que não há, no projeto de naturalização da teoria do direito, uma “mudança de assunto”, mas a simples proposta de endereçar ao mesmo e tradicional assunto da teoria do direito, isto é, o conceito de direito, uma abordagem fundada em um método epistêmico crível. Ele parece voltar atrás no que tange ao poder das teorias sócio-científicas do direito (LEITER, 2007a, p. 56), ao indicar que ainda “não há uma robusta e epistemicamente crível teoria sócio-científica da decisão judicial” (LEITER, 2007a, p. 192).

Leiter insiste que, para a teoria do direito, a falibilidade não deve se tornar um problema. A falibilidade (ou refutabilidade, como indiquei acima), faz parte da inescapável construção e revisão das teorias científicas. Sua resposta, no entanto, soa ingênua, tão simples que é formulada: o fato do modelo comportamental não ser uma ciência da decisão judicial robusta e epistemicamente crível não o torna um modelo sem utilidade. Afinal, se este é um modelo capaz de garantir 71% de certeza sobre as decisões judiciais, para Leiter, isso já é mais certeza do que aquela de um jogo de cara-ou-coroa, ou por assim dizer, réu ganha, autor perde; réu perde, autor ganha.

Com isso, é possível questionar Leiter sobre o seguinte: já que o tipo de conceito hermenêutico utilizado por seu projeto de naturalização não é o mesmo apresentado nas teorias analíticas, que tipo então de conceitos normativos são exigidos em seu conceito hermenêutico?

A resposta dele se dá por uma negativa: pelo menos considerações morais não entram nesse tipo de conceito (LEITER, 2007a, p. 195). É nesse sentido que se insere a modéstia de sua análise conceitual: ela se restringe a tirar conclusões do que o conceito é, sem fazer afirmações sobre a natureza do universo a que o conceito se refere.

A ciência, portanto, caminha junto com a análise conceitual, sendo esta vista sob uma perspectiva modesta: ela ilumina nossos conceitos, mas não a referência que deveríamos ter para compreendê-los. Em outras palavras, o argumento de Leiter é que o fato de que o uso de uma investigação *a posteriori* deste tipo deve nos fornecer razões para favorecer essa análise do conceito de direito, a adotá-la como a melhor explicação teórica do aspecto relevante de nossa teoria do direito, no caso do positivismo exclusivista, a validade jurídica.

A sugestão é “naturalizada”, na medida em que o modelo de análise conceitual do positivismo exclusivista é empregado para dar conteúdo a uma possível explicação do conceito de direito que está sujeita à investigação empírica em termos de seu poder preditivo. Deste ponto de vista, não precisamos defender uma concepção filosófica da

maneira tradicional, mas, em vez disso, olhar para ver que modelo de análise conceitual está sendo empregado pelos cientistas sociais em seus estudos.

Uma vez mais, a questão empírica ressurgiu: como o conceito de direito é realmente empregado? Ele exemplifica de forma coerente a estrutura do argumento raziano? O conceito de direito, pelo menos em alguns contextos etnográficos, é um conceito do tipo “moralmente correto”, isto é, um conceito sem qualquer conteúdo cognitivo, mas simplesmente uma expressão que merece apoio especial?

Leiter está certamente consciente de que o problema da demarcação entre ciência/ não-ciência é artificial, assim como a distinção entre direito e moral. Contudo, ainda que não seja possível demarcar precisamente o direito e a moral, ainda precisamos decidir o que devemos fazer, e quais são nossas obrigações (LEITER, 2011b, p. 19). Para ele, a demarcação é apenas “provável”³⁵²: há claramente sistemas de normas jurídicas e sistemas de normas morais em nossa sociedade, mas certamente essa distinção será banal no futuro, em que questões mais pujantes do direito não se preocuparão com as características essenciais e distintivas das normas jurídicas. Talvez, no futuro, a “naturalização da teoria do direito de fato, mude de assunto”³⁵³ (LEITER, 2007a, p. 119):

“Talvez naturalizar a teoria do direito deveria, em síntese, mudar de assunto, da mesma forma que a revolução naturalística da filosofia da ciência pós-positivista levou a uma proliferação de ciências especiais e à subsunção da prática científica sobre atividades humanas mais gerais” (LEITER, 2007a, p. 199).

Essa conclusão não denota modéstia, mas sim, falsa modéstia³⁵⁴. Como mencionei anteriormente, ao colocar o naturalismo ao lado do positivismo, Leiter faz com que suas

³⁵² Leiter apresenta o seguinte comparativo: “In philosophy of science, that has meant concentrated attention on the epistemology of the various sciences, from physics to biology to psychology, and whether their distinctive claims are well-supported by the available evidence. In philosophy of law that would mean focusing on particular legal systems and the practical demands they make upon officials. To take a very American example, the question is not whether the original public meaning of the Constitution is the criterion of legal validity in the U.S. legal system—as, for example, the far right Supreme Court Justice Antonin Scalia believes—the question is whether applying the original public meaning in resolving concrete controversies could be morally justified. Even if Justice Scalia were right about the legal meaning of the Constitution, the right conclusion might be that the legal meaning should be discounted” (LEITER, 2011b, p. 19).

³⁵³ Essa conclusão de Leiter se assemelha à de Liam Murphy: “até que seja possível dizer que há pouca discordância entre as pessoas que já pensaram sobre o [conceito de] direito, sobre a fronteira entre o direito e a moral, não podemos dizer que tanto o positivismo ou alguma versão de não-positivismo estabeleça a verdade sobre o direito” (2005, p. 15).

³⁵⁴ Essa preocupação com a proposta de emprego do modelo das ciências empíricas também é expressa por Thomas Adams: “A proposta é perturbadora por uma série de perguntas. E se o entendimento do direito adotado como parte do estudo for claramente absurdo? E se estudos empíricos distintos empregarem diferentes concepções? E se, como é muito provável, o ‘modelo’ de direito de um cientista social é lançado a

considerações dependam, como afirmei anteriormente, da plausibilidade de ambos. E, assim, ao invés de escapar da teoria analítica do direito, seu naturalismo confia nela, não ‘funcionando’, portanto, como seu substituto.

Mas o que, portanto, resta ao projeto de naturalização da teoria do direito substituir?

Tendo em vista o critério de legalidade positivista defendido por Leiter, não é preciso maiores esforços para concluir que seu projeto não pretende substituir o positivismo: ao contrário, seu naturalismo é corolário da teoria do direito positivista.

Ele oferece, entretanto, uma pista: a afirmação de que considerações morais não entram no tipo de conceito de direito defendido pelo positivismo exclusivista e atestado empiricamente pelo ‘modelo comportamental’ é a “norma científica” que vale para o projeto de naturalização da teoria do direito de Leiter (2007b, p. 08³⁵⁵). O sucesso dessa afirmação exclui a moral como parte da melhor explicação do direito, algo que é caro ao interpretativismo dworkiniano. Mas esse argumento merece uma abordagem mais extensa, a qual será alvo do item 05 deste capítulo.

4.3.2 A filosofia experimental e a esperança de naturalização da teoria do direito

É uma queixa comum por parte dos cientistas sociais que as análises e teorias dos filósofos do direito não sejam “empiricamente fundamentadas” e que deverão, depois de ter sido formulada, ser “testada”. Como seria possível “testar empiricamente” a teoria da justiça de Rawls ou teoria do direito de Hart, porém, é difícil de compreender. A sugestão atualmente em voga é que questionemos as pessoas sobre as possibilidades filosóficas por meio de um formulário de pesquisa. Esta abordagem é conhecida como “filosofia experimental”. Grosso modo, o objetivo da filosofia experimental é apresentar ao público em geral hipóteses que motivaram posições teóricas particulares e registrar suas respostas.

Em seus artigos mais recentes, Leiter identifica três formas possíveis de naturalizar as questões de teoria do direito. Ao longo do tempo, a sua fé nos recursos do método naturalista tem aumentado e agora ele tem argumentado que uma teoria totalmente sócio-

um nível suficientemente banal, de modo a acomodar múltiplas e conflitantes teorias do direito? A única possibilidade aqui é o argumento da variedade filosófica tradicional. O fato de que a teoria é usada, se realmente pode ser usada, como uma explicação de uma premissa não verificável em um estudo científico social é nem aqui nem lá, quando a questão é que a concepção é certo. Uma boa compreensão da matéria forma um precursor para a investigação empírica relevante, e, conseqüentemente, qualquer abordagem ‘contida’ aí não pode vencer seu uso *bona fides*” (ADAMS, 2014, p. 318).

³⁵⁵ Como ele mesmo sugere, “(...) we’re currently in, the one in which the *Scientific Norm* has been perhaps the firmest plank on which we stand, and board a different boat in which “most useful for human purposes” is the governing norm” (LEITER, 2007b, p. 08).

científica do direito pode ser capaz de continuar sem o aparato conceitual tradicional sobre a questão dos fundamentos do direito³⁵⁶.

Desse modo, além de seu projeto já familiar de naturalizar a teoria da decisão judicial, ele agora afirma explicitamente duas maneiras de se naturalizar teoria do direito que afetam as questões sobre a natureza do direito. No que diz respeito à primeira – a de transformar as abordagens sócio-científicas do direito, a fim de compreender a sua natureza, Leiter reitera suas dúvidas sobre o poder preditivo e explicativo atual das ciências sociais³⁵⁷ (2009, p. 202 e 2011a, p. 511). A segunda maneira possível de naturalizar teoria do direito envolve, de acordo com o autor, o uso dos métodos da filosofia experimental (2009, pp. 202-203). Se houver dúvidas sobre a confiabilidade e a representatividade das intuições dos filósofos do direito e se as intuições de senso comum forem decisivas na fixação da extensão do conceito de direito, por que não, argumenta, “investigar, empiricamente, o que essas intuições são realmente”, ou seja, “o que o ‘homem comum’ realmente pensa?” (LEITER, 2009, p. 202). Uma vez que Raz enfatiza que o conceito direito é aquele “usado pelas pessoas para compreenderem a si mesmas”, acrescentando que “é uma grande tarefa da teoria do direito avançar na nossa compreensão da sociedade, ajudando-nos a compreender como as pessoas se compreendem” ele acha “curioso o fato, então, que ninguém tenha feito qualquer esforço para descobrir o que as pessoas (...) realmente compreendem o conceito” (2009, p. 203). Para apresentar essa forma possível de naturalização da teoria do direito, ele apela para a colonização da teoria jurídica pela filosofia experimental (2009, p. 203). É o que esclarece no seguinte excerto:

“A ascensão da ‘filosofia experimental’ – que integra os métodos de investigação da psicologia empírica na filosofia de deve mudar a prática da filosofia do direito. Afirmações oxonianas sobre intuições ordinárias sobre os conceitos de direito, autoridade e obrigação devem ser feitas para responder às evidências empíricas sobre essas intuições. E, na medida em que essas intuições variam ao longo de dimensões (...), talvez a teoria do direito, mesmo em termos gerais, terá de fazer uma espécie de reflexão meta-filosófica. Pode acontecer, com certeza, que as intuições de Hart sobre o que a pessoa comum sabia sobre o sistema jurídico local. Mas se intuições sobre os conceitos relativos ao direito se tornarem, tal como os conceitos relativos à justificação epistêmica ou incorreção moral

³⁵⁶ Veja-se para o novo argumento, *Naturalizing Jurisprudence*, (2007a, pp. 184-89).

³⁵⁷ No entanto, diz Leiter, essa saída é falha por que “Social scientific theories of law are, as things stand, not epistemically robust or impressive in their results, but perhaps the metaphysical and epistemological principle that only the causally efficacious is real and knowable should still trump the hermeneutic understanding of the concept of law? This will demand that general jurisprudence engage with broader issues in the philosophy of the natural and social sciences to a greater extent than heretofore” (LEITER, 2007b, p. 10).

- reféns de variáveis econômicas e sociais, então a filosofia do direito terá que explicar porque seus resultados importam. Estas questões estão intimamente ligadas com a questão geral de haver ou não um conceito de direito hermenêutico, ou seja, aquele cuja extensão é fixada pela forma como as pessoas o usam para fazer sentido de si mesmos e suas práticas. Se o conceito de direito é, pois ambos Hart e Raz parecem pensar, um conceito de hermenêutico, e se ele for sensível a variáveis econômicas e sociais, então a teoria geral do direito vai passar a ser uma espécie de teoria do direito em particular (...). Mas este espectro só paira sobre teoria do direito geral como praticada atualmente por causa de sua fidelidade a um método, isto é a análise da extensão dos conceitos por referência a intuições sobre possíveis casos, que podem estar inapto para o seu assunto” (LEITER, 2007b, pp. 09/10).

No entanto, uma vez que para Leiter o conceito de “direito” é artificial³⁵⁸, rejeita a possibilidade de que ele seja analisado em termos de suas características essenciais ou necessárias (2011a, pp. 512-514, 2012b, p. 05), ele também duvida de que “haja qualquer intuição-derivada do conhecimento sobre a ‘essência’ do conceito hermenêutico de direito” e afirma que “o conhecimento fugaz, etnográfico sobre como o povo pensa sobre o direito (...) seria tudo o que se pode oferecer (2011a, p. 514) até que alguma poderosa teoria sócio-científica do direito surja” (2011a, pp. 513-514). É por isso que denomino essa formulação final do ponto de seu vista sobre as capacidades atuais do projeto naturalista na teoria do direito de “*naturalismo metodológico modesto*”. Há um retorno à concepção fisicalista esboçada pelo naturalismo epistemológico de Quine, ao mesmo tempo em que há um esforço para a adoção de um critério de legalidade do positivismo exclusivista. Este mesmo esforço é que diminui a força do naturalismo quineano, tornando-o mais modesto.

A seguir, apresento o momento da obra de Leiter em que ele se envereda na análise de um conceito que é muito caro à teoria do direito, o conceito de objetividade. Como veremos, Ele buscará, com sua análise conceitual “modesta” do direito, defender uma postura cética externa com relação ao tema da objetividade jurídica, em contraposição ao interpretativismo “não-naturalista” de Ronald Dworkin. Para se manter fiel ao ceticismo defendido no âmbito do Realismo Jurídico, ele deve supor que suas afirmações se engajam

³⁵⁸ Em suas palavras: Artifact concepts, even simple ones like “chair,” are notoriously resistant to analyses in terms of their essential attributes, both because they are hostage to changing human ends and purposes, and because they can not be individuated by their natural properties — unlike say natural phenomena like “water,” which just is H²O. Chairs can be made of stone or wood or metal. Their apparent function — providing support for those who sit — can be discharged by boxes, tortoises, car seats, and steps. Moreover, some chairs have as their actual function ornamental decoration, not sitting; some serve primarily as shelves for stacking papers or books. Some chairs have arm rests, some do not; some have back rests, some do not. Because human ends and purposes shift, the concept of a “chair” has no essential attributes” (LEITER, 2011b, pp. 05-06).

e competem com as afirmações formuladas no domínio que é alvo de suas críticas: o domínio dos conceitos interpretativos de Dworkin. A tarefa será difícil, ainda mais pra quem tem ressalvas até mesmo com a análise conceitual. Acredita que há um ponto que é suficientemente arquimediano para a valoração da ação humana, ponto este ocupado pelas ciências, que é externo e permite ataques globais a vários campos do domínio do conhecimento. A satisfatoriedade do argumento apresentado neste último item deste segundo capítulo será objeto de minha avaliação crítica no próximo e último capítulo.

5. Objetividade, moralidade e decisão judicial

Nos dois últimos capítulos de *Naturalizing Jurisprudence* (“*Objectivity, Morality and Adjudication*”³⁵⁹ e “*Law and Objectivity*”), Leiter apresenta seu maior alvo no projeto de naturalização da teoria do direito: o interpretativismo de Ronald Dworkin.

Ao tratar do tema do quietismo, Leiter já havia indicado Dworkin como inserido na rubrica apresentada por Posner de “moralismo acadêmico”³⁶⁰ dado o evidente caráter normativo de sua teoria interpretativista. Como tenho enfatizado, a recusa do elemento normativo na teoria do direito equivale ao preço pago por ele para a manutenção de sua coerência com os propósitos do Realismo Jurídico Norte-Americano, algo que se torna difícil, dada a inconsistência inerente ao próprio Realismo Jurídico enquanto movimento que abandona as questões tradicionais da teoria do direito, ao mesmo tempo em que se atém aos antigos pressupostos conceituais do formalismo que o antecedeu.

Leiter acredita que o empreendimento de Dworkin, sua tentativa de reforma da prática jurídica em alinhamento com uma postura teórica filosoficamente superior de legitimidade política e de decisão judicial está fadado ao fracasso, resultando num exercício inútil (*idle exercise*). Para ele, a teoria normativa não provoca nenhuma diferença no desembaraço dos mecanismos causais da ação humana, quanto mais no processo decisório. Essa postura

³⁵⁹ Este capítulo foi publicado originalmente em março de 2000 na Public Law and Legal Theory Working Paper nº 04 da University of Texas School of Law.

³⁶⁰ Para Posner, o moralismo acadêmico não tem capacidade de “melhorar” o comportamento humano, embora seja essa sua pretensão; não tem os recursos retóricos, nem o conhecimento detalhado da realidade social que possa habilitá-lo a persuadir a determinada ação sem bons métodos de investigação e análise; há tanta discordância entre os moralistas acadêmicos que se pode facilmente encontrar uma racionalização persuasiva para qualquer forma de conduta, seja ela qual for. Na verdade, diz Posner, o caráter de uma carreira acadêmica na filosofia moderna não é propício à inovação moral; a exposição a filosofia moral pode, ao revés, levar as pessoas a se comportarem menos moralmente, tornando-as mais aptas à racionalização. Por fim, para ele, seria um desastre se os moralistas acadêmicos atingissem seu objetivo implícito de impor uma moralidade uniforme e absoluta sobre a sociedade (POSNER, 1998, pp. 1640-1642).

cética é típica daqueles que defendem a negação de projetos justificativos/normativos³⁶¹ tais como o que caracteriza a teoria política e moral dworkiniana.

O fato é que, naquilo que o Realismo se torna mais homogêneo, há algo que permite entrever uma preocupação dos Realistas com a ideia de que o mundo é independente da mente e que possui uma estrutura que independe sobre o que pensamos ou sobre os conceitos que empregamos para descrevê-lo. Os fatos do mundo são objetivos, de sorte que é a linguagem que se refere aos fatos do mundo, o que não inclui a moral. Assim sendo, uma vez que apenas os fatos físicos permitem apresentar a melhor imagem do mundo, a moral (ou ‘fatos morais’ ou ‘propriedades morais’ indistintamente – LEITER, 2007a, p. 203) não pode figurar na melhor abordagem explicativa. Para ele, fatos morais não provocam diferença causal no curso dos acontecimentos.

Mas o que são *fatos morais*? Ora, queremos saber como a realidade se relaciona com a moralidade. Pensamos que conhecemos algumas “verdades morais”, tais como (i) todo sofrimento é ruim ou; (ii) não devemos causar sofrimentos desnecessariamente. A verdade é compreendida como a linguagem que corresponde à realidade. Dizer que eu tenho “uma mão de carne e osso” é dizer que eu realmente tenho uma “mão de carne e osso” em um mundo independente dessa afirmação.

Essa afirmação é verdadeira se corresponder à realidade e não a uma ilusão. Se quisermos saber se eu tenho uma mão de carne e osso por que há uma mão de carne e osso ligada ao meu corpo, então o que torna verdadeira a afirmação quando eu digo que “sofrimento é ruim” ou “você não deveria causar sofrimentos desnecessários”? Algumas coisas devem ter uma propriedade intrinsecamente “boa” ou “ruim”, mas que tipo de coisa é essa “propriedade”? Alguns autores acreditam que a “vagueza” atribuída à moralidade prova que a moralidade é uma invenção humana, uma ilusão e que, portanto, não há algo como fatos morais.

Embora os valores intrínsecos possam explicar de onde surge o elemento da moralidade, eles não necessariamente respondem a todas as questões relevantes sobre a

³⁶¹ Veja-se, por exemplo, o questionamento de Leiter: “How are we, over the course of a century or two, to disentangle the causal mechanisms at work? If Marx or Braudel is right, can we expect anything more from normative theory than that it should make a difference only in virtue of favorable material circumstances making the time ripe? Do Lockean arguments influence the American framing, or is it that historical circumstances create a receptivity to some general ideas, for which Locke and his arguments provide ‘authority’? There are difficult questions here of social and historical causation, but the power of broadly materialistic explanations of phenomena across almost all domains might suggest that the Classical Realist is right to be skeptical about the claimed efficacy of normative theory. For the latter would constitute a particularly striking and unusual instance of the causal power of non-material forces, and where else in the natural world would we find its analogue?” (LEITER, 2000, p. 29)

moralidade. Vimos no capítulo anterior que David Hume deixou claro que os objetos físicos do mundo não parecem nos dizer o que *devemos* fazer. Leiter é um dos autores da teoria contemporânea do direito que adotam esse posicionamento cético, de tradição humeana, em relação ao limite de nossa compreensão dos fatos morais e que, por tal razão, não podemos explicar adequadamente certas verdades morais, de tal sorte que a moral está fora de nossa melhor explicação do mundo, como se verá a seguir.

5.1 A moral fora da melhor explicação do mundo

Mas o que torna, então, uma explicação do mundo melhor do que outra? Claro, diz Leiter, que a questão de saber o que torna uma explicação “a melhor” é capciosa, mas podemos nos questionar se a moral parece estar entre as “melhores” abordagens.

Ele se vale, então, de duas virtudes das hipóteses que possibilitam Quine trocar de uma tábua para outra na metáfora do Barco de Neurath: (i) *consiliência*, isto é, quanto uma teoria é capaz de explicar sobre o mundo, de modo que uma teoria é mais consiliente que a outra se for capaz de explicar mais fatos do que a outra; (ii) *simplicidade*, de modo que a teoria deva explicar os fatos sem fazer uma série de pressupostos com uma aplicação restrita. Ou seja, uma explicação será melhor que a outra se explicar mais e com maior simplicidade um determinado fato (LEITER, 2007a, p. 205).

Tendo em vista que o Realismo Moral³⁶² tem como bandeira afirmar o poder explicativo dos ‘fatos morais’, para Leiter, caberá ao realista moral mostrar por que fatos morais são a melhor abordagem explicativa possível do mundo. Tal empreitada pode ser tomada a partir da comparação das explicações morais (*moral explanations* – ME) com as outras formas de explicação dos fatos do mundo.

Leiter propõe duas comparações: (i) *a psicanalítica* – de acordo com a psicanálise, julgamentos de moralidade e valor tem força motivacional traçada em razão de instintos agressivos e sexuais. Não há necessidade de fatos morais para explicar julgamentos morais e sua força, mas apenas impulsos inatos das pessoas; (ii) *a evolucionista* - com relação à teoria da evolução, a qual denominou “explicação evolucionista” (*evolutionary explication*

³⁶² Em linhas gerais, o Realismo Moral é a visão de que quando fazemos julgamentos morais fazemos afirmações que são capazes de serem literalmente verdadeiras ou falsas. Além disso, elas são verdadeiras ou falsas em virtude de haver uma realidade moral independente sobre o que podemos e o que conhecemos de fato. O realista deve explicar o sentido em que há uma realidade moral independente, mas o centro dessa posição é que há fatos morais. A posição do Realismo é oposta às teorias que veem nossas afirmações morais como expressões de nossas atitudes ou emoções, o que se torna falso em razão de não haver fatos morais. Em síntese, o realista sustenta que nossas crenças morais e julgamentos são de um tipo especial, o tipo dos fatos morais, e esses fatos formam a verdade de nossas crenças morais e verdadeiras.

– EE), muitos biólogos tem se preocupado em explicar a existência, por exemplo, do altruísmo. Em que pese não haver julgamentos sobre o valor do altruísmo, parece ser possível supor que, “se a evolução selecionou o comportamento altruísta, certamente o selecionou em favor de práticas normativas que sustentam esse comportamento”. Ambas comparações tratam de comportamento e julgamentos morais, apelando para forças determinísticas operantes em uma ou mais ciências específicas, a que denominou “explicações naturalísticas” (*naturalistic explication* – NE) (LEITER, 2007a, p. 206-211). Leiter conclui que NE sempre explicará mais do que ME por que: (i) ME explica apenas o fenômeno moral, ao passo que NE explica mecanismos causais que vão além da moralidade (consiliência); (ii) explicações do tipo NE, por envolverem grande consiliência, aumentam a complexidade teórica sem ter aplicação restrita (simplicidade). Assim sendo, fatos morais sofrem do que chamou de “problema de restrição explicativa” (*problem of explicative narrowness* – PEN).

Para Leiter, o contra-argumento do realismo moral a esta conclusão implicaria a afirmação de que sem fatos morais haveria uma “*perda explanatória*” (2007a, p. 216). Mas ele duvida que seja possível que os realistas morais busquem tal contra-argumento, por que acredita que os realistas morais não estão seriamente preocupados com o poder explicativo dos argumentos morais. “Para eles, seria irrelevante saber se um argumento moral tem maior poder explicativo que outros argumentos, posto que tais argumentos não “explicam” a ação, mas “justificam” e “guiam a ação”. Tal atitude, para ele, faz com que, fora das explicações “de senso comum”, os fatos morais não tenham nenhum papel na teoria explanatória do mundo e, comparado com as teorias naturalísticas, é dubitável que tais teorias morais possam fazer parte da “nossa melhor abordagem do mundo”.

A tarefa do realismo moral é, portanto, para Leiter, dupla: (i) defender uma abordagem dos fatos morais superveniente ou idêntica a fatos não-morais explicativos; (ii) argumentar, com base em uma tese substantiva, que a ausência dos fatos morais na nossa ontologia resulta, ela própria, de uma perda explanatória. A seguir, avalio em que medida essa perda explanatória reflete na sua crítica à concepção não-naturalizada de objetividade jurídica inserta na obra de Dworkin.

5.2 A leitura de Leiter de Ronald Dworkin: a objetividade não-naturalizada

Para Leiter, mesmo dentro de nossas práticas, a questão da objetividade da moralidade permanece viva precisamente porque encontramos dentro de nossas práticas o tipo de

desacordos morais intratáveis que convidam ao ceticismo. É a resposta à questão da objetividade do direito que será o fio condutor do debate entre ele e Dworkin. Um debate entre Realistas e Moralistas³⁶³ (LEITER, 2012a, p. 867).

De acordo com o autor, a teoria interpretativa de Dworkin gera uma situação estranha. De um lado, sustenta que a maioria dos casos tem, incluindo os casos difíceis³⁶⁴, respostas corretas. De outro, argumenta que, para “descobrir³⁶⁵” a resposta correta, o juiz dworkiniano deve avaliar considerações e argumentos morais, de tal sorte que o direito da parte segue do princípio que explica uma parte significativa da história institucional e garante a melhor justificação para esta história como questão de moralidade política. É este o processo que Dworkin denominou *interpretação construtiva*.

No entanto, Leiter entende que, se considerações morais figuram decisivamente na determinação da resposta ao caso concreto, então apenas pode haver uma única resposta correta se houver uma única resposta correta em termos de moralidade política. E, argumenta, “se a moralidade é ‘subjéctiva’ em algum sentido, então pode haver tantas respostas corretas em questão de moralidade como o número de juízes e, conseqüentemente, nenhuma resposta correta em questão de direito” (LEITER, 2007a, p. 225).

Leiter arremata a questão dizendo que, “se alguém pensa que a decisão judicial é ‘objetiva’ no sentido de que há objetivamente respostas corretas, então parece ser uma má ideia fazer com que respostas corretas no direito dependam de considerações morais”, tal qual propõe Dworkin (2007a, p. 225).

³⁶³ “Vou descrevê-lo, em vez disso, como uma disputa entre moralistas e realistas, entre aqueles cujo ponto de partida é uma teoria de como as coisas (moral) deveria ser contra aqueles que começam com uma teoria de como as coisas realmente são” (LEITER, 2012a, p. 867).

³⁶⁴ Os casos para os quais o raciocínio lógico não é suficientemente incisivo para permitir decisões objetivas são os denominados casos difíceis. Exigem equilíbrio entre dois interesses, de valor moral e político, como as liberdades civis e a segurança nacional, a propriedade intelectual e o acesso a obras intelectuais, o bem-estar da mulher e da sobrevivência do feto, um julgamento justo e um julgamento público, privacidade e informação (Posner, 2000, p. 1019), dependendo, assim, de interpretação. Tais casos apresentam, em síntese: i) problemas de *relevância*, quando nos deparamos com dúvidas acerca de qual norma aplicar ao caso; ii) problemas de *interpretação*, quando surgem dúvidas sobre como entender uma norma ou normas aplicáveis ao caso; iii) problema de *prova*, quando há questionamento sobre a ocorrência ou não de determinado fato; iv) problemas de *qualificação*, quando um dado fato não discutido ingressa no espectro de aplicação de um conceito contido na hipótese de incidência ou consequência da norma

³⁶⁵ A ideia de descoberta da resposta correta não parece viável, segundo o projeto de naturalismo substitutivo de Leiter, uma vez que a resposta correta não é definida pelos estudos jurídicos empíricos da forma como Dworkin a descreve. Nas suas palavras: “Dworkin has, throughout his career, called attention to the fact that judges write their opinions as if they are discovering the right answer as a matter of law. But none of the empirical studies just noted deny that fact about the opinions they write: they simply confirm—again and again—that non-legal considerations and influences actually explain the decisions, and there is no way for Dworkin’s interpretive theory of law to accommodate what at times appears to be naked political partisanship” (LEITER, 2012a, p. 876).

A leitura promovida por Leiter tem o propósito de mostrar que a resposta de Dworkin à acusação de “falta de objetividade do direito” reside na compreensão do conceito de objetividade nela implícito. Ele denomina a concepção dworkiniana de objetividade de concepção *não-naturalizada*, uma vez que ela nega que o tipo de objetividade encontrado nas ciências naturais seja o tipo de objetividade relevante a ser aspirado em todos os domínios do conhecimento.

Esta é a oportunidade para que o autor defenda sua “*concepção naturalizada*” do conceito de objetividade, compreendido por meio do modelo das ciências naturais, “cujo objeto de estudo é objetivo no sentido de ser ‘independente da mente’ e causalmente eficaz (isto é, capaz de provocar uma diferença prática no curso da experiência)” (LEITER, 2007a, p. 226). Ele acredita que a distinção entre ceticismo interno e externo apresentada por Dworkin na defesa de sua concepção de objetiva de moralidade não é adequada e deixa sem solução a situação dos argumentos morais na busca pela resposta correta, dada o inescapável caráter de indeterminação do direito.

Segundo a leitura de Leiter (2007a, p. 227), para Dworkin, quando afirmamos que há um fato objetivo sobre se uma interpretação é melhor que outra, ou se um princípio é moralmente melhor que outro, não se está fazendo uma afirmação externa à prática do argumento interpretativo ou moral substantivo no qual essa afirmação surge. Assim, dizer, por exemplo, que “a escravidão é injusta” é simplesmente uma afirmação moral interna à prática do argumento no qual se oferecem razões para a afirmação “a escravidão é injusta”. Este recorrente exemplo da escravidão mostra a preocupação de Leiter com o problema do ceticismo na teoria dworkiniana. Nas palavras de Dworkin: “qualquer argumento (realmente inteligível) de sucesso de que afirmações valorativas não são nem verdadeiras, nem falsas, deve ser interno ao domínio valorativo e não-arquimediano” (1996, p. 89). Ou seja, para Dworkin, segundo ele, o discurso sobre a “objetividade da injustiça da escravidão” é, na verdade, um discurso moral disfarçado, talvez uma forma enfática de dizer que a escravidão é injusta.

Mas, para Leiter, dizer que a escravidão é objetivamente injusta não significa o mesmo que “repetir” ou “ênfaticar” que a escravidão é injusta, mas reivindicar uma tese metafísica, a saber, de que há uma propriedade moral de injustiça, que a escravidão tem, e que é independente de qualquer coisa que pensamos sobre a escravidão. Falar sobre objetividade da correção ou incorreção de um ato ou fato é falar sobre questões metafísicas ou ontológicas, isto é, sobre as propriedades que o mundo contém, independentemente do que

sabemos sobre elas. Para entender isso na obra de Dworkin, ele reconhece que é preciso entender a distinção entre ceticismo interno e externo.

Leiter compreende o *ceticismo interno* de Dworkin como aquele motivado por argumentos (morais) de “primeira ordem”, ou seja, argumentos interpretativos, e que, por isso, pressupõe a irrefutabilidade da argumentação moral. O cético interno nega algumas afirmações positivas e justifica essa negação adotando uma afirmação moral positiva diferente. É possível, ainda, para Dworkin, ser um *cético interno global* (DWORKIN, 1996, p. 91), isto é, não apenas sobre o valor moral de algum comportamento em particular, mas sobre a ideia de valor moral em si mesmo, por exemplo, a visão de que Deus seja o único fundamento plausível para a moralidade, associada ao ceticismo sobre a existência de Deus.

Já o *ceticismo externo* é uma teoria metafísica, de segunda ordem, sobre a classificação das afirmações de primeira ordem. O ceticismo externo sobre valores morais (ou visão arquimediana) nega que haja qualquer substância metafísica de acordo com a qual julgamentos morais são uma descrição e em virtude dos quais valores podem ser considerados verdadeiros ou falsos. É, na opinião de Dworkin, um ceticismo desengajado, posto que coloca o cético numa posição em que não tem como argumentar em favor de qualquer julgamento moral que faça; tudo é uma questão de mera opinião.

Veja-se que o ceticismo externo constitui uma contradição de propósitos: o cético externo exige que haja algo “*lá fora*” que faça com que os julgamentos morais sejam verdadeiros e, ao mesmo tempo, então nega que possa haver qualquer coisa “*lá fora*” (isto é, nega que haja um ponto arquimediano) que torne esses julgamentos verdadeiros³⁶⁶.

Nesses termos, o ceticismo externo, além de contraditório, é também (i) *austero*, posto que pretende confiar apenas em argumentos não-morais para derrotar a visão comum de que visões morais podem ser objetivamente verdadeiras e falsas e; (ii) *neutro*, no que não toma partido em controvérsias morais substantivas (DWORKIN, 1996, p. 92). Desse modo, para Dworkin, o “único ceticismo que vale alguma coisa é o ceticismo interior, e é preciso alcançá-lo por meio de argumentos da mesma natureza duvidosa que os argumentos aos quais ele se opõe, e não ser reivindicado de antemão por alguma pretensão à complexa metafísica empírica” (1999, p. 107).

³⁶⁶ Na visão de Dworkin, segundo Leiter, John Mackie é o cético externo paradigmático, por que pretende ficar de fora da prática do argumento moral apelando para “um mundo metafísico transcendental”, o qual não contém fatos morais metafísicos de qualquer tipo.

Leiter aceita o desafio de Dworkin em favor do argumento cético e procura estabelecer argumentos para refutar o interpretativismo dworkiniano, considerado a partir de sua leitura da tese da única resposta correta e da defesa da determinação e objetividade do direito. Ele vai a socorro do ceticismo especialmente no que toca às duas acusações dworkinianas de “ceticismo arquimediano”, que (i) “pretende ficar de fora de todo um conjunto de crenças e julgá-lo como a partir de premissas ou atitudes que não devem nada a ele” (DWORKIN, 1996, p. 88) e que (ii) “não podemos escalar para fora da moralidade para julgá-la de algum tribunal arquimediano externo, não mais do que podemos sair da própria razão para testá-la de cima” (DWORKIN, 1996, p. 127).

Para Leiter, é claro que não se pode “pular fora da razão”, isto é, da melhor imagem que se tem do mundo, e acessá-la de uma vez, por que não haveria nenhum critério pelo qual proceder. Mas é possível acessar vários componentes dessa imagem do ponto de vista de outros componentes com os quais nos contentamos no presente. A explicação de Dworkin não atentou à metáfora característica do naturalismo, o barco de Neurath posto que os seus “marinheiros” não podem reconstruir o barco do início, estando em plena navegação, devendo ficar nas “tábuas” firmes enquanto reavaliam outras. Os critérios pragmáticos quineanos determinam quais tábuas devem ser escolhidas, embora seja possível sempre reavaliar as tábuas nas quais confiamos hoje (LEITER, 2007a, p 230).

Mas, para Leiter, uma teoria da moralidade é um tipo de subconjunto de uma teoria totalizante do mundo, e não há nada na rejeição de “um ponto arquimediano no exílio cósmico” que impeça alguém de acessar a subteoria de fora dessa subteoria particular. A ciência, como mencionei anteriormente, é o “mais alto tribunal” do naturalismo substitutivo de Quine. Porém, as normas da epistemologia científica, isto é, as normas nas quais a prática científica confia, não são o mais alto tribunal por nenhuma razão *a priori*, mas sim por uma questão pragmática *a posteriori*: “a ciência nos dá as coisas: coloca os aviões no céu, erradica o câncer, torna possível guardar milhares de dados em um chip minúsculo” (LEITER, 2007a, p. 231). A ciência é capaz de prever e controlar o curso da experiência e, portanto, a que “funciona melhor”.

No entendimento do autor, uma vez que o cético externo está comprometido com um “mundo transcendental metafísico”³⁶⁷, ele não precisa se preocupar com a objetividade dos

³⁶⁷ Veja-se que a definição de Leiter é semelhante àquela apresentada por Dworkin em “*O Império do Direito*”: “(...) O ceticismo exterior é uma teoria metafísica, e não uma posição interpretativa ou moral. O cético exterior não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica. (...) Sua teoria é, na verdade, uma teoria em segundo grau sobre a posição ou a classificação filosóficas dessas afirmações. Ele insiste em que elas não são descrições que possam ser comprovadas ou testadas, como na física: nega que os

valores. Ele poderia adotar a metáfora de Neurath e ver a questão sobre a objetividade do valor da seguinte forma: “dadas tábuas (ontológicas e metafísicas) da nossa melhor imagem do mundo, em qual delas ficar firme, como fazer sentido de fatos morais putativos?”³⁶⁸ (LEITER, 2007a, p. 232).

Quanto à acusação de neutralidade, Leiter entende que se trata de “um espantalho” que Dworkin faz de seus oponentes. Uma vez que é essencial ao ceticismo externo que seus argumentos contra a objetividade da moralidade sejam argumentos “não-morais”, não está claro porquê é essencial que “não tome posições em controvérsias morais substantivas”. O que caracteriza o cético como externo é que seu ataque à objetividade não é por si só um ataque moral. Se isso tem alguma implicação em controvérsias morais substantivas simplesmente não impugna a externalidade do ceticismo. No entanto, quando Dworkin diz que o cético externo “rejeita o valor de face da moralidade” de acordo com o qual “a correção ou incorreção da moral é uma ‘questão objetiva’ e que certas ‘opiniões morais são verdadeiras e que pessoas que discordam estão cometendo um grave erro” (1996, p. 92) está indicando, na sua visão que, na verdade, o cético está tomando parte de uma moralidade substantiva e, portanto, não pode ser mais visto como “neutro” a respeito de questões morais. Ao contrário, isso faz do ceticismo externo interno ao domínio da moralidade por estipulação: estipulando que a afirmação sobre a objetividade é de fato uma afirmação moral à qual o cético externo dworkiniano quer resistir (LEITER, 2007a, pp. 232-233).

Leiter encontra, assim, dois argumentos em Dworkin, os quais serão apresentados em detalhe a seguir: (i) o que parece argumento externo é, na verdade, argumento interno e; (ii) os argumentos “externos” genuínos tornam absurdas as questões do discurso moral.

5.3 O argumento do ceticismo externo

valores estéticos ou morais possam ser parte daquilo que chama (...) de ‘fundamentos’ do universo. Seu ceticismo é exterior por não ser engajado: afirma deixar o verdadeiro procedimento da interpretação à margem de suas conclusões” (DWORKIN, 1999, p. 98).

³⁶⁸ Leiter tratou a questão do ponto arquimediano de modo mais claro em outra oportunidade, em que criticou o posicionamento de Richard Rorty sobre o ceticismo moral: “We need no Archimedian standpoint to conclude that moral inquiry is feeble in a way physics is in we need only take seriously our best current understanding of the world, how it works, and the epistemic norms that have proven most effective in making sense of it” (LEITER, 2007b, p. 12).

O Realismo Moral, como anotei anteriormente, afirma que o mundo contém propriedades morais³⁶⁹. Nesse sentido: (i) as afirmações sobre determinado domínio do discurso são cognitivas, isto é, aptas para avaliação em termos de sua verdade ou falsidade; (ii) o valor de verdade dessas afirmações são uma questão objetiva e; (iii) ao menos algumas afirmações naquele domínio são verdadeiras. Segue-se que a acusação de neutralidade de Dworkin se refere a negar que “alguns atos sejam realmente injustos, ou que algumas pessoas sejam realmente boas, ou coisa do tipo” (1996, p. 100).

Ao considerar o seu posicionamento naturalista, Leiter entende que uma definição de correção moral deve mergulhar nas nossas intuições linguísticas para expressar noções reconhecíveis de correção. Ele pede para que consideremos o seguinte exemplo, de “realismo lunar” (2007, p. 235), isto é, o realismo sobre a lua:

“O realista da lua sustenta que proposições como ‘a lua tem uma circunferência de 14.000 milhas’ é objetivamente verdadeira ou falsa. Mas para ter uma ideia do que contaria como condição de verdade dessa afirmação, nós teríamos que ter alguma noção sobre o que estamos nos referindo quando falamos sobre ‘a lua’. O que temos que saber, em outras palavras, é que quando fazemos afirmações sobre a ‘lua’ nós estamos falando sobre o corpo celestial que fica em uma relação espacial com a terra e não com o *Empire State Building*; são fatos sobre o corpo celestial e não fatos sobre o *Empire State Building* que determinam a verdade ou falsidade das afirmações sobre a ‘lua’. Dar uma definição (reformando ou outra coisa) a algum predicado cognitivo putativo – se a ‘lua’ ou ‘moralmente correto’ – é apenas especificar o domínio dos fatos que constituem o local para a condição de verdade das sentenças naquele domínio. Ao especificar o domínio não podemos fazer nada mais do que apelar para nossas intuições sobre como o conceito (‘lua’ ou ‘moralmente correto’) é usado. Mas apelar para intuições linguísticas sobre o uso de ‘lua’ não é uma atividade interna aos argumentos da astronomia, assim como apelar para intuições linguísticas sobre o uso de ‘moralmente correto’ não é uma atividade interna à prática do argumento” (LEITER, 2007a, p. 235).

Então, o autor conclui, que o cético externo sobre essas afirmações não faria um argumento moral contra a definição proposta, mas uma afirmação semântica a fim de que a identidade

³⁶⁹ The alternative, “moral realist” explanation for the data—the data being the existence of incompatible philosophical theories about morality—is both less simple and less consilient. First, of course, it posits the existence of moral facts which, according to the more familiar best-explanation argument I have defended elsewhere (...) are not part of the best explanation of other phenomena. Second, the moral realist must suppose that this class of explanatorily narrow moral facts are undetected by large number of philosophers who are otherwise deemed to be rational and epistemically informed. Third, the moral realist must explain why there is a failure of convergence under what appear (and purport) to be epistemically ideal conditions of sustained philosophical inquiry and reflective contemplation across millennia” (LEITER, 2010b).

proposta não capture noções reconhecíveis de correção moral, o que omite, por exemplo, o elemento de aprovação característico da linguagem moral.

De acordo com Leiter, Dworkin admite que é legítimo o argumento do ceticismo externo de negar a objetividade da moralidade posto que tal negativa não encontra as limitações impostas pelo que pode ser chamado de “epistemologia científica”, segundo a qual (i) apenas o que provoca uma diferença causal na experiência pode ser conhecido e; (ii) apenas o que provoca uma diferença causal na experiência é real. É claro, como mencionei alguns itens atrás, para ele essa epistemologia científica (ou *cientista*) deve envolver um comprometimento com a ideia de “melhor explicação”, sendo necessária a presença de uma doutrina empirista básica (tal qual o positivismo exclusivista para a teoria da decisão judicial), assim como certas normas epistêmicas, as quais são defensáveis apenas em níveis pragmáticos.

Leiter rejeita a tese dworkiniana de que poderíamos encontrar as propriedades morais no mundo, os “*morons*”, cuja energia constitui simultaneamente a moralidade e a imoralidade, as virtudes e os defeitos dos atos humanos e institucionais a interagir no nosso sistema nervoso e tornar as pessoas conscientes da moralidade e da imoralidade, das virtudes e dos defeitos³⁷⁰. Acredita que essa redução às partículas morais, na verdade, é uma redução naturalística, isto é, uma tentativa de Dworkin de identificação da moral dentro da epistemologia científica. E isso seria absurdo dentro da teoria dworkiniana, já que ele exclui essa possibilidade com fundamento de que nenhum argumento de identificação de propriedades é essencialmente um argumento moral, e então não suficientemente “austero” para o debate externalista. Este, por sinal, poderia muito bem concluir que esse absurdo mostra que não há fatos morais.

O que Dworkin precisa, na opinião de Leiter, é de um argumento contra a afirmação cética de que fatos morais se adequam às exigências da epistemologia científica. Acontece é que ele repudia esse argumento, indicando, ao contrário, que o cético externo “tenta estabelecer padrões para uma crença confiável *a priori*, ignorando as diferenças de conteúdo entre os diferentes domínios da crença, não levando em conta a gama de crenças nas quais já acreditamos” (DWORKIN, 1996, pp. 118-119), de tal sorte que nenhuma crença moral seja confiável.

³⁷⁰ “The idea of a direct impact between moral properties and human beings supposes that the universe houses, among its numerous particles of energy and matter, some special particles—*morons*—whose energy and momentum establish fields that at once constitute the morality or immorality, or virtue or vice, of particular human acts and institutions and also interact in some way with human nervous systems so as to make people aware of the morality or immorality or of the virtue or vice” (DWORKIN, 1996, p. 104).

Mas essa questão só se torna absurda, para o autor, se Dworkin³⁷¹ tomar como falsa a afirmação de que há conformidade das propriedades morais em relação à epistemologia científica, não se tratando de uma afirmação *a priori*. Ao tratar a ciência como questão *a priori*, desconsiderando as alterações ocorridas na epistemologia pós-Quine, Leiter acredita que Dworkin se parece mais com os pós-modernos do que realmente aparenta ser.

Leiter acredita que situar os fatos morais dentro da epistemologia científica não é uma questão *a priori*, mas uma questão natural, dado o sucesso *a posteriori* da ciência. Isto por que o poder causal das questões de ciência se mostrou o melhor indício do que é conhecido e do que é real e então é natural colocar qualquer fato putativo sob seu teste. Sem a epistemologia científica, entende que resta apenas “uma ontologia promíscua, repleta de fatos morais, fatos estéticos, teológicos, entre outros” (LEITER, 2007a, p. 239).

No entanto, o autor admite, que se houver alguma boa razão para repudiar essa epistemologia (e esta razão deve ser pragmaticamente defensável) a questão real sobre fatos putativos é se eles podem responder ao nosso melhor critério sobre o que é conhecido e real. Por tal razão, Leiter acredita que Dworkin traiu seu desentendimento sobre “o que eles [céticos externos e realistas externos] estão argumentando e porque estão argumentando” (2007a, p. 239). O único argumento possível, para Dworkin, seria aquele que isolasse o domínio da moralidade das demandas da epistemologia científica que servem ao naturalismo substitutivo.

Leiter acredita que Dworkin adote um “*princípio de tolerância*”, geral e epistêmico, no sentido de que “a epistemologia de qualquer domínio deve ser suficientemente interna ao seu conteúdo para garantir razões, vistas da perspectiva daquele que começa a sustentar convicções dentro dela, testando, modificando ou abandonando” (1996, p. 120). Para ele, todavia, isso não significa que o princípio dworkiniano da tolerância seja aplicado àqueles domínios que fazem afirmações contrárias às afirmações da ciência, de tal sorte que, uma vez que “a moralidade e outros domínios valorativos não fazem afirmações causais, tais testes não tem nenhum papel em quaisquer testes plausíveis” (DWORKIN, 1996, p. 120).

Ora, conclui Leiter, isso quer dizer que a real posição de Dworkin não é a de que o ceticismo externo seja ininteligível, mais sim de que ele é, na verdade, irrelevante, posto que é possível debater sobre a ontologia dos fatos morais, mas isso não afeta a habilidade

³⁷¹ Veja-se a seguinte afirmação contrária de Dworkin: “Since morality and the other evaluative domains make no causal claims, however, such tests can play no role in any plausible test for them. We do need tests for reliability of our moral opinions, but these must be appropriate to the content of these opinions. That is why an epistemological challenge that comes to nothing more than insisting that moral properties are not physical properties must fail” (DWORKIN, 1996, 120). Aprofundarei a resposta de Dworkin sobre a figura fictícia dos ‘morons’ e o seu real papel na explicação do ceticismo exterior no próximo capítulo.

de alguém arguir a favor ou contra qualquer assertiva moral. A única objetividade que conta é a que reside nas potencialidades do argumento moral.

Leiter entende que Dworkin está defendendo um argumento não-naturalista, segundo o qual a objetividade é uma questão de “susceptibilidade a razões”, de sorte que, para atacar a objetividade de determinado posicionamento ético é preciso apresentar razões éticas contra tal posicionamento. Essa capacidade de raciocínio é nutrida dentro de certas práticas da argumentação moral e não há nada para continuar na avaliação de argumentos morais do que as capacidades e sensibilidades assim nutridas.

Duas são as razões que Leiter encontra para defender o seu argumento de que o não-naturalismo não é uma concepção adequada para a objetividade: (i) em muitos casos, não há nenhuma vantagem na noção do discurso ser “objetivo” (mesmo no sentido dworkiniano de ser suscetível a razões) sem implicitamente confiar no sentido naturalista de objetividade. Assim, a menos que haja fatos objetivos naturalisticamente aos quais o discurso deve responder seremos incapazes de compreender formas melhores ou piores de raciocínio; (ii) até mesmo o cético não nega que a visão das pessoas seja “susceptível a razões”. O que ele nega é o que é distintivamente moral na sua visão está aberto a considerações racionais.

5.4 Leiter contra a concepção não-naturalista de objetividade

Duas são as razões que Leiter encontra para defender o seu argumento de que o não-naturalismo não é uma concepção adequada para a objetividade: (i) em muitos casos, não há nenhuma vantagem na noção do discurso ser “objetivo” (mesmo no sentido dworkiniano de ser suscetível a razões) que não confie implicitamente no sentido naturalista de objetividade. Assim, a menos que haja fatos objetivos naturalisticamente, aos quais o discurso deve responder, seremos incapazes de compreender formas melhores ou piores de raciocínio; (ii) até mesmo o cético não nega que a visão das pessoas seja “susceptível a razões”. O que ele nega é o que é distintivamente moral na sua visão esteja aberto a considerações racionais. Vejamos cada um desses pontos.

5.4.1 Irrelevância da objetividade naturalizada?

O desafio colocado por Dworkin à objetividade naturalizada é o de que ela é irrelevante para o argumento moral em dois sentidos: (i) não tem qualquer relação com a objetividade

da ética, o que é uma questão de haver razões melhores e piores para questões éticas; (ii) não provocaria nenhuma mudança na visão moral de primeira-ordem das pessoas.

Leiter propõe então um novo exemplo (2007a, p. 248), fundado na “prática de argumentar sobre os méritos dos diferentes sabores de sorvete: chocolate e baunilha”. As partes do discurso argumentam sobre a superioridade do sabor chocolate da seguinte forma:

“O que distingue o chocolate é a riqueza e importância do sabor, em comparação com a fugacidade da sensação da baunilha; o chocolate agarra no paladar, toma conta da boca e leva embora todos os demais sabores anteriores. É uma experiência de sabor total e envolvente, diferente da baunilha. A cremosidade do chocolate – a quinta essência do grande sorvete – é tão diferente da cremosidade da baunilha, a qual é difícil de distinguir do mero leite. O sorvete de chocolate é substancial de uma forma que o de baunilha jamais será” (LEITER, 2007a, p. 248).

Supondo que exista um consenso de que o chocolate seja “realmente” o melhor sabor. Tem-se, para ele, uma convenção hegemônica de razões, chamada “*Convenção do Chocolate*”. Tal hegemonia não se dá porque nenhuma outra razão possa ser apreciada a respeito do tema, mas no sentido que todos acham que as razões a favor do chocolate são persuasivas.

De acordo com a definição de Leiter de não-naturalismo, portanto, devemos dizer que há um fato objetivo de que chocolate é melhor que baunilha uma vez que sabores de sorvete são suscetíveis a razões mas, uma vez que houve uma convenção hegemônica que entende que os argumentos em favor do chocolate são melhores, não há ataque cético interno à objetividade possível dessa convenção. Isso parece não ter o menor sentido para o autor, posto que o sabor do sorvete é paradigma de uma propriedade subjetiva: não há fatos objetivos sobre o sabor de sorvetes. No entanto, seria possível articular essa noção apenas se apelássemos à concepção externa de objetividade, isto é, apelando para a noção de que qualquer discurso particular pode responder aos fatos concebidos naturalisticamente.

Leiter generaliza a questão da seguinte forma: a objetividade naturalizada é importante para afirmar a objetividade na maioria dos domínios do discurso precisamente por que é sempre possível para convenções hegemônicas da argumentação crescer em questões não factuais, tal qual a “*Convenção do Chocolate*”. O não-naturalista, entretanto, não tem recursos para responder a essa possibilidade, ou seja, não tem nenhuma forma de dizer que uma convenção hegemônica não seja objetiva, isto é, é uma impossibilidade conceitual haver uma convenção hegemônica sobre um domínio não-objetivo.

Isso não é um problema significativo para Leiter. Para ele, tais convenções não apenas são possibilidades conceituais, mas também realidades. Certamente é implausível que a objetividade deva resultar de julgamentos apenas em virtude do fato de que não são exitosamente desafiadas, que são partes de convenções hegemônicas para as quais nenhum ceticismo interno pode ser encontrado. A concepção naturalizada de objetividade, então, faz a diferença em como devemos acessar a objetividade de tais domínios do discurso (LEITER, 2007a, p. 249).

Além disso, Leiter questiona como sabemos que nosso raciocínio moral não é, ele mesmo, uma convenção hegemônica como a “*Convenção do Chocolate*”: o que a abordagem não-naturalizada de Dworkin precisa para responder a essa questão é de uma “robusta abordagem de ‘susceptibilidade’ a razões, que não levante a questão contra o cético sobre o discurso moral”. E ele acredita que Dworkin não oferece tal abordagem.

Uma resposta que seria possível de ser oferecida pelos não-naturalistas seria aquela de que há uma impossibilidade conceitual para que a convenção hegemônica de razões levante questões que são subjetivas.

Susceptibilidade a razões é simplesmente o argumento suficiente para objetividade, mesmo nas convenções hegemônicas. A dificuldade dessa possível resposta não-naturalista é que não há como abordá-la sem recorrer a uma perspectiva externa. Mas seria possível engolir essa ideia, de que a perspectiva “externa” na objetividade é suficiente para abordagem da intuição natural de que a objetividade exige que razões respondam aos fatos do mundo?

Leiter, então, pede para que seja considerada uma nova possibilidade gustativa: a de que sorvete de chocolate é mais gostoso que excremento. Aqui estamos tentados a dizer precisamente que é um fato objetivo sobre sabor. Não parece ser uma questão de escolha que seja “susceptível a razões”, do contrário, seria possível pensar que alguém poderia dar razões para preferir excremento. É um consenso universal que chocolate é melhor que excremento intersubjetivamente³⁷². Logo, conclui o autor, “se é um fato objetivo que chocolate tem melhor sabor que excremento, isso seria objetivo num sentido naturalizado familiar” (LEITER, 2007a, p. 250).

³⁷² Fica evidente o esforço de utilização de uma explicação nos termos das ciências empíricas do exemplo: “Yet the chocolate might even turn out to be objectively better than excrement if it turns out that, in these extreme cases, the property of tastiness just supervenes upon or is identical with some cluster of chemical-physical facts about the micro- and macro-constitutions of the substances at issue and their chemical-physical interaction with the human sensory apparatus” (LEITER, 2007a, p. 250). No próximo capítulo, em que apresentarei a crítica ao ceticismo externo de Dworkin será possível identificar até que ponto esse tipo de esforço argumentativo-explicativo é relevante para o empreendimento jurídico.

Para Leiter, portanto, o ceticismo externo (e, por conseguinte, uma concepção naturalizada de objetividade) não pode ser considerado irrelevante. Ele afeta as crenças morais de primeira-ordem, pelas mesmas razões que faz a diferença para que alguém afirme a objetividade das convenções hegemônicas do discurso. Mas, uma vez que nos tornamos céticos sobre se há realmente um fato objetivo de que chocolate é melhor do que baunilha deveríamos não ser afetados em nossa visão de primeira-ordem de que chocolate é melhor do que baunilha? Poderíamos, então, nos reverter a uma posição agnóstica interna ou, se somos “partidários secretos da baunilha”, deveríamos abertamente proclamar nossa preferência por baunilha, sem embaraços (LEITER, 2007a, p. 251).

O fato de falarmos sobre algo como se fosse verdade e que podemos nutrir uma prática sobre dar razões, não é suficiente para garantir a objetividade de qualquer domínio do conhecimento. Domínios objetivos devem responder ao mundo de algum ponto, de sorte que possamos distinguir “convenções meramente hegemônicas” de práticas argumentativas de domínios genuinamente objetivos. Leiter procurou, com seu exemplo da “*Convenção do Chocolate*”, trazer à tona a intuição de que há uma diferença entre o que é real e o que “meramente falamos como se fosse real”, de modo que apenas a perspectiva externa nos permite fazer justiça a qualquer um desses argumentos.

Dessa sorte, domínios naturalisticamente objetivos são suscetíveis a razões, como por exemplo, a *física*. É aqui que a perspectiva fisicalista/cientista se evidencia uma vez mais: o que demarca “suscetibilidade a razões” da “pseudossuscetibilidade” é a possibilidade da perspectiva externa, “ainda que ela seja tomada de dentro do Barco de Neurath” (LEITER, 2007a, p. 251).

Observe-se que Leiter, neste momento, a fim de garantir uma explicação da ideia de objetividade jurídica, reaproxima seu projeto de naturalização não do positivismo exclusivista, mas do convencionalismo defendido pelo positivismo inclusivista e expresso por autores como Jules Coleman e Wilfrid Waluchow. Isso torna sua opção pela defesa de uma concepção positivista exclusivista do direito ainda mais controversa, posto que, de acordo com uma concepção convencionalista e inclusivista. Admite-se que seja conceitualmente possível a existência de uma regra de reconhecimento que tenha a moralidade como critério de validade jurídica, o que significa dizer que pode haver uma convenção social (tal como a do chocolate) que pode levar em consideração a moral para determinar a validade e, por conseguinte, a objetividade das normas jurídicas, tornando vulnerável a sua concepção exclusivista do conceito de direito. Como seria possível, afinal, haver convenções, tais como a *Convenção do Chocolate*, que não fossem constatados

elementos morais em sua estrutura? Como limitar essa possibilidade? Este é um dos momentos da obra de Leiter que permitem concluir pela sua oscilação entre o positivismo exclusivista e o inclusivista.

5.4.2 Suscetibilidade a razões

Leiter argumenta que, mesmo a noção de “suscetibilidade a razões” não é suficiente para distanciar a visão de Dworkin de céticos como os não-cognitivistas, os quais acreditam que as posições morais são suscetíveis a razões desde que tais posições dependam (causalmente ou logicamente) de vários pressupostos factuais ou empíricos. Para ele, o argumento não-naturalista para a objetividade moral reside naquilo que é distintivamente moral em um debate moral que seja aberto a reflexão crítica e racional.

Nenhum cético discordaria da afirmação de Dworkin de que temos razões para acreditar que a escravidão é injusta, posto que, para os céticos, o erro está numa falsa pressuposição sobre a natureza humana e suas potencialidades, como questão de psicologia e biologia empíricas. Assim sendo, Leiter exige que, para que Dworkin demonstre o que significa a suscetibilidade a razões, mostre que o erro da escravidão não está em suas pressuposições factuais, mas na sua posição ética a respeito da questão da escravidão (2007a, p. 252).

No exemplo da “*Convenção do Chocolate*”, pode-se até dizer que o partidário da baunilha não ofereceu argumentos de peso suficiente para superar a “cremosidade do chocolate”. Acontece que o partidário da baunilha não está simplesmente interessado na “cremosidade do chocolate”, de sorte que qualquer argumento a respeito dessa cremosidade soa mais como uma repetição do desacordo do que um argumento sobre a superioridade da baunilha sobre o chocolate. Essa discussão poderia durar a eternidade mas, assim como no caso da escravidão, não chegaríamos a nenhuma razão moral para adotar uma instância moral e não outra³⁷³ (LEITER, 2007a, p. 254).

Por tal razão, pontua o autor, devemos admitir a correção da visão não-cognitivista convencionalista: posições morais são suscetíveis a razões no sentido familiar de que pessoas são tipicamente responsáveis a demandas de consistência lógica e acuidade factual. Mas, uma vez que estas são exauridas, não há nada além de atitudes valorativas ou paladares, ou fatos “brutos e opostos” (LEITER, 2007a, pp. 254-255).

³⁷³ Como conclui Leiter: “qualquer domínio pode agora ser objetivo, se nos é permitido voltar a nossa “sensibilidade” superior como vindicando a factualidade dos nossos julgamentos. As comportas ontológicas são agora tão grandes que até mesmo uma ontologia pré-iluminação ficaria excessivamente austera” (LEITER, 2007a, p. 254).

Leiter conclui que a defesa da tese da resposta correta por Dworkin é incompatível com sua visão de que considerações morais tem um papel decisivo na fixação dos direitos das partes. Isso se tornou evidente na insistência dworkiniana de que seus críticos não compreenderam o sentido em que as considerações morais devem ser consideradas objetivas. Para Dworkin, portanto, a concepção naturalizada de objetividade é irrelevante para domínios valorativos, sendo suficiente que sejamos capazes de sujeitar nossas posições valorativas à discussão racional.

No entanto, de acordo com os argumentos naturalistas acima expostos, isso significa que a teoria da decisão judicial defendida por Dworkin entroniza a subjetividade nas afirmações sobre “o que é o direito”, com o resultado de que “não há uma única resposta correta” para o direito (LEITER, 2007a, p. 255).

Em sua opinião, a forma correta de interpretar o ceticismo sobre a resposta correta, especialmente nos casos difíceis, deve ser a do “desafio da melhor explicação”: quando há um desacordo profundo e intratável sobre a resposta correta, qual a melhor explicação para o fato? A explicação do cético é que a melhor explicação nas questões jurídicas é que não há resposta correta (LEITER, 2007a, p. 262, n. 10).

Esta conclusão apresentada se mostra coerente com o projeto de naturalização da teoria do direito, iniciado com a apresentação do Realismo Jurídico Norte-Americano como versão proto-quineana do naturalismo substitutivo e que teve como fio condutor o argumento da indeterminação do direito, de acordo com o qual as razões jurídicas são insuficientes para justificar uma única resposta a um dado caso concreto (LEITER, 2007a, p. 09). Ele procurou demonstrar, pelo exemplo da “*Convenção do Chocolate*”, que a concepção não-naturalizada do conceito de objetividade explorado na obra de Dworkin não satisfaz a função “descritivo-explicativa” esperada pelo projeto de naturalização do direito, ou seja, “ela não funciona”. A seguir, apresentarei em que consiste propriamente a objetividade naturalizada de Leiter e qual o seu peso na consecução do projeto de naturalização da teoria do direito.

5.5 A concepção de objetividade naturalizada de Brian Leiter

Para responder à demanda da objetividade do direito, no último capítulo de *Naturalizing Jurisprudence*, “*Law and Objectivity*”, Leiter argumenta ser necessário dispor de ferramentas filosóficas por ele consideradas como “apropriadas”: a metafísica, a epistemologia e a semântica.

A *objetividade metafísica* refere-se “à medida que a existência e o caráter de alguma classe de entidades dependa dos estados de espírito das pessoas”, isto é, conhecimento, julgamento, crença, percepção, entre outros. A objetividade epistemológica se concentra na “extensão em que somos capazes de alcançar o conhecimento sobre aquilo que é metafisicamente objetivo”. Já a objetividade semântica se preocupa se as proposições de determinado domínio do discurso possam ser avaliadas em termos de verdade ou falsidade (LEITER, 2007a, p. 257).

De acordo com a *objetividade metafísica*, há respostas corretas para as questões morais, políticas e jurídicas, cuja correção independe das crenças das pessoas sobre elas, sendo objetivamente corretas (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 597). Para que uma entidade seja considerada objetiva no sentido metafísico, sua existência e caráter devem ser independentes da mente humana. Tal independência é observada em três sentidos: (i) causal; (ii) constitucional e; (iii) cognitivo, sendo que apenas os dois últimos sentidos importam para a objetividade metafísica.

Uma entidade é *causalmente* independente da mente humana na medida em que a trajetória causal que a provocou não envolveu a atividade da mente humana. Assim, por exemplo, a existência da Terra é causalmente independente da mente humana. A objetividade metafísica não exige a independência causal. Mesmo entidades que são causalmente dependentes da mente humana podem ser independentes da mente humana em algum dos demais sentidos, constitucional e/ou cognitivo.

Uma entidade é *constitucionalmente* independente da mente humana se sua existência e caráter não são constituídos pela mente humana. Assim, certos idealismos históricos sustentam que o mundo foi constituído independentemente da mente humana (é o caso, por exemplo, do criacionismo). No entanto, fatos psicológicos também podem ser metafisicamente objetivos, razão pela qual devem ser independentes no sentido cognitivo.

Uma entidade é, portanto, *cognitivamente* independente da mente humana se sua existência não depende de qualquer estado cognitivo das pessoas. É o caso da crença, da percepção sensória, do julgamento, etc. Algo metafisicamente objetivo é independente daquilo que qualquer um crê ou teria justificção para crer. Fatos psicológicos são metafisicamente objetivos em virtude de não serem dependentes do que um observador dessa pessoa acredita ou teria justificção para acreditar sobre o estado psicológico daquela pessoa. Todos os fatos metafisicamente objetivos devem ser, portanto, cognitivamente independentes.

Leiter defende que é possível, ainda, falar em “graus de independência cognitiva”, pois “nem tudo que é objetivo pode se provar objetivo no sentido no qual o senso comum entende os elementos constituintes do mundo natural como objetivos” (2007a, p. 259). Desse modo, a noção de objetividade pressupõe sempre uma diferença entre o que “parece correto” sobre alguma situação e sobre o que realmente “é correto”.

Três são os níveis de objetividade, de acordo com Leiter: (i) *subjetivismo*: o que parece correto para alguém determina o que é correto; (ii) *objetividade mínima*: o que parece correto para a comunidade determina o que é correto; (iii) *objetividade modesta*: o que parece correto para alguém sob condições apropriadas ou ideais determina o que é correto; (iv) *objetividade forte*: o que parece correto para alguém jamais determina o que é correto.

Nos extremos têm-se as duas posições filosóficas clássicas da antiguidade, o protagoreanismo (subjetivismo) e platonismo (objetividade forte). A posição protagoriana nega a objetividade do mundo e tudo que há nele: a existência e o caráter de qualquer coisa em particular dependem de tudo o que o indivíduo acredita. Por outro lado, o platônico, afirma a objetividade completa e absoluta do mundo e os seus conteúdos. O conhecimento do mundo nunca é fixado pelo que as pessoas acreditam ou têm evidência para acreditar.

De acordo com a *objetividade mínima*, o que quer que a comunidade entenda ser correto será correto. Esta posição é uma forma de objetivismo, no sentido de que o que é correto não depende simplesmente do que parece correto para o indivíduo. É, no entanto, uma concepção mínima de objetividade: No mínimo, falar de objetividade requer que o subjetivismo seja considerado falso, isto é, que pelo menos longe da dependência de um único indivíduo. Esse tipo de objetividade, segundo Leiter, é um tipo de relativismo, dado que é relativo a uma comunidade particular de agentes³⁷⁴ (2007a, p. 260).

É possível afastar ainda mais os elementos da subjetividade quando dizemos que uma entidade é modestamente objetiva. De acordo com a objetividade modesta, a existência e o caráter da entidade não são determinados pelas crenças (respostas, disposições, e assim por diante) de um indivíduo ou de uma comunidade, mas pelo que os “juizadores” acreditam ser correto em certas condições idealizadas, tais como de informação e evidências plenas, racionalidade perfeita, etc. Assim, todos podem estar equivocados sobre suas crenças a respeito de uma entidade modestamente objetiva; porém, as crenças formadas sob

³⁷⁴ A noção de objetividade resultante é, reconhecidamente, muito fraca, mas, para Leiter, tem suas aplicações. Um exemplo é a moda: o que parece correto para João sobre o que está na moda pode estar objetivamente errado. John pode estar desatualizado sobre os estilos de sua comunidade, de modo que é correto afirmar que “John está equivocado ao pensar que camisa xadrez e calça listrada combinam” de acordo com o que parece correto com o que pensa a comunidade sobre o que é correto na moda.

condições epistêmicas ideais não podem estar erradas. Nesse sentido, a objetividade modesta pode ser interessante em certos domínios. É o caso dos domínios valorativos: fatos valorativos dependem das respostas humanas a situações morais significantes sob condições apropriadas. Em todo caso, diz Leiter, é importante especificar as condições sob as quais a resposta humana fixa a referência de um conceito sem levantar outras questões sobre ele (2007a, p 260).

A procura pela objetividade epistemológica é uma demanda que busca a liberdade de predisposições e outros fatores que distorcem a cognição, que impedem que as coisas sejam conhecidas como *realmente* são. De acordo com o autor, a objetividade epistemológica exige que o processo cognitivo e os mecanismos pelos quais as crenças sobre o mundo se formam sejam constituídos de modo a se inclinar em direção à produção de representações acuradas sobre como as coisas são (LEITER, 2007a, p. 261).

No direito, predisposições a favor ou contra uma das partes no processo ou a ignorância das regras pertinentes aos fatos são obstáculos à objetividade epistemológica. No caso das ciências naturais são os valores que representam entraves à objetividade epistemológica, na medida em que influenciam a escolha de objetos de pesquisa e, mais seriamente, a avaliação e seleção das evidências. Isso não significa que valores ou normas epistêmicas não tenham papel na investigação científica. Leiter se refere aqui a outros valores, como a ideologia política do pesquisador ou o clima político em que a pesquisa toma corpo (2007a, p. 261).

Ao mesmo tempo, ele não quer dizer que a objetividade epistemológica exija a liberdade de todos os valores e preconceitos, uma vez que há mecanismos de formação de nossas crenças que são causais, isto é, independentes da mente humana. Por exemplo, não posso negar que exista uma porta fechada à minha frente se minha tentativa de ultrapassá-la será bloqueada causalmente pela realidade: a porta me impedirá. O impacto causal da realidade nos dá um critério externo para a objetividade, mas não mostra como é possível determinar se algo é epistemologicamente objetivo. Desse modo, a investigação deve atentar a indicadores familiares, como a existência de um acordo intersubjetivo, a publicidade das evidências e padrões de prova e reprodução das evidências por diferentes pesquisadores. No caso das ciências sociais, onde verdades objetivas podem entrar em conflito com interesses arraigados, não é de se surpreender que não haja acordo sobre certas questões, uma vez que tais interesses distorcem a cognição do mundo e “pervertem a investigação científica” (LEITER, 2007a, p. 262).

A *objetividade semântica* se refere a uma propriedade das afirmações, mais do que a algo ou a um mecanismo cognitivo. Determinado ramo do discurso tem objetividade semântica quando suas afirmações estão aptas à avaliação em termos de verdade ou falsidade. O cognitivismo é a doutrina segundo a qual um ramo do discurso é semanticamente objetivo. É o caso do discurso das ciências naturais.

A maioria dos filósofos que defende que o discurso ético seja cognitivo, na sua opinião, o faz por que acredita que a moralidade seja metafisicamente objetiva: se há fatos morais metafisicamente objetivos, então afirmações morais não serão sistematicamente falsas, como dispõe a “teoria do erro”³⁷⁵. Para aqueles que acreditam que fatos morais são fortemente objetivos, a ideia central é que fatos morais são idênticos a fatos naturais (LEITER, 2007a, p. 264).

5.6 Direito e Objetividade Naturalizados – A defesa da objetividade mínima

Leiter sugere que a questão da objetividade aparece no direito em várias dimensões, representadas nas seguintes assertivas: (i) esperamos que o conteúdo do direito seja objetivo no sentido de tratar as pessoas igualmente, na medida de sua desigualdade; (ii) esperamos que os juízes sejam objetivos no sentido de não terem predisposições contra ou a favor de uma das partes do processo; (iii) esperamos que as decisões jurídicas sejam objetivas, no sentido de alcançar o resultado que o direito realmente exige, sem a intervenção de predisposições ou preconceitos e; (iv) em algumas áreas do direito, esperamos que o direito empregue padrões “objetivos” de conduta, que não permitam aos atores se escusarem de suas condutas com base nas suas percepções subjetivas (LEITER, 2007a, pp. 264-265).

Ele está ciente de que os juízes têm por dever decidir e que, para isso, devem interpretar as fontes jurídicas, a fim de determinar os princípios e regras jurídicas para então decidir como aplicá-los ao caso em questão. Estas são as razões jurídicas que os juízes consideram na decisão de questões jurídicas. Se o direito é racionalmente determinado, as razões

³⁷⁵ De acordo com Leiter, a teoria do erro se refere: “a minority of philosophers, however, agree that morality is not metaphysically objective, but nonetheless maintain that the surface grammar of ethical discourse should be taken at face value: ethical discourse purports to state facts, and is thus a cognitive discourse. It is, unfortunately, a cognitive discourse almost all of whose statements are false (since there are no metaphysically objective moral facts in the world). (The only true ethical statements, on this view, will be negations of ethical judgments: ‘No, slavery is not really morally wrong’) (LEITER, 2007a, p. 263).

jurídicas existentes justificam uma única resposta correta. Do contrário, esta única resposta se torna inviável³⁷⁶.

Nesse sentido, o direito é metafisicamente objetivo na medida em que há um fato jurídico, ou seja, em que o direito é racionalmente determinado. Esta afirmação, no entanto, pode variar. É possível pensar que o direito seja metafisicamente objetivo apenas no que diz respeito a alguns casos, como pensam os Realistas Jurídicos Norte-Americanos, ou com respeito a todos os casos, como Ronald Dworkin defende.

Pode-se dizer, ainda, que o direito é epistemologicamente objetivo, na medida em que os mecanismos para atingir a resposta correta estão livres de distorções ou preconceitos que poderiam obscurecê-la. Mas isso, para Leiter, é algo muito raro de ser verificado. Isto por que a caracterização da objetividade epistemológica pressupõe que o direito seja metafisicamente objetivo, como expressei anteriormente.

De outra banda, se as razões jurídicas incluírem razões morais, então o direito apenas pode ser objetivo se a moralidade for considerada objetiva. A inclusão das razões morais pode se dar de duas formas: (i) se as fontes tradicionais do direito, como leis e normas constitucionais, incluírem considerações ou conceitos morais, por exemplo, “liberdade” ou “igual proteção”. Para que o direito seja metafisicamente objetivo nesses casos é necessário que tais conceitos morais tenham conteúdo objetivo, que, para Leiter, não precisa ser fixado em virtude de a moral ser objetiva; um princípio interpretativo tal como “interprete cada norma como os constituintes originários teriam pretendido” é suficiente, por exemplo, para a aplicação da cláusula de igual proteção inserta na Décima Quarta Emenda, sem que seja necessário pressupor um significado “objetivo” para igualdade. Esse é o posicionamento da teoria do direito naturalizada em relação à moral, detalhado neste segundo capítulo. No entanto, ele reconhece que há teorias interpretativas que exigem precisamente entender o que “igualdade” realmente exige. Tal é o caso do interpretativismo de Dworkin, a ser estudado no próximo capítulo; (ii) razões morais fazem parte das razões jurídicas por que são parte do critério de validade. É o que se verifica em

³⁷⁶ Importante não confundir objetividade com determinação do direito. Dizer que o direito é determinado é dizer que há respostas corretas para as questões jurídicas. Uma resposta é correta se coincide com os fatos jurídicos relevantes do processo. Então, o “*point*” ou sentido do processo decisório é alcançar decisões que coincidam com tais fatos. Já a preocupação com objetividade refere-se ao *status* desses fatos jurídicos, isto é, quando tais fatos são considerados jurídicos. Logo, à medida que o direito é determinado, as respostas corretas são objetivamente corretas. Entretanto, tendo em vista que, para Leiter, a determinação do direito não é plena (ao menos nos casos difíceis), é preciso identificar em que medida o direito é objetivo: “If our theories are supposed to illuminate our practices, then it is worth noting that much of our discourse employs predicates that invite objectivist interpretations. The only meaningful or worthwhile endeavor is to try to determine which domains of discourse admit of objective and subjective accounts” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 609).

teorias como a do Direito Natural e o Positivismo Inclusivista. Mesmo para o positivismo exclusivista é dever do juiz, ao exercer sua discricionariedade nos casos difíceis, alcançar resultados moralmente corretos. Logo, embora a objetividade da moralidade não afete a objetividade do direito, é uma questão a ser pensada sobre como os juízes decidem os casos difíceis (LEITER, 2007a, p. 266).

Dito isto, é possível considerar a questão sobre quão objetivo é o direito, isto é, qual o liame em que podemos localizar o direito entre o subjetivismo e a objetividade forte.

Se pensarmos numa abordagem de objetividade forte para o direito, teríamos que o significado das regras determinaria sua aplicação: os referentes reais dos termos de uma regra jurídica determinam o significado da regra.

Como cético externo, Leiter desconfia de que a objetividade forte seja a melhor abordagem para a objetividade do direito. Para isso, ele nos oferece o seguinte exemplo: suponha que a lei proíba a pesca num raio de cem milhas da costa, pretendendo claramente (de acordo com a história legislativa) proteger as baleias, mas sem perceber que “pescar” é um termo de tipo natural que não inclui “baleias” na sua extensão. Desse modo, o juiz que não proteger as baleias entraria em contradição com a vontade do legislador. Isso quer dizer que a teoria da interpretação do direito não é uma questão de semântica, mas de legitimidade política, isto é, “sobre as condições sob as quais o exercício do poder coercitivo pode ser justificado” (LEITER, 2007a, p. 268). Além disso, se a existência dos fatos jurídicos é independente do que os juristas acreditam sobre eles, como eles teriam acesso a tais fatos? Ora seria então necessária a presença de mecanismos confiáveis o suficiente para acessar a objetividade de tais fatos, isto é, uma objetividade de nível epistemológico e, portanto, independente da sua própria experiência, ao que ele denomina “visão externalista”³⁷⁷.

A visão externalista, portanto, não parece viável, uma vez que seria absurdo afirmar que: (i) uma decisão jurídica pode ser justificada mesmo que nenhum juiz saiba que ela seja justificada ou; (ii) uma decisão jurídica não é justificada mesmo que todos os juízes a considerem justificada.

³⁷⁷ O externalismo afirma que as crenças são justificadas, desde que resultem de um mecanismo causal de confiança; isto é, “se o fato de que alguém afirme ter conhecimento faz com que se tenha as crenças que se tem de uma forma adequada, então suas crenças são justificadas” O problema, de acordo com Coleman e Leiter, é que o externalismo rejeita a exigência doxástica de crença justificada. As crenças de alguém são justificadas externamente, isto é, independente de sua própria experiência ou consciência delas como sendo crenças justificadas. E essa abordagem, mesmo se plausível em outras áreas do conhecimento, parece especialmente inadequada para o processo decisório. (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 615).

De outro lado, o subjetivismo não é também parte da concepção de qualquer jurista sobre o direito³⁷⁸. Afinal, o direito, não é nem como o paladar³⁷⁹ (que é subjetivo) nem como os objetos físicos comuns (que são fortemente objetivos).

Restam então, duas possibilidades: (i) ou o direito é minimamente objetivo, de sorte que um fato é jurídico se a comunidade jurídica assim o considera ou; (ii) é modestamente objetivo, no sentido de que um fato só é jurídico se, sob condições ideais, juízes o consideram como fato jurídico.

Em ambas abordagens, o direito é epistemologicamente limitado. Qual delas será correta dependerá, de acordo com Leiter, “se o conceito de direito endossado permite que todos os agentes jurídicos possam estar equivocados sobre o que o direito realmente é” (2007a, p. 269). Se entendermos essa afirmação como sem sentido, então estaremos comprometidos com uma objetividade mínima; se essa afirmação fizer sentido, então estaremos comprometidos com uma objetividade modesta do direito.

5.6.1 Da objetividade modesta à objetividade mínima

Existe uma transformação no trabalho de Leiter no que tange ao grau de objetividade do direito, se modesto ou mínimo e que merece atenção nesse momento.

No ensaio “*Determinacy, Objectivity and Authority*”, de 1993, Leiter subscrevia, com Jules Coleman, uma concepção de objetividade modesta, mesmo sem dela compartilhar plenamente³⁸⁰.

Mencionei anteriormente que, de acordo com sua classificação, para que uma concepção modesta de objetividade seja possível, é preciso que os fatos jurídicos sejam fixados sob condições epistemológicas ideais. Se a objetividade modesta depende de “condições ideais”, quais seriam estas? De acordo com Leiter, um juiz ideal seria aquele que: (i)

³⁷⁸ Leiter explica melhor o problema da subjetividade em “*Determinacy, Objectivity and Authority*”, por meio do seguinte argumento: “Once one accepts subjectivity, one is committed to the view that legal facts are as judges regard them, because they regard them as such. Since correct answers are those that correspond to the facts and the facts are simply those that the judge regards as such, there must be determinate answers to all legal disputes. Thus, because subjectivity entails determinacy, no critic of liberalism can coherently maintain both subjectivity and indeterminacy. This means that when liberalism's critics claim that law is indeterminate, they must really have in mind an objectivist account of legal facts!” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 601).

³⁷⁹ Veja-se que, nesse momento do texto, Leiter insere o problema do paladar no âmbito do subjetivismo estrito e não mais na rubrica da convenção, como feito anteriormente.

³⁸⁰ Tal informação fica evidente no seguinte trecho do ensaio: “We are free to adopt an antirealist view about morality, which, in fact, both of us are inclined to do, while maintaining the view that legal facts can still be minimally (Leiter) or modestly (Coleman) objective. Because we are positivists, there is no real need here to pursue the question of how morality, which seems so unlike color, could be modestly objective; it is enough if law is” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 627).

estaria completamente informado sobre todos os fatos relevantes e todas as fontes jurídicas, em especial leis e decisões judiciais; (ii) completamente racional, isto é, ser um observador das regras da lógica; (iii) livre de predisposições a favor ou contra as partes do processo; (iv) imaginativo e de máxima empatia, onde o caso exige, por exemplo, a interpretação dos interesses afetados e; (v) familiarizado e sensível ao conhecimento informal, cultural e social do tipo essencial ao raciocínio analógico, no qual diferenças e distinções devem ser consideradas “relevantes” ou “irrelevantes” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 630; LEITER, 2007a, p. 270).

Assim, para termos naturais, como o “ouro”, as condições epistêmicas ideais devem, naturalmente, incluir conhecimentos científicos relevantes sobre o “ouro”. Assim, o significado do termo não é fixado pela prática convergente existente, mas pela convergência que ocorreria sob condições de máxima informação científica (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 622).

Ou seja, de acordo com a objetividade modesta, o escopo de uma obrigação jurídica não é fixado por práticas convergentes existentes, nem é resolvida pelo que conceito de direito independente das crenças de alguém sobre ele; em vez disso, o âmbito do direito é dado pelo tipo de convergência que pode ocorrer em condições ideais. Assim, um juiz que quer saber o âmbito de aplicação desta obrigação quer saber o que os juízes fariam nas condições relevantes. Disputas sobre os requisitos de uma regra, então, são realmente melhor compreendidas como disputas sobre qual prática os juízes convergiriam em condições ideais (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 622).

Assim, a objetividade modesta não é uma objetividade, no sentido de um mundo cujo caráter é independente das nossas ferramentas epistêmicas para ganhar acesso a ele; ao contrário, é uma objetividade que envolve a ausência substancial (contudo não total) da subjetividade. É uma tentativa de abstrair a partir dos tipos de subjetividade que pode interceder entre nós e o mundo que concebemos, com certo grau de independência de nossas propensões subjetivas. Não é, portanto, um tipo de objetividade que exige abstração de todos os aspectos da experiência humana subjetiva (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 622).

Já em 2002, quando publicou o verbete “*Law and Objectivity*” no “*The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*” (COLEMAN, SHAPIRO), republicado em 2007 no último capítulo de *Naturalizing Jurisprudence*, Leiter parece observar para a objetividade modesta, problema semelhante ao da objetividade forte: como acessar epistemicamente os fatos jurídicos?

O autor nos propõe então a seguinte distinção: um fato é *de jure* inacessível se nosso conceito do fato significa que não há conexão conceitual entre sua existência e nosso conhecimento sobre ele. De outro lado, um fato é *de facto* inacessível se há uma conexão conceitual entre o fato e nosso conhecimento sobre ele, mas acontece, como questão contingente sobre o caso, que não sabemos que fato ele é.

Para a objetividade forte, fatos jurídicos são *de jure* inacessíveis porque o que podemos acessar epistemologicamente nunca determina o que é objetivo. Já a objetividade modesta será apenas inacessível *de jure* se as condições ideais especificadas acima forem elas mesmas *de jure* (isto é, em princípio ou por termos da teoria), o que é, para Leiter, algo inexequível.

Ora, ele diz, parte do conceito de direito é normativo. Contudo, o direito não pode ser normativo se for desconhecido o que é o direito. É por tal razão que é necessária uma resposta à questão do acesso epistêmico, por que fatos jurídicos indetectáveis não podem oferecer razões e, portanto ser normativos. Qualquer concepção de direito que tenha endossado um tipo de objetividade modesta ou forte levanta o espectro do direito sendo incapaz de preencher sua função normativa, na medida em que o espectro de fato da inacessibilidade pareça vivo³⁸¹.

Portanto, apenas uma concepção de objetividade mínima é, para Leiter, compatível com a normatividade do direito precisamente por que: (i) o *consenso* comum é constitutivo dos fatos jurídicos e; (ii) tal *consenso* é necessariamente acessível a esta comunidade³⁸².

³⁸¹ Jules Coleman procura defender sua concepção de objetividade modesta neste mesmo texto escrito na companhia de Leiter. Para Coleman, a objetividade modesta é uma concepção normativa de objetividade, no sentido de que fornece um critério para avaliar se o processo decisório é legítimo ou justificável. Além disso, fornece critérios pelos quais se criticar prática decisória como aquém da objetividade, por exemplo, pela sua falta de imparcialidade, informações completas, empatia imaginativa, lógica, etc. Sob seu ponto de vista, as condições ideais para o processo decisório, no entanto, não parecem estar além do alcance humano. Na verdade, para Coleman, parece que os juízes, por vezes, se aproximam o suficiente para ter sucesso em relatar fatos jurídicos (como em qualquer ‘caso fácil’). A objeção, da forma como está colocada, mostra apenas que os fatos jurídicos são, por vezes, *de facto* inacessíveis, isto é, desconhecidos (ou não detectados), por causa do fracasso dos juízes para serem objetivos precisamente no sentido especificado pelos critérios estabelecidos pelas condições ideais. (COLEMAN, LEITER, 1993, pp. 630-631). Entretanto, o próprio Coleman admite que a ideia de “condições epistêmicas ideais” ainda não foi plenamente apresentada no âmbito do direito, isto é, ainda não foi demonstrado que o nosso conceito de direito é suficientemente coerente para admitir objetividade, qualquer que seja o seu tipo. COLEMAN, LEITER, 1993, p. 637).

³⁸² É possível perceber, aqui, que a postura de Leiter em relação à ideia de consenso em muito se assemelha à adotada por Richard Posner no que tange o conceito de objetividade jurídica. Para Posner, o consenso é uma condição necessária para a objetividade jurídica. Assim sendo, quanto maior for o consenso, mais fácil para os juízes corrigirem as premissas de suas decisões para, daí, transformarem o processo de raciocínio jurídico em algo aproximado da dedução lógica, típica das ciências exatas. Como o raciocínio jurídico é mais convincente em um ambiente de consenso, as regras de conflito de interesse seriam menos necessárias no cenário acima delineado, evitando o surgimento de vieses políticos e pessoais dos juízes. No caso da relação entre direito e moral, Posner é ainda mais enfático ao afirmar que: “Mesmo se rejeitarmos o realismo científico - mesmo se pensarmos que a ciência produz resultados ‘objetivos’ meramente porque os cientistas

Com esta crítica em mente, é fácil entender a atratividade da objetividade mínima. De acordo com a objetividade mínima, definida em termos epistêmicos, os fatos jurídicos são fixados pelo que a maioria dos juízes entende que eles sejam, isto é, como dito acima, pelo consenso. O próprio consenso se torna um fato bruto, empiricamente observável e, portanto, disponível a uma descrição causal-nomológica aspirada pelo projeto de naturalização de Leiter.

Assim, não há mais nenhum problema de acesso epistêmico. De fato, a própria concepção de objetividade mínima é definida em termos epistêmicos, em termos sobre como a comunidade considera que as coisas sejam.

A objetividade mínima, contudo, também não é a-problemática. Há pelo menos três tipos diferentes de acusações que têm sido oferecidas à objetividade mínima, tanto como teoria semântica e como teoria metafísica. A primeira diz respeito à dificuldade de explicar a possibilidade de erro global ou em grande escala; a segunda diz respeito à sua incapacidade de explicar desacordo racional que não seja resolvido por uma convenção; a terceira diz respeito ao que Coleman denomina “o problema da ideologia dominante” (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 616).

O problema do desacordo global significa que, na medida em que há desacordo sobre o que o direito exige, não há nenhuma ação que o direito possa exigir; e isso é porque o que o direito exige é fixado pelo comportamento convergente. De acordo com a objetividade mínima, o alcance da obrigação imposta pelas regras é definido pelo comportamento convergente. Na ausência de convergência, não há dever. Para Coleman, o comportamento convergente subdetermina a regra a ser seguida. Os agentes podem discordar sobre o que o direito exige, mas todos acreditam que o direito exige realmente alguma coisa. Em outras palavras, ninguém realmente acredita que o direito não exige nada, simplesmente por não concordar sobre o que ele exige. Este é um problema para a objetividade mínima, porque

formam uma comunidade coesa, de mesma opinião, ou em outras palavras, que o consenso é a única base sobre a qual as alegações de verdade podem ou devem ser aceitas, porque o consenso torna ‘verdade’ ao invés da verdade força o consenso – a teoria moral é contra o fato bruto de que não há consenso sobre quaisquer princípios morais do que as respostas às questões morais contestadas podem realmente ser derivadas. Se em algum nível a teoria moral é como a teoria científica, como realistas morais acreditam, é como teoria científica falha” (POSNER, 1998, p. 1657). O que diferencia Posner de Leiter é que, para o primeiro, há um evidente “declínio do consenso no direito norte-americano”, o que sugere que, para Posner, o direito não possui um caráter de objetividade, mas de “pseudo-objetividade”. A fragmentação do consenso, para Posner, não teria a menor importância para a questão da objetividade do direito se este apenas lidasse com questões não políticas. Posner, como juiz, está ciente da inescapabilidade dessas questões políticas perante os tribunais. Tal fragilização do consenso não abala as ciências empíricas: a química não deixou de ser química, por exemplo, devido à maior diversidade política existente hoje entre os químicos (2007b, p. 180, 572).

se entende como a alegação de que o que o direito exige é fixado pela prática convergente (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 620).

A inserção do convencionalismo na concepção de objetividade mínima como uma teoria semântica enfrenta outro problema: se a prática convencional fixa o significado de uma palavra, então os participantes na prática não podem estar errados ao usar a palavra tal como eles usam. Supondo-se que as práticas linguísticas relevantes mudem para refletir uma mudança no estado do conhecimento científico (por exemplo, as pessoas deixaram de afirmar que a Terra era plana para afirmar que a Terra é redonda e achatada nos polos), o convencionalismo é incapaz de fornecer uma caracterização adequada dessa modificação. Isto porque, ao invés de dizer que anteriormente as pessoas estavam equivocadas, o convencionalismo diz o contrário, que o significado dos termos mudou porque as propriedades convencionalmente associadas aos termos mudaram. Ora, para Coleman, faz mais sentido dizer que a descoberta científica justifica a conclusão de que os falantes da língua estavam simplesmente equivocados sobre a forma como as coisas realmente são, e não que as coisas eram de uma maneira e que agora não são mais (afinal, não houve qualquer mudança para que a Terra deixasse de ser redonda e achatada nos polos desde então). Faz ainda menos sentido dizer que as coisas mudaram só porque as convenções adotadas pelos falantes da língua mudaram (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 619).

Com relação ao problema da ideologia dominante, Coleman apresenta uma crítica semântica e outra metafísica. Em relação à semântica, em última análise, o significado das diferentes regras e princípios que compõem o direito vai refletir a cultura dominante de maneira que ameaça a legitimidade do direito enquanto árbitro de interesses conflitantes e concepções do bem. O direito é muito mais do que um executor da ideologia e da cultura dominante escondido atrás de uma máscara de objetividade. Em relação à metafísica, se os fatos jurídicos são fixados pelas práticas dos juízes, então fatos jurídicos irão refletir como os juízes os consideram. Logo, na visão de Coleman, tendo em vista que juízes são geralmente os homens brancos, o que consideramos como fatos jurídicos objetivos acabam por ser nada mais do que expressões dos preconceitos de homens ricos e brancos³⁸³ (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 617).

³⁸³ Como o próprio Coleman completa: Surely, too, it is worth remembering in this context the lesson of the 'sociological' wing of Legal Realism (the Karl Llewellyn/Underhill Moore wing): of the psychosocial facts about judges that explain and determine what they do, significant weight must be assigned to the fact that they are socialized as *judges*, rather than as journalists, pundits, revolutionaries, or psychotherapists. The sociological fact that judges are, quite strikingly, people possessed of a self-conscious sense of themselves as judges, as persons occupying roles with defined expectations and norms, means that any simple-minded

Leiter não oferece nenhum argumento adicional de compatibilidade normativa da objetividade mínima além do fato bruto do consenso em “*Law and Objectivity*”. Entendo que, para ele, a concepção de objetividade mínima é a mais coerente com o seu projeto de naturalização da teoria do direito, justamente pelo modo como ele responderia aos problemas suscitados por Coleman em “*Determinacy, Objectivity and Authority*”.

O naturalismo substitutivo quineano, endossado por Leiter exige que, para que o direito seja objetivo, deve ele se preocupar apenas com fatos empíricos. Esta concepção guarda uma relação tensa com o discurso normativo, uma vez que em muitos casos, as normas não são fatos empíricos. No entanto, as normas são necessárias para que o projeto naturalista se torne inteligível, de tal sorte que naturalistas olham para o consenso social para que este, agora transformado em fato bruto, garanta as normas jurídicas. O consenso, desse modo, é o fato empírico que faltava para a determinação mínima de objetividade. É o mínimo necessário para que se possa dizer que o direito, tal qual a ciência, do ponto de vista quineano, “funciona”. Sua defesa, portanto, faz parte da estratégia pragmática inserida no projeto de naturalização, no intuito de sustentar a função do direito e justificar o exercício do poder coercitivo pelo Estado.

A adoção de uma concepção de objetividade mínima refere-se, além disso, à defesa da tese da indeterminação do conceito de direito, do ponto de vista do naturalismo quineano. Apontei anteriormente, que a preocupação central do naturalismo substitutivo é a relação entre evidência (*input*) e teoria (*output*); se uma abordagem normativa e fundacional dessa relação é inconcebível, então há apenas uma abordagem frutífera dessa relação, qual seja, a abordagem causal, puramente descritiva, dada pela ciência humana. Na teoria da decisão judicial, a preocupação central é a relação entre os fatos jurídicos (*input*) e a decisão judicial (*output*). Assim sendo, se o direito é, ao menos de forma local, racional e causalmente indeterminado, em razão de haver formas conflituosas de interpretar os fatos jurídicos, a única abordagem frutífera é a abordagem científica, subsumindo a teoria da decisão dentro de uma abordagem científica do comportamento judicial.

Dessa forma, é plenamente possível, segundo a visão de Leiter, a convivência com problemas tais como a preponderância da ideologia dominante, já que a tarefa do teórico naturalista é justamente descrever tal ideologia, isto é, transformá-la em evidência empírica da decisão judicial (*input*), e garantir a previsibilidade das decisões judiciais (*output*). Tal

correlation between race, gender, class, and legal decision may be the exception rather than the norm (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 618).

tarefa, de acordo com ele, é bem representada pelas correntes do Realismo Jurídico Norte-Americano, a idiossincrática e a sociológica.

Outra não seria a resposta dada ao problema do convencionalismo. Para o naturalista do tipo quineano, dizer que as pessoas estavam equivocadas sobre determinado conceito, ou dizer que o significado do conceito mudou porque as propriedades convencionalmente associadas com os conceitos mudaram, na realidade, são apenas formas diversas e legítimas de expressar determinado fato empírico – a mudança de postura em relação a um conceito – sendo certo que, para o naturalista, a última apenas parece a melhor representação do mundo por ser expressa nos termos daquela linguagem que consideram, por razões pragmáticas, a melhor, ou seja, a ciência. Para Leiter, o positivismo, por razões semelhantes, também facilmente explica o fato mais importante sobre os sistemas jurídicos modernos, a saber, que apesar de sua complexidade, existe concordância massiva sobre o que é o direito, na grande maioria das questões jurídicas que surgem na vida comum. Se não houvesse concordância massiva no direito, então todo sistema jurídico moderno entraria em colapso. Que a concordância massiva está diretamente explicada pelas teses das fontes e pelo convencionalismo: porque as autoridades convergem sobre as fontes jurídicas de autoridade, qualquer profissional competente pode determinar a maior parte do tempo o que o direito exige e assim a maioria das questões jurídicas podem ser dispensadas rapidamente, pois todos sabem o que o direito exige (LEITER, 2013b, p. 11).

Na ciência, o fato de haver desacordos não é necessariamente um problema. Muitas vezes o desacordo, resultante de investigação empírica, é suficiente para revisar as normas epistêmicas em voga. Afinal, a refutabilidade é inerente aos postulados científicos. Dessa sorte, o autor acredita ser possível adotar a mesma postura em relação às regras jurídicas e à sua interpretação³⁸⁴, aproveitando, sempre que possível, a metáfora do barco de Neurath. Esta é a única tese pragmática plausível que merece atenção na filosofia³⁸⁵.

³⁸⁴ Em defesa da possibilidade de desacordo e do positivismo enquanto teoria normativa tácita de seu projeto de naturalização, Leiter requer que: “We need not stop with appeal to the phenomenon of massive agreement about what the law is, for the positivist theory explains more than that: it purports to explain how the ordinary person familiar with a modern municipal legal system understands law; it purports to explain how the distinction between legal and moral norms is drawn; it purports to explain the *general* concept of law, not just the idea of law in any *particular* legal system; and so on” (LEITER, 2009, p. 1248).

³⁸⁵ Leiter coloca o argumento da seguinte forma: “Se eu estiver certo, então talvez há apenas uma tese pragmática plausível que merece atenção na filosofia, e é a sugerida pela metáfora poderosa de O barco de Neurath. Esta tese é, contra Rorty, muito mais uma tese epistemológica, isto é, uma tese sobre a justificação de que devemos acreditar. E diz que a justificação não pode executar todo o caminho, que está ligado à terra, inevitavelmente, em proposições (e práticas) que nós aceitamos, porque eles trabalham, não e para qualquer outra razão. Mas nada na experiência humana ou na história nos dá qualquer razão para pensar que o critério de “o que funciona” se estende por todo o caminho até a cadeia de justificação. Para se constatar, a partir da experiência humana e da história humana, que as práticas “que funcionam” são práticas cujos critérios de

Assim sendo, para Leiter, a concepção mínima da objetividade é coerente com a função que ele atribui ao conceito de objetividade: “permitir que todos os agentes jurídicos possam estar equivocados sobre o que o direito realmente é”. A objetividade jurídica naturalizada baseia-se na identificação de causas determinísticas e efeitos dos fenômenos jurídicos, minimizando ou eliminando fatores não-empíricos, como a moralidade, a teologia, a vontade humana, a intuição, a mente, o livre arbítrio e o discurso normativo. Leiter está satisfeito em parar a investigação ao nível do consenso comum como constitutivo da objetividade dos fatos jurídicos. Ele também não avança argumentos que forneçam uma justificção para parar nossa investigação ao nível de tais fatos jurídicos. Seu raciocínio jurídico parece coerente com a proposta de naturalização do direito. Mas se esta é a sua resposta pragmática, e de modo algum elimina as normas não-empíricas ou “minimiza” os problemas do discurso normativo³⁸⁶. O discurso normativo é indelével do direito e um programa naturalista não resolve nenhum de seus problemas, em especial aqueles resultantes de uma concepção cética do direito³⁸⁷.

O conceito de direito, Leiter nos diz, é normativo, somente no sentido de que devemos ser capazes de saber as razões dadas pelo direito. Isso apenas pode ser garantido se advogarmos por uma objetividade mínima dos fatos jurídicos, por que (i) o consenso comum é constitutivo dos fatos jurídicos e (ii) tal consenso é necessariamente acessível à comunidade.

crença e ação não tem nada a ver com considerações práticas. E quando tomamos essas práticas a sério, ciência e moral parecem ser muito diferentes” (LEITER, 2007b, p. 12).

³⁸⁶ O próprio Leiter está ciente de seu desafio e dos limites da concepção de objetividade mínima. Em um artigo produzido para revisão do livro de Kent Greenavalt, *Law and Objectivity* (1992), ele admite que: “At this stage, it is probably best to conclude that although our view falls within the boundaries just described, we lack a clear conception of the objectivity of law similar to our conceptions of the objectivity of color or fashionableness. This still leaves open the second, and central, philosophical question: What conception of objectivity in law is really adequate to explain our practice?” (LEITER, 1993, p. 207).

Leiter reconhece ser central para as práticas jurídicas a ideia de que o direito seja essencialmente normativo, ao que denominou “Argumento Normativo”: (...) For any essentially normative concept, an adequate account of the concept must explain how the concept could discharge its normative role. Any account of a concept that makes its satisfaction (or applicability) potentially undetectable violates this constraint-as Nietzsche asks, ‘[H]ow could something unknown obligate us?’ (...) Leiter parece não conseguir oferecer outra resposta que não seja repetir o mesmo argumento, segundo o qual “Conversely, if the law is minimally objective, the correct answer is simply what the majority of the legal community takes it to be. Such an answer is accessible because it is fixed by the community. Moreover, we can aim to conform our practice to it, and in this sense objective law may constrain practice through the normative force exercisable by communities. (LEITER, 1993, pp. 207-208).

³⁸⁷ O próprio Leiter parece estar conformado com a defesa de uma postura cética. Isso fica evidente quando defende o Realismo Jurídico face à teoria Dworkiniana: “we have good Realist reasons to be skeptical about the surface of judicial opinions, with their feigned supine posture before the force of the law and legal reasoning, and certainly we have no reason to assume in advance that courts are actually justified in bringing the coercive power of the state to bear against individuals in matters where the law seems to be uncertain” (LEITER, 2012a, p. 877).

No entanto, podemos supor que a biologia evolucionista seja uma “melhor” explicação para a nossa fenomenologia moral e que fatos morais podem ser explicados pela biologia evolucionista. Surgem, então, algumas dúvidas: por que não deveriam os fatos jurídicos seguir o mesmo destino dos fatos morais e serem explicados por uma abordagem científica adequada? Poderíamos utilizar a metodologia científica para todos os casos? Não deveriam os fatos jurídicos ser explicados por teorias sócio-biológicas ao invés de uma convenção social (o consenso, como invoca Leiter)? Se, no início de *Naturalizing Jurisprudence* o autor indica que “nenhuma teoria naturalizada do direito responsável pode eliminar os aspectos do direito e do sistema jurídico³⁸⁸” (2007a, p. 04), como podemos compreender os fatos jurídicos normativos em um mundo naturalizado? Uma eventual resposta, apresentada anteriormente, é a de que seu naturalismo é metodológico e não ontológico: a ciência mostra “o que funciona” e, portanto, deveria ser nosso paradigma de compreensão do mundo. Mas isso é muito pouco para explicar as razões pelas quais deveríamos abandonar a análise conceitual do conceito de direito, a fim de justificar o seu caráter “indelevelmente normativo”.

5.6.2 A objetividade na teoria dworkiniana sob o ponto de vista de Leiter

Em *Determinacy, Objectivity and Authority*, Leiter descreveu a teoria dworkiniana comprometida com uma concepção modesta de objetividade. Tal concepção se insere na figura do juiz idealizado, Hércules, uma vez que ele representa nada menos que “um juiz que se assenta justamente em uma condição epistêmica ideal. Ele tem a totalidade do direito por trás dele. Ele é inteiramente racional e informado. Ele tem o máximo de capacidades para a reflexão moral e política” (COLEMAN, LEITER, 1993, pp. 633-634). Esse comprometimento de Dworkin com a objetividade modesta persiste até mesmo no *Império do Direito*, na medida em que “as respostas serão corretas se forem decisões alcançadas por Hércules”. A teoria da decisão judicial dworkiniana é defendida com base em que ela incorpora as virtudes políticas da integridade, justiça e do devido processo legal. O processo decisório de Hércules incorpora esses ideais e os juízes deveriam aspirar a elevação hercúlea, não porque ao fazê-lo assegurarão respostas corretas, mas porque

³⁸⁸ No original: “Norms and the internal point of view’ are ineliminable features of the causal structure of the social world, but, for naturalists, causality is still the benchmark of reality, and so no responsible naturalized jurisprudence can eliminate the normative aspects of law and legal systems”. Ao mesmo tempo, Leiter diz: “Naturalists can demand, to be sure, that any account of those features of law which depends on ‘folk intuitions’ as data points in a theory-construction ought to answer to empirically sound methods for ascertaining that data” (LEITER, 2007a, p. 04).

fazê-lo é uma exigência desses ideais políticos. Esses ideais políticos são eles mesmos defendidos em termos de uma teoria de comunidade política, a qual também é defendida por sua relação com o valor da fraternidade (COLEMAN, LEITER, 1993, p. 634).

Já em *Law and Objectivity*, para Leiter, a teoria de Dworkin é criticável no que toca à adequação do conceito de objetividade em dois aspectos: (i) Dworkin questionou se uma concepção metafísica de objetividade (especialmente de objetividade forte) não pressupõe um ponto de vantagem sobre como as coisas realmente são para as quais não temos acesso. Não está claro, entretanto, se a objetividade da moralidade exige tal ponto de vantagem. Mesmo de dentro de nossas práticas questões podem surgir sobre a objetividade da moralidade em razão da aparente diversidade das visões morais, ou porque os fatos morais não tem um papel na explicação da experiência; (ii) Dworkin questiona se uma concepção metafísica de objetividade como independente da mente não é um paradigma amarrado a uma figura da objetividade do mundo natural e, portanto, não faz sentido se ela deve ou não ser aplicada a domínios estéticos ou aestéticos. A objetividade do discurso valorativo é, assim, uma questão de suscetibilidade a razões, isto é, de nossa habilidade para sujeitar posições éticas à discussão e ao escrutínio racional.

Dessa forma, para Dworkin, quando afirmamos que há um fato objetivo sobre se uma interpretação é melhor do que outra, não estamos fazendo uma afirmação externa à prática do argumento moral ou interpretativo. Assim, dizer que “a escravidão é objetivamente injusta” é simplesmente uma afirmação moral interna à prática do argumento no qual oferecemos razões para a proposição de que “a escravidão é injusta”.

Ao retornar ao exemplo da escravidão, Leiter adiciona o seguinte argumento contra Dworkin: dizer que a escravidão é objetivamente injusta não é simplesmente “repetir” ou “ênfatisar” que a escravidão é injusta, mas afirmar uma tese metafísica, de que existe uma propriedade de injustiça moral, que a escravidão possui, e que independe do que pensamos sobre esta questão.

Para Leiter, falar sobre correção ou incorreção moral é falar sobre questões metafísicas ou ontológicas, sobre propriedades que o mundo contém afora o que sabemos sobre elas. Dworkin, a seu turno, admite ser um argumento externo legítimo negar a objetividade da moralidade com fundamento de que ela não encontra as limitações impostas pela epistemologia científica, de acordo com a qual apenas o que provoca diferença causal à experiência pode ser conhecido e, portanto, real.

Ele acredita que seja um equívoco a rejeição de Dworkin à “hierarquia epistemológica do ceticismo externo, no sentido de que ela tenta estabelecer padrões para crenças confiáveis a

priori” (1996, pp. 118-119). O equívoco, para Leiter, está em dizer que a conformidade à epistemologia seja arbitrária ou *a priori*. Na verdade, o que motiva o realismo e o ceticismo “externos” é precisamente o pensamento do mundo pós-Iluminismo, que o único guia para o real e o irreal é a ciência e os padrões epistemológicos que herdamos da prática científica de sucesso.

O argumento para a adoção da epistemologia científica, como Leiter vem repetindo, não é por si próprio epistêmico, mas pragmático: “a ciência nos deu as coisas”, de sorte que a epistemologia científica é um dos mais preciosos legados do Iluminismo, “um legado em que a má filosofia reina suprema” (2007a, p. 273).

Seria possível argumentar, a favor de Dworkin, dizendo que o argumento do sucesso das ciências naturais depende do fato que ele é autossustentável, ou que o discurso normativo, típico do direito, não lida com a moeda da ciência natural. Para Leiter, ambos argumentos são falsos. Em primeiro lugar, a ciência não sustentou a experiência humana, como também a subsumiu. Essa é uma consequência previsível do seu sucesso prático nos seus domínios de aplicação originais. Em segundo lugar, o fato da “moeda corrente” da ciência ser “explicação causal” não significa que essa moeda não tem papel no discurso normativo, já que é perfeitamente possível investigar se uma explicação é boa. Mas, diz o autor, se um ramo do discurso faz afirmações causais ou não é irrelevante para a aplicação da epistemologia científica: “o ponto é que o poder causal é tudo com o que podemos continuar na ontologia” (LEITER, 2007a, p. 275).

Em suma, para Leiter, Dworkin está em uma posição vulnerável: ele não teve êxito em mostrar como, quando se pensa em objetividade, se pode fazê-lo sem recorrer a metafísica, nem como podemos evitar confiar numa epistemologia científica para adicionar essa metafísica³⁸⁹. Qualquer um que repudie a epistemologia científica deve, portanto, garantir alguma abordagem nova para a distinção entre o real e o irreal, demonstrando que enquanto há espaço para fatos morais, exclui-se da melhor figura do mundo os pseudofatos³⁹⁰ (LEITER, 2007a, pp. 274-275).

³⁸⁹ “Dworkin’s theory figures as the background to no empirical research program into adjudication, and it demands that there be objectively right answers to *all* moral questions. It fails, in short, to explain what the ordinary man understands about the modern municipal legal system, and it does so with a theoretical edifice that plays no role in scientific research and which requires highly contentious metaphysical claims” (LEITER, 2013b, p. 16).

³⁹⁰ Leiter tratou do problema da identificação das propriedades do direito que o distinguem da moral como “o problema da demarcação”. Na filosofia, a resolução do problema da demarcação surgiu como um esforço para a especificação das condições necessárias e suficientes para que uma investigação seja considerada científica. No caso da teoria do direito, Leiter acredita que o positivismo jurídico seja a análise mais poderosa e bem-sucedida na questão do problema da demarcação, especialmente porque isso tem efeitos práticos na definição de um conceito de direito em que podemos acreditar. Os positivistas fazem questão de sublinhar

Se o projeto de naturalização tem por objetivo produzir um relato puramente descritivo do direito, então não há nenhuma razão para que as normas epistêmicas fundamentais que condicionam a construção da teoria da ciência não possam ser aplicadas. Na verdade, para Leiter, não há justificativa pragmática para o uso de normas não-epistêmicas, tais como as normas morais, para a produção de conhecimento puramente descritivo. Assim, para o projeto de naturalização da teoria do direito, a referência a uma visão moral não apenas é desnecessária para este fim específico, como também não se justifica e é provável que entre em conflito com esse objetivo.

5.6.2.1 *O elogio ao Realismo: o caso MacPherson*

Em um artigo publicado em 2012, “*In praise of realism (and against non-sense jurisprudence)*”, Brian Leiter apresenta uma ampla crítica à teoria dworkiniana. Ele procura apresentar um contra-ataque à denominação dada por Dworkin à teoria da decisão judicial associada a Richard Posner e Cass Sunstein como “Escola de Chicago de teoria do direito antiteórica e sem sentido” (DWORKIN, 2006, p. 51) e aproveita para lançar mão de seus argumentos Realistas para criticar o Moralismo dworkiniano.

Independentemente da relação entre o pragmatismo defendido por Posner e a tradição do Realismo Jurídico Norte-Americano³⁹¹, para Leiter, o que importa são as afinidades

que a legalidade não implica moralidade e, por outro lado, que a moral não implica legalidade. Na visão que Leiter propõe, na medida em que o julgamento de um agente de que X é moralmente correto tem força normativa para o agente, esta força normativa é explicável em termos de determinados fatos psicológicos sobre o agente, mas não que isso signifique parte do conceito de direito. Nesse contexto, Leiter se dirige à teoria hartiana e à sua concepção de “ponto de vista interno” como fato psicológico sobre o agente, mas não como norma moral.

Desse modo, o que é jurídico não é moralmente obrigatório ou moralmente atrativo. Leiter faz questão de enfatizar esse argumento, de inspiração naturalizada, porque as pessoas, na verdade, “acreditam que a moral está substituindo no raciocínio prático”. Esse problema é redutível à questão sobre quais as atitudes as pessoas têm sobre moralidade e legalidade. É certo, considera Leiter, que, enquanto senso comum, tendemos a pensar que os juízes têm a obrigação de aplicar o direito; mas também pensamos que os juízes, assim como as demais pessoas, devem fazer o que é moralmente correto. A proposta de solução do positivismo soa interessante, mas nas situações extraordinárias, onde as exigências de o que parece paradigmaticamente puxar o direito em uma direção e as exigências do que parecem paradigmaticamente considerações morais puxar na outra direção. Um positivista pode concordar que a pena de morte nos Estados Unidos da América é legalmente válida, mas tão moralmente abominável que as considerações de equidade exigirão que os juízes substituam suas obrigações juridicamente válidas de aplicação dessa pena, mesma solução que um anti-positivista alcançaria se acreditasse na imoralidade da pena de morte.

Acredito que Leiter, assim como Quine, reforça sua postura cética e nos propõe uma mudança de assunto: sugere que “abandonemos o Problema da Demarcação em favor de discutir sobre o que deve ser feito, quer pelos juízes confrontados com novos casos, ou cidadãos confrontados com as leis moralmente censuráveis” (LEITER, 2011b).

³⁹¹ Leiter considera que Posner representa o novo realismo jurídico norte-americano, ainda que o próprio Posner não se identifique como Realista: “A “new legal realism, “which many scholars now champion, would continue the paradigm of scholarship established by the old legal realists, namely, contrasting what

temáticas gerais que estabelecem Realistas como Holmes, Llewellyn, e Posner contra moralistas como Dworkin quando se trata de pensar sobre a decisão judicial. Os Realistas, de acordo com ele, querem nos dizer o que realmente acontece quando os tribunais decidem os casos; Moralistas querem entender a decisão judicial em termos que eles julguem moralmente defensáveis, o que significa, para Dworkin, tomar o que os juízes dizem que pelo seu valor nominal. Nesses termos, a contenda entre realistas e moralistas seria clara se fosse apenas uma questão descritiva sobre o que está realmente acontecendo nos Tribunais. Afinal, nos últimos anos, ele sugere, muitas pesquisas empíricas apontaram para a conclusão de que a ideologia política do juiz tem uma forte influência sobre suas decisões³⁹².

O que é mais significativo, segundo sua leitura, é que não há razão para admitir que o exercício do poder coercitivo por parte dos Tribunais seja moralmente justificado. Podemos certamente esperar que seja justificável que os Tribunais decidam os casos difíceis em que o direito está em disputa, e não há razões para pensar que isso é muito além do fornecimento de uma “resposta correta”. Mas, para ele, não precisamos atrapalhar nossa discussão sobre a justificação da autoridade política, uma vez que o ponto chave é que Dworkin não consegue provar o seu argumento de que uma teoria da decisão judicial deve mostrar o exercício do poder de coerção pelos tribunais seja moralmente justificada.

Como Leiter pode afirmar isso? Bem, para ele, “talvez tenhamos boas razões realistas para ser cético sobre as decisões judiciais, com sua postura ativa diante da força do direito” (LEITER, 2012a, p. 877).

Uma dessas razões está contida na figura da ascensão justificatória, que Dworkin utilizou no segundo capítulo de *Justice in Robes*, denominado *“In praise of theory”* (2006, pp. 49-74), que, até por isso, suscitou a resposta *“In praise of realism”*. Por ascensão justificatória, Dworkin quis dizer que, em qualquer argumento jurídico, é sempre possível que um princípio particular em que hoje confiamos “seja inconsistente com (...) algum outro princípio que devemos confiar para justificar alguma outra parte do direito” (2006, p. 53).

Isso significa, para Leiter, que ainda que, na realidade, os juízes não estejam realmente decidindo com base nos princípios jurídicos que eles invocam, ainda é o caso que nós, na qualidade de observadores, possamos exigir que suas decisões respondam à demanda de

courts say they're doing with what they actually do. "We are all realists now" because this is what so many legal scholars do, including those who know nothing of social science (like Laycock) and don't even self-identify as realists (like Posner in the 1970s)" (2013a, p. 16).

³⁹² V. a propósito, a defesa da pesquisa de Segal e Spaeth por Leiter, indicada anteriormente.

uma ascensão justificatória de princípios sugeridos pelos argumentos que eles oferecem. Além disso, o moralista dworkiniano poderia dizer que, quando tal ascensão é realizada corretamente, ou seja, de acordo com a interpretação construtiva, são produzidos resultados que justificam o exercício do poder coercitivo pelos Tribunais. Dworkin deve estar certo de que não há um limite *a priori* para a ascensão justificatória, mas tudo gira em torno de quais restrições jurídicas realmente governam esta ascensão. A preocupação do Realista (em que Leiter se inclui) é que, em algum momento, não existem restrições jurídicas significativas na ascensão justificatória, de modo que um orador hábil pode dar argumentos para proposições conflitantes. A preocupação realista, em suma, é que este novo mantra dworkiniano sobre ascensão justificatória é apenas mais uma “fraude com grandes palavras e virtudes” (LEITER, 2012a, pp. 877-878).

No intuito de esclarecer sua preocupação com a ascensão justificatória, Leiter pede para considerarmos o exemplo central de Dworkin a decisão seminal do juiz Benjamin Cardozo em *MacPherson v. Buick Motor Co. MacPherson*³⁹³, de 1916, que estabeleceu que os fabricantes de produtos potencialmente perigosos não poderiam escapar às suas responsabilidades para com os consumidores lesados pelos seus produtos com base na falta de previsão contratual, o que era muito comum, uma vez que os consumidores normalmente adquiriam o produto de algum intermediário. A questão sobre esta decisão, sob seu ponto de vista, é se nós a descrevemos como um exercício de ascensão justificatória, ou se vamos descrevê-la, de forma mais realista, como um exercício de uma legislação sensata pelos Tribunais.

A partir da perspectiva de Dworkin e Posner sobre o caso, Leiter observa que ambos não precisam disputar sobre a epistemologia da decisão judicial, mas apenas sobre sua metafísica. Dworkin pode concordar que Cardozo em *MacPherson* elaborou uma nova regra de maximização de utilidade para casos de alteração das circunstâncias econômicas e ainda insistir que, na realidade, sua decisão pode ser entendida como um exercício de ascensão justificatória, isto é, que o resultado em *MacPherson* foi, de fato, exigido pela lógica do raciocínio jurídico sobre todos os precedentes citados por Cardozo. Para ter certeza, essa não era a visão de Cardozo³⁹⁴, mas Dworkin entende que Cardozo confunde

³⁹³ 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

³⁹⁴ De acordo com Leiter: “recall Cardozo’s 1923 book *The Nature of the Judicial Process*, where he declares early on, “I take judge-made law as one of the existing realities of life.” To be sure, says Cardozo, “[i]n countless litigations, the law is so clear that judges have no discretion,” but “within the confines of [the] open spaces [of language] and those of precedent and tradition, choice moves with a freedom which stamps its action as creative. The law which is the resulting product is not found, but made.” When Cardozo titles one of his chapters “The Judge as a Legislator,” there can be little doubt that the author of *MacPherson* is a

seu realismo sobre o processo pelo qual o resultado foi alcançado com a questão metafísica se existe uma resposta correta para as questões jurídicas.

A esperança de que haja uma história de ascensão justificatória na decisão de *MacPherson* é apenas a esperança do moralista de que ela está em conformidade com o que Dworkin acredita ser uma figura moralmente atraente de decisão judicial, a qual os Tribunais sempre aspiram encontrar, e em que todas as considerações morais possivelmente relevantes são sempre parte do tecido do direito que vincula o juiz. Ora, diria o Realista (e Leiter se inclui entre eles), ao afirmar tal posição seria um completo absurdo negar o poder de persuasão do direito precedente a *MacPherson*, bem como o gênio de Cardozo em seu papel quase-legislativo como reformador do direito, transformando regras antiquadas de responsabilidade civil em resposta às demandas de uma nova economia.

Afinal, diz o autor, se fôssemos todos os moralistas dworkinianos, então poderíamos tomar toda opinião judicial no seu valor de face e nunca investigar a política ou a psicologia das decisões, tal como os Realistas e os cientistas políticos contemporâneos fazem. Nós só iríamos perguntar sobre a teoria da ascensão justificatória que apoia a decisão e nunca nos preocuparíamos com a hipótese de que a melhor maneira de dar sentido ao que os juízes estão realmente fazendo é que eles estão tomando decisões por razões não-jurídicas³⁹⁵ para, daí, “oferecer uma janela jurídica para essas decisões quase legislativas” (LEITER, 2012a, p.885).

Em suma, segundo o autor, nenhum sistema de normas morais discursivamente articulado terá efeitos sobre a ação, a menos que se esteja disposto à força dessas normas. Mas se isso estiver correto, então a teorização normativa pode servir apenas duas finalidades práticas: (i) tornar vívida para o agente o que ele já está disposto a se preocupar, ou; (ii) alterar as predisposições daqueles que circundam o agente, de tal forma que eles se preocupem, ou

Realist and not a Moralist when it comes to understanding what judges really do, at least some of the time” (LEITER, 2012a, p. 882).

³⁹⁵ É certo que, para Leiter, com a exceção de Underhill Moore (cujo behaviorismo ortodoxo levou-o a eliminar o mental ao todo), a maioria dos Realistas não acha que as normas jurídicas e as razões não desempenham nenhum papel explicativo nas decisões judiciais. Mas no caso dos princípios jurídicos, estes são, evidentemente, apenas um subconjunto da classe total de razões legais, e é possível que uma explicação satisfatória de decisões judiciais possa prescindir, pelo menos, deles. Esta continua a ser uma questão em aberto. Mas, diz Leiter, “como John Mackie observou há muitos anos, em que continua a ser um dos ataques mais penetrante sobre a jurisprudência dos princípios de Dworkin: “Há uma distinção – e pode haver uma divergência, entre o que os juízes dizem que estão fazendo, o que eles pensam que estão fazendo, e a descrição objetiva mais precisa do que eles realmente estão fazendo “é justamente a lacuna criada por esta divergência que um argumento explicativo real contra os princípios legais pode ganhar uma posição: a melhor “descrição objetiva” do que os juízes são “realmente” fazem pode, de fato, vir a fazer qualquer referência a princípios legais, mesmo que tal descrição divirja do que os juízes dizem que estão fazendo. Além disso, se Mackie estiver certo, como Leiter suspeita que ele está, que “tal divergência não é nem mesmo improvável”, então ainda podemos encontrar em princípios jurídicos e talvez uma teoria do direito dependente deles como Dworkin os explica” (LEITER, 1997a, p. 909).

valorizem, outras coisas. Por conta disso é que acredita que o impacto da obra de Richard Posner sobre seus colegas juízes e contemporâneos acadêmicos não é atribuível a suas habilidades superiores, mas por ele ser “o empreendedor moral mais eficaz, que explora as intuições antecedentes de juristas numa sociedade completamente capitalista e comercial para quem eficiência e maximização do bem-estar não requer nenhum argumento” (LEITER, 2012a, 892). E assim conclui que:

“O elogio ao Realismo é o louvor de clareza sobre o que realmente acontece, pois o que realmente acontece é a própria matéria sobre a qual o raciocínio instrumental – raciocínio sobre a forma de alcançar o que queremos, preferimos, ou valorizamos – opera. Da mesma forma, a oposição ao moralismo não é a oposição à advocacia interpretativa de uma visão normativa, a polêmica morais, ou a retórica hábil. As pessoas mudam seus pontos de vista morais, mas o fazem como humanos e nietzschenianos, porque suas paixões e emoções são devidamente envolvidas e despertadas, não porque seguem as conclusões do raciocínio discursivo. Tal raciocínio não pode estabelecer a verdade de nenhuma posição moral” (LEITER, 2012a, p. 893).

Como indiquei na introdução desta tese, muito embora a teoria dworkiniana nos seus principais aspectos seja o maior objeto de ataque do projeto de naturalização de Leiter, este último confessa nunca ter encontrado pessoalmente Dworkin,³⁹⁶. Isso não o impediu de, com seu projeto de naturalização, pretender decretar “*o fim do Império*” dworkiniano na teoria do direito:

“Minha ambição principal era dar uma reconstrução racional da posição Realista que poderia mostrar por que eles podem ter sido motivados a substituir uma abordagem normativa da decisão judicial por uma abordagem causal-explicativa. É outra questão saber se eles tinham boas razões para esse projeto, embora especialmente direcionado contra seus alvos formalistas. Quando isso acontece, eu acho que o caráter profundamente equivocado do projeto teórico de Dworkin torna a alternativa realista especialmente atraente e, se eu fosse tão impressionado pela sociologia descritiva da Academia, devo observar que a maioria dos juristas optaram em massa por um estudo empírico quase-realista do comportamento judicial nos últimos anos, contra as histórias dworkinianas. Mas eu não estou impressionado com o comportamento de maioria dos

³⁹⁶ Leiter reconhece o valor da obra de Dworkin por dois aspectos: “First, he is an *extremely good writer*: smooth, inviting, glib, a natural for *The New York Review of Books*. He is, in many ways, the quintessential “sophist” of legal theory, in both the good and bad senses of that term: his rhetoric is compelling, often inspired, and the rhetorical gift carries the bold and implausible jurisprudential theses along. Second, and not unrelated, Dworkin has repeatedly commented on the *pressing legal issues* confronting the United States Supreme Court, thus guaranteeing him a wide legal audience in the United States where the business of the Supreme Court looms large on the academic horizon”. No entanto, admite que: “I’ve never met Ronald Dworkin. Once, about a half-dozen years ago, he e-mailed me out of the blue to express his appreciation for an obscure article of mine—or, perhaps I should say, “a more obscure-than-usual article of mine”—showing that Quine was not a postmodernist. It was a kind gesture by a famous man, and I’ve obviously repaid that kindness badly” (LEITER, 2004, p. 20).

acadêmicos, então deixe-me apenas repousar sobre os méritos dos argumentos que eu ofereci contra a posição de Dworkin como uma razão para levar o projeto ‘substituição’ dos realistas a sério” (LEITER, 2011a, p. 13)

*

Algumas objeções já foram levantadas na literatura, tanto no que se refere à ideia mais forte do naturalismo, com a utilização das teorias empíricas sócio-científicas do direito, a fim de compreender a natureza do direito³⁹⁷ e no que diz respeito naturalismo metodológico modesto³⁹⁸. É este o objeto do terceiro e último capítulo desta tese, em que discutirei a viabilidade da naturalização da teoria do direito tal como proposta por Brian Leiter.

³⁹⁷ Ver COLEMAN (2001), GREENBERG (2011), DICKSON (2011, pp. 480-484.)

³⁹⁸ Ver DICKSON (2011, 484-495).

CAPÍTULO III – A VIABILIDADE DA NATURALIZAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO – LEITER E SEUS CRÍTICOS

“When a philosopher of law asserts a proposition that neither endorses nor criticizes what [lawyers] do, but only identifies some necessary feature of what they do, lawyers and law teachers are often frustrated” (GARDNER, 2000, p. 40).

“There is no justification, at this stage in the history of ‘jurisprudence’, for simply summarizing so many half-back ideas, without subjecting them to more rigorous critical comment; there can be no progress in philosophy or ‘legal thought’ without shared recognition of the deficiencies of earlier views” (LEITER, 2007a, p. 101).

Neste terceiro e último capítulo da tese, apresento as críticas direcionadas às principais ideias a respeito do projeto de naturalização na teoria do direito. Como indiquei anteriormente, Leiter tinha dois objetivos: o primeiro, revisar o Realismo Norte-Americano e tentar resgatá-lo das críticas de H.L.A. Hart; o segundo substituir a abordagem normativa da teoria do direito, notadamente a expressa por Ronald Dworkin, por uma abordagem descritiva, causal-nomológica, de inspiração quineana.

Acredito que a viabilidade do primeiro objetivo de Leiter está prejudicada por duas razões. A primeira está na dificuldade inerente ao naturalismo epistemológico de Quine no que toca à sua premissa principal, qual seja, a do abandono da análise conceitual em favor da metodologia científica. Esta dificuldade está representada por um retorno ao fisicalismo cartesiano, repaginado na forma de cientismo. A segunda está nas falhas de leitura do projeto de naturalização da epistemologia quineana promovida por Leiter, o que se torna evidente no seu intento de releitura do Realismo Jurídico Norte-Americano. Ele depende quase que exclusivamente da analogia com a obra de Quine, escorando-se no positivismo exclusivista quando necessário à manutenção de uma perspectiva normativa do conceito de direito, o que o conduz a expressar uma forma de “análise conceitual modesta”, não se traduzindo numa grande novidade frente ao Realismo Jurídico Norte-Americano.

Sua leitura, tal como visto anteriormente, repensa o Realismo em termos naturalistas, mas não propõe a revisão de seus argumentos, assumindo, *a priori*, a falência das teorias

fundacionais do direito. A fim de preservar um mínimo conteúdo normativo ao direito, a leitura parcial (e pragmática) do naturalismo quineano levada a cabo por Leiter limitou o seu projeto de naturalização da teoria do direito à teoria da decisão judicial, projeto este justificado, no limite, por uma concepção de direito do positivismo jurídico exclusivista, adicionada aos métodos das ciências sociais empíricas, até que fosse possível sua substituição pela filosofia experimental, a fim de que o projeto de naturalização se estendesse a toda teoria do direito. No entanto, como explicitarei ao longo deste último capítulo, sua saída, na ânsia de substituir o interpretativismo dworkiniano, é, no mínimo, prematura, dado que não se tem compreensão do que a filosofia experimental pode dizer sobre conceitos como o direito, em termos normativos, mas apenas em termos descritivos, causais nomológicos. Além disso, a aceitação da visão de Raz sobre a função da teoria analítica do direito não parece ser algo pacífico, nem mesmo por Leiter, o qual esboça uma defesa convencionalista do conceito de objetividade do direito, típica do positivismo inclusivista.

A possibilidade de uma teoria puramente descritiva não é, por si só, razão suficiente para justificar o abandono e, por conseguinte, da substituição da análise do conceito de direito por uma nova modalidade de análise conceitual (modesta), sob pena de degenerar um novo fisicalismo: o cientismo ou o “método de continuidade da ciência”³⁹⁹, para cujos aderentes “os problemas tradicionais filosóficos são insolúveis segundo os métodos *a priori* da filosofia, exigindo, ao revés, a substituição ou imersão em teorias empíricas adequadas” (LEITER, 2007a, pp. 31; 137-138).

A proposta de substituição de um projeto filosófico para o direito pela ciência natural poderia ser implementada somente se houvesse uma razão para concluir que o projeto filosófico existente é, de alguma maneira confuso ou falido⁴⁰⁰. No entanto, Leiter não apresenta, além de um esforço reconstrutivo do Realismo Norte-Americano, um empenho revisional crítico, tal como indicado por ele na epígrafe deste capítulo, capaz de garantir um conceito de direito adequado à realidade da sociedade em que vivemos.

³⁹⁹ “(...) a methodological view to the effect that philosophical theorizing should be continuous with empirical inquiry in the sciences” (LEITER, 2007a, p. 34).

⁴⁰⁰ Como sugere Greenberg: “The point for present purposes is that a great deal of work would be required to show that a commitment to naturalism requires abandoning a given philosophical project. The argument would have to establish what the relevant naturalistic constraints are and show that they cannot be satisfied by any way of pursuing the project” (GREENBERG, 2011, p. 09).

Além disso, se a análise conceitual for (como de fato acredito que seja) um empreendimento defensável⁴⁰¹, devemos rejeitar firmemente a afirmação de Leiter⁴⁰² de que os teóricos do direito devem abandonar a análise conceitual e substituí-la pelos conceitos empregados nas teorias empíricas de sucesso sobre o direito⁴⁰³. Em primeiro lugar, o conceito de direito que pode ser utilizado numa teoria empírica da decisão judicial pode ser demasiado unilateral para ser empregado fora de uma teoria particular. O conceito de direito empregado numa tal teoria pode não ter sido formado com a consciência do aspecto normativo do direito. Em segundo lugar, duas teorias bem-sucedidas podem empregar diferentes e incompatíveis conceitos de direito. Embora isso não torne impossível a produção de uma abordagem puramente descritiva do direito, tal empenho teórico não nos leva muito mais longe do que todas as demais teorias do direito já formuladas pretenderam nos levar. Em terceiro lugar, pode-se perguntar se é possível determinar se a teoria é bem-sucedida sem tomar uma posição sobre a determinação (implícita) dos conceitos centrais nela empregados. Poderia alguém, por exemplo, determinar se uma teoria é bem-sucedida quando afirma que as pessoas com uma “certa condição genética” tendem a ser discriminadas pelas companhias de seguros, sem levar em conta a importação do conceito de discriminação que é empregada nesta teoria? Em quarto lugar, pode-se perguntar de modo mais geral, se a construção da teoria empírica sobre as instituições de direito pode decolar sem a análise conceitual *a priori*. Por exemplo, como é que o teórico empirista determina se ele está confrontando um Tribunal ou uma Assembleia Legislativa, por exemplo, e não algum outro tipo de instituição que não pelo

⁴⁰¹ A análise conceitual modesta fica patente na opinião de Leiter, na sua tentativa de indicar a continuidade da filosofia e da ciência, com um papel mais modesto da análise conceitual do que aquele recusado por Quine: “Quine’s famous attack on the analytic-synthetic distinction and the factuality of ‘meaning’ has embarrassed a lot of philosophers out of saying openly that this is what they are doing (i.e. conceptual analysis or the analysis of meaning). But once one concedes the temporally and perhaps culturally relative character of the concepts to be analyzed – as most contemporary philosophers do ... – then there is no reason to be worried about Quine’s attack” (LEITER, 2007, p. 46, nota 140).

⁴⁰² Me refiro, especialmente, à seguinte afirmação de Leiter, apresentada já no primeiro capítulo desta tese, aqui no original: “Without a domain of analytic truths – truths that are a priori and hold in virtue of meaning – it becomes unclear what special domain of expertise for philosophical reflection remains. If all claims are, in principle, revisable in light of empirical evidence, then would not all questions fall to empirical science? Philosophy would be out of business, except perhaps as the abstract, reflective branch of empirical science. And if analytic statements are gone, then so too is conceptual analysis: since any claim of conceptual analysis is vulnerable to the demands of a posteriori (i.e., empirical) theory construction, philosophy must proceed in tandem with empirical science, not as the arbiter of its claims, but as a reflective attempt at synoptic clarity about the state of empirical knowledge” (LEITER, 2007a, p. 176).

⁴⁰³ Acredito que, vista sob um ponto de vista mais caridoso, a crítica quineana à epistemologia tradicional não se refira ao tipo de substituição a que Leiter se refere, qual seja, de que a filosofia deva ser substituída, pelas ciências. Mesmo Leiter, ao longo de sua obra, parece duvidar dessa leitura. Como observa Jules Coleman: “Leiter gives us no reason to abandon conceptual analysis; at the same he gives every indication of relying on it himself” (COLEMAN, 2001, p. 211).

uso do conceito do que seja um Tribunal, uma Assembleia Legislativa ou um conceito de uma norma jurídica, que é independente da teoria empírica que ele está defendendo?

Já com relação ao segundo objetivo, entendo que muitos dos ataques promovidos por Leiter, realizados na intenção de sustentar o projeto de naturalização, decorrem de uma má interpretação do conceito de direito defendido por Dworkin. A interpretação de Leiter é ruim justamente na medida em que fundada na compatibilização pragmática entre a epistemologia científica, puramente descritiva, e uma concepção modesta da análise conceitual, para fins de apresentação de uma teoria voltada a um conceito essencialmente normativo como é o caso do direito. O caso teórico explorado por Leiter para se contrapor a Dworkin (o caso *MacPherson*) é evidentemente um caso em que apresenta seu argumento cético externo, que nega a existência da objetividade por que não encontra fatos no mundo que possam garantir a sua existência, mas que, ao mesmo tempo, não se desfaz de suas pretensões filosóficas tradicionais, dada a inerente normatividade do empreendimento jurídico, o que explica a sua defesa de uma concepção de objetividade mínima. Ao mesmo tempo em que exige e busca um critério fático, estabelecido pelo sucesso das ciências empíricas, no seu projeto de uma teoria descritiva, causal-nomológica do direito, resigna-se à sua dificuldade prática e estabelece-a enquanto padrão teórico a ser alcançado.

Assim, apesar do fato de que Leiter milite a favor da aproximação da teoria do direito da “virada naturalista” ocorrida em outros ramos da filosofia, mais notadamente na epistemologia, parece que no final ele nos deixa com apenas um convite para combinar uma versão modesta de naturalismo (por se envolver em pesquisa empírica em intuições dos destinatários da norma) com análise conceitual modesta. Em contraste com a análise conceitual, o naturalismo metodológico modesto substitui as intuições dos filósofos por intuições das pessoas comuns sobre o direito. Se o nosso conceito de direito constitui nossa “conversa-jurídica”, as intuições das pessoas supostamente deveriam servir melhor na fixação da extensão do conceito de direito. Ademais, o naturalismo metodológico modesto vê a análise conceitual como uma atividade *a posteriori*, que segue as investigações empíricas, a fim de corrigir erros. Uma vez que ele compreende o direito como um artifício humano, intuições empiricamente investigadas só podem fornecer conhecimento do conceito de direito e não da natureza real do direito.

Para sustentar os argumentos acima exibidos, me valho dessas e algumas outras questões que poderiam ser propostas pelo leitor dos dois primeiros capítulos e que podem determinar a viabilidade do projeto de Leiter. Tais questões encontram argumentos críticos

em autores como Dennis Patterson, Jules Coleman, Michael Steve Green, Julie Dickson, Michael Greenberg, Leslie Green, Danny Priel e Kenneth Einar Himma e algumas respostas nos artigos mais recentes de Brian Leiter. Com isso, espero cumprir o programa descrito na introdução desta tese, tendo reconstruído o panorama filosófico para a concepção do naturalismo quineano e sua importação por Brian Leiter.

1. Leiter é um bom leitor de Quine?

Uma das primeiras questões que se coloca ao projeto de naturalização da teoria do direito está na sua matriz filosófica. Afinal, pode-se afirmar que Leiter é um bom leitor da obra de Quine? Consegue Leiter colocar o naturalismo epistemológico sob sua melhor luz?

Entendo que Leiter conseguiu, ao longo de sua obra, apresentar de forma fiel os principais argumentos apresentados por Quine desde que a virada naturalista levantou dúvidas profundas sobre se “a filosofia teria algum método distinto que realmente contribuísse para a compreensão do que há, de tal sorte que a filosofia estivesse além ou acima das ciências empíricas” (LEITER, 2007a, p. 02), razão pela qual a “filosofia (...) deveria ser contínua com a investigação científica” (LEITER, 2007a, p. 138). Com o a falha do fundacionismo na epistemologia e o colapso da distinção analítico/sintético (LEITER, 2007a, p. 146), a filosofia é naturalizada e é subsumida à ciência (LEITER, 2007a, p. 144). Todos esses argumentos foram descritos no primeiro capítulo desta tese e denotam a preocupação de Quine e foram objeto de crítica por epistemólogos e filósofos da ciência, principalmente com relação à importância dada à defesa de uma concepção de justificação na construção do conhecimento.

Entretanto, acredito que esta leitura não seja a que trate o naturalismo quineano sob sua melhor luz. Ao contrário, entendo que a leitura promovida por Leiter apenas acentue as críticas já dispostas ao naturalismo quineano quanto ao problema da justificação e, por conseguinte, da normatividade.

Leiter não é um bom leitor de Quine, na medida em que, embora trate a ideia de fundacionismo cartesiano⁴⁰⁴ como uma teoria de difícil execução e que, portanto

⁴⁰⁴ “With the failure of epistemological foundationalism, Quine thinks we must ‘repudiate the Cartesian dream of a foundation for scientific certainty firmer than scientific method itself’. Epistemology gets “naturalized” in the sense that its central question—the relation between sensory input and theoretical output—is to be answered by science (especially empirical psychology). Philosophy, for Quine, has nothing to contribute by way of *justifying* science, as the failure of the foundationalist program makes plain. This does not mean we can no longer talk about epistemic *norms*; it just means that these norms will themselves be the deliverances of science” (LEITER, 2007a, p. 145).

merece ser substituída, expõe o seu naturalismo, transportado para a teoria do direito, às mesmas críticas que lhe eram dirigidas no plano da filosofia e da epistemologia. É mérito de Leiter resgatar o interesse por Quine no âmbito do estudo do direito, mas ele não o fez sob o ponto de vista que entendo ser o mais interessante de seu naturalismo, qual seja, o de que o fracasso da filosofia para a legitimação da ciência não impugna a justificação das teorias científicas. Pelo contrário, a conclusão apropriada é que o projeto filosófico de legitimar a ciência de fora da ciência estava equivocado, do mesmo modo que, portanto, não faz o menor sentido legitimar o direito fora do direito, o que não quer dizer que a filosofia esteja fora do alcance no processo de justificação da prática jurídica e, portanto, da sua legitimação.

Essa é a leitura mais caridosa de Quine e que vai aparecer justamente nos autores que Leiter utiliza como contraponto para reavivar o protonaturalismo dos Realistas Jurídicos, a saber, Hart e Dworkin. Sobre esta leitura do naturalismo quineano tratarei mais adiante. Passo, aqui, a justificar o porquê a leitura promovida por Leiter não é a melhor possível da obra de Quine.

Leiter apontou que dois são os passos dados pelo naturalismo de Quine: o antifundacionismo, segundo o qual nenhuma única teoria é justificada com base nos *inputs* de evidências e a substituição, de sorte que, uma vez que não há história fundacional a ser dita sobre a relação entre teoria e evidência, devemos substituir o programa normativo por uma investigação puramente descritiva, isto é, um estudo psicológico sobre qual evidência causa qual teoria. Para Leiter, a justificação fundacional do conhecimento é aquela que tenta mostrar que uma única resposta pode ser justificada sob elementos constituintes de crenças fundacionais, algo que não se sustenta no projeto de naturalização da teoria do direito.

Grosso modo, o fundacionismo, na visão da epistemologia naturalizada de Quine, é a tese de que a conhecimento é não-inferencial e infalível, tal como identificado por Leiter. A combinação de não-inferencial e infalibilidade implica que não é preciso procurar por qualquer evidência para acreditar numa proposição fundacional: seguir tal proposição é tudo o que é necessário para estar justificado para crer, para conhecê-la. O conhecimento inferencial é, possível somente se alcançado por meio da aplicação do conhecimento admissível, preservando operações lógicas sobre o conhecimento seguro fundacional. Para ser invocada, a verdade destas operações lógicas deve ser fundacional também.

Quine argumentou que todas as teorias fundacionistas estão fadadas ao fracasso e, a partir disso, que todas as abordagens sobre a justificação do conhecimento são falhas. Logo,

pergunta Leiter, se uma abordagem justificativa da epistemologia é impossível, por que não substituí-la por uma descrição causal das relações empíricas entre *inputs*, inferências e *outputs*, como é o caso da psicologia?

Com efeito, Quine sugeriu que a epistemologia tradicional como uma disciplina filosófica deveria ser abandonada: se tudo que existe para o exame de crenças são as relações causais experimentais entre *inputs* e *outputs*, então certamente isso é algo que pode ser examinado no laboratório do psicólogo experimental. O cientista pode precisar tirar algumas conclusões mais gerais a partir de suas descobertas, mas esse tipo de teorização é parte de qualquer empreendimento científico, e não parece haver espaço para a epistemologia (como tradicionalmente entendida pelos filósofos) como um exercício intelectual independente. Se for bem sucedido, o argumento de Quine mostra a impossibilidade da filosofia do conhecimento. Esta é a proposta de Quine, apontada e criticada no primeiro capítulo.

Indiquei no segundo capítulo que Leiter assimila os principais pontos do naturalismo quineano, em especial o anti-fundacionismo e a proposta de substituição do projeto filosófico por uma explicação causal-nomológica sobre como os juízes decidem.

Em síntese, Leiter desenvolve o paralelo de Quine com o direito da seguinte maneira: assim como a experiência dos sentidos (ou *inputs*) é suposta para justificar a crença nas teorias científicas, as razões jurídicas deveriam justificar as decisões dos Tribunais. Se o direito é (ao menos localmente) indeterminado, as razões jurídicas não podem justificar sozinhas as decisões judiciais. Leiter caracteriza essa consequência como uma constatação de que não há abordagem normativa da relação justificativa no direito que seja possível. O fracasso do fundacionismo a que Quine se refere em sua teoria é o fracasso de uma compreensão filosófica do tipo de justificação que a ciência precisa⁴⁰⁵.

No entanto, tendo em vista que, para Leiter, o direito é, ao menos em parte, indeterminado, entendo que há confusão filosófica ou exagerada no caso do direito que seja paralelo filosófico do fundacionismo na epistemologia. Com isso, quero dizer que Leiter assume precipitadamente no campo do direito, a existência de uma falha ou fracasso fundacional que mereceriam imediata substituição pelas ciências empíricas, algo que, ao longo de seu

⁴⁰⁵ Leiter está consciente a este respeito, como se demonstra aqui neste excerto: “Epistemology gets ‘naturalized’ in the sense that its central question—the relation between sensory input and theoretical out-put—is to be answered by science (especially empirical psychology). Philosophy, for Quine, has nothing to contribute by way of justifying science, as the failure of the foundationalist program makes plain. This does not mean we can no longer talk about epistemic norms; it just means that these norms will themselves be the deliverances of science” (LEITER, 2007a, p. 145).

próprio trabalho, como apresentei anteriormente, não se sustenta por muito tempo, dado o recurso aos dogmas do positivismo jurídico.

Retrato meu argumento da seguinte forma: as questões sobre justificação na epistemologia não podem ser proveitosamente abordadas, pois não há paralelo no caso do direito. Ademais, a própria conclusão de que o direito é indeterminado não é suficiente para decretar a falência das investigações filosóficas sobre a relação entre as razões jurídicas e o conteúdo do direito. Afinal, o argumento para essa conclusão depende, ele próprio, de uma abordagem filosófica sobre a relação entre as razões jurídicas e o conteúdo do direito.

1.1. Precisamos decretar a falha do fundacionismo?

Leiter atribui ao “fracasso” do fundacionismo, rendeu, na teoria quineana o holismo por um lado (segundo o qual termos teóricos obtêm seus significados a partir de seu lugar em todo o referencial teórico, não em virtude de algum contato ponto-a-ponto com *inputs* sensorial), e a tese Duhem-Quine sobre a indeterminação da teoria pelas evidências, por outro (há sempre mais de uma teoria consistente com as evidências, em parte, porque uma hipótese teórica pode ser sempre preservada em face das evidências recalitrantes pelo abandono das hipóteses auxiliares que informaram o teste da hipótese). Com essa “falha do fundacionismo epistemológico”, na visão de Leiter, Quine nos convoca a “repudiar o sonho cartesiano de uma fundação para as certezas científicas mais firmes que o próprio método científico” (LEITER, 1997, p. 1748), ou seja, de buscar a validação da ciência fora da ciência e que a filosofia seria capaz de fazê-lo. Por conta dessa “falha” a filosofia não contribui para justificar a ciência, de sorte que não teremos outras normas epistêmicas que não aquelas normas entregues pela própria ciência.

De acordo com a interpretação de Leiter sobre Quine, não há nada mais a ser aprendido sobre a natureza da justificação na ciência (pelo menos nada que poderia assumir a forma de uma teoria, ao contrário do conhecimento prático de cientistas). A idéia de Leiter é que um paralelo fracasso do projeto tradicional teórico da teoria do direito deve levar-nos a abandonar as preocupações tradicionais da teoria do direito com a justificação das decisões judiciais em favor da investigação empírica do processo pelo qual os juízes decidem os

casos⁴⁰⁶. Ele viu no movimento do Realismo Jurídico Norte-Americano uma primeira tentativa de realizar este tipo de naturalização.

Vamos começar com o primeiro passo em direção à naturalização da teoria do direito, ou seja, a afirmação de que as teorias fundacionistas do direito, mais precisamente aquelas que defendem ser possível a justificação de respostas jurídicas corretas e únicas, estão todas condenadas ao fracasso, por serem incapazes de resolver a questão epistemológica da relação entre teoria e evidência.

De acordo com Mark Greenberg (2011b, pp. 10-11), podemos identificar duas versões de fundacionismo nesta afirmação: (i) um projeto pode ser fundacional no que diz respeito à ciência, em virtude de tentar fornecer uma base para a ciência ou a validação externa do empreendimento científico, ao invés de tentar mostrar que as teorias científicas atendem às normas de justificação interna da prática científica. A justificação fundacional, nesse sentido, é uma justificativa que não faz parte da ciência, como pretende o fundacionismo cartesiano⁴⁰⁷. O projeto epistemológico de validar a ciência de fora da ciência é equivocado; não há genuína justificação epistêmica⁴⁰⁸, apenas justificação pragmática, isto é, daquilo “que funciona”; (ii) o termo fundacional é utilizado de forma padrão na epistemologia para uma estrutura de justificação construída a partir de uma base privilegiada ou segura, em oposição a uma estrutura de justificação, que não depende de qualquer outro fundamento.

Tendo em vista a concepção de Leiter o fundacionismo sobre o direito, pode-se afirmar que ele adota a tese (ii): há regras jurídicas “básicas” e seguras a partir das quais podemos inferir outras regras jurídicas. É importante ver, aqui, que os tipos de argumento invocado por Quine e Leiter para as suas respectivas teses de substituição são bastante diferentes: Quine argumenta que a teoria do conhecimento não pode ser fundacional; Leiter, por outro

⁴⁰⁶ “For any pair of relata that might stand in a justificatory relation (...) if no normative account of the relation is possible, then the only theoretically fruitful account is the descriptive/explanatory account given by the relevant science of that domain” (LEITER, 2007).

⁴⁰⁷ Como conclui Greenberg: “Podemos resumir a natureza da falha que desencadeia proposta naturalização de Quine: o projeto fundacionista cartesiano estava equivocado ao pensar que a ciência precisava de validação externa e que a filosofia poderia fornecê-lo” (2007, p. 16).

⁴⁰⁸ Como já apontado nas críticas ofertadas ao projeto de Quine, isto não significa que a ciência é capaz de explicar todo o conhecimento sem se referir a qualquer argumento não-empírico. Não temos nenhuma explicação satisfatória do nosso conhecimento, até mesmo da matemática. Da mesma forma, nós não temos nenhuma explicação adequada da nossa compreensão do que pode ser considerado como uma explicação melhor ou pior do que outra. E a própria ciência se baseia em tal entendimento, bem como a matemática e a lógica, e assim por diante. Dificilmente poderíamos afirmar que não pode haver compreensão da justificação epistêmica. Em face disso, parece que a filosofia pode levar em conta a prática e a história da ciência, a fim de fornecer uma teoria empiricamente informada da natureza da justificação científica. Isso não dependeria da possibilidade de um conhecimento *a priori*, como Quine parece fazer crer, nem seria envolver normas que ditam de justificação abstrata. Tratarei esse tema com maior profundidade ao final deste item.

lado, observa a prática jurídica e sustenta que esta não se adapta a qualquer descrição fundacional. Não há nenhum movimento imediato dos resultados empíricos dos Realistas para uma afirmação sobre o que é necessariamente impossível. Pode ser, ainda, que o fundacionismo jurídico seja possível, apenas que não existem casos de sucesso do fundacionismo. Veja-se que, como apontou Gary Minda (1995, p.33), o Realismo Jurídico Norte-Americano surgiu do formalismo langdelliano e do instrumentalismo holmesiano, ganhando popularidade e influência dessa forma, ou seja, como expressão de um certo fundacionismo arraigado na cultura jurídica norte-americana.

Será que essa diferença entre Quine e Leiter importa? Leiter poderia argumentar que está interessado em descrever a prática do direito, uma vez que está em nosso mundo, não em algum mundo diferente. Por isso, para ele, é suficiente assumir, independentemente de qualquer tarefa revisional prévia, que o direito não é fundacional. Mas isso significa que o anti-fundacionista jurídico tem dois adversários: o *fundacionismo jurídico forte*, ou seja, aquele que argumenta que, necessariamente, o direito é fundacional, e o *fundacionismo jurídico fraco*, que argumenta que, embora a alegação fundacionista forte esteja errada, o direito, em nosso mundo, é fundacional.

Acredito que o argumento do *fundacionismo forte* é falso. Ela pressupõe um conceito de direito que supostamente existe independentemente da maneira como o direito é entendido pelos participantes das práticas jurídicas. Os Realistas merecem crédito por ter mostrado o erro deste ponto de vista: a prática jurídica é uma atividade humana reflexiva e, portanto, é, pelo menos em parte, constituída por compreensão humana dele. Se o *fundacionismo forte* fosse verdadeiro, implicaria que uma comunidade inteira poderia estar enganado sobre o seu entendimento do que é o direito, e também sobre o conteúdo de suas leis, o que parece muito improvável.

Mas e quanto ao à tese fundacionista fraca? Embora possa tomar outras formas (PRIEL, 2007, p. 08) o fundacionismo fraco pode assumir que a derivação de normas não-fundacionais de normas fundacionais não é uma explicação do que já está implícito nas normas fundacionais, mas resultado de um processo de promulgação de normas não-fundacionais de uma maneira descrita em normas fundacionais⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Veja-se que é possível dizer que aqueles que melhor se encaixam nessa versão do fundacionismo fraco são os positivistas jurídicos pós-hartianos: ao assumir a regra de reconhecimento de H.L.A. Hart, uma dada norma é uma norma jurídica somente se for reconhecida pela regra de reconhecimento. Ao contrário de outras normas jurídicas, a regra de reconhecimento não é validada por si só, mas é uma regra social. O que torna a regra de reconhecimento fundacional é que a partir de dentro a prática não faz sentido duvidar dela.

Contudo, Leiter insiste que o fundacionismo no direito é falso, qualquer que seja o sentido a ele atribuído. Sua razão é que, em um número significativo de casos, o direito ou é indeterminado, ou seja, não exclui qualquer resposta jurídica possível, ou subdeterminado, o que significa que o direito exclui alguns resultados que de outra forma teriam sido possíveis, mas ainda permite mais de uma resposta correta. Dois são os argumentos de Leiter:

(1.i) *não há razões jurídicas válidas*. Estas são irrelevantes para explicar uma decisão judicial. As normas jurídicas são apenas racionalizações *a posteriori* das decisões tomadas exclusivamente por conta de razões não-jurídicas. Isto se torna evidente naquilo que Leiter denominou de *Core Claim* do Realismo Jurídico, de que os juízes decidem por outras razões, que não as razões jurídicas. Uma vez que os materiais jurídicos são tão diversos e tão nebulosos que podem se adaptar a qualquer conclusão, o juiz está disposto a decidir por motivos não-jurídicos e, portanto, a “tradução” da decisão em linguagem jurídica nunca constrange o juiz tomar qualquer decisão que ele desejar. Segue-se que as normas jurídicas não têm poder de justificação, porque elas não têm um papel na determinação do resultado do caso concreto.

(1.ii) *pelo menos algumas normas jurídicas são subdeterminadas*. Ao decidir, os juízes dependem das normas jurídicas, mas essas normas por si só não podem dizer ao juiz como um caso deve ser decidido. Leiter chamou isso de “indeterminação racional” das normas jurídicas. A tese da indeterminação racional é compatível com várias subteses, as quais Leiter atribui aos Realistas. Por exemplo: (a) as normas jurídicas são determinadas no que diz respeito a alguns casos (como os casos centrais da teoria hartiana), mas não no que diz respeito a outros casos (por exemplo, os casos inseridos na zona de penumbra); (b) algumas normas são determinadas, e outras não são (por exemplo, enquanto regras como sobre o limite de velocidade nas estradas são determinadas, mas padrões que contêm expressões vagas como “razoável” não o são), entre outras.

Somente o argumento (1.i) pode ser considerado anti-fundacionista em um sentido mais ou menos semelhante ao de Quine. Vimos que o fundacionismo na epistemologia é a tese de que há conhecimento não-inferencial a partir do qual se pode inferir outro conhecimento. Não há nada nesta descrição, todavia, que seja inconsistente com o argumento (1.ii), o qual, de fato, permite que nem todas as questões que os Tribunais tratam possam ser plenamente atendidas exclusivamente por normas jurídicas, mas (1.ii) é consistente com todas as normas jurídicas fundacionais, tais como a regra de reconhecimento.

Em outras palavras, a analogia com a tese anti-fundacionista epistemológica, tal como proposta por Quine, sugeriria que o fundacionismo no direito estaria comprometido com a visão de que, se “X” é uma norma jurídica, o é em virtude da inferência a partir de bases de autovalidação. Não há nada neste ponto de vista que compromete o fundacionismo jurídico com a visão de que as normas jurídicas necessariamente cobrem todo o domínio da prática jurídica e, portanto, dão uma resposta determinada para cada questão prática, como parece crer Leiter. Ao contrário do que pretende o argumento (1.ii), o argumento (1.i) é inconsistente com o fundacionismo, embora de uma maneira um tanto indireta: uma vez que (1.i) é uma rejeição do fato de que as normas jurídicas figuram no raciocínio sobre os casos jurídicos, isso equivale a uma negação da afirmação de que as normas jurídicas válidas realmente existem. Do contrário, segue-se que o fundacionismo sobre as normas jurídicas é falso, “a menos que se considere que em relação ao que não existe qualquer coisa pode ser considerada verdadeira ou falsa” (PRIEL, 2007, p. 12).

Agora, se o passo anti-fundacional de Leiter é falho, não precisaríamos tomar o segundo passo de substituição. Se razões e normas jurídicas fazem parte do que determina o resultado dos casos jurídicos, então, a fim de entender como as decisões jurídicas são tomadas, não podemos ignorá-las. Isso sugere que o primeiro passo que Leiter tem em mente é referente ao argumento (1.i). Mas (1.i) está em tensão com outro aspecto do argumento de Leiter, qual seja, o de que os Realistas eram positivistas tácitos. A fim de ver isso, devemos examinar com algum pormenor o segundo passo da substituição.

1.1.2 A tese da substituição e a falha do fundacionismo

Vimos, em resumo, que o argumento da tese da substituição naturalista na teoria do direito é o seguinte: uma vez percebemos que todas as abordagens da justificação da decisão judicial são impossíveis, devemos nos contentar com uma abordagem alternativa “naturalizada”. Ecoando as palavras de Quine, Leiter pergunta: “por que não substituir, então, o programa ‘estéril’ fundacional de justificação de uma decisão judicial, com base em razões jurídicas aplicáveis por uma abordagem descritiva e explicativa de qual *input* produz qual *output*?” (2007a, p. 39). O segundo passo é, então, a adotar os métodos da ciência natural e social e para descrever o que os juízes fazem de fato: a teoria da decisão judicial é “naturalizada” porque “cai no lugar (...) como um capítulo da psicologia (ou antropologia ou sociologia)” (LEITER, 2007a, p. 39).

Indiquei no capítulo primeiro que, na reflexão de Quine sobre a falência do fundacionismo, ele conclui que “(...) se tudo o que esperamos é uma reconstrução que liga a ciência a experiência de formas explícitas curtas de tradução, então *parece mais sensato* se contentar com a psicologia” (1969, p. 77). Veja-se que “parecendo sensato” não é, evidentemente, uma relação de obrigatoriedade de substituição da epistemologia tradicional pela psicologia. Mesmo assim, a sugestão “sensata” parece sub-motivada. Assim, como bem explica Leslie Green, se a teoria “X” é falha não há nenhuma razão para pensar que a teoria “Y” terá sucesso, e certamente não há razão para pensar que “Y” vai ter sucesso naquilo que a teoria “X” fracassou (2009, p. 28).

Agora, se compararmos a proposta de Leiter de que “se nenhuma abordagem normativa da relação [entre razões jurídicas e decisão judicial] é possível, então a abordagem teoricamente frutífera é apenas o relato descritivo/explicativo dado pela ciência relevante para aquele domínio” (2007a, p. 37), o que inclui a psicologia, a antropologia ou a sociologia (2007a, p. 40). Ora, por que a psicologia “parece frutífera” apenas sob a condição da falha das teorias que justificam as decisões judiciais? As credenciais para o sucesso de uma teoria causal-explicativa da decisão judicial não deve repousar na falha da teoria normativa, e não precisa ser necessariamente motivada por ela⁴¹⁰.

Na verdade, é possível admitir que uma explicação psicológica complexa do processo de decisão judicial tenha utilidade na predição sobre como os juízes decidem os casos do que uma teoria normativa. Mas a compreensão filosófica da decisão judicial não se propõe a alcançar o que uma abordagem preditiva tem como objetivo.

Ademais, a “abordagem normativa da relação” é diferente de uma “tradução radical” de um domínio para outro e, por isso, restam dúvidas quanto sobre até que ponto a proposta de naturalização de Quine é relevante para a proposta de Leiter de substituir a teoria normativa por uma teoria descritiva, causal-nomológica, da decisão judicial. Nesse sentido, concordo com Leslie Green quando afirma que:

“A teoria normativa da decisão judicial não pretende prever como juízes decidirão os casos; pretende explicar como eles *devem decidir* os casos. Na medida em que *dever implica poder*, ela vai se interessar por outras

⁴¹⁰ Veja-se, por exemplo, o argumento apresentado por Jules Coleman nesse sentido: “There is nothing objectionable about a sociological, psychological, or a psycho-social jurisprudence. No philosopher of law could quarrel with a project of trying to uncover law-like regularities in judicial decision making. Such social scientific laws of judging-if any could be discovered might render judgment more predictable, which could have the salutary effect of facilitating coordination and planning; a social science of adjudication would also be valuable on purely theoretical grounds, as a way of making law and legal practice more rationally intelligible” (COLEMAN, 2001, p. 121).

ciências da decisão humana, e na medida em que ela espera orientar a conduta de antemão terá de estar em conformidade com outras exigências que também dependem de fatos sobre a natureza humana. Assim, para qualquer teoria do direito é melhor que seja compatível com qualquer conhecimento da natureza humana que temos. Mas uma coisa é dizer que a teoria do direito não deve violar quaisquer constrangimentos naturalistas substantivos; outra coisa é dizer que ela deve ser uma das ciências sociais naturalizadas” (GREEN, 2009, p. 30).

Mas, se olhada mais de perto, a afirmação de Leiter também padece das mesmas ambiguidades encontradas na adoção do primeiro passo quineano, a rejeição ao fundacionismo, este concebido por Leiter como rejeição à possibilidade de respostas únicas em direito. Danny Priel aponta duas possibilidades de leitura do argumento de substituição de Leiter:

(2.i) *em vez de tentar fornecer uma justificativa para determinadas decisões judiciais, devemos optar por uma explicação científica das relações (probabilísticas) causais entre inputs e outputs.* Tal explicação não merece prosperar, por algumas razões. Na citação acima de Leiter, ele fala sobre a “combinação de fatos e razões” que “produzem” a decisão judicial, mas isso troca a ambiguidade da palavra “razões” entre razões explicativas e justificativas, limitando sua abordagem às primeiras juntamente com a ideia de que tais razões explicativas equivalem aquilo que temos chamado de *causas*. Este tipo de explicação causal através razões é não-normativo. É por isso que Leiter defende que a grande maioria dos Realistas pensou que a tarefa da teoria do direito era identificar e descrever - e não justificar - os padrões de decisão; as ciências sociais seriam, assim, o instrumento para levar a cabo esta tarefa não-normativa.

(2.ii) *devemos substituir uma abordagem das razões jurídicas por uma abordagem de razões não-jurídicas.* Leiter, por exemplo, diz que “a verdadeira disputa entre o formalista e o realista (...) dizem respeito se as razões que determinam a decisão judicial são razões principalmente jurídicas ou razões não-jurídicas” (2007a, p. 23). Contudo, a confiança em razões não-jurídicas nem sempre é tão transparente como acredita Leiter. Mesmo assim, a tese de Leiter é essencialmente a mesma: uma pesquisa feita por um Realista Jurídico que mostra que os juízes criaram uma distinção e decidiram de forma diferente entre as mesmas situações de fato que, com base em normas jurídicas apenas são parecidas. A pesquisa empírica argumenta que a distinção correspondeu a sentimentos de equidade dos juízes. E isso, para Leiter, é uma abordagem verdadeiramente frutífera do processo decisório, na medida em que possibilita a previsão das decisões judiciais.

Desse modo, para que a analogia com Quine tenha sucesso, Leiter deveria apresentar melhores argumentos não só de que os Realistas Norte-Americanos abandonaram também a questão da justificação simplesmente porque eles estavam mais interessados em um relato descritivo do empreendimento jurídico. Mais do que isso: Leiter deveria mostrar que os Realistas ofereceram um relato descritivo da teoria da decisão judicial, como resultado do argumento que entende que uma abordagem normativa do direito é impossível e fadada ao fracasso.

As duas interpretações diferentes de cada uma das etapas no argumento de Leiter (anti-fundacionismo e substituição) podem ser combinadas de diferentes formas que produzem diferentes argumentos. Será que ele pode fazer isso?

A primeira é a combinação de (1.i) – *não há razões jurídicas válidas* e (2.i) – *em vez de tentar fornecer uma justificativa para determinadas decisões judiciais, devemos optar por uma explicação científica das relações (probabilísticas) causais entre inputs e outputs*. Esta combinação parece melhor se adéqua a analogia com Quine. No entanto, explica Danny Priel, ela é inviável em razão de um sério problema: ainda que, na visão de Leiter, uma teoria do direito deva explicar como normas jurídicas desempenham um papel de destaque no raciocínio prático dos cidadãos, o argumento (1.i) nega exatamente isso e, uma vez que qualquer versão do positivismo jurídico tenta explicar o papel das normas jurídicas no raciocínio prático, se, como (1.i) sustenta, não há normas jurídicas válidas e, então, o positivismo jurídico e na verdade qualquer teoria do direito que tentasse explicar o direito em termos de razões jurídicas seria falsa. Isso inviabilizaria o próprio empenho de Leiter na defesa da tese de que o Realismo pressupõe uma teoria do direito nas mesmas linhas do positivismo exclusivista.

Danny Priel sugere que não somos obrigados a combinar (2.i) com (1.i). (2.1) decorre de (1.i) no sentido de que não se pode dar nenhuma justificativa alternativa às decisões judiciais. Mas muito do que os Realistas dizem sugere que nós podemos explicar as decisões judiciais através de razões num sentido amplo, não só por razões jurídicas. Dizer isto é, essencialmente, repetir o que foi dito acima: (1.i) é uma negação da possibilidade de fornecer uma teoria que explica o direito através de razões jurídicas, não por razões em geral, mas uma vez que Leiter nem sempre nega a última afirmação, não somos obrigados a aceitar (2.i). O problema é que, se não há razões jurídicas válidas ainda há outras razões que figuram no raciocínio judicial, então, o tipo de substituição defendido por Leiter se torna muito diferente daquele sugerido por Quine.

A analogia com a tese da substituição de Quine sugeriria que o próprio conceito de “razões” para explicar uma decisão judicial é sem sentido, assim como a substituição de uma abordagem normativa uma abordagem não-normativa. (1.i) sem (2.i), no entanto, sugere apenas uma substituição de razões jurídicas por razões não-jurídicas. Isso seria totalmente coerente com uma abordagem normativa do direito, a qual Leiter pretende substituir, o que faz com que seu esforço teórico perca o sentido. A combinação de (1.i) e (2.ii) é exatamente uma dessas abordagens: supondo que razões morais (como a justiça) sejam normativas ou justificativas, o argumento substitutivo de Leiter guarda pouca semelhança com o de Quine.

É por isso que o argumento (1.ii – *pelo menos algumas normas jurídicas são subdeterminadas*) pode parecer, à primeira vista, muito mais promissor. Lembre-se de que a essência desse argumento era que as razões jurídicas são válidas, embora subdeterminadas. Então, de acordo com (1.ii) as normas jurídicas têm algum papel no raciocínio sobre questões jurídicas, ainda que limitado.

Como é que o argumento (1.ii) se encaixa com a *Core Claim* de Leiter, segundo a qual os Realistas Jurídicos acreditavam que “os juízes respondem principalmente ao estímulo de fatos” (2007a, p. 21) e não ao estímulo das razões jurídicas? Para tanto, Leiter precisou argumentar que a compreensão da tese central do Realismo Jurídico como a alegação de que os juízes respondem não apenas às regras jurídicas; Além disso, o argumento de Leiter exige que reconheçamos isso e que isso explica como a “responsividade” dos juízes às normas jurídicas pode ser inconsciente. Mas, mesmo assim entendido, o argumento (1.ii) não está muito próximo ao argumento de substituição de Quine. Na verdade, o argumento (1.ii) não trata propriamente de qualquer substituição de regras ou razões jurídicas, mas sim de um acréscimo⁴¹¹. Em função da pressuposição do critério de legalidade positivista, a fim de salvar o argumento de Leiter, ainda teríamos de explicar quais são estas razões jurídicas, ou seja, qual seu papel, limitado por uma abordagem normativa das decisões judiciais. Depois, teríamos que adicionar uma explicação sobre o papel das razões não-jurídicas em uma abordagem normativa do direito. O papel atribuído à razões jurídicas em (1.ii) explica por uma combinação de (1.ii) com (2.i) ou (2.ii) não pode ter êxito: em ambos os casos (1.ii) insiste no papel que as razões jurídicas tem na compreensão, enquanto (2.i) e

⁴¹¹ Na verdade, é a ideia de acréscimo que é compatível com o naturalismo de Quine. Como anotei no primeiro capítulo, para Quine algumas afirmações, especialmente aquelas da matemática, são tão profundamente envolvidas em toda a ciência que seria impraticável, do ponto de vista do nosso “esquema conceitual”, que fossem alteradas ou revisadas. Estas são aquelas que estão no centro do tecido ou da *rede de crenças*. As demais crenças somam-se a tais crenças, podendo ser revisadas na medida das necessidades do conhecimento humano e, por tal razão (e apenas por tal razão) serem substituídas.

(2.ii) pressupõem que razões jurídicas não têm essa função, o que conduziria à conclusão de que os Realistas não eram “positivistas tácitos”, pelo menos não com base no argumento de Leiter. Isso nos deixa com a possibilidade de que somente (1.ii) – *pelo menos algumas normas jurídicas são subdeterminadas*, seja verdadeiro. Por um lado, repito, esta possibilidade não se encaixa bem com o naturalismo de substitutivo de Quine, posto que não tem respaldo no argumento de duas etapas encontrado no argumento de Quine (rejeição ao fundacionismo e proposta de substituição). Tais argumentos exigirão uma clara demarcação entre o jurídico e o não-jurídico, essencial para a relação lógica entre a *Core Claim* do Realismo Norte-Americano e o positivismo jurídico. Antes, porém, esbarramos no paralelo da indeterminação do direito. Será ele capaz de sustentar uma metodologia naturalista substitutiva para a teoria do direito, tal como pretende Leiter?

1.2 A tese da indeterminação do Realismo Jurídico sustenta a tese da substituição?

Vimos no primeiro capítulo que a tese da indeterminação proposta por Quine teve como objetivo reconhecer que as teorias científicas não podem ser logicamente deduzidas da nossa experiência sensória. A sugestão de Leiter apresentada no segundo capítulo é que o paralelo com o fracasso do projeto fundacional de justificação da ciência fora da ciência é a afirmação de que o direito é indeterminado numa classe substancial de casos. Nas obras dos Realistas Jurídicos Norte-Americanos, Leiter encontrou argumentos para essa afirmação. Logo, para Leiter, se o direito é indeterminado, então as razões jurídicas não podem justificar as decisões judiciais. Esta falha da justificação do direito deve ser paralela ao fracasso da epistemologia para justificar a ciência.

Leiter trata o problema da justificação no que diz respeito apenas ao conteúdo do direito, de sorte que uma decisão judicial é justificada se for exigida pelas regras jurídicas aplicáveis. Com isso, é possível dizer que Leiter ignora qualquer diferença entre o que o direito “é” e o que os juízes estão justificados em acreditar que o direito “deve ser”. Uma vez que sua defesa é de uma teoria descritiva, causal-nomológica da decisão judicial, Leiter não está preocupado com a justificação epistêmica das decisões dos juízes, mas simplesmente com o que o direito é, na medida em que ele é a expressão dessas decisões.

Mark Greenberg alerta para este argumento: se, para Leiter, as razões jurídicas constituem o direito, o mesmo não se pode dizer da relação entre evidência e teoria científica, por não se tratar, esta última, de uma relação constitutiva (2011b. p. 25). De acordo com Greenberg, numa analogia entre direito e ciência, afirmações verdadeiras sobre o direito

são análogas à verdade sobre o mundo natural. Do mesmo modo, as decisões judiciais obrigatórias são paralelas às verdadeiras teorias científicas (e decisões epistemicamente justificadas às teorias epistemicamente justificadas). Nesta forma de desenhar uma analogia entre os domínios, a tese de que o direito é indeterminado seria análoga à tese de que não há nenhuma verdade para a ciência descobrir. Esta maneira de configurar o paralelo é linear porque compara um elemento metafísico – a verdade sobre o mundo natural – a um elemento metafísico – a verdade jurídica.

No entanto, não é este o paralelo proposto por Leiter em relação à tese da indeterminação. Isto por que, na forma como Leiter chama a analogia, uma decisão juridicamente obrigatória é paralela não a uma verdadeira teoria científica, mas a “uma teoria científica epistemicamente justificada” (GREENBERG, 2001, p. 25). Portanto, para Leiter, a tese de que o direito é indeterminado é análoga à tese de que não se justifica a crença de uma teoria científica sobre as demais⁴¹². Em outras palavras, Quine não impugna a forma como os cientistas usam as evidências para apoiar as teorias científicas, mas os Realistas Jurídicos impugnaram precisamente a maneira pela qual os juízes usavam as razões jurídicas para apoiar as decisões judiciais, por meio da tese da indeterminação.

Por esse ângulo, fica evidente que a indeterminação “naturalizada” do direito não é paralela ao fracasso do projeto fundacional cartesiano. Não está claro, por exemplo, que alguma vez na história da filosofia do direito tenha havido um projeto importante (e que tenha tido algum sucesso) que tivesse tentado justificar o direito a partir do exterior. Os filósofos do direito (o que inclui os Realistas) não se veem no negócio de tentar fornecer às decisões dos juízes uma justificação filosófica externa, isto é, de um tipo que fosse mais seguro do que qualquer coisa interna ao direito⁴¹³. Em vez disso, eles tentam entender a relação entre razões jurídicas e o conteúdo do direito.

⁴¹² Nas palavras de Greenberg: “(...) my point is that, given the way in which Leiter has set up the parallel, the true analogue of the indeterminacy thesis is the thesis that there is no justification for believing one scientific theory rather than another. That thesis is not the appropriate naturalistic understanding of the failure of foundationalism, for it *would be* an indictment of science” (GREENBERG, 2001a, p. 04).

⁴¹³ Leiter tenta se defender da acusação de Greenberg nesse ponto. Para ele, há um importante sentido em que os argumentos de Greenberg não exploram um padrão de justificação externo ao direito; eles exploram as formas como os juízes e advogados lidam com os precedentes e leis nos tipos de casos que alcançam o grau recursal. Os argumentos do Realismo mostram, na visão de Leiter, que o raciocínio jurídico nem sempre se refere ao ideal fundacional. Para Leiter, os argumentos do Realismo para a defesa da indeterminação do direito são internos ao raciocínio jurídico, e um ponto de sua crítica está em que as decisões em grau de recurso não tem a justificação do tipo que seria dada se o raciocínio jurídico fosse racionalmente determinado. Isso, para Leiter, não quer dizer que seja uma acusação da decisão judicial, uma vez que, para Leiter, a determinação não é necessária para que a decisão judicial seja uma prática defensável e justificável (LEITER, 2007a, p. 115). Greenberg, em réplica, apontou que seu ponto “não é que os Realistas Jurídicos confiavam em padrões externos o direito, mas que a analogia à conclusão de que os padrões de justificação dos fundacionistas são os padrões errados pelos quais avaliar teorias científicas seria a conclusão de que os

Acredito que o projeto filosófico a que Leiter esteja se referindo constantemente em sua obra e que se supõe ser o paralelo com o fundacionismo cartesiano é aquele que tenta mostrar que as razões jurídicas justificam respostas únicas no direito. O projeto atacado, em especial, como indicado no capítulo anterior, é o de Ronald Dworkin. Greenberg, por exemplo, aponta muitos problemas nesta analogia subjacente à tese da indeterminação de Leiter. Em primeiro lugar, Dworkin não impõe condições para a determinação do direito que sejam mais exigentes do que aquelas internas ao raciocínio jurídico. Em segundo lugar, para que a tese da indeterminação defendida pelos Realistas Jurídicos esteja paralela ao reconhecimento de que as teorias científicas não podem ser logicamente deduzidas da experiência sensorial, tal como pretende Quine, os Realistas Jurídicos teriam que mostrar que as condições que Dworkin exige para a determinação do direito não podem ser satisfeitas quando, ao contrário, defendem a indeterminação com base em seus próprios padrões, que na verdade são muito mais exigentes do que os de Dworkin⁴¹⁴. Aprofundarei este tema em momento oportuno.

De qualquer modo, Leiter sugere que, à luz da tese de indeterminação, devemos substituir “o programa fundacional estéril de justificar resultados jurídicos com base em razões jurídicas aplicáveis, por um relato descritivo/explicativo de qual *input* (...) produz qual *output*”.

Ora, esse “programa de justificar um único resultado jurídico, com base em razões jurídicas aplicáveis” é de fato o “programa” no qual os juízes estão envolvidos, de sorte que não há nenhuma novidade na proposta de naturalização de Leiter, vista sob este ângulo intuitivo. O análogo no caso da epistemologia é a atividade normal dos cientistas de testar e confirmar teorias. Ora, nenhum naturalista afirmaria que os cientistas estão engajados em um “programa fundacional estéril⁴¹⁵” a ser substituído. Então, por que deveríamos agir de forma paralela em relação ao direito?

padrões dos Realistas Jurídicos são os padrões errados pelos quais avaliar se as razões jurídicas determinam a resposta certa para as questões jurídicas” É justamente por isso que não há analogia, uma vez que Quine rejeita precisamente a tentativa de garantir uma fundação externa à ciência; não há analogia com os Realistas Jurídicos por que eles apontam que o raciocínio jurídico é falho internamente, por seus próprios padrões (GREENBERG, 2011a, p. 05).

⁴¹⁴ Greenberg nos oferece o seguinte exemplo: alguns Realistas Jurídicos pensam que qualquer conflito entre razões jurídicas em relação a um determinado assunto é suficiente para impedir uma resposta juridicamente correta exclusiva em relação a essa questão (2011, pp. 27-28).

⁴¹⁵ Na opinião de Greenberg: “But the “program of justifying some one legal outcome on the basis of the applicable legal reasons” is the “program” in which judges are engaged. The analogue in the case of epistemology is the ordinary activity of scientists in testing and confirming theories. No naturalist would claim that scientists are engaged in a sterile foundational program. In the case of epistemology, Quine (on my preferred, naturalistic reading) took the inability of philosophers to validate science to be a *reductio* of the philosophical preconceptions about scientific justification. If he had instead embraced the anti-naturalistic

O paralelo mais próximo na epistemologia com a indeterminação (parcial) do direito, conforme expressa na obra de Leiter, seria a tese de que, em alguma classe substancial dos casos, não há nenhuma teoria que excepcionalmente garanta respostas corretas. Tal tese, aponta Greenberg, é uma platitude: ninguém pensa que, conquanto as evidências escassas atualmente disponíveis, sempre haja uma única teoria mais garantida com relação à pretensão de respostas corretas. Em outras palavras, no que diz respeito a qualquer questão do conhecimento, embora algumas teorias sejam mais bem justificadas do que outras e, apesar de maiores evidências poderem justificar excepcionalmente uma teoria, nenhuma teoria é atualmente superior a todas as outras no que diz respeito às normas aplicáveis da justificação (GREENBERG, 2011b, p. 30). Diante de tal argumento, a implicação não seria a de que alguma classe de questões filosóficas deva ser abandonada ou substituída, mas que a filosofia teria minado uma importante classe de afirmações substantivas no domínio. Há uma profunda falta de analogia entre a falência do fundacionismo cartesiano para validar a ciência e a demonstração de que o direito é indeterminado:

“Se, para fins de argumentação, o direito é indeterminado, segue-se que as tentativas filosóficas para mostrar que ele é determinado falharam. A razão não é qualquer inadequação por parte da filosofia: não é que a filosofia tenha sido ‘confusa’, tentando tornar válido um domínio que não precisa de ajuda da filosofia, nem que não seja apropriado para a filosofia ditar normas da torre de marfim, nem que a filosofia não pode frutuosamente investigar a natureza da relação entre os fundamentos do direito e do seu conteúdo. Pelo contrário, o pressuposto é que a filosofia tenha verificado com sucesso as normas pertinentes e determinantes que as afirmações substantivas pertinentes não podem atender a essas normas” (GREENBERG, 2011b, p. 31).

Mark Greenberg não encontra razões para substituir as teorias existentes sobre a compreensão da relação entre as razões jurídicas e as decisões judiciais por uma explicação causal-nomológica sobre como nos movemos das evidências em direção à teoria. É certo que, se considerarmos que o direito é, como o próprio Leiter concede, indeterminado ao menos em alguns casos, não seremos capazes de prever o que os juízes decidirão simplesmente discutindo o conceito de direito. Talvez tenhamos que recorrer à ciência empírica para tal intento. Mas isso não significa que tal empreendimento empírico tenha como razão o fato de não compreendermos a relação entre as razões jurídicas e as decisões judiciais, apenas porque a compreensão dessa relação é insuficiente ao empreendimento

conclusion that scientific theories fail the applicable standards of justification, he would have had no basis for abandoning epistemology in favor of natural science” (GREENBERG, 2009, pp. 30-31).

preditivo. Ademais, a previsibilidade do comportamento judicial não é algo de notável preocupação filosófica⁴¹⁶.

Não se pode perder de vista que, como busquei enfatizar no primeiro capítulo, a epistemologia está preocupada em entender fenômenos como o conhecimento, crença e direito. Muitos desses fenômenos têm aspectos ou implicações justificatórias ou aspectos normativos. Porém, ainda que uma teoria da justificação na ciência não possa ser mais do que uma descrição da prática científica, tal como compreende Quine, não se seguiria que nenhum desses projetos possa ser frutífero.

Em face disso, Quine não tenta mostrar que tudo o que os filósofos contemporâneos fazem sob o rótulo de “epistemologia” deve falhar. Ele está explicitamente usando o termo “epistemologia” para o projeto fundacional cartesiano de fornecer uma justificação filosófica ou legitimação para a ciência (QUINE, 1969, p. 69). Ainda que Quine defenda que o fato de explicar como chegamos a nossas teorias é o melhor método de substituição para sua justificação, isto não substitui todos os outros projetos epistemológicos. Logo, o fracasso do fundacionismo, por si só, parece deixar outros projetos epistemológicos intocados.

Assim como grande parte da epistemologia não está preocupada com a validação da ciência como “verdade absoluta”, também a teoria do direito não se preocupa em estabelecer que o direito seja totalmente determinado ou que assim seja a compreensão da relação entre os fundamentos do direito e das decisões judiciais. Os teóricos do direito tentam, por exemplo, entender a natureza dos direitos, suas razões, a autoridade, e assim por diante. Perguntam sobre o sentido do direito, e se existe a obrigação de obedecê-lo.

Em suma, ainda que a leitura de Quine seja compreendida como uma exclusão da possibilidade da teorização normativa sobre a justificação epistêmica, a posição de Quine não encontra paralelo para a tese da indeterminação do direito. A tese da indeterminação

⁴¹⁶ Na voz de Greenberg: “The indeterminacy thesis provides no support for abandoning any significant question or project in the philosophy of law. Seeking causal explanations of judicial decisions may be worthwhile, but not because the indeterminacy thesis reveals the bankruptcy of some area of philosophy of law. If the law is indeterminate with respect to a particular case, the outcome of the case cannot be fully explained (or predicted) on the ground that it is legally required. But legal philosophy is not significantly concerned with explaining or predicting the actual outcomes of litigated cases” (GREENBERG, 2011a, pp. 15-16).

Thomas Adams também apresenta argumento semelhante: “Indeed, we can well admit that a complex psychological account of judicial decision-making is much more likely to be of use in predicting how judges decide cases than a credible normative theory (...). But this is just to make clear that a philosophical understanding of adjudication does not set out to achieve what a predictive account does. Similarly we might concede that a normative epistemology – one which seeks to make explicit the norms which govern the formation of justified belief – fails by the standards of success set by Quine’s naturalized account; it does not explain the psychology of belief formation, but this just makes clear the difference between the two (ADAMS, 2014, p. 326).

não sustenta a visão de Leiter segundo a qual a justificação do direito não pode ser compreendida pelos seus próprios fundamentos. Ao contrário, o argumento da indeterminação defendido pelo Realismo Jurídico depende de uma postura justificativa interna ao direito, e não uma descrição causal-nomológica de seu empreendimento⁴¹⁷, de tal sorte que a afirmação da naturalização do direito, de modo a torná-lo consistente com os métodos das ciências sociais não implica a sua substituição pela ciência.

1.3 Quando a justificação se torna um problema no projeto de Leiter

No capítulo anterior, indiquei que Leiter, em defesa da naturalização da teoria da decisão judicial pelo Realismo Jurídico Norte-Americano, esboçou uma preocupação com “a relação entre a justificativa entre razões jurídicas e decisão judicial” (LEITER, 2007a, p. 39). Vimos que, para Leiter, a chave do sucesso para a defesa do naturalismo substitutivo está na noção de fecundidade da investigação teórica. Ele oferece “três intuições” para apoiar a sua versão do naturalismo substitutivo de Quine: “Uma vez que desistimos do projeto fundacional da justificação, nada que temos a dizer sobre a justificação será de grande interesse teórico; a teorização sobre a justificação entrará em colapso, por assim dizer, em uma sociologia descritiva banal de nossas práticas de justificação” (Leiter 2007a, p. 38). A primeira intuição é que apontar os erros lógicos será banal e “dada a indeterminação da teoria pela evidência” não fornecerá “um relato de que nossas crenças teóricas são garantidas e quais não são” (Leiter 2014). A segunda intuição é que, sem um ponto de partida fundacional “fora de nossas práticas epistêmicas”, “sistematizar nossas intuições normativas simplesmente entrará em colapso com a sociologia descritiva do conhecimento” (Leiter 2014). “De dentro do barco de Neurath, não há nada a fazer, apenas descrever” (Leiter 2014). A terceira intuição é que a sociologia descritiva das nossas práticas epistêmicas não pode fazer diferença para essas práticas, e sendo, portanto, inútil.

⁴¹⁷ Como bem apontou Mark Greenberg: “it should go without saying that naturalizing a philosophical project or area, understood as making it consistent with the methods and understanding of natural science, is not the same as replacing it with science. Ultimately, a particular philosophical project might turn out to be one that cannot be pursued in a naturalistically respectable way. But there is no easy route from a commitment to naturalism to the abandonment of philosophical questions and explanations. Ensuring that a philosophical explanation is consistent with natural science may require, for example, making sure that it does not appeal to properties that are not naturalistically respectable. Similarly, a naturalistic philosophical explanation should not depend on human beings' having a faculty the possession of which cannot be explained by the natural sciences. Which constraints are the appropriate ones, how such constraints should be understood, and what explanations satisfy them has been the subject of extensive discussion and controversy in philosophy of mind, metaethics, and other areas” (GREENBERG, 2011, p. 09)

Em defesa desse ponto, de que não há abordagem fecunda sobre a justificação de nossas crenças no naturalismo de Quine, Leiter se apropria, equivocadamente, de três afirmações inseridas no naturalismo quineano: a primeira, de que não podemos afirmar que a filosofia esteja limitada a apontar nossos erros lógicos *a priori*; a segunda, de que as teorias científicas não podem ser derivadas de evidências infalíveis e que tais teorias não podem apresentar uma abordagem da justificação; e terceira, de que o objetivo da filosofia não precisa ser um teste prático pelos quais nossas crenças teóricas podem ser garantidas. Com isso, Leiter pode concluir que uma vez que abandonamos a hipótese de que a ciência precisa de fundações externas, a falta de tais fundamentos não lança dúvidas sobre a realidade da justificação na ciência. Assim, o cerne da questão é saber se a explicação teórica da justificação da ciência que se baseia em uma análise da prática científica não é mais do que uma descrição daquilo que os cientistas tratam como conhecimento justificado.

Ora, vimos anteriormente da crítica formulada a Quine que os cientistas não estão simplesmente engajados em práticas arbitrárias para denominar as teorias de “justificadas” ou “injustificadas”. Eles têm uma compreensão não totalmente explícita do que a justificação é, ou seja, uma compreensão intuitiva do que se quer dizer com justificação. Porém, Leiter não oferece nenhuma razão para pensar que não podemos tornar esse entendimento explícito. E não há nenhuma razão para pensar que tal teoria científica será simplesmente uma descrição do que os cientistas chamam de “justificado”. Além disso, se os cientistas se prendem a um fenômeno, não devemos descartar a possibilidade de que a melhor teoria desse fenômeno pode rejeitar alguns aspectos da compreensão dos próprios cientistas. Em geral, a menos que assumamos que a justificação na ciência é uma farsa, é difícil ver por que ela não pode ser compreendida de outra forma. Ademais, o fato de “afetar a prática” não necessariamente é um objetivo do conhecimento científico, de modo que, por si só, não pode determinar a possibilidade de justificação na teoria do conhecimento.

No entanto, Leiter não entende dessa forma, o que se reflete no seu paralelo com a teoria do direito. Para ele, no direito, a questão da justificação é simplesmente se o exercício de poder de coerção por parte dos Tribunais é defensável numa sociedade democrática (dados certos princípios normativos que são fundamentais para uma sociedade democrática) (LEITER, 2007a, p. 145).

A teoria da decisão judicial, para Leiter, “diz aos juízes como eles devem justificar as suas decisões”, ou seja, busca “basear” a tomada de decisão judicial em razões que exigem

“únicas respostas”. Em face da indeterminação do direito, Leiter conclui que tal teoria é falha e, portanto, deveríamos nos livrar de qualquer reflexão filosófica sobre a questão, pois tal reflexão não teria sentido. Contudo, Leiter não nos oferece nenhuma outra razão, além deste argumento, para abandonar reflexões filosóficas sobre a relação justificativa entre o direito e a decisão judicial, talvez por que o tipo de teoria que Leiter tenha como seu alvo está profundamente falido: o formalismo jurídico. Leiter necessita de uma abordagem de sucesso para demonstrar a tese da indeterminação da relação entre razões jurídicas e conteúdo do direito. Mas tal abordagem não aparece em sua teoria.

O primeiro ponto a ser observado é que o conceito de justificação é mais amplo do que a descrição de Leiter permite observar: a decisão jurídica pode ser justificada nas hipóteses de ser exigida ou permitida, enquanto Leiter só sanciona uma teoria que permite a primeira hipótese. De acordo com Thomas Adams, Leiter trata como equivalente sua compreensão da teoria da decisão judicial com a questão da justificação do direito e da noção do direito exigindo um resultado (2014, p. 320). A decisão judicial é, sob este ponto de vista “fundacional” se puder dizer que o direito “exige” que: “[A] teoria da decisão judicial (...) visa fundar a tomada de decisão judicial em razões que exigem resultados únicos” (LEITER, 2007a, p. 39).

Ora, não se pode dizer que apenas nas circunstâncias em que as decisões são exigidas se exige a justificação do direito por meio das razões jurídicas, isto é, quando um Tribunal é obrigado a aplicar uma lei na resolução do caso concreto. O argumento é falho, uma vez que assume que, se os juízes “podem fazer direito” no caso concreto, então a sua capacidade de legislar deve ser do mesmo tipo do Poder Legislativo. Tal conclusão, embora não esteja evidente no trabalho de Leiter, não corresponde à realidade da prática jurídica⁴¹⁸. Aliás, desde Hart, apenas para nos mantermos no plano do positivismo jurídico, “(...) os poderes do juiz são exercidos apenas de dispor de determinados casos instantâneos [como tal]; ele não pode usá-los para introduzir reformas de grande escala ou novos códigos”. O Tribunal, ao contrário do legislador, deve sempre considerar a coerência de sua decisão com os outros aspectos jurídicos que suportam relação estreita, mas que ele é incapaz de reformar plenamente.

⁴¹⁸ A ideia da expressão de um poder legislativo pelo juiz está implícita nas considerações de Leiter sobre a decisão do Juiz Cardozo no caso *MacPherson*, acima citado: “It is an uplifting picture and aspiration, but is it not, says the Realist, complete obscurantist non-sense, denying the cogency of the settled law prior to MacPherson, as well as Cardozo’s genius in his quasi-legislative role as law reformer transforming antiquated rules of liability in response to the demands of a new economy?” (LEITER, 2012, p. 884).

Se, como Leiter parece querer dizer, uma decisão judicial é juridicamente justificada apenas no caso em que o direito exige ou permite, neste último caso há a possibilidade de legislação judicial. O que se segue é uma importante consequência: Leiter apresenta, independentemente da questão de indeterminação do direito, uma razão para abandonar a aspiração de uma abordagem motivada pela busca de respostas corretas (e únicas) tal como pretende Dworkin. Porque, se um Tribunal tem o poder de decidir ou que ‘p’ ou ‘não p’, então nenhum resultado poderá ser garantido de forma exclusiva. Ambos serão *ex-ante* justificáveis, e aquele que for escolhido será *ex-post* justificado. A explicação filosófica da justificação no direito que buscava “basear a tomada de decisão judicial em razões que exigem resultados únicos” teria de ignorar este aspecto importante e, ao fazê-lo, incidiria em um equívoco teórico.

Leiter é coerente, em seus propósitos teóricos, ao sugerir que uma teoria que tenha como objetivo mostrar a decisão judicial baseada em respostas únicas falharia ao incorporar o fato da indeterminação do direito. Se, por exemplo, estamos diante da interpretação e aplicação do princípio de razoabilidade, sabemos que existirá uma série de casos em que o direito tolera a aplicação divergente desse mesmo princípio.

Ao permitir que a tese de que o direito é indeterminado em uma variedade de casos (ou localmente, como prefere Leiter), o que se segue para uma abordagem da justificação? Afirmar de Leiter é que ela deve ser abandonada. Se for verdade que a admissão da indeterminação jurídica, isto exclui a plausibilidade de uma série de concepções da relação entre direito e decisão justificada, como é o caso da teoria de Dworkin e até mesmo do formalismo jurídico.

Mas o que Leiter afinal quer dizer com a proposta de uma teoria filosófica com as aspirações mais limitadas, que não pretende basear decisões judiciais em razões que exigem “resultados únicos”? Ele permite que tal teoria seja concebível, mas, ao mesmo tempo, ele mesmo questiona o seu valor pragmático quando declara que:

“Será que [tal concepção] fornece a orientação normativa aos juízes que queremos de uma teoria? Será que uma teoria que diz que os juízes estariam justificados (com base na classe de razões jurídicas) para decidir em favor do autor (...) ou do réu (...) realmente prestar orientação normativa para juízes vale a pena ter? Minha intuição é que uma orientação normativa como esta (que subdetermina o resultado final) não tem muito valor para os juízes ou advogados (...) LEITER, 2007a, p. 42)

Não creio ser esta razão suficiente para abandonarmos a reflexão filosófica a respeito da justificação das decisões judiciais e do próprio conceito de direito em favor da continuidade com os métodos das ciências empíricas. Afinal, seu objetivo é melhorar a visão sobre a natureza da prática jurídica, não fornecer um teste específico para aplicação do direito por praticantes. Pensar o contrário não apenas é para confundir, como aborda Thomas Adams “*explanans e explanandum*: estamos fora para explicar as normas de tomada de decisão judicial competente, não constituindo-as” (2014, p. 323), mas também confundir a importação dos conceitos gerais, como a justificação e validade, com os quais uma boa teoria jurídica irá operar⁴¹⁹.

Leiter insiste que o Realismo Jurídico Norte-Americano é comumente interpretado como uma resposta às teorias formalistas e seus excessos, herdado de seus próprios fracassos: uma ênfase irrealista sobre a indeterminação jurídica, e uma concepção cética sobre a fundamentação do direito. É por tal razão que não é possível discordar de H.L.A. Hart em favor da recapitulação naturalizada proposta por Leiter. Hart viu toda essa exacerbação teórica como uma interpretação plausível do lugar dos Realistas Norte-Americanos no início da teoria do direito norte-americana do século XX, e que ele tão bem descreveu na metáfora do “*Pesadelo e do Sonho Nobre*”. O ponto de Hart é que nem o pesadelo, nem o sonho nobre, capturaram completamente o espírito de raciocínio dentro do direito, mas as lições a serem aprendidas a partir do “pesadelo” realista foram suficientes para dissipar o mito do “sonho” formalista, para nos lembrar do poder político do juiz, e da incompletude do direito. Tratarei sobre a crítica hartiana mais adiante.

Talvez a defesa do Leiter do abandono do conceito de justificação deva ser lida de modo semelhante: sua versão do Realismo, com ênfase na indeterminação do direito, pode ser usada para mostrar que as teorias formalistas da decisão judicial falharam. Mas isso deixa espaço suficiente para outros candidatos plausíveis que não tentam mostrar o caminho para resultados particulares em casos reais, ou até mesmo segurar a tese de que em casos

⁴¹⁹ Adams apresenta, aqui, também, um exemplo importante sobre como considerar o problema da indeterminação no direito: “a ortodoxia atual de admissão para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos é um sinal sobre a visão de que um juiz só deve aplicar e não ‘fazer’ o direito, no sentido de confiar em sua capacidade jurídica independente para julgamento valorativo dos casos concretos. Admitir a indeterminação em uma abordagem da justificação do direito mostra a instabilidade dessa dicotomia entre o permitido e o inadmissível. Não só é o caso de que os juízes podem, e muitas vezes, justificadamente fazer o direito, mas são muitas vezes confrontados com casos em que eles não têm escolha a não ser confiar em um julgamento independente, julgamento não controlado pela autoridade do direito. É importante ressaltar que essa rejeição da objetividade reivindicada na confirmação, ocorre como parte de uma investigação filosófica sobre os limites da justificação no direito, e não em outra base, externa ao direito, com metodologia dele diversa” (ADAMS, 2014, p. 324).

difíceis respostas jurídicas adequadas estão esperando para ser encontradas em oposição às decisões que ainda esperamos que sejam feitas.

1.4 Por que defender a análise conceitual?

No primeiro capítulo vimos que Quine desafiou a ideia de análise conceitual tradicional⁴²⁰, de tal sorte que deveríamos abandoná-la em favor de uma metodologia científica. Para tanto, Quine apresentou, em síntese, os seguintes argumentos: (i) a falência da distinção analítico-sintético; (ii) a falibilidade de nossas intuições ordinárias, constatadas pela então em desenvolvimento filosofia da mente; (iii) a ideia de que todas as afirmações são revisáveis em face das experiências recalcitrantes; (iv) a afirmação de que mesmo afirmações conceituais putativas são apenas contingentes e; (v) a pressuposição da análise conceitual relativa a um fundacionismo já desacreditado.

Também mencionei que o debate metodológico iniciado na epistemologia repercutiu, por certo, em outras áreas da filosofia, incluindo a filosofia do direito. Na clássica obra de H.L.A. Hart evidenciam-se duas afirmações metodológicas importantes: a primeira, de que sua teoria é geral e descritiva; a segunda, que sua teoria é um exercício de análise linguística e de sociologia descritiva. A chave para a compreensão do método hartiano é a compreensão do sentido em que podemos usar as palavras em relação aos fenômenos jurídicos. Desse modo, a verdade de um fenômeno social como o direito poderia ter sua natureza conhecida pelo emprego da análise conceitual, isto é, sobre como empregar a linguagem para compreendê-lo. Assim, embora os conceitos sejam objetos abstratos e independentes de nossas atividades sociais, a linguagem é uma construção social baseada nas práticas sociais ou cujos conceitos nossa linguagem extrai ou expressa são determinados pelo conteúdo dessas práticas sociais. Analisar o conceito de direito, na perspectiva de Hart exige, daí, a identificação das visões compartilhadas sobre as práticas

⁴²⁰ Apenas para recapitular os conceitos anteriormente apresentados, na visão tradicional, a análise conceitual é suposta para destacar o conjunto de verdades analíticas a priori sobre um conceito que está sendo analisado, revelando, assim, as condições de sua aplicação adequada necessárias e suficientes. Na visão pragmatista, que tem algumas reservas sobre analiticidade, não embora ela não seja necessária, mas, em vez disso, as características mais marcantes de um conceito que deve ser descoberta por meio de análise conceitual: “aquelas que figuram mais proeminente em uma explicação sobre o tipo de coisa é o conceito de que são fundamentais para a nossa compreensão e apreciação dele” (COLEMAN, 2001, p. 179). Isto é feito, em primeiro lugar, através da identificação, com base em intuições do filósofo, de casos claros do conceito analisado que desencadeiem novas intuições como evidência sobre os recursos necessários do conceito. Na medida em que as intuições do filósofo sobre os casos claros correspondem ao entendimento comum ordinário do termo pelo qual um conceito é designado, eles revelam a “teoria popular” sobre as coisas que caem sob o conceito.

sociais concernentes ao fenômeno jurídico. Nesses termos, ainda que as pessoas tenham intuições idiossincráticas a respeito do conceito de direito, o apelo às intuições se torna importante na medida em que for compartilhado pela comunidade e em que houver coerência com as convenções centrais sobre o uso desse termo. Quando as pessoas começam a discordar a respeito de suas intuições sobre o conceito de direito, isto se torna uma indicação confiável de que tal questão não está fixada pelas convenções centrais e que, por isso, merecem ser revistas.

Em que pese esta breve explanação do empreendimento analítico de Hart tenha um inegável caráter empírico, Leiter, para manter a coerência com os pressupostos naturalista, rejeita a concepção hartiana, acusando-a de uma “análise conceitual imodesta”, justamente por confiar nas intuições de nossa linguagem ordinária, cuja falência foi atribuída por Quine⁴²¹. No mais, tal como vista tradicionalmente a partir da teoria hartiana, para Leiter, a análise conceitual restaria como uma forma de lexicografia (LEITER, 2007a, p. 124).

Diante do que apresentei no primeiro capítulo, é possível dizer que Hart, ao contrário do que Leiter quer nos fazer crer, está fazendo algo radicalmente diferente de uma lexicografia, de sorte que a acusação de Leiter é equivocada, não por que tenha lido, nesse ponto, a obra de Quine de forma errônea, mas por que os pressupostos quineanos são, por si só, equivocados.

Vimos que em “*Dois Dogmas do Empirismo*” Quine apresenta seu argumento em dois passos: (i) a rejeição à analiticidade e; (ii) a impossibilidade de formular uma análise não-circular das afirmações analíticas. A esses dois passos, duas grandes objeções foram levantadas: (i) Quine pressupõe equivocadamente que verdades necessárias sejam verdades analíticas; (ii) a noção de necessidade sem referência à analiticidade simplesmente não mostra que não há nada no mundo que corresponda à distinção analítico-sintética (HIMMA, 2011, p. 10).

Ora, é plenamente contestável dizer que conceitos sociais complexos, como é o caso do conceito de direito, possam ser plenamente explicados em termos não-circulares. Para explicar plenamente o “conceito de direito” tal como pretende Hart, devemos incluir referências tais como “Estado”. Mas é difícil ver como alguém poderia explicar a noção de “Estado” sem ter um “conceito de direito”, de sorte que a circularidade é inescapável. Na

⁴²¹ Na sua explicação a respeito da falibilidade de nossas intuições, Leiter pontua que: “(...) os membros da sociedade podem fracassar em estar conscientes sobre os padrões de acordo coletivo que constituem suas próprias instituições. Isso por ocorrer por que as instituições sociais tendem a mudar com o tempo, tal como não há ponto discernível na história da sociedade quando seus membros estão engajados em qualquer atividade social construtiva” (2013, p. 11).

verdade, a ideia de que não podemos definir a ideia de analiticidade em termos não-holísticos e não-circulares não implica dizer que não haja verdades analíticas ou que não haja distinção entre afirmações analíticas e sintéticas.

De outro lado, a falibilidade de nossas intuições também não é motivo suficiente para rejeitar a análise conceitual, ao passo que precisamos de mais argumentos para justificar a rejeição da metodologia tradicional em favor de uma metodologia que seja contínua com a ciência, ou seja, é preciso mostrar que uma metodologia baseada em intuições é mais propícia a cometer erros do que a metodologia substitutiva a qual, de acordo com os naturalistas, é a metodologia científica. Como bem aponta Kenneth Himma, “embora seja verdade que a metodologia científica frequentemente resulta correta, também a investigação *a priori* quando propriamente responsiva às evidências em conflito” (HIMMA, 2011, p. 14).

Ora, a investigação filosófica deve começar de algum ponto, e o melhor que se pode fazer é começar pelas premissas que são amplamente acreditáveis, justamente por serem intuitivamente óbvias. Mesmo o desafio naturalista à intuição confia numa intuição epistêmica que não pode ser defendida, isto é, que filósofos não devem apelar para intuição porque ela é falível e não propriamente fundada em uma teoria. Isso significa dizer que, para os fins aqui propostos (a discussão da viabilidade do projeto de naturalização da teoria do direito por Brian Leiter), não podemos fazer teoria sem apelar para nossas intuições. Veja-se que o próprio Leiter, ao tratar da questão do conceito de objetividade jurídica não deixa de apelar para nossas intuições ao apresentar o exemplo da “*Convenção do Chocolate*” (2007a, p. 248).

Além disso, a necessidade de confiança em nossas intuições não é única na filosofia. Todas as teorias são fundadas em premissas que são assumidas dessa forma. Assim a matemática, que inicia de um conjunto finito de axiomas que devem ser considerados seu ponto de partida⁴²².

A ideia de confiança nas intuições, aliás, tem um fundo pragmático: não podemos sequer justificar afirmações causais sem elas. O argumento do sucesso das ciências, repisado insistentemente por Quine e Leiter, é um exemplo de intuição pela qual iniciam o desafio

⁴²² Mark Greenberg adota posicionamento semelhante. Para ele, as dúvidas sobre a fecundidade ou a possibilidade de uma investigação pura *a priori* não justificam uma proposta de substituição, como Leiter pretende. A explicação causal-nomológica não é de nenhuma maneira a única alternativa à investigação *a priori*. Investigação filosófica se baseia em fatos empíricos – a partir de fatos familiares e banais sobre o mundo em relação àqueles descobertos pela ciência mais recente. E se os críticos do *a priori* estão certos de que, por exemplo, o raciocínio matemático e filosófico não são *a priori*, o que se segue é que a concepção tradicional da filosofia como *a priori* deve ser revista, não que as questões filosóficas e explicações devam ser abandonadas (GREENBERG, 2011, pp. 08-09).

da naturalização. Logo, à falta de uma análise do que significa o conceito de “sucesso” para a teoria da decisão judicial e da metodologia para identificá-lo, o projeto teórico de naturalização de Leiter é ameaçado do colapso em um projeto meramente empírico.

Em que pese a afirmação de Leiter de que as intuições sobre conceitos não desfrutam de um *status* epistêmico privilegiado, tal qual as afirmações da ciência empírica (2014), se tais intuições forem genuinamente compartilhadas e expressas na prática, então o conteúdo da prática deve refletir essa intuição, de modo que não se pode negar que nossa prática linguística compartilhada tenha um *status* epistêmico (e, por conseguinte, justificativo, especial⁴²³).

De outro lado, ainda que se assuma que Quine esteja certo ao afirmar que todas as afirmações estão sujeitas à revisão em face das experiências humanas, de sorte que a diferença de conhecimento nas diferentes áreas da rede de crenças é uma questão de grau e não de tipo, isso não implica que não há nada de distintivo na afirmação conceitual ou na metodologia da análise conceitual. Uma vez que, como vimos na breve explicação da teoria hartiana, afirmações conceituais são fundadas em afirmações empíricas sobre as convenções centrais para o uso de termos como “direito”, há um elemento empírico inegável na análise conceitual. Dessa sorte, embora a metodologia conceitual e científica possa ter alguns elementos em comum, elas são fundamentalmente empreendimentos diversos.

Nem há que se falar que a contingência das afirmações conceituais lhes retire seu *status* epistêmico privilegiado. Ora, não é surpresa que o uso das palavras se altere ao longo do tempo. No entanto, o conteúdo de nossos conceitos é superveniente às nossas práticas linguísticas, de sorte que o que entendemos como conceitualmente verdadeiro pode mudar na medida em que as práticas mudarem. Isso sugere que as afirmações conceituais são, na verdade, *condicionalmente necessárias*: ainda que seja verdade que as convenções possam mudar, as convenções existentes nos comprometem a negar a possibilidade de uma análise diversa daquela nela inserida enquanto tais convenções forem aceitas e praticadas⁴²⁴.

Na realidade, a afirmação de que o mundo, tal como o conhecemos é, ao menos em parte, resultado de nossas próprias atividades sociais e que a análise conceitual, como

⁴²³ O exemplo de Kenneth Himma é esclarecedor nesse sentido: “If the majority of speakers converge in using “water” to apply paradigmatically to all and only H₂O, then the shared view that water is H₂O constitutes one of the core linguistic conventions for using the term “water.” The content of our concepts is a mind-dependent feature of reality determined by our shared views about how to use the relevant concept-terms. Our shared intuitions about the obvious features of the practices in which we participate are infallible in this sense” (HIMMA, 2011, p. 16)

⁴²⁴ V. Himma (2011, p. 21).

tradicionalmente concebida, nos auxilia a compreender esse mundo. Dessa sorte, o mundo não pode ser completamente conhecido sem a compreensão mais profunda das atividades e práticas que envolve ou pressupõe.

O que é mais importante na defesa da análise conceitual, no âmbito do direito, tal como posta desde a virada linguística identificada na obra de Hart, é que sua finalidade é garantir uma base teórica para todas as demais proposições de uma determinada área do conhecimento, em particular, o direito. Mas isso não significa endosso ao fundacionismo, do tipo que implicará respostas corretas às questões jurídicas, mas apenas contribuir para a solução de problemas teóricos substantivos no direito, esclarecendo-os. Note-se que, na verdade, quem expressa esse tipo de fundacionismo é o próprio Leiter, na medida em que propõe, como mencionei anteriormente, que a teoria da decisão judicial “diz aos juízes como eles devem justificar suas decisões, isto é, procura ‘fundar’ o processo decisório em razões que exigem respostas únicas” (2007a, p. 39).

Acredito, portanto, que o tipo de análise conceitual que devemos defender não é o mesmo tipo de análise conceitual expressa no projeto de naturalização de Leiter, dada as suas inconsistências teóricas de fundo, já observadas no desafio naturalista de Quine.

Uma vez que os conceitos desempenham um papel vital em nossa compreensão cotidiana de vários fatos e situações, tornando o mundo mais inteligível para nós, o primeiro objetivo da análise conceitual é fornecer uma teoria que produza a melhor compreensão do mundo, que se segue a partir de um conjunto previamente identificado de critérios para a sua correta utilização. Desta forma, uma teoria conceitual disciplina a aplicação do conceito e serve como base para a análise de outras instâncias possíveis do conceito que não eram vistas claramente e *prima facie*. O segundo objetivo da análise conceitual é manter uma estrutura dentro da qual discussão significativa a respeito dos conceitos possa ocorrer, para que possamos saber se estamos discutindo, afinal, o mesmo assunto. Em terceiro lugar, empregar a análise conceitual também define os limites do conceito analisado, possibilitando uma investigação sobre as suas relações com outros conceitos. Finalmente, ao determinar o conteúdo do conceito através do uso de análise conceitual, supõe-se que podemos “aprender algo interessante, importante ou essencial sobre a natureza da coisa que o conceito denota” (Coleman 2001, 179).

Diante desses argumentos, é possível entrever que a análise conceitual tradicional, tal como colocada por Hart, tem um elemento empírico que dificilmente poderia ser rejeitado por Leiter, de tal sorte que é possível o seu emprego para compreender a natureza do direito, isto é, suas características essenciais. Dessa sorte, se o naturalista tem razões para

perguntar por evidências empíricas sobre o conceito de nossas práticas cotidianas, não há a menor necessidade de mitigar o seu papel na teoria do direito, propondo uma versão modesta da metodologia já empregada por Hart, se desejarmos nos manter consistentes com a alegação de que a melhor imagem do mundo é aquela dada pela análise conceitual intentada pelo positivismo jurídico.

Não se trata, todavia, de uma questão de imodéstia ou modéstia da análise conceitual, no sentido de que a primeira visa proporcionar conhecimento sobre a verdadeira natureza do seu objeto, consultando as intuições sobre como o conceito se estende a possíveis casos, enquanto a última tem por único objetivo determinar a que o conceito se refere, permitindo que as ciências respondam à pergunta sobre o caráter real do referente, se houver. Não se pode dizer que há mudança prática no objeto da investigação quando se diz que o uso da análise conceitual no seu papel modesto o determinaria como sendo “o conceito de direito” enquanto o uso de análise conceitual no seu papel imodesto determinaria o nosso objeto de investigação como sendo “a natureza do direito”. Nós seguimos tratando do mesmo conceito, o “conceito de direito” posto que falar sobre o conceito de direito é também falar sobre sua natureza⁴²⁵.

Ao rejeitar a possibilidade de que o conceito de direito seja analisado em termos de suas características essenciais ou necessárias, isto é, ao restringir a investigação à pura ideia de “conceito de direito”, a análise conceitual modesta nos levaria à lexicografia que Leiter pretende evitar, agora aceita por servir a uma função teórica importante, ainda que suas afirmações estejam submetidas a revisão⁴²⁶. Aliás, o próprio Leiter constata em sua teoria que o conceito de direito é um conceito artificial, e não um tipo natural⁴²⁷, paradigma da crítica de Quine à análise conceitual tradicional, o que indica que, tal como colocada, não

⁴²⁵ Concordo com Kenneth Himma no sentido que: “Modest conceptual analysis simply cannot be only about the content of concepts; it cannot avoid making metaphysical claims about the world – though these claims are not absolute (or “timeless,” as the matter is sometimes put) in the sense of being independent of the particular conceptual framework in which they are made” (HIMMA, 2011, p. 06).

⁴²⁶ V. Leiter (2011, p. 15-17).

⁴²⁷ Interessante observar a dificuldade de Leiter com relação a este ponto. Ao tentar defender a análise conceitual, ele diz que: “With respect to Natural Kind Concepts, modest conceptual analysis tries to clarify how the “folk” are using the concept, which then permits us to see whether or not it picks out the natural kind in question (the latter being a deliverance of the pertinent science). With respect to Hermeneutic Concepts, however, the clarification of the concept entails the clarification of the referent. If it turns out that by the Hermeneutic Concept of “wolverine” we mean the “mascot of the University of Michigan sports teams,” then modest conceptual analysis of “wolverine” also tells us what wolverines are, from the hermeneutic point of view. Of course, it also turns out that this concept of wolverine does not successfully pick out the referent of the Natural Kind Concept of wolverine, but the latter (the referent, that is) is not a discovery of modest conceptual analysis, but of science. If that is right, then the most important methodological issue in general jurisprudence is whether the concept of law is, or is not, a Hermeneutic Concept” (2011, p. 18). Ao mesmo tempo, retrata, de forma ambígua, que “the best causal explanation of decision, the Attitudinal Model, is one that relies centrally on Hermeneutic Concepts” (LEITER, 2007a, p. 188).

resta à análise conceitual modesta de Leiter opção que não a degeneração em um tipo de cientismo⁴²⁸, isto é, uma nova forma de fisicalismo, contra a qual a teoria do direito pós-hartiana já se posicionou.

Em suma, as implicações da tomada da virada naturalista por Leiter, em termos de abandono de uma análise conceitual *a priori*, não a joga fora tão simplesmente de modo a lhe proporcionar um papel serviente. O papel dos conceitos é interagir com a investigação científica – vista como uma combinação dinâmica da compreensão científica recebida, uma base experiencial mais ampla que pode pôr em causa esse entendimento, e uma faculdade imaginativa que pode postular outros entendimentos possíveis. Sob esta luz, um conceito não apenas recebe a compreensão científica, mas é também um agente de mudança e desenvolvimento desse entendimento. Do contrário, o abandono da análise conceitual suscitado por Leiter remete tão somente a uma postura conservadora e estagnada do conhecimento e da investigação intelectual a respeito de determinado domínio. Implica desconsiderar o potencial da filosofia na melhoria e no enriquecimento das ciências e, por conseguinte da sua própria postulação de uma continuidade entre a filosofia e as ciências naturais, suscitada por Quine.

2. Leiter é um bom leitor do Realismo Jurídico?

Leiter, no início de sua obra, afirmou que, nos inícios dos anos 1990, algo ficou claro na teoria do direito: a marginalização da tradição jusfilosófica do Realismo Jurídico Norte-Americano, caracterizada como uma concepção filosófica reconhecida por seu método de análise conceitual via apelo às intuições populares, método este que corria sério risco de se tornar um item de antiquário após a virada naturalista. Mas Leiter nos apresenta a seguinte provocação: “reconheça os realistas como ‘naturalistas filosóficos prescientes’ e então entenderá por que a maioria dos filósofos do direito não os compreendeu, e por que eles acertaram algumas coisas” (LEITER, 2007a, pp. 03-04). Para dar reforço ao seu argumento, Leiter afirmou que os Realistas eram “positivistas tácitos”, comprometidos em especial com o tipo exclusivista de positivismo, ao mesmo tempo em que procura absolver o Realismo Jurídico Norte-Americano de ter postulado, de forma inédita na teoria do direito, uma teoria preditiva, causal-explicativa, da decisão judicial.

⁴²⁸ V. GREEN (2011).

Entretanto, acredito que há sérias dúvidas a respeito de ambas as afirmações. Em primeiro lugar, acredito que o Realismo Jurídico pode ser considerado uma modalidade de positivismo tácito apenas na medida em que essa afirmação adota uma afirmação trivial do positivismo, especialmente com relação ao critério de legalidade por ele adotado (o direito como coerção do Estado), tão frágil que ninguém seriamente poderia contestá-lo. Em segundo lugar, a tese de que os Realistas Norte-Americanos não haviam expressado uma teoria preditiva da decisão judicial não parece ser condizente com os ensaios dos próprios Realistas e com o seu propósito de estudo da regularidade do comportamento dos juízes, não apenas a serviço da orientação dos advogados para seus clientes, mas para a autocompreensão do juiz no processo decisório.

Como o naturalismo filosófico, os Realistas não privilegiavam nossas intuições sobre o alcance do conceito de direito, intuições que renderiam uma teoria sobre o conceito de direito tal como a explorada por Hart. Eles defendiam a teoria previsão, porque achavam que ela estaria justificada pela investigação científico-social da tomada da decisão judicial. Se assim for, os Realistas eram muito mais naturalistas do que Leiter parece supor. Apresento, a seguir, os dois argumentos, a fim de apontar as dificuldades da “interpretação simpática” (2007a, p. 21) de Leiter do Realismo Jurídico e como isso reverbera na sua reconstrução do Realismo como abordagem empírica da teoria da decisão judicial.

2.1 Seriam os Realistas Positivistas?

Para Leiter, o argumento Realista para a indeterminação do direito é relacionado à concepção sobre o que conta como razões jurídicas legítimas. Isto pressupõe uma visão sobre o critério de legalidade. Ao demonstrar a indeterminação do direito⁴²⁹, concentrando na indeterminação da interpretação de leis e precedentes, os Realistas parecem supor que estes exaurem as fontes do direito⁴³⁰, tese esta que é facilmente justificada em uma base que o positivismo exclusivista pode tornar clara. Assim sendo, se o positivismo exclusivista for falso, então o argumento do Realismo para a indeterminação do direito inclui uma premissa falsa e, portanto, torna inviável a defesa da tese de que não existem

⁴²⁹ Eis, novamente, o argumento de Leiter: “Moreover, it does so for essentially Quinean reasons: because the foundational account of adjudication is a failure – a consequence of accepting the Realists’ famous claim that the law is indeterminate” (2007a, p. 40).

⁴³⁰ Na voz do próprio Leiter: “And in demonstrating the indeterminacy of law by concentrating on indeterminacy in the interpretation of statutes and precedents, Realists like Llewellyn and Radin seem to be supposing that these exhaust the authoritative sources of law. This means, of course, that the Realists are working with an implicit theory of the concept of law, a theory on which the argument for indeterminacy piggy-backs.” (2007a, p.45)

respostas corretas no direito, o que impossibilitaria a implementação do projeto de naturalização da teoria da decisão judicial pelos Realistas, “contínuo com a investigação empírica nas ciências naturais e sociais” (LEITER, 2007a, p. 31).

É importante, portanto, para a viabilidade do projeto de Leiter, o teste do argumento do positivismo exclusivista. Em primeiro lugar, o argumento do positivismo exclusivista é puramente conceitual: não é que os positivistas exclusivistas acreditem que os juízes são impedidos de confiar na moralidade quando conceitos morais são mencionados em questões jurídicas. Mesmo para o positivismo exclusivista, haverá circunstâncias em que o juiz terá que confiar em razões morais para decidir. A questão levantada pelo positivismo exclusivista está dentro ou fora do âmbito do direito quando se volta para padrões morais. Seria este um debate de grande importância para o Realismo Jurídico Norte-Americano, isto é, para a tese da indeterminação do direito? A seguir aponto alguns argumentos apresentados na obra de Leiter:

(i) Leiter apontou que os Realistas pressupunham uma teoria de acordo com a qual toda regra jurídica é identificada de acordo com seu *pedigree* (2007a, p. 80). A ideia de *pedigree* é comum ao positivismo jurídico num sentido amplo, de que todas as normas jurídicas referem-se a uma regra de reconhecimento e delas são derivadas;

(ii) Leiter defendeu uma postura de antirrealismo moral aos Realistas, no sentido de que valores morais não têm mérito intrínseco, de sorte que o direito não inclui padrões valorativos. Esse argumento, entretanto, não mostra que os Realistas pressupunham o positivismo exclusivista, pois tanto o positivismo inclusivista quanto o exclusivista pressupõem que há valores morais válidos. Raz, por exemplo, ao assumir a explicação sobre a natureza da autoridade deixa em aberto a questão sobre o que torna a autoridade legítima e, por conseguinte, justifica a autoridade do direito, costuma afirmar que a justificação da autoridade repousa na conclusão de que o agente se conforma melhor à aplicação das razões de autoridade do que às chamadas “*razões de primeira ordem*”. Tal explicação, à primeira vista, se aproxima do que consideramos como razões morais. Mas, se para o positivismo exclusivista não há razões morais, então o argumento da autoridade nunca é justificado, o que é destrutivo para o argumento do positivismo exclusivista.

(iii) Leiter acredita que o direito é ao menos localmente indeterminado, de sorte que a resposta correta de um caso pode nunca ser previsível. Para que possa afirmar isso, Leiter precisa ser capaz de distinguir entre razões jurídicas e não-jurídicas que tornam o direito determinado. É para tanto, pois, que Leiter confia no positivismo exclusivista. Dois argumentos podem ser extraídos daqui. O primeiro, que se a moralidade está incorporada

ao direito, então é em razão dos profundos desacordos morais que não podemos determinar o direito. Em segundo, que a incorporação da moralidade ao direito não é clara, uma vez que a moralidade é um dos elementos não jurídicos que afetam as decisões jurídicas. Entretanto, são justamente os desacordos sobre a moralidade que explicam por que o direito é indeterminado, o que seria surpreendente ao positivismo exclusivista que elementos não-jurídicos como a moralidade determinem o direito. Ademais, o próprio Realismo Jurídico indica que há muitas outras causas ou fatores não-jurídicos que determinam a decisão judicial, dentre eles, fatores pessoais e psicológicos, de sorte que não é a moralidade quem determina, por si só, o que é ou não direito. Portanto, mesmo o positivismo inclusivista poderia responder à demanda do Realismo Jurídico, de que apenas os padrões morais que são reconhecidos no âmbito da regra de reconhecimento contam como direito. O fato de que tal distinção seja suficientemente abrangente e vaga, portanto, não implica que ela não possa ser feita e que o Realismo não possa endossá-la.

Leiter ainda argumentou que os Realistas eram pragmatistas por que, em certo sentido, acreditavam que a “teoria deveria fazer diferença para a prática (ou para a experiência)⁴³¹”. Isso faz com que, para o Realismo Jurídico Norte-Americano, o debate entre positivismo exclusivista-inclusivista não tenha o menor sentido, uma vez que não tem nenhum efeito na prática e em como os casos são (ou deveriam ser) decididos. Se os Realistas fossem conduzidos a tomar partido nesse debate, então, dada sua perspectiva da compreensão do advogado e o ponto de vista do que é o direito há alguma razão para pensar que eles teriam adotado uma postura mais maleável, mais comum, de que as normas morais incutidas nas Constituições e leis de vários sistemas jurídicos estão incorporadas ao direito.

Deve-se ter em mente, como mencionei anteriormente, que o debate positivismo inclusivista-exclusivista é essencialmente conceitual, ao passo que, como acertadamente Leiter aponta, o Realismo Jurídico é empirista, de tal sorte que é difícil ver que tipo de evidência empírica poderia ser levantada para sustentar apenas uma ou outra visão do positivismo, de tal sorte que, dizer que o Realismo Jurídico é comprometido com o positivismo exclusivista faz, portanto, pouca diferença para a prática jurídica, no sentido pragmático defendido pelo próprio Leiter.

⁴³¹ No original: “In other words, theorizing should make a difference to practice (or experience). Notice that this is centrally a normative maxim, concerning what sort of theorizing is worth doing. It is not a substantive metaphysical or semantic doctrine to the effect that, *e.g.*, theoretical claims that make no difference to practice or experience are meaningless and without cognitive content (...) Rather than think all acceptable beliefs must satisfy certain epistemic demands-*e.g.*, ‘corresponding to reality’, or ‘being warranted under ideal epistemic conditions’, or ‘figuring in our best scientific account of the world’, or ‘being inferable from some set of foundational beliefs’ - the pragmatist holds that some beliefs have to be accepted simply because they ‘work’ relative to various human ends.” (LEITER, 2007a, pp. 48-49).

Há ainda outro dado a ser considerado e que pode afastar o positivismo exclusivista de Raz de uma leitura que se preze “naturalizada” do Realismo Jurídico. Raz diz o seguinte sobre a natureza do direito “uma teoria consiste em verdades necessárias, haja vista que apenas verdades necessárias sobre o direito revelam sua natureza”; ao mesmo tempo, Raz sustenta que “[e]m grande medida, o que estudamos quando estudamos a natureza do direito é a natureza de nosso próprio autoentendimento” (RAZ, 2005, pp. 328; 331). Ora, vimos no capítulo primeiro que, de acordo com Quine, verdades necessárias seriam verdades analíticas. Na medida em que o naturalismo abandona a busca por verdades necessárias pela análise conceitual tradicional, substituindo-a por uma descrição causal-nomológica dos conceitos, caberia a uma teoria naturalizada do direito dizer como deveria ser o Realismo se propusesse a este mesmo abandono. Mas tal não se tornou possível e é este, talvez, um sinal de que seu “naturalismo” se limitou à decisão judicial e que, com relação ao resto da teoria do direito, incluindo a natureza da teoria do direito, eles se contentavam em “deixar a filosofia do direito como ela é”. Isso parece uma conclusão instável e insustentável. Afinal, por que apenas algumas partes da filosofia do direito deveriam ser tratadas por uma metodologia desenhada a partir das ciências sociais, enquanto a outra deveria repousar nas verdades necessárias rejeitadas pela essência do naturalismo? Minha preocupação aqui não é que os Realistas possam realmente ter introduzido no sistema ou pressuposto alguma tese conceitual do tipo positivista; minha preocupação, na verdade, é que não há nenhuma razão, mesmo que o tivessem feito, para que deixassem as questões da teoria do direito “como estavam”.

Portanto, ao contrário do que defende Leiter, o positivismo atribuído ao Realismo não necessariamente está compromissado com qualquer versão particular dele, em especial o positivismo exclusivista. Mas ainda subsiste a questão que deu título a este item: afinal, pode se afirmar que o Realismo pressupõe o positivismo?

Vimos que Leiter procura acentuar a distinção entre teoria do direito e teoria da decisão judicial. A primeira se refere à identificação de suas fontes, ao passo que a última, à explicação dos métodos que os juízes usam para decidir os casos. Para Leiter, o positivismo se refere a uma teoria do direito e o Realismo Jurídico, a uma teoria da decisão judicial. É claro que a teoria do direito, vista sob este aspecto, é inegável: nenhum teórico desafiou o postulado de que a teoria do direito tem essa função. Mesmo Dworkin, considerado maior crítico do positivismo, seria incapaz de negar que leis e precedentes são

importantes para o direito e para o que as pessoas pensam sobre o direito⁴³², em que as regras e padrões garantem o conteúdo da prática a ser identificada. Tal afirmação, vista sob este aspecto é, no mínimo, desinteressante. Tampouco parece chamar atenção o argumento de que as autoridades “não querem simplesmente saber o que o direito escrito diz” (LEITER, 2007a, p. 71). Afinal, não seria mais natural dizer que o direito conduz nossas ações e que o conteúdo do direito não é idêntico ao que ‘está escrito’?

Logo, se o projeto de naturalização de Leiter foi interpretado como uma negativa das razões jurídicas em favor da sua substituição por uma abordagem não-normativa sobre a relação de *inputs* e *outputs*, a teoria do direito de Leiter não terá espaço para o erro, algo que é possível à existência de falhas na prática jurídica: se uma norma é aplicável a um caso e o juiz deixa de aplicá-la, ele incidiu em erro, isto é, decidiu em desacordo com o direito. Para o naturalismo não há espaço para o erro. A ausência de uma teoria do erro é compatível com o postulado Realista de que o direito é aquilo que os juízes decidem. Mas dizê-lo não significa que os Realistas eram positivistas tácitos, ao menos além do argumento trivial⁴³³ acima explicitado.

Por fim, há um último argumento a respeito da trivialidade do positivismo defendido pelo Realismo Jurídico. Consideremos o problema da natureza do conceito de direito. Se os juízes decidem, segundo o Realismo, de acordo com seu próprio comportamento, ou com base naquilo que acreditam ser a melhor decisão política, então de uma forma importante o domínio do direito não seria diferente de outros domínios do conhecimento, o que confirmaria a concepção de objetividade esboçada por Leiter. Embora os Realistas tenham se distanciado das teorias do direito natural por que se viam mais interessados em questões de políticas públicas do que de moralidade e por que não se preocupavam em alcançar a essência do conceito de direito, eles também tendiam a divergir de um dos maiores dogmas do positivismo que é o da regra de reconhecimento. Para o positivista, nem toda fonte de valor ou decisória conta como direito, mas apenas as fontes reconhecidas como direito pela regra de reconhecimento. Mas se os Realistas realmente usam de razões não-jurídicas para decidir, então, qual o sentido em dizer que o direito é definido por uma regra de reconhecimento, que distingue o direito do não-direito? Nada na perspectiva do Realismo Jurídico contradiz diretamente este aspecto do positivismo jurídico, mas se, havendo

⁴³² É o que se extrai da etapa pré-interpretativa do método interpretativo da teoria dworkiniana, apresentado sucintamente mais adiante.

⁴³³ Interessante notar que, em uma nota de rodapé, Leiter chama esse positivismo trivial de “positivismo cru”: “I say ‘crude’ positivism, because positivists have historically recognized customary practices as legitimate sources of law, while the Realists often seem to assume that law is exhausted by legislation and court decisions” (LEITER, 2007a, p.45, n. 138).

distinção entre direito e não-direito, tem-se que os juízes usam razões não-jurídicas tanto quanto razões jurídicas, então qual o sentido também de fazer tal distinção para os Realistas? Essa seria uma distinção real, mas não atinge a prática decisória de nenhuma maneira.

2.2 Há de fato novidade em postular uma teoria preditiva no direito?

Acredito ser necessário dar aqui uma palavra sobre o valor de uma teoria preditiva no direito. Como vimos na explicação de Leiter, uma teoria preditiva do direito tem, em síntese, a missão de calcular a probabilidade do que os juízes ou demais autoridades do direito farão. Ela tem como atrativo o simples fato de chamar atenção para a conduta das autoridades na tomada de decisão e, apenas secundariamente, sobre a discussão de direitos e deveres das partes envolvidas em um determinado litígio. A previsão da decisão judicial é seu interesse primário, o que exige o estudo não apenas das fontes do direito, mas também do comportamento dos juízes, destinado a imitar os estilos de explanação utilizados nas ciências, isto é, explicações em termos de causa (a existência de uma norma jurídica) e efeito (a decisão judicial com base nessa regra jurídica).

O apelo pragmático⁴³⁴ a esta abordagem, ao qual Leiter parece ceder, descreve muito bem a preocupação primária da maioria dos litigantes e, portanto, de muitos dos advogados, isto é, a importância da previsão da probabilidade de imposição da coerção do Estado. Como indiquei anteriormente, o próprio Brian Leiter apontou que Holmes, em sua visão pragmática do direito não estava preocupado com a análise do conceito de direito, mas em tornar a teoria importante para a prática ao dar conselhos práticos para os advogados⁴³⁵.

Não se pode negar que a previsão seja particularmente importante no que se refere aos acertos fora do Tribunal por que ali, no âmbito do escritório das grandes e pequenas bancas, a solução é um consenso obtido com base na probabilidade do resultado confrontada com os custos do litígio, ou simplesmente a obtenção de um resultado rápido. Mas isso não reflete a maneira como o juiz raciocina. E, já que a maneira como o juiz

⁴³⁴ É apenas no âmbito da teoria da previsão que os Realistas se tornam pragmatistas: “It is only in this quite specific sense that I want to understand the Realists as pragmatists. For the Realists, it is a constraint on theory construction in jurisprudence that such theories have practical cash-value by making it possible to predict what courts will do” (LEITER, 2007a, p. 53).

⁴³⁵ No original de Leiter: “The analogy, simply put, is this: just as philosophical pragmatists hold that it is a criterion of acceptability for particular epistemic norms that they work for us humans – e.g., by helping us predict sensory experiences – so, too, it is a criterion of acceptability for a theory of adjudication for the Realists that it work for lawyers. “Work for lawyers,” for the Realists, means that it enables them to predict what courts will do” (LEITER, 2007a, p. 52)

decide é crucial na abordagem de uma teoria da previsão, todas as demais formas de raciocínio jurídico serão consideradas parasitárias desta. As razões de decidir de um juiz incluem a referência aos deveres e direitos dos litigantes, de sorte que seria impossível perceber como estas poderiam ser entendidas como indícios que aumentam ou diminuem a probabilidade de chegar a uma determinada decisão.

Os Realistas não tinham como intenção rever a ontologia jurídica então familiar dos tribunais, juízes e decisões. Talvez essa postura dos Realistas não seja surpreendente, já que dependiam de tais instituições para seu sustento. Então, se eles realmente eram protonaturalistas como Leiter alega que eles foram, eles devem ter sido muito tímidos⁴³⁶, de conformidade com a leitura comum estabelecida por Hart em *O Conceito de Direito*, segundo a qual os Realistas apresentavam um *ceticismo de regras*. Embora discutissem a respeito de uma teoria causal do raciocínio jurídico, eles também parecem ter pensado que a naturalização da teoria do direito poderia deixar tudo como estava (até por que o conservadorismo é um dos elementos do naturalismo substitutivo de Quine), nas mãos do positivismo jurídico e nos dizer que tipo de coisa que os Tribunais são, quem são os juízes, sua tomada de decisões, o que é o conteúdo dessas decisões, e assim por diante (GREEN, 2009, p. 31).

Leiter atribui ao Realismo Jurídico uma segunda versão desse *ceticismo de regras*, que veio a chamar de “*ceticismo de regras conceitual*” (2007a, p. 69), o qual apresenta uma abordagem do conceito de direito, de acordo com a qual “o direito é a previsão daquilo que as Cortes farão” ou que “o direito é aquilo que as Cortes dizem em determinada ocasião”. Embora em alguns momentos Leiter descreva essa forma de ceticismo como teoria preditiva do direito⁴³⁷, é mais apropriado, como ele mesmo indicou⁴³⁸, descrevê-lo como teoria da decisão judicial, uma vez que o direito é, em última instância, reduzido às decisões judiciais e não às previsões dessas decisões judiciais. Desse modo, a previsão da decisão judicial é importante apenas na determinação do que o direito deve ser. Há ainda uma terceira versão do ceticismo de regras, que nega que haja qualquer regra jurídica, apenas decisões judiciais (LEITER, 2007a, p. 68). Entretanto, uma completa redução do direito às decisões judiciais é incoerente, por que a existência dos Tribunais depende da

⁴³⁶ Nas palavras de Leiter: “It is undeniably true that these writers, like most Realists, talk about the importance of ‘predicting’ what courts will do. The question is whether, in so talking, they are fairly read as offering an analysis of the concept of law. Only Hart’s grossly anachronistic reading suggests an affirmative answer” (LEITER, 2007a, p. 70).

⁴³⁷ V. págs. 17 e 71 de *Naturalizing Jurisprudence* (2007a).

⁴³⁸ Para Leiter, os Realistas não naturalizam a teoria do direito, mas apenas a teoria da decisão judicial (2007a, p. 45).

existência de “regras secundárias conferindo jurisdição a indivíduos que garantam autoridade às decisões judiciais” (LEITER, 2007a, p. 68).

Embora a evidência de uma teoria da decisão judicial possa ser encontrada nos ensaios do Realismo Jurídico, é em Jerome Frank que encontramos sua proeminência. Para Frank, o “o direito é o que acontece no caso concreto” em razão do que Michael Steve Green denominou de “supremacia judicial” (2011, p. 24). De acordo com a ideia de forte de supremacia judicial, “não apenas o julgamento, mas também a interpretação errônea do direito é vinculante, no sentido que as autoridades devem respeitar a interpretação em situações futuras” (GREEN, 2011, p. 25). No entanto, Jerome Frank parece adotar uma postura mais modesta em relação à supremacia judicial. Para ele, o direito consiste mais em julgamento do que em interpretação. A interpretação não pode ser tratada como direito, por que a sua violação não tem efeito jurídico em face de um julgamento contrário do Tribunal⁴³⁹. Todavia, Leiter acredita que a afirmação de Jerome Frank não pode ser compreendida como uma teoria do direito, mas apenas uma preocupação em dizer o que o direito é no interesse do advogado e de seus clientes⁴⁴⁰.

É certo que essa visão simplificada de Leiter de que Frank, ao falar sobre “previsão das decisões futuras” quer afirmar o que num sentido simples, o direito significa para o “homem médio” quando consulta um advogado. Mas isso não quer dizer que, para Frank, o juiz pensasse dessa forma. Em “*Are Judges Human?*”, Jerome Frank defende que:

“É tudo o que o direito que importa para o cliente, todo o direito que importa para o advogado informando que cliente. E isso é tudo, entendo, que os Realistas queriam enfatizar um pouco para influenciar o que os outros juízes vão fazer ou dizer em outros casos. Mas o que os outros juízes decidem nesses outros casos, como resultado de quaisquer influências, será o direito nesses outros casos. O direito de qualquer modo é o que o juiz decide” (FRANK, 1930, p. 136).

Para Leiter, ao contrário da leitura estabelecida por Hart, os Realistas não poderiam estar comprometidos com um ceticismo de regras conceitual, por que este seria incompatível com seu argumento de indeterminação do direito, o que faz com que eles,

⁴³⁹ Para Frank: “Of course those old gentlemen in deciding cases do not follow their own whims, but derive their views from many sources. And among those sources are not only statutes, precedents, customs and the like, but the rules which other courts have announced when deciding cases. Those rules are no more law than statutes are law. For, after all, rules are merely words and those words can get into action only through decisions (...) The shape in which rules are imposed on the community is those rules as translated into concrete decisions” (FRANK, 1930, pp. 134-135).

⁴⁴⁰ No original: “That is all the law that matters to the client, all the law that matters to the lawyer advising that client. And that is all, I take it, the Realists wanted to emphasize” (LEITER, 2007a, p. 71).

presumivelmente, adotassem uma teoria do direito positivista (LEITER, 2007a, p. 72⁴⁴¹). No entanto, diante dos argumentos até aqui apresentados, concordo com a leitura de Michael Steve Green de que não se pode afirmar categoricamente, como Leiter parece afirmar, que os Realistas não buscaram oferecer uma teoria do direito, alternativa ao positivismo, como mais adequada ao empreendimento jurídico⁴⁴².

No entanto, acredito que os Realistas ofertaram uma teoria da previsão, a qual está imiscuída na sua teoria da decisão judicial. Veja-se a seguinte afirmação de Walter Wheeler Cook:

“Devemos, como sempre, nos guardar contra o pensamento da nossa afirmação de que os “direitos” e outras relações jurídicas “existem” ou ter sido “forçados” como mais do que uma maneira convencional de descrever passado e prever o comportamento futuro do ser humano – juízes e outras autoridades”.

“Nossas afirmações sobre o “direito” são “verdadeiras” se elas acuradamente e o mais simples possível descrevem o comportamento passado e preveem o futuro comportamento desses agentes sociais (isto é, juízes e legisladores)” (1924, p. 478-479).

Em última análise, essa afirmação quer dizer que afirmações sobre o direito são afirmações sobre as regularidades de comportamento exibidas pelos juízes no exercício de sua jurisdição. A afirmação acima é colocada em termos de previsão posto que, ao afirmar sobre o presente ou futuro do direito se está fazendo uma previsão de quais são as regularidades obtidas ou quais serão obtidas sobre o direito.

Veja-se que, na passagem acima citada, ao contrário do que Leiter parece supor, não se está tratando de uma teoria da decisão judicial. Isto por que na teoria da decisão judicial, o direito relativo a determinados fatos é o julgamento que será emitido sobre esses fatos que são julgados. Nos excertos citados, todavia, o direito não é reduzido a como um juiz decide

⁴⁴¹ Leiter, como visto, parece confiar na adoção de um positivismo implícito pelos Realistas, razão pela qual afirma que os Realistas não completaram o projeto de naturalização da teoria do direito tal qual ele (Leiter) pretende: “This means, of course, that the Realists are working with an implicit theory of the concept of law, a theory on which the argument for indeterminacy piggy-backs. (Indeed, in many respects they seem to hold to a fairly crude type of legal positivism as a conceptual theory (...)) So it seems that there is still room for non-naturalized jurisprudence after all (...)The Realists naturalize theory of adjudication, but that still leaves conventionally philosophical work to be done in the broader field of jurisprudence” (LEITER, 2007a, pp. 45-46).

⁴⁴² Para Michael Steve Green: “Llewellyn, for example, refused to ‘frame any concept of ‘law’ or ‘to attempt a definition of law’. And he regretted those passages in which he expressed the decision theory. Eighteen years after the original publication of *Law and the Modern Mind*, Frank too admitted, ‘I seriously blundered when I offered my own definition of the word Law’. These passages show that the project of providing a general theory of law on the basis of the meaning of the word ‘law’ was not unknown at the time the realists were writing and that the realists, at times, engaged in it” (GREEN, 2011, p. 29).

individualmente, mas consiste nas regularidades do comportamento dos juízes e das demais autoridades. Isso significa dizer que a afirmação de Leiter segundo a qual afirmações sobre previsão apresentadas pelos Realistas dizem respeito apenas ao que o direito é no interesse do advogado e de seus clientes é, portanto, equivocada.

Em que pese a famosa passagem de Holmes à qual Leiter se atém, apresentada no segundo capítulo, nem todos os Realistas pensam da mesma forma a ideia de previsão, posto que essa trata também da regularidade de comportamento dos juízes. Assim, um advogado pode não estar interessado nas regularidades do comportamento judicial, exceto na medida em que o ajuda a prever como um juiz diante de um caso particular decidirá um caso concreto. Se a decisão do juiz divergir dessas regularidades, esse advogado estará preocupado apenas com esta decisão concreta, ao passo que a teoria da previsão insiste que o direito consiste nas regularidades, e não na decisão concreta. O próprio Leiter admite que Felix Cohen ofereceu uma teoria da previsão e não simplesmente uma abordagem do que o direito é no interesse do advogado e de seu cliente (2007a, p. 70).

A defesa de Leiter da famosa definição de Holmes de que “o direito é uma profecia do que as Cortes farão”, no entanto, não nos permite esclarecer se, para os Realistas, o direito era apenas a decisão de um caso particular, isto é, a insistência da teoria da decisão judicial, ou se era determinado pelas regularidades do comportamento dos juízes perante as fundações do sistema jurídico. Entretanto, Holmes não sugere que está deixando de lado uma concepção geral do direito em favor da perspectiva mais estreita de um advogado que aconselha o seu cliente. Ele fala sobre a perspectiva do advogado, porque acredita que é relevante para o direito em geral, o material estudado por sua audiência.

É essa ambiguidade que causou séria confusão a respeito das pretensões do Realismo Jurídico e que, por essa mesma razão, suscitaram as críticas levantadas por Hart em seu *O Conceito de Direito* e que o levaram a desenvolver os postulados sobre o conceito de direito sob os pontos de vista interno e externo⁴⁴³. Mas, como vimos da citação de Cook, alguns Realistas parecem ter buscado uma teoria positivista do direito, no sentido mais trivial do termo “positivismo” recomendando que qualquer consideração regularmente empregada na decisão judicial fosse designada como direito, mesmo que falhasse em

⁴⁴³ De acordo com Michael Steve Green: “Some amendments that Cook and [Felix] Cohen offered to Holmes’s theory brought it closer to Hart’s. For example, they insisted that one should look not merely to regularities of judicial behavior, but also of the behavior of officials more generally. Indeed, Cohen recognized that one cannot identify a judicial decision without looking to the behavior of non-judicial officials. To determine whether a decision is binding, one must look to ‘certain predictable uniformities of official behavior, e.g. that a sheriff or marshall will enforce the decision, in one way or another, over a period of time’. Furthermore, Cook recognized that the existence of a legal system also requires that the population generally abide by enforced norms” (GREEN, 2011, p. 33).

satisfazer a regra de reconhecimento do sistema jurídico, tal como definida por Hart. A distinção entre a teoria hartiana e a do Realismo não está se os fatos sociais no que se refere à atividade dos juízes pode ser prevista para identificar o direito, mas em quais são esses fatos sociais.

De qualquer forma, os Realistas expressaram sua teoria da previsão sem fazer qualquer afirmação sobre quais regularidades do comportamento dos juízes seriam importantes⁴⁴⁴. A própria ideia de existência de uma regra de reconhecimento denota a preocupação de Hart com a previsibilidade das decisões judiciais, sobre o comportamento das autoridades perante o direito⁴⁴⁵. A diferença entre Hart e os Realistas, insisto, não é se os fatos sociais devem ser previstos para identificar o direito, mas o que são esses fatos sociais. Isso significa que, mesmo a preocupação pragmática que Leiter identifica no Realismo, no sentido da busca pelas causas das decisões judiciais, moldadas pelo tipo de investigação empírica das ciências naturais e sociais também não teve o sucesso que Leiter pretende resgatar na história do direito norte-americano. Sem a identificação das causas da decisão judicial, o intento do Realismo fadou ao insucesso.

Nem mesmo Leiter, no seu intento de ir adiante ao projeto de naturalização da teoria do direito, foi capaz de fazê-lo, mesmo quando mostra interesse pelo modelo comportamental de Segal e Spaeth, cuja crítica apresentarei ainda adiante. Mesmo a sua abordagem sobre as causas que tornariam as explicações naturalizadas melhores do que outras, isto é, da psicanálise e da biologia evolucionista, por apelo a “forças determinísticas operacionais em uma ou mais ciências especiais (psicologia, fisiologia, biologia, etc.)” (LEITER, 2007a, pp. 203-211) é incapaz de abordar plenamente todos os elementos que permeiam o processo decisório.

Faço essa afirmação por meio da análise do exemplo com o qual Leiter procura atacar o interpretatismo dworkiniano, em “elogio ao Realismo”. Em nenhum momento do artigo

⁴⁴⁴ Compartilho a opinião de Michael Steve Green de que, em muitos casos, os Realistas expressaram sua teoria da previsão sem fazer afirmações específicas sobre quais regularidades do comportamento judicial eram relevantes. É possível sua leitura no sentido de que ofereceram uma teoria do direito distinta de Hart, insistindo apenas que proposições jurídicas são puramente descritivas. Mas os Realistas certamente recomendaram que qualquer consideração regularmente empregada na decisão judicial designada como direito, mesmo que ela falhasse na satisfação da regra de reconhecimento do sistema jurídico (GREEN, 2011, p. 36).

⁴⁴⁵ N’*O Conceito de Direito*, Hart famosamente descreveu seu projeto como uma sociologia descritiva. Além disso, muito de sua crítica ao positivismo clássico e à teoria da previsão do Realismo Norte-Americano tinha como premissa a ideia de que essas visões sobre o direito não apresentaram bem a forma como os participantes da prática jurídica consideram o que é direito. Em particular, sua insistência na importância do aspecto interno das regras mostra que a forma que advogados e autoridades compreendem o direito é de grande importância para a compreensão do direito, e isto vai muito além da previsão do que as Cortes fazem para a orientação dos clientes pelos advogados.

“*In praise of Realism: And Against Non-Sense Jurisprudence*” Leiter indica a decisão proferida por Benjamin Cardozo no caso *MacPherson* como se ela fosse causada por alguma idiossincrasia ou por fatores psicossociais do juiz da Suprema Corte Norte-Americana. Além disso, nem mesmo Dworkin, como se verá no próximo item, nega que as atitudes políticas e o comportamento dos juízes tenham papel importante na decisão judicial. Em nenhum momento no texto de Leiter ficou clara qualquer indicação de qual é a regularidade decisória que causou a decisão ou que denotasse que Cardozo decidia sempre em favor do consumidor por razões de piedade ou de defesa do bem-estar social⁴⁴⁶. Ao contrário, a decisão mostrou-se inovadora em relação aos seus precedentes⁴⁴⁷, mas não precisamente por conta dos preconceitos sócio-políticos do juiz Cardozo. Então o que ganhamos com a explicação de Leiter?

Acredito que a questão de fundo apresentada por Leiter não é propriamente se a decisão de Cardozo teve esses elementos como causa de decidir, mas sim o exercício de um “poder sensivelmente legislativo pelos Tribunais” (2012, p. 881) ao invés de uma escalada justificatória, tal como proposta por Dworkin. E afirmar que os juízes exercem um poder legislativo é, na verdade, mudar de assunto ou, no mínimo, reconhecer a inviabilidade do projeto de naturalização da teoria da decisão judicial (ou mesmo da teoria do direito), na “identificação dos padrões ou regularidades do processo decisório, a fim de garantir informação de valor prático para os advogados” (LEITER, 2007a, p. 90).

É certo que o conceito de direito está inserido no fato social sobre como as pessoas compreendem suas práticas jurídicas, mas a teoria da previsão, mesmo para o Realismo, não privilegia essa auto-compreensão na identificação do direito. Embora as autoridades se vejam fazendo direito com base na regra de reconhecimento, a teoria da previsão, tal como apresentada pelo Realismo Jurídico, trata esse critério como desimportante na definição do que é o direito.

⁴⁴⁶ Para Leiter, Cardozo: “(...) does say, in *The Nature of the Judicial Process*, that ‘when [judges] are called upon to say how far existing rules are to be extended or restricted, they must let the welfare of society fix the path, its direction and its distance’. And it is, of course, now familiar to read Cardozo as a protoeconomic analyst of the law, designing rules that would minimize the costs of accidents” (LEITER, 2012, p. 882). Mas mesmo essa explicação não é causa suficiente para determinar a abordagem naturalizada como melhor que a abordagem dworkiniana a respeito do mesmo caso.

⁴⁴⁷ “But what then of the prior year’s contrary decision in the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit on essentially the same set of facts as at issue in *MacPherson*? It merits only passing notice by Cardozo that its holding was ‘contrary’, and that there was ‘a vigorous dissent’, yet Cardozo offers barely any discussion of the reasoning. He does observe that the “contrary” view holds “that the contractor who builds a bridge, or the manufacturer who builds a car, cannot ordinarily foresee injury to other persons than the owner as the probable result’, to which Cardozo retorts — in probably the crucial line of the whole opinion: ‘We think that injury to others is to be foreseen not merely as a possible, but as an almost inevitable, result’” (LEITER, 2012, p. 880).

Claro que, uma vez que a teoria previsão não é uma teoria padrão do direito, a observação de Leiter de que os Realistas não a empregaram ao fazer afirmações sobre indeterminação do direito é possível, mas apenas se tomada sob esta perspectiva. Assim, por exemplo, se a obrigação de boa-fé é o direito, então o direito não é indeterminado em matéria contratual. Ao argumentar que o direito é de fato indeterminado, em tais casos, os Realistas devem ter empregado um conceito-padrão de direito, segundo o qual a obrigação de boa-fé não é o direito. Mas, mais uma vez, o fato de que o argumento da indeterminação defendido pelos Realistas envolvia um conceito-padrão de direito não significa que eles não ofereceram a teoria de previsão como uma alternativa superior às teorias existentes. O que os Realistas recomendavam, na verdade, era que o conceito de direito deveria ser revisto. Não mais do que isso.

É precisamente para explicar esta recomendação que a leitura de Leiter dos Realistas como naturalistas deveria ser útil. Para que a analogia de Leiter funcionasse e os Realistas fossem, de fato, protonaturalistas na sua reação à nossa incapacidade de justificar as decisões judiciais por razões jurídicas, substituindo a justificação por uma abordagem causal-normativa sobre como os juízes decidem, seria de esperar que os Realistas tivessem rejeitado como filosoficamente inadequada a tentativa de fundamentar as decisões judiciais em termos de regras jurídicas. Mas os Realistas não compreendem que essa justificação seja filosoficamente inadequada ou, como diz Leiter, “estéril”. Na verdade, como o próprio Leiter enfatiza, eles pensavam que as decisões judiciais eram geralmente justificadas por normas jurídicas, à exceção dos casos em sede de recurso. Os Realistas simplesmente, por meio de sua teoria preditiva, negaram que a justificação das decisões judiciais fosse bem sucedida em alguns casos. Com essa ideia é possível dizer que a teoria da previsão do Realismo Jurídico trata-se, pois, de um argumento muito mais intuitivo do que o projeto de naturalização de Leiter poderia sustentar⁴⁴⁸. Trata-se, como o próprio Leiter afirmou outrora, tão somente de uma “*teoria popular informal*” (*folk theory*)⁴⁴⁹, precisamente do tipo que a maioria dos cidadãos já parecem ter (1993, p. 586).

⁴⁴⁸ O próprio Leiter reconhece essa deficiência metodológica do Realismo ao questionar o argumento dos realistas de que, com certo grau de previsibilidade, seria possível afirmar que os juízes aplicam as normas da cultura comercial norte-americana aos fatos do caso: “Here is where we must make an inference to the best explanation of the phenomenon: there must be features of the ‘sociological’ (as opposed to the idiosyncratic psychological) profile of the judges that explain the predictable uniformity in their decisions. The Realists did little more than gesture, however, at a suitable psycho-social explanation. ‘Professional judicial office’, Llewellyn suggested, was ‘the most important among all the lines of factors which make for reckonability of decision;’ “the office waits and then moves with majestic power to shape the man”.(LEITER, 2007a, p. 29) V. também GREENBERG (2011).

⁴⁴⁹ Como ele mesmo afirma como prática central do projeto de naturalização da teoria do direito: “To anyone who has litigated, the answer seems plain enough: lawyers work with some degree of informal psychological,

Logo, se a pretensão de Leiter era demonstrar que os “Realistas, como naturalistas filosóficos, procuraram formular uma teoria da decisão judicial contínua com a investigação científica” (2010a, p. 257), o reconhecido apelo às teorias populares mina ou pelo menos demonstra certa parcimônia com a busca de regularidades inerentes a uma teoria que se proponha a prever o direito. Um ‘relaxamento do naturalismo’⁴⁵⁰ que foge a qualquer pretensão substitutiva ou revisional do que concebemos como direito, algo que dificilmente pode ser considerado além do campo da mera especulação⁴⁵¹.

2.3 Leiter compreendeu a crítica de H.L.A. Hart? O ceticismo de regras

Ao final do primeiro capítulo, procurei apresentar a crítica hartiana ao Realismo Jurídico como o estopim da revisitação de Leiter ao Realismo Jurídico Norte-Americano e à defesa de seus pressupostos naturalistas. Em linhas gerais, vimos que Leiter argumenta que os Realistas mais importantes (Holmes, principalmente) tinham opiniões que eram ou compatíveis com o positivismo de Hart ou, na medida de qualquer incompatibilidade, superior à teoria hartiana. Em particular, os Realistas não eram os “céticos sobre as regras”, acusação que Hart tornou notória. Eles não negam a possibilidade da existência de regras sociais ou coletivas; eles não oferecem uma análise preditiva do conceito de regra: essas são formas de *ceticismo de regras conceitual* e os Realistas evitaram a análise conceitual a todo custo. Leiter alega que estavam comprometidos apenas com o *ceticismo de regras empírico*, o qual contém um lado negativo e um positivo. O negativo é que as decisões dos tribunais não podem ser previstas de forma confiável com base no direito aplicável. O positivo é que essas decisões podem ser previstas de forma confiável por

political, and cultural knowledge about judges and courts that constitutes what I have called elsewhere a ‘folk’ social-scientific theory of adjudication. The success of this folk theory - which is, after all, largely coextensive with the talents of lawyers, i.e., their ability to advise clients what to do, when to go to trial, when to settle, etc. - constitutes the core of a naturalized jurisprudence” (LEITER, 2007a, p.55).

⁴⁵⁰ Para repisar a ideia de um “naturalismo relaxado” ou, como disse anteriormente, “naturalismo moderado” pretendido por Leiter: “(...) cético sobre métodos intuitivos da filosofia e da análise conceitual; que pensa que os fatos importam para a filosofia; considera a filosofia contínua com as ciências empíricas e que considera o que conta como ciência de forma mais ampla que o próprio Quine, considerando o que quer que figure como prática preditiva e explicativa de sucesso” (LEITER, 2007a, p. 04).

⁴⁵¹ Veja-se, por exemplo, o comentário de Leiter sobre a atuação do juiz da Suprema Corte Americana, Scalia: “Surely, for example, the astonishing rigidity of Justice Scalia’s constitutional jurisprudence, especially his fear of ‘unconstrained’ judgment or Justice Thomas’s almost pathological incapacity for-or unwillingness to engage-empathetic feelings,’ both cry out for psychoanalytic explanations. If the Sociological Wing of Realism describes the right program of research for understanding the area of commercial law, there may yet be reasons .to think that the Idiosyncrasy Wing-minus Frank’s skepticism-points the right way to a naturalized account of decisionmaking in other domains” (2007a, p.57).

razões não-jurídicas, por exemplo, pelas respostas dos juízes “aos fatos subjacentes dos casos”, incluindo as suas crenças sobre o que seria justo dado esses fatos.

Os Realistas também ofereceram uma teoria do por que o direito é causalmente impotente. Sustentaram que as regras jurídicas são indeterminadas, e não apenas nos casos difíceis, mas na maioria dos casos, porque a indeterminação decorre não apenas da imprecisão linguística das regras, mas também dos conflitos interpretativos. Se as regras jurídicas são indeterminadas, eles não podem dar muita direção aos juízes e não podem ter um papel causal para explicar suas decisões, pelo menos não da maneira que as razões normalmente causam as decisões. Afinal, quão indeterminado é o direito? Como saber o que é o direito pode ajudar a prever as decisões judiciais? Para Leiter, apenas a investigação empírica, não a análise conceitual, poderia confirmar a tese central dos realistas, de que as decisões dos juízes são baseadas no que acreditam ser justo para o caso concreto, mais do que as regras aplicáveis ao caso concreto.

Difícilmente podemos negar que os Realistas eram céticos com relação a alguns tipos de regras, mesmo que seu ceticismo não fosse expresso em afirmações conceituais. Quando Oliver Wendell Holmes, por exemplo, sustenta que não há obrigações primárias de responsabilidade civil, apenas obrigações de pagar danos caso estas sejam ordenadas pelos Tribunais, isto não é resultado de uma investigação empírica e não tem nada a ver com qualquer tese semântica ou jurídica sobre indeterminação. Esse dogma holmesiano é, na verdade, produto de um comprometimento comum tipo de reducionismo normativo, baseado numa versão simplificada da sanção, que é uma teoria sobre quais critérios devem ser satisfeitos para que nos certifiquemos que uma regra jurídica existe. Então, quando Leiter nega que os Realistas tivessem um ceticismo de regras conceitual, ele não pode negar que eles foram céticos em razões conceituais sobre a existência de certas regras jurídicas. Ele deve defendê-los contra a crítica de um tipo de ceticismo de regras global.

Há pelo menos dois tipos de ceticismo aqui: (i) o ceticismo de regras global poderia envolver dúvidas sobre o próprio conceito de uma regra jurídica, ou; (ii) pode envolver o ceticismo por razões conceituais sobre algum aspecto de todas as normas jurídicas. Acredito, pelo que indiquei nos itens anteriores, que o ceticismo de regras apresentado pelos Realistas não se refira à primeira possibilidade, pois a dúvida sobre o próprio conceito de direito seria demasiadamente radical, a ponto de inviabilizar o empreendimento jurídico. Hart também acharia a possibilidade de dizer que não há regras jurídicas ridícula. O cético sobre regras a que Hart se refere não é o cético sobre o conceito de regras jurídicas. O cético hartiano é aquele que se insere no segundo tipo de ceticismo,

este relacionado com os critérios apropriados para a determinação normativa ou sobre quanto consenso é necessário para justificar uma regra jurídica.

Hart pensa o ceticismo de regras de maneira diferente daquela atribuída por Leiter. Para Hart, o ceticismo de regras é a tese de que não há regras vinculativas, pelo menos não no direito, e que onde os advogados falassem sobre o direito fariam melhor se falassem de previsões de decisões. Para Hart, todas as formas de ceticismo regra transitam pelo reducionismo que abandona o caráter normativo de regras, ou seja, o fato de que elas são realmente utilizadas para orientar e avaliar a ação e devem ter, portanto, quaisquer propriedades que precisam de um padrão, a fim de que seja possível usá-las dessa forma.

Os Realistas não poderiam, portanto, ter sido céticos sobre as regras do tipo global, por que esses céticos vão sucumbir muito antes de atingir o raciocínio jurídico suficiente para argumentar nos Tribunais. Isto por que há a questão das instituições jurídicas: precisamos explicar o que são os Tribunais, por que algumas pessoas têm poderes jurisdicionais. Estas são noções constituídas por regras, e os Realistas pareciam ignorá-las em seu programa reducionista.

Devido à centralidade desses compromissos institucionais, os Realistas não poderiam endossar o ceticismo de regras regra do tipo global. Isto é sem dúvida por que Hart diz que a única forma grave de ceticismo, o único que tem qualquer reivindicação real sobre nossa atenção, reconhece que existem regras sociais, que são indispensáveis para a compreensão do direito, incluindo os Tribunais e as suas decisões, e aceita que afirmações sobre regras têm funções não-assertivas. O Realista que Hart quer criticar aceita tudo isso, mas, em seguida passa a negar que essas regras vinculem os juízes a uma decisão. Seu alvo é aquele Realista que defende que qualquer que seja a sua pretensão, conquanto sejam previsíveis suas decisões, é falso supor que os juízes poderiam estar vinculados às suas próprias práticas para decidir como o direito exige.

O que a teoria hartiana tenta nos mostrar é que o que precisamos para reconstruir o Realismo é de uma postura diversa da de Leiter, preservando a ideia dos limites sociais do direito, que aborde suas dúvidas sobre as regras jurídicas, mas não lhe atribua um ceticismo do tipo global. Uma possível aplicação dessa ideia poderia se dar se considerássemos que os Realistas teriam tratado as fontes do direito como *fontes permissivas do direito*. Desse modo, a razão pela qual os Realistas consideravam não haver nada obrigatório para os Tribunais não pode ser indeterminação maciça do direito, de tal sorte que não poderia haver Tribunais por não haver direito que os instituísse. Também não pode ser que não existissem fontes reconhecidas do direito, pois, se isso fosse verdade,

então a insistência dos Realistas sobre a diferença entre razões jurídicas e não-jurídicas se tornaria sem sentido. Por esse ponto de vista, a teoria do direito torna-se um “menu” limitado de considerações baseadas socialmente que os Tribunais têm de aplicar, que são reconhecidas como motivos apropriados para decisões, que são distintas das coisas como as práticas comerciais comuns e as convenções sociais, mas que têm uma autoridade tão fraca que são endemicamente abertas a ser subjugadas por considerações de política e justiça.

Vale ressaltar que, ao contrário de Leiter, Hart não entendia que os Realistas pretendiam restringir sua avaliação do direito apenas aos Tribunais Superiores. Hart acha que, se tirarmos o véu de um reducionismo *a priori*, veremos que a aplicação de regras jurídicas é incontroversa em muitos casos, tanto nos Tribunais de primeira instância, como em alguns casos nos Tribunais de segunda instância e, mais importante de tudo, nas suas inúmeras formas de guiar a conduta social sem que seja necessária a intervenção dos Tribunais.

Hart acrescenta dois argumentos contra a dúvida dos Realistas de que existam quaisquer regras obrigatórias. Em primeiro lugar, mesmo que os juízes não sintam quaisquer estados psicológicos especiais, como “sentimentos de compulsão de decidir desta ou daquela maneira” eles *têm a obrigação de decidir de uma determinada maneira*. Eles podem não se sentir compelidos a tal obrigação, podem até se sentir completamente livres, mas eles também podem acreditar e, sobretudo, falar e escrever de outra forma, uma vez que a existência desta obrigação não exige qualquer coisa como os “estados cognitivos” com os quais os Realistas pretendem identificá-la. Como indiquei no primeiro capítulo, para Hart (2004, p. 57) o que é necessário é que haja uma *atitude reflexiva crítica* sobre certos padrões de comportamento como um padrão comum, e que este deve se apresentar na crítica, exigências de conformidade e, em reconhecimentos de que tais críticas e as exigências são justificadas.

Em segundo lugar, Hart diz que a maioria das decisões judiciais é: (i) alcançada por um esforço genuíno para estar em conformidade com as regras conscientemente tomadas como padrões orientadores ou; (ii) atingidas intuitivamente, isto é, sem esforço consciente anterior para adequá-las, mas mesmo assim justificada por regras que os juízes estão dispostos a observar e cuja relevância seria geralmente reconhecida na comunidade jurídica. Mais uma vez, a afirmação (ii) é uma afirmação conceitual sobre os critérios para seguir as regras jurídicas. Os Realistas, muitas vezes escreveram como se alguém seguisse uma regra apenas quando houvesse um alto grau de consenso sobre o que a regra exigisse, se estivesse consciente de que, como regra, e se estivesse fazendo um esforço para estar em

conformidade com ela. O argumento Realista exagera o grau em que o seguimento de regras é articulado e consciente *ex ante*, como se as pessoas só seguissem as regras quando elas primeiro as identificarem para, em seguida, tentar segui-las. Ao argumentar desta forma, o Realista ignora o ato familiarizado, inarticulado, inconsciente e instintivo de seguir regras⁴⁵². O comportamento de seguir as regras é aqui apresentado *ex post actu*, quando as regras são produzidas em justificativas, usadas para comunicação das decisões, para explicação do que foi feito ou para defesa contra as críticas a determinados atos. É claro que a pessoa tem que ter o cuidado de distinguir o cumprimento das regras de racionalizações *ex post*, e que isso não elimina a existência de casos difíceis. Mas nada disso lança dúvidas sobre a existência das regras jurídicas.

Em suma, é possível dizer que a tese central do Realismo Jurídico explicitada por Leiter, segundo a qual as decisões judiciais podem ser explicadas pela responsividade dos juízes aos fatos não se mostra alternativa à visão de Hart sobre o Realismo, guardando, na verdade, grande concordância: para Hart, nosso comportamento para cumprir as regras é muitas vezes uma resposta direta à situação, não mediada pelo cálculo em termos de regras. Na verdade, esta é a forma normal com que as regras costumeiras de obrigação trabalham. As concepções dos juízes sobre o que é justo sobre os fatos, do que é obrigatório pelo senso comum e assim por diante, são noções não-estruturadas. São idéias normativas formadas, elaboradas e justificadas, em parte, por normas jurídicas, algumas da evidência da existência do que pode ser encontrado somente após as decisões serem tomadas e articuladas.

O que quer que faça sentido do termo “naturalismo” na teoria do direito deverá se ater à distinção entre como as pessoas decidem em certos domínios do julgamento e como elas devem decidir. A psicologia inferencial, portanto, continua a ser uma coisa e a lógica inferencial outra, mesmo que a psicologia humana tenha alguma influência sobre a última. O que o naturalista precisa produzir é uma abordagem das regras jurídicas que sejam naturalizadas no sentido favorecido e ainda também de regras genuínas: regras que sejam possíveis de ser violadas e violações que contam como um déficit no raciocínio. Mostrar que a violação de certas regras tem tais e tais conseqüências só é relevante se também pudermos mostrar que essas conseqüências são elas próprias indesejáveis e não apenas indesejadas. E isso nos leva de volta à província do normativo. No entanto, como indicarei

⁴⁵² Como explica Leslie Green: “Few men wake up in the morning, mentally rehearse the gender-rules about dress, and then put on trousers instead of a skirt in a deliberate attempt to conform to that norm. Yet there are powerful gender rules about dress in our society, and men know them” (GREEN, 2009, p. 23).

no próximo item, esta não pareceu ser a proposta de naturalização de Leiter. Ele prefere se contentar com uma descrição causal-nomológica das regularidades das decisões judiciais a adotar uma postura teórico-normativa, tal como vemos na obra de Dworkin, o que será fatal para sua tentativa de substituição do interpretativismo pelo naturalismo.

3. Leiter tem sucesso na substituição do interpretativismo dworkiniano?

No segundo capítulo, indiquei que, num primeiro momento, Leiter restringiu o seu projeto de naturalização da teoria do direito à teoria decisão judicial. De acordo com Leiter, no fundo, a teoria da decisão judicial não procura compreender a relação entre razões jurídicas e o conteúdo do direito, mas sim mostrar que cada caso tem uma resposta jurídica única e correta. Para Leiter, Quine e os Realistas Norte-Americanos nos deram boas razões para substituir o fundacionismo por teorias causais explicativas. Nesse sentido, a “tese da resposta correta”, a ideia segundo a qual todo caso tem uma resposta correta como questão de direito, seria um exemplo de fundacionismo sobre a teoria da decisão judicial e, portanto, alvo da crítica do Realismo Jurídico.

Leiter sugere que a razão pela qual a teoria da decisão judicial defendido pelo Realismo Jurídico não busca por um resultado jurídico correto em todos os casos e que seu objetivo final é prever como juízes vão decidir os casos para dar orientação aos advogados (2007a, pp. 41-42). Leiter argumenta que, se não há resposta única correta, uma abordagem da relação entre determinantes do conceito e do conteúdo direito é infrutífera e não “vale a pena tê-la” porque não daria orientação aos juízes e não permitiria advogados prever as decisões judiciais. É no seio deste argumento que se desenvolve o seu projeto de naturalização e substituição das teorias normativas do direito por uma abordagem descritivo-explicativa das decisões judiciais. Para Leiter, não há, na filosofia jurídica contemporânea, nenhuma teoria que esteja no alvo de sua proposta substitutiva de Leiter, à exceção de uma: a teoria de Ronald Dworkin.

Grosso modo, Leiter argumentou que o naturalismo na teoria do direito é motivado pela indeterminação jurídica. Se o direito é determinado, então, o conjunto de *inputs* justifica *outputs* únicos. Leiter também afirma que o projeto naturalista requer uma forma de identificar o conjunto de inputs jurídicos. É preciso distinguir as normas jurídicas das não jurídicas. A questão é se qualquer teoria sobre o que a análise de legalidade pode ser igualmente boa para prever as decisões jurídicas do ponto de vista do projeto naturalista. A

resposta é que não é qualquer teste que irá funcionar, em especial o interpretativismo de Ronald Dworkin.

A razão é que o teste dworkiniano da legalidade cai numa discussão mais geral sobre a determinação do direito. Assim, os únicos tipos de testes de legalidade que são compatíveis com o projeto naturalista são aqueles que fazem parte de teorias do conteúdo do direito que permitem de indeterminação jurídica. Dois pontos importantes seguem disto: (i) o projeto naturalista pressupõe, como indicado anteriormente, alguma forma de compreensão positivista da análise de legalidade e Leiter admite isso (2007a, p. 80); (ii) se o projeto naturalista é entendido como uma resposta à falha dos projetos analíticos na teoria do direito (e é, neste sentido, uma substituição deles), então, para que o projeto naturalista seja motivado adequadamente, ele tem que derrotar o projeto dworkiniano. Não é suficiente, como Leiter, por vezes, faz com que pareça, para o naturalista para derrotar o formalismo jurídico. Isso pode ter sido o suficiente para os Realistas Jurídicos que estavam, de fato, se rebelando contra os formalistas e seu compromisso com a argumentação jurídica dedutiva e no final até acabaram aceitando algum compromisso com o formalismo langdelliano, como visto no primeiro capítulo. Mas certamente não é o suficiente para derrotar Dworkin. Dworkin é tudo menos um formalista e, se alguém vai defender o naturalismo com base no fracasso dos projetos normativos, é preciso estabelecer o fracasso de tais projetos. Por outro lado, pode-se simplesmente adotar um projeto positivista geral na teoria do direito, caso em que o naturalismo é, como discuti acima, não mais do que uma reformulação da abordagem positivista geral mais trivial do conteúdo do direito.

Em breve síntese, a teoria interpretativa dworkiniana alcançou sua maturidade na obra *O Império do Direito*, de 1986. Dworkin começou a desenvolver sua teoria a partir da afirmação de que há, na teoria do direito, um “desacordo teórico” generalizado. Um exemplo é o desacordo entre originalistas e não-originalistas na interpretação do direito constitucional. Dworkin argumenta que a existência de divergência teórica é mais bem explicada pela hipótese de que o conceito de direito seja um conceito interpretativo. Em poucas palavras, um conceito é interpretativo se ele se aplica à melhor interpretação da prática em que é incorporado. Dworkin oferece uma abordagem elaborada sobre o que torna uma interpretação melhor do que outra⁴⁵³. Em seguida, ele argumenta que a melhor

⁴⁵³ A explicação do professor Ronaldo Porto Macedo Júnior: “Para Dworkin, uma concepção é melhor que outra, e não apenas diferente, quando mais se ajusta adequadamente (‘fit’) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais coerente. Coerência e ajuste adequado são, assim, critérios também socialmente compartilhados, que nos permitem avaliar e julgar a superioridade de concepções rivais sobre um mesmo conceito” (2010).

interpretação da nossa prática jurídica é a abordagem que ele chamou de “direito como integridade”.

De acordo com esse relato, o conteúdo do direito é o conjunto de princípios que melhor justifica as decisões do sistema jurídico. Portanto, se um caso terá uma resposta juridicamente correta e única, segundo a teoria de Dworkin, isso dependerá do conjunto de princípios que melhor justificar as decisões pertinentes precedentes a este caso. Por causa da visão de Dworkin sobre a natureza holística da moralidade⁴⁵⁴, ele pensa que é muito provável que a maioria dos casos tenha uma única resposta juridicamente correta. Diz-se, aqui, “provável”, porque Dworkin acha que a moral é complexa e holística, de sorte que será raro que as considerações para um lado e as considerações do outro lado da demanda estejam exatamente equilibradas, embora, naturalmente, na prática, possa muitas vezes ser impossível saber qual lado tem o melhor suporte argumentativo.

Dois pontos necessitam de atenção, aqui: em primeiro lugar, a ideia de previsão sobre como os juízes decidem não é parte do projeto dworkiniano. Em segundo lugar, a tese da resposta correta não é central ao projeto interpretativista de Dworkin⁴⁵⁵. Em um nível mais amplo, a tese dworkiniana está preocupada em estabelecer a relação entre direito e moralidade, na medida em que procura mostrar: (i) que o conceito de direito é um conceito interpretativo e; (ii) que a melhor interpretação da nossa prática jurídica é do “direito como integridade”, em oposição ao convencionalismo e ao pragmatismo.

Como a tese da indeterminação do direito, tal como defendida por Leiter, poderia afetar o projeto dworkiniano? Na explicação de Mark Greenberg, isso acontece quando Leiter afirma que a tese da indeterminação inclui também a indeterminação dos métodos interpretativos do direito, na medida em que há métodos interpretativos legítimos

⁴⁵⁴ Greenberg e Adams apontam a ideia do holismo na teoria dworkiniana, o que o aproximaria da teoria quineana mais do que se poderia supor. Veja-se o argumento de Adams: “His understanding of reasoning within the law can only get off the ground when accompanied by a particular account of law’s resources. It is only because his theory appeals to a particular conception of law or, perhaps more accurately, of legal reasoning — as holistic and aspirational— that he is able to plausibly hold the view that there is always something determinate that the law requires of us, that it is never silent, or uncertain, and never speaks with a contradictory voice. To deny him his account of validity, his account of what it is for there to be law on a matter, is to deny him the possibility of his understanding of justification in law” (ADAMS, 2014, p. 316).

⁴⁵⁵ Como aponta Greenberg: “In his leading statement of his view, *Law’s Empire*, the right-answer thesis is not treated as an important part of his positive view and is addressed only briefly (1986, 266-271, 273-274). (See also Dworkin 1991, 359, 365-368; 2006, 41-43) His main point there is not to argue for the thesis, but to clarify what must be done in order to dispute it. In earlier work (1977), Dworkin emphasized the right-answer thesis. It is clear from the context, however, that he highlighted the thesis because Hart - and probably many others - seemingly took for granted that if there was uncertainty about the content of the law, there could be no determinate right answer. And of course the provocative nature of the right-answer thesis attracted attention. But it has always been evident that one could accept Dworkin’s account of law and yet reject the right-answer thesis because of one’s position on the nature of morality” (GREENBERG, 2011a, p. 12).

conflitantes e que, por isso entregam diferentes respostas aos casos jurídicos (LEITER, 2007a, p. 74).

Tal observação não representa nenhuma objeção à teoria dworkiniana. Para começar, é bem aceito dentro da prática jurídica que os métodos interpretativos que são estabelecidos e amplamente considerados como legítimos podem, contudo, estar juridicamente equivocados. Mais importante ainda, a própria teoria de Dworkin, a fim de se firmar como a melhor teoria disponível para a interpretação do empreendimento jurídico, tem uma abordagem sobre por que os métodos interpretativos que são aceitos como legítimos podem, contudo, estar juridicamente incorretos.

Um argumento em favor da tese de indeterminação, capaz de destituir a teoria interpretativa dworkiniana de seu lugar na teoria do direito, depende de uma abordagem do teor do direito que, em conjunto com outras premissas plausíveis, tem essa tese como uma consequência. Somente se implementada essa abordagem, teríamos que avaliar se o argumento de Dworkin é plausível. Mesmo se a abordagem em competição levar a melhor no debate Leiter/Dworkin, não há nada que sugira que as perguntas que Dworkin está fazendo para o direito devam ser abandonadas ou substituídas pela investigação empírica. É claro que, na medida em que se verificar que a tese de Dworkin é falsa, ninguém deveria argumentar a favor dessa tese! Mas esta observação trivial dificilmente é motivo para a substituição de questões filosóficas por questões empíricas.

Podemos resumir a nossa discussão na forma de um dilema inerente à proposta do Leiter. Por um lado, podemos imaginar que o projeto de naturalização substituirá o projeto dworkiniano de que há uma resposta jurídica única para cada questão jurídica. No entanto, o projeto da busca por respostas corretas não é aquele que os filósofos e teóricos do direito estão envolvidos. Mesmo a descrição da teoria de Dworkin como tal não é adequada. Além disso, se o projeto a ser substituído foram caracterizado como a tentativa de demonstrar a tese da resposta correta, então a proposta de substituição seria, no mínimo, trivial quando, na verdade, Leiter pretende uma proposta de substituição não trivial, não banal, que não se deve tentar estabelecer uma tese falsa.

Por outro lado, podemos considerar o projeto normativo que está a ser substituído como o projeto que os filósofos do direito estão, de fato, envolvidos: apresentar uma abordagem da maneira como o conteúdo do direito é determinado. Mas a conclusão de que não há resposta correta em certos casos, não suporta o abandono, nestes casos ou em quaisquer outros, na tentativa de compreender a relação entre as razões jurídicas e conteúdo do

direito. Pelo contrário, a conclusão de que não existe uma resposta correta depende de uma compreensão filosófica de sucesso dessa afirmação.

Embora Leiter tenha declarado a sua verdadeira intenção de substituição do interpretativismo de Dworkin pelo empreendimento de naturalização da teoria do direito, é interessante notar que Leiter e Dworkin tem algo em comum: “sua impaciência advocatícia com os elementos mais abstratos da teoria do direito” (ADAMS, 2014, p. 327). Dworkin, especialmente em seus últimos trabalhos, insistiu que a filosofia do direito é a melhor maneira de resolver os casos concretos. Não há espaço, em sua opinião, para uma abordagem geral ou esclarecedora; o progresso ocorre quando a filosofia do direito se une ao argumento jurídico, mas figura retrocesso qualquer tentativa de compreender o empreendimento jurídico a partir de uma perspectiva externa.

É certo que, como apontei acima, Leiter discorda da importância da justificação no direito, justificação esta essencial ao conceito trabalhado por Dworkin⁴⁵⁶. Ele compartilha com Dworkin a disposição e o engajamento sobre uma “prática orientada”. Porém, enquanto Dworkin milita em favor de uma compreensão da teoria do direito como a “parte geral da decisão judicial, o prólogo silencioso de qualquer decisão no direito”, pelas luzes da teoria de Leiter a teoria do direito só tem lugar apropriado como “epílogo explicativo” (2007a, p. 37).

3.1 Precisamos de um ceticismo naturalizado? A questão da objetividade

Acredito que ao longo de três últimas décadas, a “tese de uma única resposta correta”, como se tornou conhecida a tese de que há respostas corretas para os julgamentos que envolvem questões de valor, é o maior obstáculo ao entendimento Dworkin e tempo valioso tem sido desperdiçado na questão de saber se o que Dworkin diz *poderia* ser verdade, ao invés de discutirmos a questão de saber se o que ele diz *é* verdade. No meu entendimento, Leiter é um desses autores que levam muito tempo para atacar o argumento e de uma forma pouco produtiva. A ideia de Dworkin é muito mais simples do que pode parecer. Embora não seja alvo desta tese uma defesa do interpretativismo dworkiniano, não se pode negar o valor de sua teoria e os avanços proporcionados por ela para a filosofia do direito dos últimos cinquenta anos. Dworkin sugeriu que nós continuamente dispensemos nossas escaramuças sobre a moralidade através do desenvolvimento de argumentos morais

⁴⁵⁶ V. Guest (2010, p. 43).

e jurídicos para resolver questões de ética, moralidade e justiça. E enfrentar o positivismo com esta tese é, por si só, fato digno de notoriedade.

Isso tem a ver com a revisão do conceito de indeterminação, responsável por inviabilizar, segundo a leitura de Leiter, a “tese da única resposta correta”. De acordo com a leitura dworkiniana, a indeterminação dos padrões sociais e da própria linguagem, já apontada por Quine, não implica a indeterminação do direito posto que, para ele, o *status* jurídico de uma questão não depende da determinação de tais padrões sociais. Ao contrário, depende dos valores morais que os aspectos da nossa história política guardam sobre o direito. A questão não é sobre “como o dever de cuidado se aplica a um caso em particular”, mas sim “qual posição moral do réu dados os fatos pertinentes sobre nossa situação institucional, incluindo o fato de que há uma lei a respeito⁴⁵⁷”.

Para Dworkin, a verdade moral, assim como a verdade jurídica, é valorativa, não descritiva: é um fenômeno social e não natural. Assim como as respostas corretas são produto da argumentação, no âmbito da moralidade, as respostas corretas no direito são também produto da argumentação ordinária, de sorte que, dadas as razões, a posição moral que for melhor justificada deverá ser aceita. Se o direito é sustentado por padrões morais (os princípios jurídicos⁴⁵⁸), então questões de objetividade moral estão implicadas nas questões de objetividade jurídica. Tem-se uma teoria da objetividade jurídica onde as respostas corretas no direito são conclusões valorativas, compostas das melhores razões possíveis. Isso é diferente do paradigma tradicional de objetividade jurídica, porque não há “ponto final” para o processo de raciocínio jurídico. Em vez de um ponto final, há apenas razões e motivos melhores, de tal sorte que conclusões jurídicas objetivamente corretas são sempre suscetíveis a outro argumento valorativo. Isto significa que as respostas certas objetivamente no direito tem uma estrutura simples do ponto de vista filosófico; não há nada de metafísico ou místico sobre sua “correção” objetiva, por que elas dependem de um contínuo processo interpretativo valorativo.

Em suma, se proposições morais e, portanto, proposições jurídicas, têm de ser “objetivas” em algum sentido, temos que entender que “uma verdadeira afirmação interpretativa é

⁴⁵⁷ Dworkin formalmente expressa tudo isso, desde a publicação de “*Objectivity and Truth: You’d Better Believe It*” de 1996, e mais tarde reforçou sua visão em “*Justice For Hedgehogs*”, de 2011.

⁴⁵⁸ “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007, p. 36).

verdadeira porque as razões para aceitá-la são melhores que as razões para aceitar qualquer outra afirmação interpretativa rival⁴⁵⁹” (DWORKIN, 2011, p. 154).

Como vinha apresentando, as dificuldades de Leiter com relação à aceitação da análise conceitual na defesa do método naturalista para a teoria do direito se tornam maiores na medida em que ele se propõe a contrariar a tese interpretativa dworkiniana, em especial a relação entre direito e moral. Ciente da concepção de objetividade de Dworkin como um argumento interno à interpretação do empreendimento jurídico, Leiter se arrisca em um ambiente que lhe é desconfortável, que é o da interpretação e o da análise conceitual. Para tanto, interpreta o conceito de objetividade do direito, mas não consegue se desvencilhar das bases científicas e *behavioristas* estabelecidas em seu naturalismo precedente. Leiter, na verdade, adota uma postura típica do ceticismo externo, a discutir conceitos jurídicos, tais como o conceito de objetividade e, dessa forma, erra o alvo dworkiniano e acerta seu próprio pé: mesmo dentro de nossas práticas morais, a questão da objetividade do direito (e da moralidade) permanece uma questão viva, por que encontramos dentro de nossas práticas os tipos de desacordos morais que convidam ao ceticismo e à sua crítica.

Ao final do segundo capítulo, apresentei o argumento de Leiter de que a “susceptibilidade a razões” não era uma abordagem adequada do conceito de objetividade. Sua visão é de que a ideia de objetividade representa, na verdade, uma dificuldade, um entrave para o qual não há solução e, por conseguinte, direito e moralidade são conceitos indeterminados⁴⁶⁰. Então, em razão da sua indeterminação e tendo em vista a inexequibilidade do projeto de transposição da objetividade científica para relação a domínios do conhecimento, tais como

⁴⁵⁹ Afirmação semelhante é encontrada também em “*Uma Questão de Princípio*”: “Uma proposição de Direito é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa posição contrária” (DWORKIN, 2005, p. 211).

⁴⁶⁰ Leiter está entre os filósofos que ligam a questão da objetividade do direito com a questão sobre se o direito é ou não determinado. Aqueles que negam a determinação podem dizer que não há questão de fato considerando o que o direito exige, ou que não há respostas corretas às questões jurídicas. Esse tipo de abordagem tem o seu apelo. Afinal, para que juristas se equivoquem sobre o direito deve haver algo de determinado no direito, em primeiro lugar. A própria defesa da revisão do Realismo Jurídico como defendendo uma indeterminação local do direito confirma este argumento. Ademais, há algo importante em jogo quando os juízes confiam nos julgamentos sobre o que é o direito na solução dos casos concretos. Haveria sérios problemas se nenhuma determinação houvesse no direito quando os juízes decidem. De qualquer forma, é equivocado identificar a objetividade com a determinação do direito. A determinação não está necessariamente ligada ou mesmo é indicativa de objetividade, nem a indeterminação esta ligada ou indica subjetividade. Isso se dá, na teoria de Leiter, pois, como apontei acima, ele abandona a questão sobre análise conceitual da “natureza do direito” em favor de uma análise conceitual modesta “do conceito de direito”. Já afastei a argumentação em torno da análise conceitual modesta no início deste capítulo. Por isso, entendo que não devemos perguntar se há determinação no direito, mas se o que determina o direito e define os padrões que regem o processo decisório considerando o que é o conceito de direito é de tal forma importante para a decisão judicial que esta também possa incidir em erro e, se assim for, qual é precisamente o escopo desse erro.

o direito e a moralidade, Leiter afirma que as conclusões alcançadas dentro desses domínios podem ser apenas minimamente objetivas. Apenas uma concepção de objetividade mínima é, para Leiter, compatível com a normatividade do direito precisamente por que: (i) o consenso comum é constitutivo dos fatos jurídicos e; (ii) tal consenso é necessariamente acessível a esta comunidade.

Ao invés de se envolver em uma teoria de argumentos derivados de verdades morais, Leiter procura mostrar que é ridícula a ideia de que haja respostas morais “objetivas”, e que, por isso, não seria merecedora de atenção em uma discussão séria sobre a verdade moral. Ele argumenta que a única concepção sensível da moralidade envolve uma tese metafísica: a saber, a de que existe “uma (...) propriedade de incorreção moral [independente da mente]” (LEITER, 2001, p. 69).

A diferença crucial entre Leiter e Dworkin, na opinião do primeiro, é o repúdio à afirmação de que a moral poderia se conformar aos padrões da epistemologia científica. Afinal o tipo de objetividade encontrado nas ciências naturais é “o tipo de objetividade relevante a ser aspirado em todos os domínios”. Mais especificamente, sua posição é que apenas o que provoca diferença causal na experiência pode ser conhecido e apenas o que pode provocar diferença causal à experiência é real, de tal sorte que, para que seja considerada “objetiva” a moralidade precisa ser “independente da mente”. Como ele coloca:

“Se a exigência de que as propriedades morais encontram lugar na epistemologia científica leva a uma tese do campo moral ‘absurda’(...) [isto] (...) não mostra que o cético externo esteja equivocado, mas que ele está certo, que não há sentido inteligível em que o mundo poderia conter fatos morais” (LEITER, 2001, p. 75).

No centro desse argumento está a afirmação de que os fatos que podem ser traduzidos pelos métodos das ciências empíricas são tudo que pode ser conhecido como verdade. Mas Leiter passa pouco tempo justificando essa afirmação, posto que esta é uma pressuposição intuitiva sua⁴⁶¹, e, como vimos, para manter sua coerência com o naturalismo quineano, as intuições não podem ter lugar num projeto de naturalização da teoria do direito. A única (e

⁴⁶¹ Em *Justice for Hedgehogs* (2011, p. 75), Dworkin critica que muitos filósofos caíram na moda de falar de suas “intuições” sobre questões morais. Há duas formas de compreender esse uso. Em primeiro lugar, eles podem querer dizer que de alguma forma perceberam a verdade do que afirmam como intuição. Se for assim, eles querem oferecer sua intuição como argumento para a verdade do que eles disseram ter intuído, assim como uma testemunha de um crime. Ou podem simplesmente reportar ao que acreditam, o que não implica nenhum argumento, como acredito que seja o uso adotado por Leiter.

curta) justificação que nos dá para estabelecer o padrão científico de verdade como apropriado é que “*a ciência nos dá as coisas*” (LEITER, 2001, p. 71), de sorte que, para ele, “o que temos que encontrar em Dworkin é qualquer argumento para isolar o domínio da moralidade das exigências da epistemologia científica” (LEITER, 2001, p. 78).

Entretanto, há um número infindável de contextos em que aceitamos conclusões valorativas. Mesmo em campos do conhecimento tidos como “não valorativos”, tais como as ciências naturais, confiam em tais avaliações de uma forma não tão evidente. Por exemplo, as melhores respostas na ciência são aquelas que melhor fazem sentido de nosso corpo de conhecimento, tem valor preditivo e se conformam às observações empíricas. As melhores respostas nas ciências naturais nos oferecem as observações empíricas de maior peso, na medida em que procuram a consistência com outros conceitos científicos. Isso torna uma resposta científica produto de um processo de raciocínio de sopesamento de informações, ideias e valores, em oposição ao produto de uma crua observação.

Essa abordagem das conclusões científicas, reconhecendo sua dimensão valorativa, explica por que o simples fato da queda de uma maçã não poderia ser explicado por uma mudança gravitacional. Por rejeitar o papel intuitivo deste argumento, Leiter acaba se equivocando ao apresentar as conclusões valorativas como diametralmente opostas às conclusões das ciências naturais empíricas. Boas respostas no domínio da ciência colocam certamente ênfase nos fatos empíricos, mas as observações são escoradas por razões (científicas e não-científicas). Em contrapartida, no domínio da moral, razões fazem parte de qualquer boa resposta, ainda que os fatos sejam mais importantes para escorar tais razões.

Talvez possamos trabalhar melhor com o problema do conceito de justificação na teoria de Leiter. Para ele, o empirismo que envolve as ciências naturais tem valor como um critério de verdade, porque ele “*nos dá as coisas*”. Devemos, então, perguntar o que esta frase significa. O argumento parece ser que algo pode ser considerado um critério de verdade se ele tiver poder explicativo ou se ele puder fazer sentido do nosso mundo.

Até agora, o argumento de Leiter parece sensato. Mas a próxima pergunta é: qual o critério apresenta a melhor imagem do nosso mundo? Poderíamos, como Leiter, tentar identificar um critério único que faça mais sentido de todas as coisas. Aqui, Leiter iria defender, intuitivamente (embora recuse tal denominação), que o único critério que faz mais sentido de todas as coisas é a observação científica. Entretanto, com um pouco de reflexão, podemos ver que nem tudo pode ser explicado por um único critério de verdade. Coisas diferentes podem ser mais bem explicadas se considerarmos mais de um fator relevante para explicá-las. A partir daí a discussão se dá sobre quais conceitos ou investigações

garantem a melhor resposta em uma dada situação e isso é, por si só, uma questão avaliativa, que pode ser resolvida apenas por um argumento racional⁴⁶².

As verdades científicas, para Leiter, são atraentes em razão de seu poder explicativo. Então, é no argumento de “poder explicativo” de Leiter que está o seu determinante do que seja uma boa resposta. O problema para Leiter é que se o critério de verdade é colocado em razão de seu poder explicativo, então os fatores relevantes para verdade de algo será aquilo que “melhor fizer sentido” daquela coisa. Mas isso quer dizer muito pouco. O processo racional sobre o qual Leiter é cético quanto a conclusões valorativas é ele próprio dependente de conclusões valorativas sobre o critério de verdade que tem maior poder explicativo: Leiter confia justamente naquele argumento que ataca (o sucesso da ciência), de tal sorte que a suscetibilidade a razões é inescapavelmente um componente de qualquer resposta objetivamente correta.

É certo que a moralidade difere da ciência por que as respostas às questões morais são particularmente baseadas em conclusões valorativas. Nem por isso um cético moral ensinaria seu filho a não causar sofrimento aos outros por prazer. Igualar convicções ou opiniões morais a gostos subjetivos ou reações emocionais (tal como pretende a *Convenção do Chocolate*) é apenas má forma de comunicação, que não descreve adequadamente o processo de fazer e responder a argumentos.

A receptividade ao motivo da ação é o que distingue as opiniões morais de gostos subjetivos, como decidir se se deve pedir uma refeição com uma porção maior ou menor em um restaurante. Esta abordagem da objetividade moral explica por que a moralidade pode ser justificadamente isolada das demandas da epistemologia científica. Nas ciências naturais, fatos descritíveis estão na vanguarda de uma boa resposta, ao passo que na moralidade o próprio argumento moral e não descrição factual é a principal coisa que torna uma determinada conclusão convincente.

Para Dworkin, ao contrário do que Leiter pretendeu apresentar com a *Convenção do Chocolate*, o que torna o argumento um *bom argumento*, constituindo o seu critério de verdade, não é a sua mera aceitação convencional, mas sim ele ser justificado pelas melhores razões substantivas⁴⁶³.

⁴⁶² É este o argumento desenvolvido por Ronald Dworkin no que toca ao conceito de objetividade. Para ele, o que a questão da objetividade enquanto ‘independência’ e ‘realidade’ “constitui, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa” (DWORKIN, 2005, pp. 262-263).

⁴⁶³ Ronaldo Porto Macedo Júnior explica o ponto de forma precisa: O argumento é familiar a nossas práticas de argumentação moral quotidianas. A argumentação é semelhante à forma como um *vegetariano* ao

O argumento de Leiter torna-se, dessa forma, vulnerável às críticas formuladas por Dworkin aos pressupostos do convencionalismo jurídico (radicalizadas em *O Império do Direito*), inserido nas obras de autores como Gerald Postema e Jules Coleman, este último considerado representante do positivismo inclusivista recusado anteriormente por Leiter na definição do critério de legalidade apropriado à sua releitura do Realismo Jurídico⁴⁶⁴.

Para defender a ideia de que as respostas morais (e também jurídicas) objetivamente corretas consistem apenas das melhores razões possíveis mais duas críticas a Leiter são pertinentes. Em primeiro lugar, a dependência da Leiter da teoria do conhecimento de Quine como alternativa para verdades morais é equivocada. Em segundo lugar, Leiter ataca verdades morais avaliativas através do movimento injustificado de não tratar questões de objetividade e da moralidade como interpretativas. Sem produzir um argumento, Leiter age como se a mera existência de posições contrárias refutasse Dworkin, mas ele não mostra por que suas posições contrárias são persuasivas ou mesmo sensatas.

Quanto à primeira crítica, acredito que, na verdade, a concepção interpretativa de Dworkin tem maior proximidade com o naturalismo quineano do que Leiter poderia supor. Tomemos a metáfora da rede de crenças proposta por Quine, apresentada no primeiro capítulo. Consideremos, por exemplo, uma proposição que está no centro da rede: “todos os solteiros são homens não casados”. À primeira vista, esta afirmação não parece ter nenhuma ligação com verdades empíricas; a palavra “solteiro” e a expressão “homem não casado” fornecem à afirmação seu significado. Imagine-se, no entanto, um cenário em que a sociedade gradualmente tem legalizado o casamento entre casais do mesmo sexo. Isso

argumentar contra o consumo de carne animal, fundamenta suas razões não no fato de que seu pensamento é bem aceito ou considerado razoável pela maioria da sociedade na qual ele é produzido, mas sim porque isto é *correto*. O critério de verdade por ele pressuposto pode, por esse motivo, ser até mesmo contramajoritário sem perder a sua condição de sentido e assim, valor de verdade.

Afinal, se imaginássemos que a condição de verdade fosse a existência de uma acordo convencional sobre o ser o vegetarianismo correto, seria um rematado nonsense alguém formular uma crítica aos consumidores de carne animal. O máximo que se poderia imaginar, quando alguém censurasse outro por consumir carne animal, seria imaginar que estaria expressando uma preferência ou conferindo uma ênfase. Tal como alguém que não gosta de tomar sorvete de passas ao rum poderia dizer “é errado tomar sorvete de passas ao rum!!”. O certo e o errado, neste caso, não se reportariam a um critério de objetividade “intersubjetivo”, mas antes deveria ser entendido como mera expressão de preferência não universalizável nem passível de conhecimento objetivo (qualquer que fosse o conceito de objetividade utilizado – seja ele baseado num conceito de verdade como correspondência, seja ele dependente da existência de melhor justificativa em seu favor.) Assim, a preferência por sorvete de chocolate não pressupõe a existência de qualquer tipo de compartilhamento social. Ainda que houvesse apenas uma pessoa no mundo que gostasse de sorvete de baunilha, não faria sentido qualificar a preferência por este sorvete como *errada* porquanto o gosto que lhe atribui um valor gustativo é, por definição, personalíssimo e, portanto, não intersubjetivo. Já, por exemplo, uma regra de etiqueta que manda tirar o chapéu antes de entrar na igreja apoia-se numa regra social, visto que a sua existência pressupõe um estado de coisas no mundo, isto é, o *comportamento convergente* de indivíduos que tiram o chapéu antes de entrar na igreja, bem como a sua *aceitação* como um critério normativo para a ação. (v. MACEDO JÚNIOR, 2013, pp. 41-42).

⁴⁶⁴ Sobre o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico ver Macedo Júnior (2013).

não afetará imediatamente a obviedade linguística que “todos os solteiros são homens não casados”. No entanto, após algumas décadas de legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pode ser o caso de que a referência a gênero no que diz respeito ao casamento seja considerada arcaica e irrelevante, a ponto de ser considerada equivocada. Em tal situação, a palavra “solteiro” pode cair em desuso e a frase “todos os solteiros são homens não casados”, por consequência, tornar-se sem sentido. Assim, a verdade fornecida pela afirmação “Todos os solteiros são homens não casados” é uma verdade puramente analítica.

Nesse sentido, a imagem quineana do conhecimento pode ser facilmente traduzida para a teoria das respostas corretas. Em uma determinada situação ou contexto, as melhores respostas serão compostas pelas razões relevantes nesse contexto, na medida em que as razões se transformam (como o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo e sua aceitação jurisprudencial), o significado objetivo dos termos jurídicos também mudará. Os conceitos ou fatores relevantes em uma determinada situação, e o peso dado a tais fatores são, na verdade, uma questão de argumento avaliativo. No contexto da ciência, por exemplo, pode-se argumentar que o determinante fundamental do conceito de “correção” é a coerência com a realidade independente da mente.

Como, então, deve ser concebida a moralidade em uma imagem quineana do mundo? Ora, tendo em vista o exposto acima, no que diz respeito à importância das intuições no papel de formação de nossas crenças, não temos nenhuma razão para pensar que a verdade moral consiste em nada que não sejam nossas crenças justificadas por nossas razões cotidianas⁴⁶⁵. Vimos anteriormente que o naturalismo metodológico endossado por Leiter afirma uma continuidade de métodos entre a filosofia e a ciência, o que implica a aproximação dos métodos científicos para testar a verdade das proposições filosóficas. Logo, o que Dworkin procura afirmar, na verdade, é que proposições morais sequer podem

⁴⁶⁵ Em *Justice for Hedgehogs* (2011, pp. 70-75), Dworkin esclarece seu argumento de que fatos empíricos não podem ter impacto causal em nossas crenças e convicções morais. Dworkin denomina a hipótese segundo a qual haveria algum tipo de relação causal entre fatos morais e motivos e convicções de ‘*hipótese da implicação causal*’ e afirma que rejeitá-la é óbvio, porém tal rejeição não implica consequências naturalistas, tal como Leiter pretende. Isto por que não podemos imaginar qualquer tipo de prova empírica que pudesse sugerir a veracidade dessas crenças e convicções morais. Desse modo, não podemos imaginar como testar a afirmação de que o aborto é errado porque não conseguimos imaginar um teste em que poderíamos manter determinados fatores constantes e alterar outros e, assim, mudar o ‘valor moral’ do aborto. É possível, testar a afirmação de que ‘o feto sente dor’, mas isso não nos garante uma resposta moral, no sentido de que ‘não devemos causar dor em seres humanos’. Se ficasse provado que o feto não sente dor, isso só afetaria o julgamento moral a respeito do aborto se já sustentássemos a crença de que há uma relação entre a moralidade de um ato e o sentimento físico de dor sofrido por um indivíduo.

ser testadas, ou seja, não faz o menor sentido o uso desse tipo de investigação para testar sua veracidade⁴⁶⁶.

Isso não significa que fatos empíricos sejam irrelevantes para determinar a objetividade de um julgamento moral. Uma boa resposta para a questão de saber se o aborto é errado será objetivamente consistente e também poderá contar com os fatos, tais como o fato de saber se um feto pode sentir dor ou não. Este fato não é um fato “moral”, do tipo “certo” ou “errado”. Pelo contrário, é um fato empírico, a partir do qual as conclusões de correção ou incorreção poderiam ser tiradas. Se um feto pode sentir dor, isso pode nos dar uma *razão* para pensar que o aborto é errado, não porque a dor seja sinônimo de “errado”, mas porque podemos ter empatia com alguém que sente dor, e essa empatia nos dá *razão* para fazer um julgamento separado contra o aborto.

Veja-se que, aqui, utilizei a expressão “*razão*” e não “*causa*” para explicar a ação humana em relação ao questionamento a respeito do aborto. A explicação para tal uso é simples: quando estamos diante de um fenômeno causal, justificção e explicação coincidem. Porém, quando estamos diante de questões morais, a ciência pode até explicar a cadeia causal que nos levou a sustentar determinada crença, como indicado no exemplo acima, mas não pode, por meio de seus testes e métodos, justificar por que esta crença é ou não verdadeira. Em última análise, não há mais julgamentos morais do que argumentos fundamentados dessa natureza e mesmo todo juízo moral é potencialmente susceptível a razões contrárias.

Este ponto de vista coloca as afirmações morais em algum lugar entre as verdades abstratas e as verdades empíricas na rede de crenças quineana. Tanto a lógica como os fatos do mundo são relevantes para o argumento moral. No entanto, não há determinante factual final para uma resposta moral correta, assim como não há determinante factual final sobre uma resenha de um livro ou uma equação algébrica. Vimos que as conclusões fundamentadas que são incapazes de oferecer provas factuais não são as mesmas que os gostos ou preferências subjetivos, tais como o da *Convenção do Chocolate* (por exemplo, algumas resenhas de livros podem ser melhores do que outras, e, por extensão lógica, pode haver “uma melhor resenha”). Sendo assim, essa teoria sobre conclusões avaliativas objetivamente corretas é uma teoria sensata e plausível da verdade moral. Além disso, esta teoria da verdade moral flui confortavelmente a partir de uma imagem quineana do mundo,

⁴⁶⁶ “Na medida em que a moralidade e outros domínios avaliativos não fazem afirmações causais, tais testes não podem desempenhar nenhum papel em qualquer teste plausível para eles” (DWORKIN, 1996, p. 120).

com a qual Leiter é amplamente simpático. Então não haveria motivos para nenhuma discordância com Dworkin.

Em resposta a Leiter, podemos notar que a verdadeira questão não é por que as respostas morais podem ser isoladas das respostas que dependem de provas científicas, o que resolveria o antigo problema da demarcação entre direito e moral, embora ele mesmo assuma a dificuldade dessa resposta. Por isso, o que é mais intrigante em Leiter é o por que alguém com uma visão quineana do conhecimento tão fervorosa quanto a dele insiste que o único tipo sensível de conhecimento é o conhecimento científico, de fatos independentes da mente, minando a possibilidade de atribuição de objetividade específica ao conceito de direito.

Os problemas com objetividade específica ao domínio do direito levantadas por Leiter se dissipam na medida em que o escopo de um domínio particular é interpretativamente justificado. Nesse sentido, nenhum filósofo que aceitasse a hipótese de dependência causal⁴⁶⁷ imagina que esta hipótese é que “causou” a sua crença na veracidade desta mesma hipótese, de forma circular. Ao admitir tal hipótese, deveríamos supor a existência de partículas filosóficas, os chamados *philons* (DWORKIN, 2011, p. 76), o que os levaria também aceitar as então rejeitadas partículas morais (os *morons*) e, então, admitir que a hipótese da implicação causal também é verdadeira, sob pena de incidir em contradição. Isso quer dizer que, ainda que admitamos o fato de que a ciência estuda objetos que tenham eficácia causal e que isso faça parte de seu sucesso, não se pode afirmar que, apenas por essa razão, somente os objetos estudados pela ciência existem, justamente por que tal afirmação não poderia ser testada pela própria ciência.

Tal afirmação, ademais, encontra guarida apenas quando nos restringimos à explicação do por que rejeitamos a astrologia e aceitamos a astronomia. Ambas fazem afirmações causais sobre o mesmo domínio (os “astros”, por assim dizer), em que pesem ser opostas. Considere-se o exemplo de Leiter de que haja respostas objetivamente corretas internas ao domínio da “Cientologia”. Se a afirmação era de que, segundo alguns defensores da “Cientologia”, a melhor explicação para o universo se encaixa na cosmologia Hubbardiana, então não haveria problema. Poderíamos chamar confortavelmente esta resposta “objetivamente correta” sem comprometer as conclusões estabelecidas pela ciência. As afirmações astrológicas internas ao domínio da Cientologia não afetam a

⁴⁶⁷ Dworkin chama essa hipótese, em *Justice for Hedgehogs* (2011, pp. 76-80), de hipótese da dependência causal: a menos que a moral tenha algum impacto causal sobre nossas crenças, convicções e atitudes, num sentido amplo, ela não será objetiva.

ciência, a menos que um argumento separado possa ser feito, no sentido de que as afirmações da Cientologia devem afetar as conclusões da ciência. Colocando o problema de outra forma, se o cientologista pretende reivindicar que a ciência moderna deve ter em sua abordagem as conclusões da cosmologia hubbardiana, ele deve formular um argumento para este fim: de que a melhor compreensão da ciência moderna leva em conta as afirmações da Cientologia. É improvável que o cientologista possa dar boas razões para esse fim. Melhor compreendido, o domínio da ciência moderna é discutível como o domínio das proposições empiricamente fundamentadas, que preveem com precisão os fenômenos naturais. A concepção de domínio específico da objetividade não iria tratar as afirmações da Cientologia lado a lado com as afirmações procedentes da “física, astronomia e biologia evolutiva”, como teme Leiter. Ao contrário, a defesa da objetividade naturalizada aplicada aos domínios valorativos é que violaria seus pressupostos, fundados na afirmação *a priori* de sucesso das ciências naturais. Repetindo a metáfora de Neurath, não se trata de substituir as mesmas tábuas “causais” por tábuas “morais” e vice-versa. A ciência deve ser tomada dentro de seus limites. Admitir que apenas os objetos que podem ser estudados pela ciência existem de forma “objetiva” depende, portanto, de razões não justificáveis cientificamente.

O argumento crucial, aqui, é sobre a lógica da crítica de Leiter à ideia de ceticismo externo lançada por Dworkin: o cético deve supor que suas afirmações se engajam e competem com as afirmações feitas no domínio que é alvo de suas críticas. O que faz com que uma afirmação entre em competição com outra é uma questão substantiva e é tipicamente parte da tarefa do cético mostrar que suas afirmações-alvo também estão em competição com as suas próprias afirmações, e é assim que ele pretende tornar suas afirmações mais fortes. No entanto, não se pode discordar de alguém a menos que você tenha algo sobre o que discordar. Uma vez que uma coisa ou outra deve servir de lócus do desacordo, o cético e seu alvo devem, inevitavelmente, compartilhar algo. Nesses termos, é possível concluir que Leiter não compreende bem a razão pela qual o argumento dworkiniano é consistente com a licença que a ciência tem, por exemplo, para atacar a astronomia ou a cientologia. Ele acha que esses casos são especiais, uma concessão para efeitos de que, onde afirmações causais estão envolvidas, o argumento dworkiniano não se aplica. A verdade é precisamente outra: o fato de que a astrologia não recebe imunidade ilustra a operação geral do argumento dworkiniano e não o restringe ao domínio não-causal.

O que Leiter nos proporcionou, até aqui, foi a construção de uma crítica à tese da resposta correta, defendida no seio do interpretativismo dworkiniano (muito embora não se trate de

seu argumento central, como expressei anteriormente), como um verdadeiro boneco de palha quando, em verdade, é uma ideia muito mais intuitiva do que ele supõe. Respostas corretas são possíveis, mas elas não são “certas”, isto é, não há certeza quanto à sua existência no mundo jurídico. Respostas objetivamente corretas são as respostas que são melhor suportadas por razões jurídicas, sendo estas muito mais amplas do que Leiter supõe. Para alguns, esta abordagem da objetividade jurídica se assemelhará mais o pesadelo do que o sonho nobre identificado por Hart. Afinal de contas, não há árbitro final da verdade jurídica fora das nossas próprias convicções intelectuais; nós rejeitamos a noção de que possa haver um juiz determinado e superior da verdade, acima ou fora da argumentação fundamentada por estas razões. Isso não faz todas as decisões sejam iguais, mas que algumas decisões serão apoiadas por razões melhores do que outras, e as decisões que podem ser mais bem justificadas serão objetivamente corretas⁴⁶⁸.

A ideia de resposta correta não deve ser considerada como um destino, como parece crer Leiter, na medida em que ele acredita, ao menos em parte, que o direito seja determinado e que isto equivale a objetividade jurídica. Sua posição refratária em defesa de uma concepção de objetividade mínima, que tem o consenso⁴⁶⁹ como suporte serve apenas para evidenciar o ceticismo externo⁴⁷⁰ de seu projeto de naturalização da teoria do direito, ceticismo este que se mostra impossível como método sólido para a construção de uma teoria do direito, na medida em que concede objetividade ao direito apenas enquanto

⁴⁶⁸ É o que se vê do seguinte argumento de Dworkin, transcrito em *Justice in Robes*: “So if the argument that there is no objective truth about moral matters is sound, its consequence is not that there is nevertheless a truth for our community, but rather that there is a distinct truth for each of us, and we cannot sustain a theoretical approach [como Leiter pretende sustentar] to adjudication on that basis” (DWORKIN, 2006, p. 59).

⁴⁶⁹ É preciso deixar claro, aqui, que a teoria dworkiniana não repele a importância do consenso para a construção do conceito de direito. Pelo contrário, para Dworkin, o consenso é a plataforma preliminar de acordo sobre as quais a prática argumentativa é desenvolvida. Na etapa pré-interpretativa, por exemplo (DWORKIN, 1999, p. 81), na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática, é preciso um alto grau de consenso para que, em seguida, venha a etapa interpretativa, em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Essa plataforma é importante porque, em suma, as pessoas apenas podem se engajar numa prática argumentativa quando compartilha algumas afirmações e práticas (DWORKIN, 2006, p. 09).

⁴⁷⁰ Note-se, a propósito, como a seguinte definição de ceticismo externo apresentada por Dworkin no âmbito de sua defesa do direito como empreendimento interpretativo se assemelha àquilo que venho expressando a respeito do ceticismo inerente ao naturalismo de Leiter, ao procurar estabelecer as ciências empíricas como paradigma de objetividade (forte) do direito: “o cético externo supõe que pode controlar todos os julgamentos interpretativos confrontando-os com alguma realidade externa cujo conteúdo não deve ser determinado por argumentos que se tornaram conhecidos pela prática, mas que deve ser apreendido de alguma outra maneira. Ele supõe que pode se colocar fora do empreendimento da interpretação, dar aos julgamentos interpretativos algum sentido diferente do confronto dos argumentos utilizados contra e a favor deles na interpretação comum, e julgá-los todos falsos ou desprovidos de sentido quando medidos com um padrão supostamente mais objetivo” (DWORKIN, 2005, p. 265).

considerado como afirmações do tipo descritivo, tais como as afirmações matemáticas, mas lhe nega o caráter valorativo, moral, estético e interpretativo.

3.1.2 Pode-se dizer que Dworkin é um quineano?

Aponte no item anterior que Dworkin desvincula a concepção filosófica de indeterminação dos padrões sociais da ideia defendida pelo Realismo Jurídico de indeterminação da teoria do direito, razão pela qual defende uma concepção determinada do conceito de direito. A princípio, isso poderia soar controverso para um quineano como Leiter, mas acredito que seja apenas a princípio.

Consideremos a teoria dworkiniana. Sua compreensão do raciocínio do ponto de vista interno do direito, já desenvolvido desde o pensamento de H.L.A. Hart, apenas tem sentido na medida em que é acompanhada de uma abordagem particular das fontes do direito, o que inclui a moral. É apenas por que sua teoria apela para uma concepção particular de direito, holística⁴⁷¹ e aspiracional, que milita em favor da integridade do direito e de um modelo de juiz – o Juiz Hércules⁴⁷² –, que Dworkin se torna capaz de sustentar a visão de que o direito é determinado. Negar tal abordagem de validade, sobre o que é direito em determinada questão, é negar a possibilidade de compreensão da justificação do direito.

Embora não seja meu objetivo resumir a teoria dworkiniana neste item, abro espaço para uma breve consideração a seu respeito, de modo a vinculá-la, de algum modo, ao naturalismo quineano. Isto por que, em princípio, a ideia de um juiz ideal Hércules pode trazer incômodos à teoria do direito pelo simples fato de não existir. No entanto, acredito ser necessário enxergá-lo como um esquema argumentativo, resultante da tensão entre duas dimensões: (i) a dimensão de adequação (ou *'fit'*), em relação ao que é aceito como direito pela comunidade jurídica, isto é, de que a interpretação do direito deve ser consistente com

⁴⁷¹ Nas palavras de Dworkin: “Interpretation is *pervasively holistic*. An interpretation weaves together host of values and assumptions of very different kinds, drawn from very different kinds of judgment of experience, and the network of values that figure in an interpretive case accepts no hierarchy of dominance and subordination. The network faces the challenge of conviction as a whole; if any one strand is changed, the result may be locally seismic. Someone’s second Best interpretation of a poem or a picture may be radically different from his first best; a third interpretation that is only slightly different from the first may seem much worse. True, some persuasive philosophers argue that science is holistic too: that our science, as Quine put it, also confronts the bar of experience as a whole. They say that there is no belief about the physical world, however established and indubitable it now seems, that we could not give up if we also surrendered all the other beliefs we now hold and began again to describe and account for the physical world in an entirely different vocabulary” (DWORKIN, 2011, p. 154).

⁴⁷² Dworkin apresenta Hércules da seguinte maneira: “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (1999, p. 287).

os precedentes, bem como coerente dentro de seu contexto jurídico e; (ii) a dimensão das questões substantivas de moralidade política⁴⁷³. A tarefa do juiz é, para a teoria dworkiniana, a articulação dessas duas dimensões argumentativas, tarefa suficientemente árdua, devido às vicissitudes e inerentes indeterminações dos padrões de aceitação e moralidade política e que, por isso mesmo, são devidas a alguém que se proponha a essa tarefa hercúlea.

A tarefa hercúlea do juiz é desenvolvida ao longo da história do direito e, tal qual Quine nos apresentou a construção do conhecimento por meio de uma rede de crenças⁴⁷⁴, Dworkin nos apresenta a construção do direito por meio daquilo que denominou “romance em cadeia⁴⁷⁵”. Vários juízes (os ‘romancistas’) se juntam com a proposta de escrever um capítulo de uma obra coletiva, isto é, o direito, de forma contínua e ininterrupta. Nesse ínterim, cada juiz estará limitado à dimensão de ajuste daquilo que foi desenvolvido pelo autor anterior, a fim de que seja mantida a substância e a coerência interna do direito⁴⁷⁶. Veja-se que não se trata a tarefa de ajuste de “mera questão de opinião”, como parece supor o cético externo, mas de interpretação daquilo que já foi escrito, segundo a dimensão das questões de moralidade política do esquema argumentativo a que se propõe o juiz ideal. Essa interpretação deve apresentar a obra em questão (o direito) sob a sua melhor luz e garantir a sua mobilidade, ao mesmo tempo em que se garante sua consistência.

Ora, o crítico dworkiniano poderia nos dizer que, se o direito está preocupado com a tomada de decisões, a analogia literária proposta por Dworkin seria, na verdade, um embuste. Entretanto, isto tem a ver com uma ideia rasa que se faz do conceito de interpretação. Acredito que, o tempo todo, Dworkin tenha tentado demonstrar que a atitude interpretativa se confunde, quando tratamos de questões avaliativas como o direito, com a tarefa de tomada de decisão. Meu argumento se torna mais claro com o seguinte exemplo:

⁴⁷³ Ronaldo Porto Macedo é preciso a respeito desse ponto, reportando-o como a “hipótese política” do interpretativismo de Dworkin: “O ‘point’, a intencionalidade, do Direito, não é estético, mas antes político. A política é a finalidade ou o valor do direito. Para Dworkin, é isto que os juízes fazem quando interpretam o Direito” (MACEDO JÚNIOR, 2010).

⁴⁷⁴ No original de Quine: “A totalidade de nossos assim chamados conhecimento e crenças das mais causais questões da Geografia e História até as mais profundas leis da física atômica ou mesmo da Matemática pura e da Lógica é um tecido feito pelo homem, que encontra a experiência apenas nas extremidades. Ou, mudando a imagem, a totalidade da ciência é como um campo de força, cujas condições limítrofes são a experiência” (QUINE, 2011, p. 66).

⁴⁷⁵ “Um romance, assim como o direito, pode ser avaliado de muitas formas, pelas quais aprendemos olhando, lendo ou procurando, e não por reflexão abstrata de quão boa a arte ou o direito podem ser” (DWORKIN, 1982, p. 533).

⁴⁷⁶ Importante a conclusão de Ronaldo Porto Macedo Júnior de que: “(...) os juízes não parecem tomar as atividades cooperativas compartilhadas de outros juizes como a sua principal razão de decidir, mas antes buscar a resposta correta para suas decisões. Mesmo quando tomam a decisão de outros juízes como referência, o fazem por identificar nelas uma evidência da correção, e não por serem as decisões já tomadas” (MACEDO JÚNIOR, 2013, p. 219).

imaginemos que determinada Constituição proíba o favorecimento de qualquer religião. Uma lei de determinado Município promulga um estatuto que parece permitir o transporte gratuito de crianças que frequentem escolas subsidiadas por determinada ordem religiosa, mas não favorece as demais crianças que estudem em outras instituições de ensino. Uma criança tem direito a transporte gratuito em ônibus em virtude desse estatuto? Qual é a teoria subjacente à constitucionalidade do Estado laico? Ao se deparar com tais questões, de acordo com Dworkin, ao juiz Hércules são apresentadas duas opções: ou Hércules pode decidir que o Estado Laico está fundamentado (e, aqui, justificado) pelo dever do Estado de impedir a grande tensão ou desordem social que o estabelecimento de uma religião poderia provocar ou que a ideia do Estado Laico é compreendida da melhor maneira como confirmando um direito geral à liberdade religiosa. Nesse último caso persistem questões ainda mais amplas: o que é liberdade religiosa: significa que o Estado jamais deve empenhar gastos em favor da religião ou que jamais possa apoiar uma religião em detrimento de outra? Se Hércules compreender que a liberdade religiosa se insere na primeira opção, o transporte gratuito escolar não é possível, ao passo que, no caso da segunda opção não há inconstitucionalidade, bastando que a lei seja ajustada para atender a todos, independentemente de religião. Veja-se, portanto, que o trabalho interpretativo do juiz Hércules vai além da dimensão da adequação dos padrões jurídicos àquilo que a comunidade jurídica compreende como direito (e que seria algo, portanto, modestamente objetivo, na classificação de Leiter), avançando em direção a uma questão de moralidade substantiva – liberdade religiosa⁴⁷⁷.

Críticos de Dworkin, como Leiter, acreditam que essa tarefa hercúlea se restrinja a uma pequena parte das disputas jurídicas, em especial os casos difíceis, que apontam para áreas em que o direito é pouco claro ou não estabelecido, de tal sorte que na maior parte dos casos as partes concordam sobre que direito estão litigando (LEITER, 2009, pp. 1232-1248), sendo que os sistemas jurídicos em funcionamento são mais notáveis por sua capacidade de acordo sobre o que é o direito, o que é exatamente o que a teoria do direito positivista procura prever.

Acredito que tal crítica é falha por duas razões. Em primeiro lugar, a própria ideia de indeterminação do direito, segundo o projeto de naturalização da teoria do direito de

⁴⁷⁷ Assim, se o juiz entende, em outro exemplo, que a finalidade dominante de um sistema jurídico é econômica, então ele vai ver nas decisões passadas sobre direito acidentário, alguma estratégia para reduzir os custos econômicos dos acidentes em geral. Outros juízes, que considerem tal imagem da função do direito como de mau gosto, não irão descobrir qualquer estratégia desse tipo na história, mas apenas, talvez, uma tentativa de reforçar a moral convencional de culpa e responsabilidade (Dworkin, 1982, p. 545).

Leiter, bem como da leitura deste do Realismo Jurídico⁴⁷⁸, é limitada a certos casos, isto é, os casos que alcançam as instâncias recursais. Desse modo, a ideia de limitação local da indeterminação como ponto de partida do Realismo e do Naturalismo na tentativa de estabelecer uma teoria descritiva, causal-nomológica do direito não é diferente do ponto de partida do argumento de Dworkin a respeito dos casos difíceis. Afinal, tais casos dão origem à discussão genuína a respeito da “verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão” (GUEST, 2010, p. 163).

Qual seria este ponto de partida do interpretativismo, comum ao naturalismo? O próprio Dworkin aponta como o postulado da tradução radical de Quine⁴⁷⁹. Sob o ponto de vista de um cético, como Leiter, isso significa *indeterminação* por que muitos manuais de tradução podem ser utilizados para a compreensão de um conceito de uma língua estrangeira. Mas não é o que Dworkin pensa. Para ele, a tradução radical funciona como uma “interpretação colaborativa”:

“Imaginamo-nos numa conversa com falantes de uma língua pela grande variedade de utilidades que provocam essa conversação. É sensato adotar suposições sobre a linguagem e seus falantes que pareçam necessárias para alcançar tais propostas: suposições que, se não forem sustentadas, não levaram a qualquer comunicação útil⁴⁸⁰” (DWORKIN, 2011, p. 148).

Mas há ainda outra questão suscitada em Dworkin: uma vez que ele trata o direito enquanto prática argumentativa, formatada como um romance em cadeia (ou rede de crenças) há um vínculo entre os casos em que há concordância massiva (os casos ‘fáceis’) e os argumentos para os casos difíceis, uma vez que os casos fáceis desempenham um papel que justifica a extensão do direito neles contidos. Este papel justificador é papel da *integridade*: a justificativa das instituições jurídicas e do seu papel no argumento jurídico é

⁴⁷⁸ “(...) Realists were mainly concerned to point out the indeterminacy that exists in those cases that are actually litigated, especially those that make it to the stage of appellate review—a far smaller class of cases, and Second, the one where indeterminacy in law is far less surprising” (LEITER, 2007, pp. 19-20).

⁴⁷⁹ “Manuals for translating one language into another can be set up in divergent ways, all compatible with the totality of speech disposition, yet incompatible with one another. In countless places they will diverge in giving, as their respective translations of a sentence of one language, sentences of the other language which stand to each other in no plausible sort of equivalence however loose” (QUINE, 1969, p. 27).

⁴⁸⁰ A interpretação sugerida por Dworkin, aqui, remete a leitura de Donald Davidson e seu princípio da caridade. De acordo com a leitura de Dworkin atribuída a Davidson, embora um número de diferentes manuais de tradução podem se ajustar (fit) a determinado dado ou conceito, as estratégias interpretativas que serviram para nossas reais propostas reduziram esses manuais para alguns poucos cuja diferença seria meramente terminológica, de sorte que haveria pouca indeterminação, ao menos do tipo que Quine previu em sua teoria (v. DWORKIN, 2011, pp. 148-149).

fornecer argumentos de ajuste, da mesma forma que fornece argumentos de substância para a decisão do juiz Hércules. Nas palavras do próprio Dworkin:

“O espírito da integridade, o qual localizamos na fraternidade, seria ultrajado se Hércules tomasse sua decisão de outra maneira que não pela escolha da interpretação que ele crê ser melhor do ponto de vista da moralidade política como um todo. Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípio, e os cidadãos de uma comunidade de princípio almejam não simplesmente princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que quisessem, mas os melhores princípios políticos que a comunidade possa encontrar. A integridade é distinta da justiça e da imparcialidade, mas está envolvida com elas dessa maneira: a integridade não faz nenhum sentido, exceto entre pessoas que querem também imparcialidade e justiça. Portanto, a escolha final de Hércules pela interpretação que ele crê ser mais robusta como um todo – mais imparcial e mais justa na redação correta – emana de seu compromisso inicial com a integridade. Ele faz essa escolha no momento e da maneira como a integridade permite e exige e, portanto, é profundamente enganoso dizer que ele abandonou o ideal justamente nesse ponto⁴⁸¹” (DWORKIN, 1999, pp. 313-314).

Como se vê, a aproximação e coerência de Dworkin com o naturalismo quineano vai além da leitura da tese da resposta correta mencionada no item anterior. Mais do que isso, ela aborda o que Leiter denominou de “segunda etapa” do Realismo Jurídico – a substituição – pelo viés da revisão⁴⁸², até o ponto em que a teoria quineana⁴⁸³ defende que esta ideia de

⁴⁸¹ Em *Justice in Robes*, Dworkin explicita a integridade como o argumento que “abre caminhos para mudanças uteis de várias formas: separando o fato do precedente de suas bases teóricas prévias, por exemplo, e por meio do alerta de sua força gravitacional” (2006, p. 70).

⁴⁸² No argumento presente em *Justice in Robes*: “My claim, to repeat, is that legal reasoning presupposes a vast domain of justification, including very abstract principles of political morality, that we tend to take that structure as much for granted, as the engineer takes most of what she knows for granted, but we might be forced to reexamine some part of the structure from time to time, though we can never be sure, in advance, when and how” (DWORKIN, 2006, p. 56).

Interessante anotar, aqui, as considerações de Stephen Guest sobre a função da revisão na compreensão do componente moral do direito na teoria dworkiniana: “ela nos permite perceber como os ideais morais se ligam à sua importante ideia de interpretação, a qual se torna claro, é o produto final de moralizar com outros que, em boa parte, estão em concordância e, portanto, endossam proposições de moralidade movidas pela moral, mas passíveis de revisão. Isso significa que sua teoria do direito deriva de propostas morais diretas – de aplicação universal – referentes à igualdade e à liberdade. E penso, foi um entendimento de que é isto que Dworkin está realmente fazendo que levou alguns críticos, superficialmente, a dizer que sua obra não é ‘objetiva’, porque eles percebem aquilo que acreditam ser uma ‘subjetividade’ não limitada” (GUEST, 2010, p. 06).

⁴⁸³ Quine, ao tratar do problema da revisão, destaca que: “A reavaliação de alguns enunciados acarreta a reavaliação de outros, em função de suas interconexões lógicas, sendo as leis da lógica, por sua vez, simplesmente certos enunciados adicionais do sistema, certos elementos adicionais do campo. Tendo reavaliado um enunciado, devemos reavaliar alguns outros, que podem ser enunciados conectados logicamente com os primeiros ou podem ser enunciados sobre as próprias conexões lógicas (...) Inversamente, pela mesma razão, nenhum enunciado está imune à revisão” (QUINE, 2011, p. 67).

“substituição” seja relativa à utilização da ciência para entender a ciência; não é a busca por uma fundação independente para a ciência ou conhecimento geral, já que esse é um esforço ininteligível. Porquanto nossa rede de crenças – a prática do direito – merece ser conservada de forma íntegra, Dworkin defende uma postura argumentativa no âmbito do direito, fundada na dimensão da adequação (*‘fit’*) e dos argumentos morais substantivos como a melhor luz sobre esta prática, ou seja, sua justificação e coerência estratégica. Nesse sentido, concordo com a leitura de Stephen Guest, pela qual “o argumento jurídico deve proceder sobre a base de que a melhor maneira de extrair sentido do direito deve ser lê-lo de modo a que represente o esforço do Estado de tratar as pessoas como iguais” (2010, p. 60).

Em adição à ideia de adequação (*‘fit’*), pode-se argumentar que qualquer resposta correta plenamente justificada deve ter valor moral. Se aceitarmos que os princípios jurídicos sustentam o direito, como defendido por Dworkin desde o famoso *Modelo de Regras I*, então a exigência de valor moral também deve permear todos os outros aspectos da interpretação jurídica. O princípio de adequação, por exemplo, é um aspecto particularmente importante daquilo que o valor moral geralmente exige; tratando casos iguais de forma igual é uma manifestação do princípio moral de que os indivíduos devem ser tratados com igual respeito e consideração nos termos da lei. A ideia de que todas as respostas jurídicas devem ser moralmente justificáveis decorre da ideia de que os juízes estão limitados por princípios jurídicos, bem como pelas normas jurídicas. Princípios jurídicos existem por causa da sua substância (não o seu *‘pedigree’*) e reconhecer a existência de princípios dá o melhor sentido aos argumentos jurídicos, práticas e julgamentos.

O *fundacionismo* da teoria dworkiniana, não está, como pretende fazer crer Leiter, na defesa da tese da resposta correta, mas na atuação fundacional dos princípios jurídicos, que significa que todo argumento jurídico, em última análise, se torna um argumento moral sobre por que e em que condições a aplicação das normas jurídicas é justificada⁴⁸⁴. Como bem explica Ronaldo Porto Macedo Júnior:

⁴⁸⁴ São os princípios, a propósito, que justificam as modificações no ordenamento jurídico. É o que Dworkin defende desde a publicação de *O Modelo de Regras*, em 1967, que diz: “Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. A primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação (...) Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios” (DWORKIN, 2007, pp. 59-60).

“É importante insistir que Dworkin não está preocupado em elaborar uma teoria da decisão judicial, mas sim apontar *para as consequências da teoria positivista para a decisão judicial*. Ele quer também mostrar através das consequências práticas implicadas pelas opções teóricas (no momento da decisão judicial) as limitações da própria teoria. Este ponto nem sempre foi bem compreendido por seus críticos, inclusive H. L.A. Hart. Desse modo, Dworkin identificou nos limites no tratamento oferecido pelo positivismo jurídico do tema do raciocínio jurídico um ponto de vulnerabilidade da teoria positivista em geral. A sua estratégia procurou mostrar como a interpretação dos princípios evidencia de maneira particular a gramática (moral) da argumentação jurídica” (2013, p. 39).

A teoria de Dworkin, portanto, ao contrário do que Leiter supõe ter sido feito no âmbito do Realismo Jurídico, não nasce da suposta falha de uma teoria fundacional precedente no sentido filosófico, mas sim de um amplo projeto de revisão da teoria precedente e dominante, qual seja, o positivismo jurídico. Leiter parece estar ciente disso, uma vez que se propõe a apreciar a herança do que ficou conhecido como debate Hart-Dworkin, como indiquei no capítulo anterior. No entanto, seu contra-ataque naturalizado não parece tão fecundo para a teoria do direito quanto à teoria rival dworkiniana e suas influências quineanas.

A visão do Realismo Jurídico na qual Leiter se apoia tem como premissa a incompletude das fontes do direito. Assume uma concepção de validade do direito, baseada na ideia de que o direito não idealizado moralmente, mas socialmente construído, carregando falhas e limites de seus instrumentos. Mais do que isso, a pressuposição de que o direito é indeterminado não pode formar a base de um argumento contra a reflexão filosófica sobre a natureza da decisão judicial: é uma tese substantiva que forma parte de uma abordagem filosófica particular⁴⁸⁵. A objetividade quer na moralidade, quer no direito, pode ser encontrada nas afirmações morais e jurídicas substantivas, o que em muito se assemelha à ideia de *conteúdo recíproco* sugerida por Quine e apresentada no primeiro capítulo dessa tese. Como declarou em outra oportunidade:

⁴⁸⁵ Isto por que, para Dworkin, apenas argumentos morais substantivos podem sustentar outros argumentos morais. Dworkin rejeita a empreitada metaética que confia em argumentos que são externos a proposições morais substantivas. A metaética tenta responder questões relativas ao status das proposições morais, tais como o que determina a verdade das condições das proposições morais ou se há fatos morais ou propriedades morais no universo e quando e como elas fazem parte de uma reflexão metaética. É a isso, portanto, que atribui a visão arquimediana, que rejeita a objetividade da moralidade, ao mesmo tempo em que a sustenta apenas se apoiada em argumentos metaéticos (v. DWORKIN, 1996, pp. 101-112).

“Meu interesse pelo problema da objetividade, levantado pela segunda objeção que descrevi, é inteiramente negativo. Não vejo por que tentar encontrar algum argumento geral no sentido que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídico ou estéticos são objetivos. Os que pedem algum argumento dessa natureza querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e eles produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes. Não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, a assim por diante⁴⁸⁶” (DWORKIN, 2005, p. 257).

Com isso, Dworkin quer dizer que, ainda que não endosseemos uma mesma concepção de equidade, justiça ou decência que outras pessoas adotam, somos capazes, mesmo assim, de reconhecer e nomear tais atos como de equidade, justiça ou decência. Isto é, o fato de não compartilharmos uma resposta não quer dizer que ela não exista ou não seja caracterizável. Ao contrário, significa dizer que há uma verdade distinta para cada um de nós (DWORKIN, 2006, p. 59), e que a capacidade das pessoas de reconhecer as diferenças e tratar os outros com respeito é prerequisite de nossa civilização e faz com que possamos distinguir, para o que desejamos, o que é correto e o que é errado (DWORKIN, 1999, p. 202). Na verdade, o que Dworkin buscou demonstrar com a citação acima é que a sua defesa do interpretativismo é, ela mesma interpretativa. Ela não tem exterior e não pode ser vista, como defende Thomas Nagel, “a partir de lugar nenhum” ou de um ponto de vista arquimediano. E o critério que torna esse argumento interpretativo melhor do que outro, isto é, que o justifica como melhor do que outro é ele mesmo interpretativo, de forma que “jamais saímos completamente do ‘jogo da argumentação e da interpretação’” (MACEDO JÚNIOR, 2010). A objetividade em Dworkin, assim como já observado em Hart, depende de nós mesmos: somos responsáveis por ela, de tal sorte que qualquer pretensão de retorno a uma suposta vantajosa perspectiva externa, garantida pelas ciências é, no mínimo, sem sentido.

⁴⁸⁶ Em minha dissertação de mestrado, indiquei que, na verdade, diz Dworkin, ao invés de nos preocuparmos com a questão da objetividade, deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar aquelas convicções que não sobreviverem à inspeção reflexiva. E isso quer dizer simplesmente, que não podemos dar nenhum sentido à ideia de que existe outra coisa que poderíamos fazer para decidir se nossos julgamentos são “realmente” verdadeiros (2007, pp. 258-259). Mas, assevera Dworkin, tudo isso não significa que nenhuma teoria normativa seja melhor do que qualquer outra, nem que uma teoria não possa ser o melhor do que até agora tem sido produzido. Isto porque o critério para a melhor concepção não é convencional por si mesmo, mas argumentativo. Se isto é assim, diz Dworkin, depende de questões gerais de filosofia não peculiares ao direito mais do que à literatura, e faríamos bem em considerar essas questões gerais, e não começar com alguma ideia fixa sobre as condições necessárias e suficientes de objetividade (1982, p. 546). (v. ARRUDA, 2011).

Tendo em vista ainda a afirmação acima, no que tange ao problema dos fatos morais na obra de Dworkin, é possível extrair o seguinte raciocínio: sabemos que existem alguns casos, alguns casos bem definidos em que as ações devem ser chamadas corretas e os outras que devem ser chamadas de erradas, mas existem alguns casos em que isso é pouco claro. Essa é a principal razão pela qual a filosofia moral existe. As pessoas nem sempre tem certeza de como resolver os casos difíceis. Além disso, os filósofos morais nunca (ou raramente) tentaram apresentar um programa de computador que pudesse responder todas as questões morais porque a moralidade é complexa e precisamos entender os potencialmente infinitos detalhes relevantes de cada situação.

Nós resolvemos melhor os problemas morais encontrados dentro de nossas próprias vidas através de, pelo menos, algum apelo às nossas intuições do que em algo como um programa de computador que poderia decidir o que é certo e o que é errado. Mais do que isso, Dworkin identifica na sociedade uma moralidade substantiva de modo que não faz sentido uma preocupação com uma certeza que nós não podemos conceber. Nós não entendemos completamente que tipo de fatos tornam nossos juízos morais verdadeiros, mas sabemos um pouco sobre isso. Podemos não saber ao certo o que são exatamente as “propriedades morais” desses fatos, mas temos boas razões para acreditar que existem valores intrínsecos e que estes são propriedades das coisas. Não sabemos ao certo por que é mais importante se recusar a machucar as pessoas, mas temos boas razões para acreditar que temos algum controle substantivo sobre nossas ações.

Como procurei apresentar no segundo capítulo, o Realismo Jurídico de Leiter não pode ser considerado imparcial e, por tal razão, não pode nos livrar da reflexão filosófica sobre a decisão judicial. Leiter acaba incidindo na mesma falha verificada no primeiro capítulo, ínsita ao naturalismo de Quine: seus argumentos contra as teorias filosóficas do conhecimento eram, por si próprios, argumentos filosóficos no sentido comum, isto é, eram argumentos circulares. Quine nos exigiu abandonar a explicação normativa ao engajar num argumento normativo do sucesso das ciências e Leiter, como vimos nos propõe a mesma atitude já recusada pelo positivismo metodológico hartiano, qual seja, a atitude em favor de uma concepção fisicalista do mundo ou, no seu próprio temor da crítica lançada a Quine, de um cientismo, inserido na radicalização da proposta substitutiva das questões filosóficas pelas ciências da cognição humana, mais precisamente, da psicologia.

3.1.2.1 Dworkin e a decisão do caso MacPherson

A avaliação da decisão proferida pelo juiz Cardozo no caso *MacPherson* pode nos auxiliar no argumento da leitura quineana do interpretativismo dworkiniano. Para Dworkin, o juiz Hércules, ao se deparar com o caso *MacPherson*, estaria consciente de que havia decisões anteriores tratando do tema da responsabilidade civil, como o caso *Spartan Steel vs. Martin Co.*. É certo que os precedentes exercem uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, de sorte que o juiz, ao contrário do legislador, cuja preocupação está em questões de moralidade e de política fundamental, sempre tentará associar a justificação de sua decisão a outras de outros juízes no passado, à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Isto se explica não pela força legislativa do precedente, mas como diz Dworkin, pela “equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” (2007, p. 176). Tal perspectiva difere muito daquela apresentada por Leiter, que compreende a decisão de Cardozo a partir da perspectiva do legislador enquanto causal-descritiva da solução em *MacPherson*.

Na opinião de Dworkin, portanto: “se a decisão favorável à Sra. *MacPherson* supõe que ela tem um direito à indenização, e não simplesmente que uma regra a seu favor promova alguma meta coletiva, então o argumento da equidade, no qual se fundamenta a prática do precedente, ganha precedência” (2007, p. 179). Tendo isso em vista, Hércules desenvolve um conceito, segundo o qual os princípios fundamentam o direito, de sorte a atribuir a cada um dos precedentes algum esquema de princípios que justifique a decisão contida no precedente. Assim, Hércules pode justificar a decisão de Cardozo em favor da senhora *MacPherson* citando algum princípio de igualdade, segundo o qual toda vez que ocorrer um fato com essas características o responsável deverá arcar com os custos pelo simples fato de ser “a parte mais rica”, o que não significa dizer que este mesmo princípio foi respeitado em casos anteriores ou em outras áreas do direito. O direito, assim como qualquer domínio do conhecimento, pode até não ser uma rede inequívoca, isto é, isenta de costuras, emendas e erros como Quine previu⁴⁸⁷, razão pela qual na explicação do próprio Dworkin, o argumento da equidade funciona para o futuro e não para o passado, atuando como condutor da extensão da rede do direito, da seguinte forma:

⁴⁸⁷ Veja-se, a propósito, a discussão a respeito da aprendizagem por similaridade no seguinte excerto de Quine: “In learning 'red' he has to learn that it is a question of sight, not some other sense. He has to find the proper direction in the scene, and how much to count: how big a patch. He has to learn what aspect of the patch to count; he might think that what mattered in his first red patch was the shape and not the color. Also there is the question of chromatic latitude: how orange can red get? Having been rewarded for saying 'red' on one exposure, he can only conjecture what similarity might warrant saying it again. We may expect him to have to make a number of trials and eliminate a number of errors before he is shunted onto the right track for good”. (1974, p. 43).

“A força gravitacional do caso da Sra. *MacPherson* não depende simplesmente do fato de ela ter sido indenizada por seu *Buick*, mas também pelo fato de o governo estar disposto a permitir que, no futuro, outras pessoas na mesma situação venha a ser igualmente indenizadas. Se os tribunais se propusessem a anular a decisão, nenhum argumento substancial de equidade assentado na decisão real deste caso sobreviveria em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*. No entanto, se um princípio diferente do que foi citado por Cardozo pode ser encontrado para justificar *MacPherson*, e se este outro princípio também justificar um grande número de precedentes que Cardozo não justifica, ou se ele se ajustar melhor aos argumentos evocados para justificar as decisões de um nível superior na ordem vertical, este novo princípio será uma base mais satisfatória para decisões que venham a ser posteriormente tomadas. Sem dúvida, este argumento contra a utilização do princípio de Cardozo será desnecessário, se o novo princípio for mais abstrato, e se o princípio de Cardozo puder ser visto apenas como uma forma concreta desse princípio mais abstrato. Neste caso, *Hércules incorporará, em vez de rejeitar, a explicação dada por Cardozo a sua decisão (...)* É possível, porém, que o novo princípio avance em uma outra direção, de maneira a justificar um precedente ou uma série de precedentes em bases muito diferentes daquelas propostas pelas decisões que deram origem a esses precedentes” (DWORKIN, 2007, p. 185).

Ocorre que a tarefa do juiz ideal Hércules deve ir além: “ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁴⁸⁸” (DWORKIN, 2007, p. 182).

Ao contrário do que parece crer Leiter, Dworkin não nega o impacto dos “estados mentais” do juiz Hércules naquilo que o naturalismo compreende como “causa da decisão judicial⁴⁸⁹”; apenas que esses juízos não entrarão em considerações de modo a fazer com que sua teoria seja atribuída a tais convicções independentes, e não ao sistema jurídico justificado por ele. Tanto é assim que, para Dworkin, é dever de Hércules ampliar sua teoria, a ponto de incluir a ideia de que uma justificação da história institucional, isto é, do romance em cadeia do direito, possa apresentar parte dessa história como sendo um equívoco. A possibilidade do erro é assustadora para uma teoria que se pressupõe

⁴⁸⁸ Em outro trecho, quanto à admissibilidade do erro, Dworkin adiciona que: “Se a história de seu tribunal não for muito complexa, ele [Hércules] descobrirá, na prática, que a exigência de consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a ideia de que, ao aplicar essa exigência, pode desconsiderar alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada” (DWORKIN, 2007, p. 186).

⁴⁸⁹ Veja-se a seguinte afirmação: “A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 197).

preditiva, como é a teoria naturalizada de Leiter: afinal, como explicar a formação causal-nomológica das decisões judiciais? Como aconselhar clientes, diante da permissão da incerteza e, portanto, da relatividade da objetividade do direito?

Acredito que a preocupação com o erro no processo decisório é deveras importante. No entanto, creio que Leiter não reconhece que Dworkin procura, com a figura do juiz Hércules, não dissipá-lo, tornar as decisões infalíveis, por meio de uma teoria preditiva daquilo que os juízes decidirão, mas minimizar os impactos dos erros cometidos pelos Tribunais. A possibilidade do erro, na verdade, tem o benefício de acautelar o juiz de seus atos, de forma a não tornar a construção do conceito de direito algo banal. Deve consistir, ao contrário, num esforço não-conservador em direção a decisões.

É à preservação da possibilidade do erro e de extração do melhor sentido da prática jurídica que Dworkin se refere ao que ficou conhecido, em *Justice In Robes*, a ameaça da *ascensão justificatória*:

“Uma afirmação de direito (...) é, portanto, equivalente à afirmação de que um ou outro princípio oferece uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica. Melhor em que sentido? Melhor no sentido interpretativo – isto é, melhor porque se ajusta melhor à prática jurídica e coloca esta sob uma luz mais favorável. Nesse caso, qualquer argumento jurídico é vulnerável ao que poderíamos chamar de *ascensão justificatória*. Quando afastamos nosso olhar por um instante dos casos particulares que parecem mais pertinentes no momento e olhamos para as áreas adjacentes ao direito, ou, talvez, quando afastamos bastante nosso olhar e fazemos um exame mais geral (...) podemos nos deparar com uma séria ameaça à nossa afirmação de que o princípio que estávamos prestes a endossar nos permite enxergar nossas práticas jurídicas sob a luz mais favorável. Isso porque podemos descobrir que esse princípio é incompatível ou não se harmoniza, em alguns outros sentidos, com outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma outra esfera mais ampla do direito (...) Não podemos simplesmente ignorar a afirmação de que nossa pretensa justificação demonstraria, na verdade, que nossa prática jurídica carece de princípios, uma vez que ela apela a um princípio específico para justificar a coerção contra alguns cidadãos e rejeita o mesmo princípio ao negar indenização a outras pessoas. Se essa afirmação for justificada, a decisão sugerida por nós seria censurável, não apenas por uma questão de elegância teórica, mas também por dizer respeito ao modo como uma comunidade comprometida com a igualdade de cidadania deveria governar a si própria” (DWORKIN, 2006, pp. 52-53).

Dworkin acredita que essa ameaça da *ascensão justificatória* seja onipresente, isto é, não pode ser excluída *a priori*, posto que nunca se sabe quando uma afirmação jurídica que até

então parecia ser indiscutível pode ser simplesmente contestada por uma nova afirmação jurídica⁴⁹⁰. Essa ameaça diz respeito não apenas ao fantástico juiz Hércules e à teoria mais abrangente por ele desenvolvida, mas ao juiz comum, que não dispõe dos mesmos instrumentos decisórios hercúleos⁴⁹¹. Ao contrário, Dworkin está ciente de que o juiz comum não tem o mesmo tempo e dedicação a longas pesquisas e argumentações, muito embora, em algumas oportunidades, conseguirá fazê-lo, mudando, assim, o rumo do direito. É assim que Dworkin observa a decisão de Benjamin Cardozo no caso *MacPherson*, um caso que foi alcançado pela ameaça da ascensão justificatória em que ficou patente a necessidade de revisão da postura dos Tribunais com relação aos princípios aplicados aos casos de responsabilidade civil.

Com a ascensão justificatória, Dworkin quer deixar claro que esta, apesar de não ser frequente (o que é comparável ao argumento de mínima mudança na rede de crenças de Quine), não pode ser submetida a “nenhum teste *a priori* que nos permita decidir quando ela se fará necessária” (2006, p. 54), o que inviabiliza qualquer pretensão preditiva, tal qual a do projeto de naturalização de Leiter. Isso não quer dizer que Dworkin rejeite a possibilidade de qualquer analogia com a ciência em sua teoria. A figura de Hércules, em si mesma, guarda algo de científico na sua capacidade de observar o direito “de fora para dentro”, de sua teoria totalizante sobre os temas da metafísica, epistemologia, ética e moralidade política. Eis como Dworkin pensa a respeito do papel da ciência no direito:

“Pensamos – ou pelo menos esperamos – que o conjunto de conhecimentos que chamamos resumidamente de ciência se assemelha muito a uma rede inteiriça. Ainda existem costuras e emendas, e é delas que se ocupam os cientistas e filósofos. Mas não vemos problemas em ambicionar que nossa física deva ser pelo menos compatível com nossa química, nossa cosmologia, nossa microbiologia, nossa metalurgia e nossa engenharia. Na verdade, esperamos algo mais, que acreditamos já ter realizado em parte – não apenas que cada um desses conjuntos de conhecimentos convencionalmente distintos seja compatível com os

⁴⁹⁰ Tais afirmações jurídicas teriam, portanto, caráter semelhante ao das sentenças observacionais apresentadas no naturalismo quineano e, portanto, estão sujeitas a alterações. Como apresentei no primeiro capítulo, a ideia de Quine é a de que sempre um conjunto de enunciados ou afirmações está em causa quando uma teoria é testada e revisada pela observação, e a resposta racional a uma observação inesperada não é uma questão de seguir uma regra exata; ao contrário, repararíamos a teoria da forma mais conveniente que pudermos, buscando a simplicidade e um mínimo de mudança. No entanto, algumas afirmações, especialmente aquelas da matemática, são tão profundamente envolvidas em toda a ciência que seria impraticável, do ponto de vista do nosso “esquema conceitual”, que elas fossem alteradas ou revisadas. Estas são aquelas que estão no centro do tecido ou da *rede de crenças*.

⁴⁹¹ Hércules desenvolve o problema em suas mãos: acha a melhor justificativa para o direito em geral e para a prática constitucional e jurídica de seu país como espécie de direito, para a interpretação constitucional e então, finalmente para o caso concreto (DWORKIN, 2006, p. 54),

outros, mas que possam ser hierarquicamente dispostos de modo que o da física, talvez, seja considerado o mais abstrato, e que os outros possam ser vistos como campos de pensamento progressivamente mais concretos” (DWORKIN, 2006, p. 55).

Acredito que, com isso Dworkin tenha esclarecido seu ponto a respeito da crítica feita à utilização do modelo ideal de Hércules e até mesmo da busca pela resposta correta enquanto responsabilidade do jurista de apresentação do empreendimento jurídico da melhor forma possível, isto é, da forma que apresenta de melhor forma o sentido do direito enquanto conceito socialmente compartilhado. O critério para tal empreitada e, por conseguinte, a objetividade deste, é compreensível apenas do seu ponto de vista interno, algo que Leiter não consegue reconhecer na obra de Dworkin. Assim como um cientista apenas saberá os problemas com os quais vai se deparar de dentro de seu objeto de experiência e se tais problemas o farão repensar algum princípio científico ali empregado, também o juiz, apenas de dentro do empreendimento jurídico saberá o momento em que a mudança (ou ascensão justificatória) se tornará inescapável⁴⁹². Não se trata o caso *MacPherson* de um exercício de legislação pelo juiz, mas de um exercício decisório que leva em conta uma moral política substantiva.

O próprio exemplo de Leiter para a defesa do argumento central (“*Core Claim*”) do Realismo Jurídico parece levar para essa ascensão justificatória. Ele acredita que, em defesa do direito comercial, os juízes decidiriam de acordo com dois padrões: (i) aplicação das normas que prevalecem na cultura comercial e; (ii) alcance das decisões que seriam socio-economicamente melhores sob tais circunstâncias (LEITER, 2007a, p. 27). Dessa forma, um bom juiz seria aquele que “explora as intuições antecedentes de juristas em uma sociedade completamente capitalista e comercialista para quem ‘eficiência’ e maximização do bem-estar não requer nenhum argumento” (LEITER, 2012a, p. 892).

Não vejo sentido na distinção feita por Leiter de que este procedimento decisório, que leva em conta a cultura comercial do país enquanto razão “não-jurídica” daquilo que está previsto das fontes do direito, assim concebidas como leis e precedentes, do procedimento proposto por Dworkin de ascensão justificatória, que tem como pauta a moralidade política substantiva da sociedade. Ao contrário, creio que a distinção feita por Leiter é empobrecedora, na medida em que figura uma tentativa de dissimular que, de certo modo,

⁴⁹² Nas palavras de Dworkin: “(...) o que afirmo é que o raciocínio jurídico pressupõe um vasto campo de justificação, aí incluídos princípios bastante abstratos de moralidade política, que tendemos a dar essa estrutura por certa tanto quanto a engenheira faz com a maior parte dos seus conhecimentos, mas que podemos ser obrigados a reexaminar alguma parte da estrutura de vez em quando, embora nunca possamos ter certeza, de antemão, quando e como” (DWORKIN, 2006, p. 56).

o juiz ainda é o instrumento de vocalização de uma decisão política tomada em outra instância; algo que os termos concretos de sua teoria contradiz. Dizer que os juízes responder à medida que os fatos se mostram um desvio das regras da cultura comercial nada mais é do que o respeito à moral política dessa sociedade⁴⁹³. Não há, portanto, diferença explicativa relevante a respeito de como um juiz “naturalizado” decidiria um caso em face de um juiz comprometido com o Direito como Integridade, mesmo nos casos difíceis, como *MacPherson*. A diferença está, pois, no caráter normativo da teoria dworkiniana, bem melhor acabado que no projeto de naturalização de Leiter.

4. A aposta na filosofia experimental

Leiter já havia nos alertado de que uma das maiores dificuldades do projeto naturalista para a teoria do direito é que não há, até o momento, uma ciência social epistemicamente robusta para o direito e a ciência jurídica. No entanto, sua fé nos recursos do método naturalista aumentou ao longo do tempo, o que fez com que, ao final de *Naturalizing Jurisprudence* já se evidenciasse o argumento de que uma teoria totalmente sócio-científica do direito poderia ser capaz de atuar sem o suporte da análise conceitual tradicional sobre os fundamentos do direito⁴⁹⁴. Seu argumento é de que uma concepção particular de validade jurídica, defendida pelo positivismo exclusivista e já pressuposta pelo Realismo Jurídico, poderia ser vindicada não por argumento, mas por seu uso em uma teoria *a posteriori*. Se essa afirmativa estiver correta, então a ambiguidade apresentada nos itens anteriores a este capítulo, qual seja, a dependência de um argumento *a priori*, relativo ao conceito de direito do positivismo exclusivista ou aquilo que tenho chamado de “análise conceitual modesta”, seria então dissipada. Não haveria necessidade de recorrer a métodos não-naturalistas ao vindicar a premissa do Realismo Jurídico.

O argumento de Leiter, como vimos, tem como ponto de partida a ideia de que se cientistas tentam o tempo todos produzir generalizações sobre o comportamento humano e se seus interesses são suficientemente circunscritos, tem de delimitar seu campo particular de estudo. Se os teóricos estão interessados em dizer se as obrigações do Estado e as

⁴⁹³ Interessante notar que o próprio Leiter pede que “notice, first, that the theory of the Sociological Wing—that judges enforce the norms of commercial culture or try to do what is socioeconomically best on the facts of the case—should not be confused with the idea that judges decide based, for example, on how they feel about the particular parties or the lawyers. These ‘fireside equities’ may sometimes influence judges, but what more typically determines the course of decision is the ‘situation-type’, *i.e.*, the general pattern of behavior exemplified by the particular facts of the disputed transaction,’ and what would constitute normal or socio-economically desirable behavior in the relevant commercial context” (LEITER, 2007aa, p. 28).

⁴⁹⁴ V. argumento em Leiter (2007a, pp. 184-189).

responsabilidades civis em geral são melhores explicadas pelas motivações dos atores políticos terão de ter uma compreensão da distinção entre responsabilidade civil privada e responsabilidade do Estado. Isso significa que eles precisarão de algum critério, isto é, um modelo para compreensão do campo de estudo escolhido e seus modos apropriados de comparação.

O ponto do argumento de Leiter, como vimos, foi a pesquisa de Jeffrey Segal e Howard Spaeth, que explorou a eficácia do direito e a influência da afiliação partidária nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana. Tal estudo, Leiter anota, deve proceder com base numa compreensão da hipótese sobre o que conta como razão jurídica válida na solução do caso concreto, isto é, se a ideologia importa mais que o direito aplicado, e garantir tipos apropriados de comparação a fim de que a hipótese acima seja “testada”. Isso significa dizer que esses autores devem ter uma compreensão do contexto jurídico e do tipo de limitações são impostas pelas instituições jurídicas se eles a compararem de uma forma inteligível, o que implica a aplicação de um “modelo” de direito que, como o próprio Leiter indica, na pesquisa de Segal e Spaeth, é o modelo do positivismo exclusivista (LEITER, 2007a, pp. 188-189).

O argumento é o fato de que o uso de uma investigação *a posteriori* desse tipo nos daria razões para favorecer o uso do “modelo” de direito utilizado por esses autores (o positivismo exclusivista) e adotá-lo como a melhor explicação teórica sobre os aspectos mais importantes da teoria do direito. Essa solução, segundo Leiter, seria “naturalizada” pela razão de que o modelo é empregado ao dar conteúdo a possíveis explicações que são sujeitas à investigação empírica em termos comparativos de poder preditivo. Segundo essa visão, não precisaríamos mais argumentar em favor de uma concepção de forma tradicionalmente filosófica, mas deveríamos ver qual está sendo empregada pelos cientistas em seus estudos.

A direção que Leiter propõe para o futuro da investigação da teoria do direito, portanto, é a de que o trabalho com o direito deve ser feito de forma a tornar o modelo comportamental, tal qual proposto por Segal e Spaeth, verdadeiro e explicativo. E, como vimos, seu argumento confia num conceito de direito positivo exclusivista, raziano⁴⁹⁵, cuja visão do

⁴⁹⁵ Em “*Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches*”, Leiter afirma que o ponto descrito acima - que o modelo comportamental invocou implicitamente um conceito positivista exclusivista de direito - opera como uma defesa do positivismo exclusivista, embora a defesa, que é muito diferente da de Raz própria. Sendo assim, soa como se o sentido de justificação ou de apoio entre as duas teorias é executado a partir do modelo comportamental de Segal e Spaeth ao “positivismo exclusivista” de Raz, ou seja, o poder explicativo do modelo comportamental, aferido presumivelmente por referência ao seu poder preditivo em estudos empíricos sobre a tomada de decisão judicial, apoia e fornece justificativa para defender a teoria positivista

direito se exaure nas regras emanadas das fontes sociais autoritativas, como os precedentes, as leis e provisões constitucionais. Na opinião de Julie Dickson, essa delimitação é necessária para que seja possível testar o poder preditivo do modelo de Segal e Spaeth e para explicar quais fatores são preditivos no modelo comportamental, contrastando-o com outros modelos, como o modelo legal (DICKSON, 2011, p. 481).

Entendo que a proposta não vinga por uma série de questões que não podem por ela ser respondidas. E se compreendêssemos que o conceito de direito adotado como parte desses estudos é claramente absurdo? E se diferentes estudos adotassem concepções diametralmente diferentes? E se o “modelo” de um cientista social é tão amplo que acomoda múltiplas e conflitantes teorias do direito? Se pensarmos apenas no modelo comportamental de Segal e Spaeth, tem-se que o entendimento positivista exclusivista do direito é necessário a fim de reivindicar os pressupostos de que o modelo comportamental depende, o que, então, fornecerá suporte argumentativo para positivismo exclusivista? Leiter não pode dizer que o positivismo exclusivista é antes de tudo justificado pelos métodos de análise conceitual e apelo a intuições sobre aspectos do conceito de direito que ele atribui a Raz porque, pelo ele não está se dirigindo a argumentos com base na análise conceitual ou apela para intuições (LEITER, 2007a, p. 18).

Assim sendo, não está claro exatamente como esse suporte mútuo iria funcionar, e isso pode indicar uma circularidade problemática no trabalho de Leiter. Ele parece estar dizendo que o positivismo exclusivista é apoiado pelo poder explicativo do modelo comportamental, com base no poder de previsão deste último, mas que, mesmo para explicar o que o modelo comportamental é capaz de delinear e testar os pontos fortes de previsão relativos a cada um dos modelos postulados, precisamos que o positivismo exclusivista seja verdadeiro. Talvez haja uma explicação das relações de apoio mútuo e de justificação que Leiter tenha em mente o que mostra que esta não é uma espécie problemática da circularidade, mas essas relações parecem exigir uma maior elaboração, a fim de que sejamos capazes de avaliar adequadamente esta proposta para o que a teoria do direito naturalizada deveria se tornar.

exclusivista de Raz sobre a natureza do direito. Esta caracterização da relação de apoio entre o trabalho empírico nas ciências sociais e teorias gerais sobre a natureza do direito apresentada em outros artigos de Leiter. Por exemplo, em “*Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis*”, ele afirma que: “(...) O que certamente iria reivindicar os argumentos conceituais para o positivismo exclusivista não é simplesmente a afirmação de que ele é a melhor abordagem para o conceito “real” de direito, mas que o conceito de direito que melhor explica é o que figura no mais fecundo programa de investigação *a posteriori* (...)” (LEITER, 2007, p. 134).

Acredito que a única possibilidade, aqui, é o argumento do tipo da filosofia tradicional, recusado pelo naturalismo metodológico de Leiter em sua versão mais radical. O fato de que uma teoria empregada seja a explicação de uma premissa que não seja verificável em um estudo sócio-científico não significa que a concepção de direito nela inserida esteja correta. Dessa forma, soa estranho que Leiter sugira que o poder preditivo de uma teoria sócio-científica seja razão para endossar suas assunções teóricas, por que tais assunções são justamente os elementos da teoria que não são testados. Dessa forma, se a questão é saber se é o direito ou política que influenciam nas decisões judiciais, a questão, “o que é direito?” também deve ser assumida por esta teoria. Dessa forma, uma compreensão melhor da questão antecedente à investigação empírica, e conseqüentemente qualquer abordagem nela contida não poderá ganhar a credibilidade pelo uso que esta última (a investigação empírica) faz dela.

4.1 Leiter e a tentativa de defesa de sucesso das ciências empíricas

Acredito que a razão básica pela qual o naturalismo é uma teoria atraente para Leiter está no sucesso explicativo extraordinário das ciências naturais ao longo dos últimos cem anos. Assim, no nível mais amplo da proposta de Leiter, devemos impor limitações naturalistas à teoria do direito porque faz sentido, ao menos pragmaticamente, copiar para o empreendimento jurídico a estratégia explicativa mais bem-sucedida que temos: afinal, a ciência funciona. Entretanto, o positivismo lógico e seus derivados, como o behaviorismo, a psicologia e a filosofia da mente, são exemplos óbvios de abordagens que rejeitam qualquer dado que não seja adequado à imagem do mundo oferecida pelas ciências naturais. Como esses exemplos sugerem, é fácil confundir um movimento científico transitório para a verdadeira metodologia científica ou tomar a incapacidade de encontrar uma explicação como evidência de que não há nada a ser explicado (GREENBERG, 2011a, p. 17).

Quanto às perspectivas de uma ciência da decisão jurídica, é muito cedo para julgar a sua viabilidade. Na verdade, como indica Mark Greenberg, naturalizar um projeto ou área filosófica, a fim de torná-lo compatível com os métodos e a compreensão das ciências naturais, não é o mesmo que substituí-la pela ciência. Em última análise, um projeto filosófico particular, pode vir a ser um que não possa ser realizado de uma forma naturalista respeitável. Mas não há caminho mais fácil a partir de um compromisso com o naturalismo em direção ao abandono das questões filosóficas. A garantia de que uma

explicação filosófica é consistente com a ciência natural pode exigir, por exemplo, a certeza de que ela não apela para fundamentos ou razões que não são naturalisticamente respeitáveis. Da mesma forma, uma explicação filosófica naturalista não deve depender dos seres humanos terem uma capacidade cuja posse não possa ser explicada pelas ciências naturais (GREENBERG, 2011, p. 09).

Se essa nova ciência tiver como objetivo algo mais do que a generalização descritiva e a redução de dados, se ele aspira uma psicologia judiciária repleta de generalizações que suportem argumentos jurídicos contrafactuais, haverá obstáculos para atravessar a caminho. Os Realistas Jurídicos podem muito bem ter utilizado os tipos equivocados para desenvolver uma ciência social promissora do direito. Seriam as “normas jurídicas”, “respostas aos fatos” e “decisões judiciais” os tipos de coisas susceptíveis de serem cobertos pelas leis das ciências naturais (ou da psicologia, da sociologia ou da antropologia), para apoiar argumentos contrafactuais interessantes, ou desempenhar um papel instrumental significativo na previsão e controle do direito?

Como bem sugere Leslie Green, “seria loucura tentar encontrar as leis que cobrem a classe de todos os acontecimentos históricos que ocorreram nas sextas-feiras, e isso não tem nada a ver com a indeterminação: a classe de eventos de sexta-feira é muito mais acentuada do que a classe de recessões econômicas”. Não há nenhuma razão para supor que o mundo social seja esculpido dessa forma. O mundo jurídico, tal como vem a nós, já está dividido em coisas como os Tribunais e Órgãos Legislativos, regras e razões, direitos e obrigações e é, para dizer o mínimo, uma questão em aberto se algum desses elementos poderia figurar em uma ciência do direito (GREEN, 2009, pp. 30-31).

A defesa da continuidade entre a teoria do direito e as ciências nos primeiros artigos de Leiter inseridos em *Naturalizing Jurisprudence* sobre as implicações do naturalismo na teoria do direito entram em conflito com sua mais recente afirmação de que ele reconheceu um lugar para a análise conceitual quando se tornou ciente da incapacidade das ciências sociais para reivindicar uma concepção particular de direito⁴⁹⁶. Considerando que anteriormente assumia que a investigação sócio-científica poderia substituir a teoria do direito, ele agora nega, que atualmente é capaz de fazê-lo: “meu otimismo inicial desapareceu quanto mais eu aprendia sobre a condição epistemologicamente débil do

⁴⁹⁶ Em reflexão a artigo escrito por Julie Dickson, Leiter declara que: “I have learned a great deal from Julie Dickson’s characteristically careful and probing engagement with the views of other legal philosophers, in this case my own! Dickson observes, quite correctly, that the “content of my criticisms” of the methodology of jurisprudence “have shifted over time,” and for precisely the considerations she calls attention to in note 26 of her paper, namely, the unimpressive results of the current social science of law”. (LEITER, 2011, p. 15).

trabalho científico social sobre o direito e os Tribunais” Ele conclui que os cientistas sociais, até que suas investigações sobre fenômenos jurídicos melhorem o suficiente para “garantir a confiança epistêmica”, se limitam a apresentar provas das crenças comuns em que explicações filosóficas de direito são base. Pelo menos por ora, ele insiste, a teoria do direito pode ser incorporado, mas não mais suplantado pelas ciências sociais⁴⁹⁷.

4.2 Por que devemos confiar na filosofia experimental?

Em ensaios posteriores, Leiter evidencia sua crença de que “a teoria do direito espera e necessita da colonização da filosofia experimental” (2008, p. 10). Sua nova proposta, apesar de suas dificuldades, levanta questões persistentes sobre a relação de justificação e suporte argumentativo entre teorias gerais e a pesquisa empírica que Leiter acredita ser promissora.

Tudo isso está relacionado, como vimos no primeiro item deste capítulo, com a oposição de Leiter às ambições da teoria do direito em relação à análise conceitual e como essa oposição varia ao longo de seu trabalho. Se no princípio, Leiter denotava uma oposição forte à análise conceitual e ao papel das intuições na teoria do direito (2007a, p. 125), nos seus artigos mais recentes, Leiter não afirma que esses métodos estejam epistemologicamente falidos e que, por tal razão, mereceriam ser excluídos da teoria do direito, apenas que há teóricos que os aplicam de forma não tão proveitosa, especialmente no que se refere ao apelo às intuições. A própria defesa do modelo comportamental é um exemplo, na sua opinião, do que seria um bom emprego do poder preditivo das intuições, razão pela qual denominou sua versão da análise conceitual de “análise conceitual modesta”, capaz de “iluminar nossos conceitos – nossa conversa – não o referente que pretenderíamos compreender” (LEITER, 2007a, p. 197).

A análise conceitual modesta, como apresentei acima, tem algumas implicações: (i) ela não oferece uma abordagem sobre a natureza do direito ou sobre as propriedades essenciais que fazem o direito ser o que é, mas apenas que esses conceitos serão “relativamente

⁴⁹⁷ No original: “That was the spirit in which I approached one aspect of the project of naturalizing jurisprudence, but my initial optimism faded the more I learned about the epistemically feeble condition of the social scientific work on law and courts. It became clear, alas, that the existing “science” was quite predictively unimpressive—perhaps adequate for puncturing the pretensions of constitutional law professors who think legal doctrine explains decisions, but wholly inadequate to warrant confidence that it had meaningfully cut the joints of the socio-legal world. But Dickson is quite correct that on my view it is possible “that, in the future, empirical research into legal phenomena...may improve” sufficiently to warrant epistemic confidence. And thus her fair questions about “the direction of justification or support” between scientific findings and the nature of law, or any X, deserve a response” (LEITER, 2011, p. 16).

etnográficos” (LEITER, 2007a, p. 198); (ii) para que funcione dessa forma, tal análise deve ser feita corretamente, o que envolve mudanças significativas na forma como os teóricos estão engajados na análise conceitual, especialmente ao seu apelo sobre as intuições sobre como entendemos e utilizados o conceito de direito⁴⁹⁸. Para Leiter, este é um problema particular na teoria do direito, por causa da ideia comumente disseminada de que os filósofos do direito não estão livres para introduzir conceitos e distinções a fim de promover os seus próprios fins de pesquisa, devendo procurar entender o caminho em que “o povo” ou usuários comuns do conceito de direito já pensam sobre si mesmos e compreender, em termos, esse conceito.

Daí a proposta de colonização pela filosofia experimental: os teóricos do direito devem sair de suas poltronas e se engajar na pesquisa empírica, do tipo advogado pela filosofia experimental, atitudes, crenças, intuições, etc., que são sustentadas por aqueles que vivem sob o direito e outros conceitos, para compreender o mundo. Tal colonização não garantirá uma compreensão da natureza do direito ou de suas propriedades essenciais, de tal sorte que devemos abandonar a ideia de que poderemos alcançar conclusões adequadamente sustentadas sobre o que o direito realmente é.

O próprio Leiter já se mostrou descontente com esse modelo de investigação, e parece indicar que a análise conceitual modesta pode apresentar algum conhecimento sobre o conceito de direito:

“A analogia final é sugestiva, mas precisamos ter cuidado para interpretá-la, modestamente: a rigor, o que reconhecemos não é cara real do sujeito, mas sim os contornos do rosto, como retratado na fotografia: é a fotografia, não a pessoa, que entra em foco. Análise conceitual modesta ilumina nossos conceitos – a nossa conversa, por assim dizer – e não o referente que poderíamos ter tido a intenção de entender. Quando a fotografia entra em foco, com certeza, podemos descobrir que a pessoa na foto não é o que temos em mãos. Ao mesmo tempo, a imagem mais clara pode nos ajudar a escolher o suspeito que realmente queremos. Assim, também com a análise conceitual de sucesso” (LEITER, 2007a, p. 197).

Essa analogia, entretanto, é intrigante: se com “suspeito” Leiter quer dizer “natureza do direito”, ele está nos dizendo que podemos ter conhecimento disso, ou pelo menos

⁴⁹⁸ Nas palavras do próprio Leiter: “Serious jurisprudence has, since [H.L.A. Hart], been so spectacularly Oxford-centric that it would not be wrong to say that intuitions that ring true in the vicinity of High Street have set the course of modern legal philosophy” (...) “If naturalizing jurisprudential questions about the nature of law by appeal to pertinent sciences of law is not a viable option, that still leaves unanswered the worries about the robustness of the Oxford-centric intuitions that undergird claims about the nature of law and authority central to Anglophone jurisprudence” (LEITER, 2008, pp. 3-4; 8).

conhecimento de como ter tal conhecimento pela análise conceitual? Como isso seria possível, dados os limites por ele atribuídos à análise conceitual? De outro lado, por que o apelo às intuições promovido pelos teóricos do direito seria de alguma forma “não representativo e não confiável” se, de fato, a investigação empírica tem como ponto de partida uma intuição do cientista? Será de fato a falta de dados empíricos que sustentam o conceito de direito o real problema? Ou essa questão de “não confiável” tem relação apenas aos “teóricos do direito” que Leiter tem em mente (especialmente Dworkin)?

Concordo com Julie Dickson⁴⁹⁹ que seria mais proveitoso e epistemologicamente mais respeitável combinar a análise conceitual e o apelo a intuições com a pesquisa empírica do conteúdo e característica das intuições em questão, isto é, as intuições realmente sustentadas pelas pessoas que vivem sob determinado sistema jurídico. Essa ideia parece mais interessante, por que abre a oportunidade de uma pesquisa futura que combine os argumentos encontrados na teoria geral do direito com diferentes tipos de métodos encontrados em outras disciplinas, o que seria uma tentativa de unir metodologicamente a filosofia do direito com a filosofia em geral, até mesmo com a nova filosofia experimental. O ponto de Leiter, entretanto, está preocupado com a importação de métodos da filosofia experimental, especialmente do ramo que procura investigar empiricamente quais intuições as pessoas têm considerando os vários conceitos, e esse programa ainda não apresentou consequências significativas na teoria do direito. Somente o tempo irá dizer se as críticas formuladas em direção à filosofia experimental vão se confirmar, e assim teremos resultados mais confiáveis e úteis do que o programa das ciências sócio-jurídicas sobre as quais Leiter passou a lançar dúvidas⁵⁰⁰.

Embora seja um modelo ainda prematuro, o ponto de Leiter diz a respeito a sua implicação para a teoria do direito desafia os teóricos do direito a pensar sobre o que estão fazendo quando fazem afirmações sobre o que “o povo” ou “nós” compreendemos sobre certos aspectos do conceito de direito ou outros conceitos jurídicos, o que pode contar como critério de sucesso do empreendimento jurídico, e isso é, por si só, de grande valor. É claro que seria infantil, na opinião de Julie Dickson, “fechar as portas para o que ela potencialmente pode entregar, para a filosofia em geral e talvez para a filosofia do direito também” (2011, p. 493). Talvez tais métodos possam nos ensinar sobre como as pessoas compreendem certos conceitos jurídicos, e parece razoável abrir os olhos e ver as linhas de pesquisa por ela apresentadas e considerar a sua (ir)relevância para a filosofia do direito.

⁴⁹⁹ 2011, pp. 491-497.

⁵⁰⁰ V. Leiter (2007a, p. 06)

Há de se ter cautela, contudo: o entusiasmo com a filosofia experimental não pode substituir (como Leiter parece insistir) os argumentos desenvolvidos e defendidos pela teoria do direito tradicional⁵⁰¹. Os dados coletados podem variar, e precisamos de métodos para decidir o que fazer com esses dados, cabendo à teoria do direito mergulhar naquilo que é central e significativo sobre nossa autocompreensão em termos de direito, de forma a construir explicações sobre as importantes características do empreendimento jurídico, e responder às suas demandas.

Não se espera que a teoria do direito se torne um mercado de pesquisa em que o teórico recebe passivamente dados e relatórios sobre a autocompreensão daqueles que vivem sob determinado sistema jurídico e os reproduz, de tal sorte que a pretensão de Leiter, de substituição da teoria normativa pela teoria meramente descritiva, causal-nomológica do direito venha a ser implementada. Apenas que o teórico do direito possa ser capaz de diferenciar e formular argumentos valorativos sobre a autocompreensão dos cidadãos e escolher quais elementos são os mais importantes para compreender o direito e suas características mais importantes. Assim, por exemplo, a compreensão das características do direito que são importantes para responder às questões sobre o valor moral do direito, quais condições esse valor estabelece na criação de razões para agir, entre outros. Tudo isso exige do teórico não apenas gravar e reproduzir, mas avaliar e julgar os participantes do sistema jurídico na construção de teorias do direito que sejam de interesse e importância na atualidade.

Mais do que isso, a filosofia experimental não será responsável por eliminar as questões metodológicas tradicionais da teoria do direito. Quais são as características centrais da compreensão das pessoas em termos de direito e conceitos jurídicos? Quais os critérios de sucesso dos vários tipos de investigação teórica sobre essa compreensão? Podemos partir da compreensão comum do conceito de direito para construir teorias? Estas são apenas algumas questões que não podem ser elididas pela acumulação de dados ou de compreensão e intuições sobre o conceito de direito e outros conceitos jurídicos.

⁵⁰¹ Preocupação semelhante é apresentada pela professora Luciana Gross Cunha, em debate realizado sobre inovação dos métodos de pesquisa em direito e renovação da produção científica: “Acho que é absolutamente positivo o fato de importarmos os métodos e as técnicas de pesquisa das outras ciências. O problema é ignorarmos o papel do direito, como ciência, com suas especificidades – até porque é uma ciência social aplicada. Nesse sentido, como os métodos e técnicas de pesquisa das outras ciências podem produzir conhecimento para o direito e dentro do direito? Faz sentido essa importação para a produção de conhecimento no direito? (2013, p. 53).

De qualquer modo, a aposta de Leiter na filosofia experimental, embora ainda prematura⁵⁰², à parte todas as questões já levantadas sobre o que ele veio a conceber como análise conceitual modesta ou naturalismo modesto, nos desafia a pensar seriamente sobre a natureza das afirmações e dos argumentos jurídicos e por que o que fazemos pode ou não ser considerado como uma boa argumentação sobre o conceito de direito. Ainda que não se possa definir consistentemente o valor da filosofia experimental, a proposta de Leiter tem o mérito de soar como uma provocação positiva do debate sobre a metodologia jurídica.

4.3 Por que não precisamos de uma objetividade naturalizada?

Não é surpreendente, dado o sucesso da ciência nos dois últimos séculos, que o método científico tenha dominado a nossa forma de pensar sobre os conceitos de conhecimento, de verdade e de objetividade. A unidade de valor não faria sentido se julgamentos de valor não pudessem ser tidos como verdadeiros ou falsos. A justificação não estaria em questão e julgamentos morais seriam relegados a questões de gosto, tal como vimos na “Convenção do Chocolate” proposta por Leiter. Stephen Guest, ao tratar do problema da objetividade e da moralidade na obra de Ronald Dworkin, declarou que “as pessoas gostam de argumentos que demonstram, ou provam, ou de qualquer outra forma produzem um efeito convincente ‘nocauteante’” (2010, p. 151). Acredito que o desenvolvimento do conceito de objetividade mínima sugerido por Leiter é resultante dessa busca por um nocaute que não aconteceu. Sua dedicação a uma ideia de indeterminação do direito o impede da consecução teórica de uma concepção de objetividade forte para a teoria do direito e o compele a se contentar com uma concepção mínima de objetividade, segundo a qual determinado fato é direito se a comunidade jurídica o considerar como tal. Em outras palavras, dada a impossibilidade de demonstrabilidade da objetividade do direito, tal como se prevê nas ciências naturais na verificação das proposições científicas, deve ser reduzida a análise conceitual do direito ao mínimo, isto é, àquela afirmação metafísica mínima sobre

⁵⁰² De certa forma, a própria avaliação da visão substitutiva é prematura. Para Leslie Green, segundo as suas próprias normas, julgamos a ciência (natural) bem-sucedida quando ela “entrega as coisas”, mas a não entrega pode apenas significar que o tempo dela ainda não está maduro. Nós ainda não temos uma boa teoria preditiva das decisões judiciais. O que temos em termos de estudos empíricos de comportamento judicial são estatísticas descritivas extraídas de uma variedade de técnicas de redução de dados a que depois são dadas interpretações causais. A reprodução de dados é pobre e, além disso, o poder preditivo deste trabalho não é muito melhor do que a de nossa psicologia pessoas comuns: os juízes são movidos por seu senso de justiça, pelo que consideram ser o senso comum, por um desejo de agradar aqueles que os nomeiam, e assim por diante – tudo isso é verdadeiro somente se, e dependendo da jurisdição e do juiz em questão. Então, ainda estamos à espera “das coisas”, ainda à espera de algo que pode viver de acordo com uma ciência real. (GREEN, 2009, p. 04).

a qual há consenso sobre o que é o direito. E o consenso de Leiter é estabelecido com base no positivismo exclusivista.

Afirmar anteriormente que a viabilidade do projeto de naturalização de Leiter dependia da viabilidade do positivismo jurídico exclusivista e de seu conceito de direito. Entendo, contudo, que essa ideia de demonstração naturalizada de Leiter tem íntima relação com o positivismo: as leis são verdadeiras quando sua existência puder ser demonstrada por meio de uma prática da autoridade, isto é, da comunidade jurídica.

Penso, entretanto, que tal argumento da demonstrabilidade⁵⁰³ não pode ser visto como independente da própria prática jurídica, não por que ele não possa ser apresentado teoricamente (Leiter procurou o tempo todo fazê-lo), mas por que esta empreitada da demonstrabilidade parece não ser muito proveitosa, conquanto não representa a prática jurídica tal como ela é (isto é, não é plenamente demonstrável a verdade ou falsidade das afirmações jurídicas tal como nas ciências naturais), conquanto não é razão suficiente enquanto argumento para o exercício do poder discricionário ou do conservadorismo dos juízes.

Do que apresentei até o presente momento, fica claro que Leiter é um autor que procura um argumento também capaz de derrotar a tese da resposta correta e, por conseguinte, da determinação e objetividade do direito, que seja empiricamente verificável e, portanto irrefutável. Isto em muito se deve, como dito anteriormente, a uma leitura equivocada da tese da resposta correta de Dworkin. Para este, o fato de considerar haver respostas corretas em domínios valorativos (sendo o direito um desses domínios) é, por si só, uma questão valorativa, o que deixa os teóricos arquimedianos⁵⁰⁴ fora do eixo, posto que tais domínios

⁵⁰³ Na explicação de Dworkin, a tese da demonstrabilidade afirma que: “se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Com ‘fatos concretos’ quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas. Com ‘demonstrar’ quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade” (DWORKIN, 2005, p. 204).

⁵⁰⁴ Como precisamente pontuou Dworkin, “Archimedean often declare themselves to be against ‘theory’, with the exception of their own. They say ‘theory’ is produced by philosophers who fail to understand that, from the philosophical or archimedean perspective, there are no right answers to the questions these theories purportedly address. We can now see (as a coda to the argument as a whole) that the supposed alliance between indeterminacy and an antitheory stance is as bogus as everything else in the Archimedean architecture. U-propositions, which concede uncertainty, might be said to be (at least relatively) un-theoretical. But indeterminacy claims, as we have just seen, are different from uncertainty claims; the former require positive support, and there is no reason to think that the positive support they need draws any less on theory than other positive claims do. On the contrary, in the global form in which they are characteristically defended, they are likely to be much more ambitious because much more general. Consider the legal claim just discussed: that when lawyers disagree, and there is no knock-down argument available to reconcile them, it follows that the case for neither side is better than the case for the other. There are an unlimited number of reasons why some but not all lawyers might think that one side had the better of a particular legal argument.

são intrinsecamente indeterminados, o que demandaria uma ciência “puramente descritiva, causal-nomológica, da cognição humana” (LEITER, 2007a, p. 37), um exercício de filosofia experimental, capaz de definir padrões no âmbito das incertezas de nossos estados mentais e, assim, garantir uma maior aproximação de uma concepção naturalizada de objetividade para o direito, ao mesmo tempo dependendo de uma análise conceitual modesta, típica do positivismo exclusivista. Aplicar esse método à teoria do direito significaria “levar a sério a enorme literatura sócio-científica sobre o direito e as instituições jurídicas para ver qual conceito de direito figura nos modelos explicativos e preditivos mais poderosos do fenômeno jurídico, como o comportamento judicial” (LEITER, 2007a, p. 184). Mas, Leiter admite que tal exercício metodológico, como visto acima, “não é suficiente para contribuir para a construção de uma teoria do direito mais robusta”⁵⁰⁵.

Vou ilustrar esta última crítica com um exemplo. Na comunidade jurídica ‘X’ todos os participantes aceitam a regra primária de que as vítimas de danos psicológicos devem ser compensadas. Esta regra está fundamentada em outra regra, uma regra secundária; ou seja, uma regra de reconhecimento, que é parte do consenso da comunidade. Seguindo Leiter, esta regra secundária provavelmente constituirá um fato jurídico minimamente objetivo, posto que baseado no consenso. No entanto, seguindo o ponto de vista do naturalismo metodológico também defendido por Leiter, este poderia fornecer teorias científicas sociobiológicas ou psicológicas que iriam explicar a maneira pela qual um consenso depende dos estados mentais dos participantes. Se as teorias científicas fornecidas são sólidas, fatos jurídicos minimamente objetivos, isto é, baseados no consenso, não terão nenhum papel explicativo sobre o trabalho que será realizado para compreensão científica dos estados mentais dos participantes. No entanto, Leiter parece negar este segundo nível de explicação através da introdução de fatos jurídicos minimamente objetivos e está satisfeito em parar a investigação ao nível de consenso como constitutivo de fatos jurídicos. Ele também não avança argumentos que fornecem uma justificação para parar nossa investigação ao nível de tais fatos jurídicos mínimos.

Na verdade, precisamos de um esforço muito mais modesto do que essa concepção naturalizada. Precisamos de uma concepção de objetividade capaz de lidar com as nossas

Someone defending the view that no such reason can in fact tip the balance either way in any controversial case faces an enormously difficult task, much more difficult than that faced by someone who wants to argue for one decision rather than another in a particular case. How can he avoid appealing to some very general and abstract theory, like legal positivism?” (DWORKIN, 1996, pp. 138-139).

⁵⁰⁵ Nas palavras do próprio Leiter: “One difficulty for the naturalist is that there is not, at present, an epistemically robust social science of law and legal phenomena” (2007a, p. 192).

divergências mais profundas e, sob condições ideais, estabelecer a melhor concepção nos oferece a melhor visão sobre o direito.

Em síntese, acredito ser possível ser possível indicar, ao menos, quatro argumentos em desfavor de uma concepção naturalizada da objetividade no domínio do direito.

Em primeiro lugar, o argumento pragmático⁵⁰⁶ em favor da objetividade naturalizada, segundo o qual as ciências empíricas tem tido maior sucesso que as ciências não-empíricas, com destaque para a filosofia. Como indiquei anteriormente, a própria afirmação “a ciência é bem sucedida” ou “que a ciência funciona” é, por si só, uma afirmação normativa e, portanto, valorativa. De que forma a ciência tem sucesso? Se a ciência pode erradicar o câncer, por que isso pode ser considerado um sucesso? Muito provavelmente, nenhum pesquisador olhou para um tumor no microscópio e empiricamente descobriu que deveríamos usar a medicina para preservar a vida humana. Isto por que o valor da vida humana não pode ser identificado por uma ciência empírica. Ele emerge do discurso normativo, da moralidade, da teologia, da filosofia. Apenas acreditamos que devemos preservar a vida humana em razão do discurso normativo, e esse conhecimento normativo direciona e justifica o uso bem sucedido de nosso conhecimento científico. Sem esse discurso normativo, a afirmação “a ciência é bem sucedida” se torna ininteligível⁵⁰⁷. O discurso normativo não apenas nos torna capazes de afirmar que a ciência seja bem sucedida, mas é responsável pelo sucesso das ciências. Isto porque o discurso normativo é essencialmente interpretativo: “justificar os seus propósitos é o coração de seu sucesso” (DWORKIN, 2011, p. 153). Se o valor da abordagem está correto, nossos padrões para o sucesso em um gênero interpretativo dependem, na opinião de Dworkin, do que consideramos como a melhor compreensão do sentido (*‘point’*) de interpretar este gênero. Na interpretação, como dissemos anteriormente a respeito das teorias normativas, a justificação e os propósitos intrínsecos são essenciais.

⁵⁰⁶ Patente na seguinte afirmação: “The only possible criteria for the acceptance of epistemic norms – norms about what to believe – are pragmatic: we must simply accept the epistemic norms that work for us (that help us predict sensory experience, that allow us to manipulate and control the environment successfully, that enable us to ‘cope’)” e também em “with respect to questions about what there is and what we can know, we have nothing better to go on than successful scientific theory” (LEITER, 2007a, p. 15; p. 180).

⁵⁰⁷ Concordo, nesse sentido, com Dworkin, que a justificação de suas metas tem um papel importante na ciência. Essa justificação confunde-se com a explicação, pois não apenas explica quais questões os cientistas estão tentando responder, mas também quando pensamos que está certo nos contentarmos com alguma afirmação de verdade que fica muito aquém, como muitas afirmações científicas estão, da verdade. De qualquer forma, não podemos confundir a justificação dos objetivos da ciência com os próprios objetivos da ciência, principalmente no sentido de que não podemos supor que a justificação de objetivos se refere a qualquer teste de sucesso na apreensão da verdade. Pensar o contrário se chocaria com a indispensável distinção entre a verdade científica e razões para querer a verdade (DWORKIN, 2011, p. 153).

Se a ambição primária de Leiter era, de fato, a partir da leitura do Realismo Jurídico indicar um método para substituir uma abordagem normativa da teoria da decisão judicial por uma abordagem causal-explicativa⁵⁰⁸, então ela se torna verdadeiramente inconsistente ao rejeitar o discurso normativo ao mesmo tempo em que coloca o seu sistema sob a afirmação normativa de que a “ciência é bem sucedida”, ainda que isso possa ser considerado um argumento pragmático. Leiter pode até defender que seu naturalismo não seja metafísico ou *a priori*, mas é muito difícil ver alguma diferença entre a abordagem naturalista quineana por ele adotada daquela de outro teórico que veja tais normas como *a priori*. Além disso, quem diz que o conhecimento científico é bom ou valioso é justamente a teoria moral que Leiter rejeita enquanto análise *a priori* e que, portanto, devem ser eliminadas do projeto de naturalização da teoria do direito. Parece que o raciocínio não-naturalizado ou não-empírico sobre a melhor forma de raciocinar é tão capaz de fazer sentido quanto Leiter poderia imaginar⁵⁰⁹. A avaliação do caso *MacPherson*, descrita por Dworkin linhas atrás, é um bom exemplo de que a parafernália do projeto de naturalização poderia ter ficado guardado em casa, sem prejuízo para a teoria do direito.

Em segundo lugar, o discurso normativo não pode ser eliminado do direito. Em face do caráter pragmático, o projeto de naturalização de Leiter pode nos dizer sobre “meios”, mas não sobre os “fins” do empreendimento jurídico. Apenas o discurso normativo pode nos dizer o que fazer, de sorte que o direito sempre exigirá o discurso normativo, não importa quão “científico” ele se torne.

É claro que, como procurei indicar no capítulo anterior, Leiter não pretende que as normas sejam eliminadas do direito. Ao contrário, as normas não são elimináveis. As normas e o ponto de vista interno são características indelévels da estrutura causal do mundo, mas para os naturalistas, “a causalidade é a referência da realidade e, portanto, nenhuma teoria do direito naturalizada pode eliminar os aspectos normativos do direito e dos sistemas jurídicos” (LEITER, 2007a, p. 04). O problema está quando Leiter atribui a responsividade

⁵⁰⁸ “My primary ambition was to give a rational reconstruction of the Realist position that would show *why* they might have been motivated to replace a normative account of adjudication with a causal-explanatory account” (LEITER, 2011, p. 13).

⁵⁰⁹ Isso também refuta o argumento de Leiter que a história de uma análise *a priori* não é particularmente encorajadora. O sucesso da ciência está nas invenções úteis que incorporam a teoria moral. A própria ciência é uma invenção útil da teoria moral. Tomemos um exemplo dado por Posner do sucesso da ciência: a bomba atômica (1999, pp. 66-67). Posner parece estar correto que a bomba atômica representa uma clara progressão do conhecimento. Mas quem disse que o conhecimento é valioso ou bom? A filosofia moral pode nos dizer a respeito, mas a filosofia moral é precisamente o tipo de discurso normativo que Leiter quer que o seu programa naturalista elimine do raciocínio jurídico. No entanto, é o discurso normativo e apenas o discurso normativo que nos direciona para o valor do conhecimento. Empreendimentos científicos só são perseguidos por causa das crenças normativas de que o conhecimento é bom e que deveríamos ter mais do mesmo. Ciência e todas as suas invenções úteis são, elas próprias invenções úteis do discurso normativo.

causal da abordagem normativa aos estados mentais dos juízes, por exemplo, ao adotar o modelo comportamental de Segal e Spaeth: o fato empírico de que o juiz tenha um “estado mental” possa provocar uma diferença causal no curso da nossa experiência “causando” ao juiz decidir de certa forma, de sorte que a realidade ou ideologia do juiz possa ser identificada pela epistemologia naturalizada e então é dessa forma que o naturalismo estabelece um lugar para as normas⁵¹⁰. Isso, de forma alguma, responde, como tenho repisado, à questão tradicional sobre o que é o direito, isto é, à questão normativa que atormenta o jurista desde sempre, uma mudança de assunto tipicamente quineana, incapacitando seu projeto de naturalização de fazer de fato diferença para as questões normativas na sociedade e resolver os problemas por ele alegados. Acredito ser uma admissão tácita do argumento dworkiniano, de que qualquer argumento de sucesso sobre proposições normativas deve ser interna ao domínio valorativo, sob pena de se tornar arquimediana ou externa ao empreendimento jurídico. Desse modo, se Leiter quer se engajar verdadeiramente num projeto naturalista descritivo, deve excluir qualquer pretensão prescritiva de sua teoria, a fim de manter alguma coerência interna.

Em terceiro lugar, ainda que não tenhamos muito a dizer sobre os benefícios de uma filosofia experimental, o fato é que a epistemologia científica, tão cara ao naturalismo de Leiter, tem importância limitada para o direito. Não temos nenhuma razão para acreditar que os fatos que interessam aos teóricos do direito sejam os mesmos fatos em que as teorias sócio-científicas estão interessadas⁵¹¹. Dworkin já havia argumentado algo semelhante, uma vez que “desde que a moralidade e outros domínios valorativos não fazem afirmações causais, tais testes [naturalistas] não tem nenhum papel para eles” (1996, p. 120). E afirmar simplesmente que a ciência define a realidade ou que ela tenha sucesso

⁵¹⁰ Essa tensão entre o projeto descritivo e o descritivo do naturalismo de Leiter está presente no seguinte questionamento de Kenneth Ching: “Further, there are great tensions between Leiter’s primary descriptive project of asking and answering “What is law?” while also engaging in the prescriptive project of telling us why law should be naturalized or what law should be. Leiter notes that his naturalization project probably makes no difference to questions about the norms of a democratic society. How can Leiter hold that science defines reality, leading to the elimination of many concepts to which legal thinkers are attached, and yet claim that this position makes no difference to intelligible questions about the norms of a democratic society. Perhaps Leiter is an external but not internal skeptic about democratic norms? That is, maybe as a participant in our democratic society, Leiter believes questions about democratic norms are perfectly intelligible, but as a legal philosopher he believes democratic norms do not exist from the scientific point of view? It seems hard to wear both those hats, that is, believing democratic norms are not real but still taking normative discourse about them seriously, not as mental states, but as they are discussed within the practice of democracy as evaluative claims.” (2012, pp. 81-82).

⁵¹¹ “[T]here is absolutely no reason to believe that the facts that interest us as philosophers and social theorists are the facts that social and natural scientific theories are interested in addressing or are designed to address” (COLEMAN, 2002, p. 350).

já não é algo tão mais encantador como outrora. A ciência não tem sozinha, nada a nos dizer sobre a normatividade do direito.

Em último lugar, há de se considerar que o naturalismo pode ser, de fato, descritivo, como Leiter pretendeu apresentá-lo, mas não tem o poder prescritivo por ele imaginado, a ponto de substituir as teorias normativas sobre o direito. É possível, como indiquei ainda nesse capítulo, a existência de uma teoria preditiva do direito, de modo que se possa prever exatamente como os Tribunais decidirão. Tal conhecimento obtido por uma teoria preditiva do direito pode ser valioso de várias formas, mas não para legitimar e justificar o direito. Não é possível imaginar um sistema de previsão que legitime o uso do poder coercitivo pelo Estado, único conceito de direito assumido pelo naturalismo de Leiter. Dessa forma, uma concepção naturalizada do direito confia numa definição do direito que por si própria sugere, ou pelo menos é incompatível com a rejeição da legitimidade do direito. Sem apresentar razões e, portanto, justificar, o uso do poder pelo Estado, sem defender o seu conteúdo normativo, o projeto de naturalização se torna incapaz de fazer com que o direito se torne legítimo.

O Realismo Jurídico, tal como visto acima, já trabalhava com a ideia do direito apenas em termos de previsão daquilo que os juízes decidirão, ou quando falavam sobre as causas subjacentes das decisões jurídicas, com o objetivo de servir aos interesses dos litigantes e advogados, como vimos de excertos extraídos de Oliver Wendell Holmes e Jerome Frank. Mas afirmações sobre o que o direito é são necessárias especialmente para sustentar decisões que contrariam as previsões, como se poderia supor do caso *MacPherson*. Nesse sentido, o interpretativismo de Dworkin pode ser também um bom guia para litigantes e advogados, não por afirmar o direito como reduzido a esta função de guia de conduta judicial. A tese da resposta correta pode até se afastar dramaticamente daquilo que os juízes decidem ou até mesmo consideram plausível, a menos que os juízes a aceitem como um bom guia de suas decisões, comparado com outras abordagens teóricas existentes. Pelo menos, acredito ter demonstrado que o naturalismo não se mostra como alternativa viável perante o poder do interpretativismo dworkiniano.

*

Meu objetivo de apresentação do projeto de naturalização da teoria do direito por Brian Leiter tenha se completado com as críticas apresentadas até aqui. Sua ambição primária, de resgatar o Realismo Jurídico Norte-Americano da crítica hartiana apenas acentuou as limitações do Realismo em relação à teoria hartiana. Sua ambição secundária de substituir o interpretativismo dworkiniano enquanto teoria normativa por uma teoria causal-

explicativa do direito fracassa especialmente por suas inconsistências internas, mais do que qualquer argumento mais contundente da obra de Dworkin. Por essa razão optei por não exaurir o interpretativismo dworkiniano, mas aproximá-lo de uma leitura mais caridosa e tolerante do naturalismo filosófico de Quine. Essa ambição em muito se deve a uma leitura exagerada da tese dworkiniana, em especial da tese da resposta correta e de sua expressão pelo juiz Hércules, temas aos quais recorri para apresentar os equívocos de Leiter. Na mesma toada, a rejeição a uma concepção de moralidade substantiva inerente ao direito, tipicamente dworkiniana, foi determinante na crítica direcionada ao conceito (mínimo) de objetividade jurídica, igualmente maculada pelos erros de leitura acima apontados.

Com isso pude esclarecer a parcialidade e a dependência do projeto de Leiter da pressuposição de uma concepção positivista de legalidade e do suposto sucesso da filosofia experimental, ainda por vir, a fim de tornar plausível sua abordagem da natureza dos fatos jurídicos. Um esforço demasiado excessivo e, no fundo, pouco pragmático, no sentido mais trivial e menos filosófico deste termo, para a urgência das demandas da teoria do direito.

CONCLUSÃO

“(…) As práticas sociais são imprevisíveis de uma forma que escapa ao rigor explicativo da ciência. Teóricos hermenêuticos da prática levam essa ideia adiante, afirmando que a única forma pela qual as práticas podem fazer sentido é através de um processo de contínua interpretação” (PATTERSON, 2011, p. 206).

Muitas vezes, elaborar um argumento a favor de uma ideia parece mais simples do que apresentar um argumento que lhe seja contrário. A tarefa de apresentar uma tese antitética ao projeto de naturalização da teoria do direito de Brian Leiter à qual me propus não escapou a essa dificuldade. Isto por que ela tem como base, para não dizer aqui justificativa, mas ideia inicial, uma razão pragmática, quase uma intuição, que nos é muito cara no mundo contemporâneo: “a ciência entrega as coisas” (“*science delivers the goods*”) e que nos pode reconduzir a uma postura metodológica que, no âmbito da teoria do direito, levou mais de um século para ser desconstruída, desde a virada linguística na qual se inseriu H.L.A. Hart: o *fisicalismo* ou, visto agora sob a perspectiva pós-quineana, o *cientismo*.

Seria ingenuidade, no entanto, acreditar que, de fato, a virada linguística desconstruiu por completo o cientismo. Leiter é exemplo ativo de uma corrente de pensamento que acredita que, por meio da colonização do direito por outros domínios do conhecimento, como a psicologia e a sociologia teremos o argumento científico suficientemente objetivo para decretar a “irracionalidade” da prática do direito. Com isso, entendo que Leiter pretende tornar mais simples a vida do jurista, mais pragmática do que se buscasse justificar a racionalidade desse domínio que é tão dependente de nós mesmos. Casos como MacPherson, segundo sua leitura, seriam melhor compreendidos pela sociedade como um ato decisório de um juiz atento às relações comerciais de um país. Mas será mesmo esta a racionalidade do direito? Será esta dependente da avaliação pessoal do juiz e de sua responsividade aos fatos do caso concreto? O que ganhamos enquanto compreensão do que é direito com esse tipo de explicação?

Compreender o que levou ao desenvolvimento do método naturalizado e pragmático de Leiter foi o exercício no qual me engajei desde o primeiro capítulo para compreender o que o levou à circularidade argumentativa do fisicalismo e em que medida isso tornou tão

insatisfatória a sua condução argumentativa na solução das questões clássicas da teoria do direito, tais como o que é o direito ou se é o direito objetivo, a ponto de ser sugerida uma *mudança de assunto*, isto é, uma substituição da argumentação teórico-normativa do conceito de direito em direção a uma explicação preditiva, puramente descritiva, causal-nomológica, contínua com a investigação empírica nas ciências naturais e sociais. O argumento circular soa encantador, mas esconde o perigo do contentamento com a irresolúvel condição de incompreensão do jurista de seu objeto de estudo, isto é, o direito e, portanto, de conservação do *status quo* e de sua irracionalidade.

É certo que, para alcançar tal desiderato, percorri um longo caminho desde a filosofia clássica até os grandes expoentes do Círculo de Viena, Ludwig Wittgenstein e W.V.O Quine para mostrar o esforço intelectual da humanidade na discussão sobre o conceito de conhecimento enquanto crença verdadeira justificada, de Descartes a Carnap. Duas perspectivas se destacaram aqui: o fundacionismo, de acordo com o qual, regra geral, algumas crenças podem valer como razões para outras crenças, mesmo que elas não estejam amparadas em outras razões derivadas de outras crenças e o ceticismo, que refuta a concepção de conhecimento tal qual acima descrita. As obras de Wittgenstein e Quine são fruto de um momento filosófico de descontentamento com a percepção da epistemologia então preponderante, na tentativa de inserção de valores neutros ou de estabelecimento de verdades apodícticas e universais sobre nossos conceitos. Wittgenstein e Quine tomaram o caminho da filosofia da linguagem, mas o trilharam de formas diversas: se Wittgenstein o explorou por meio dos jogos de linguagem articulados por meio de uma corda⁵¹², Quine preferiu segui-lo, mas, ao mesmo tempo, substituí-lo por uma nova epistemologia, uma rede de crenças contida nas ciências naturais e tecida pelo método empírico das ciências naturais, como um capítulo da psicologia. Esses autores foram capazes de assimilar um período de grande incerteza da humanidade e a linha tênue da linguagem que separa e ao mesmo tempo une as investigações filosóficas das investigações científicas. A primeira metade do primeiro capítulo teve como alvo apresentar a obra Quine no limite entre a

⁵¹² §67 “Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão ‘semelhanças de família’; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento, etc., etc. – E digo: os ‘jogos formam uma família. E do mesmo modo, as espécies de número, por exemplo, formam uma família. Por que chamamos algo de ‘número’? Ora, talvez por que tenha um parentesco – direto – com muitas coisas que até agora foram chamadas de número; e por isso, pode-se dizer, essa coisa adquire um parentesco indireto com outras que chamamos também assim. E estendemos nosso conceito de número do mesmo modo que para tecer um fio torcemos fibra com fibra. E a robutez do fio não está no fato de que uma fibra percorre em toda sua longitude, mas sim em que muitas fibras estão trançadas umas com as outras” (WITTGENSTEIN, 1973, p. 43).

rejeição aos dogmas do empirismo e o perigo circular de retorno ao fiscalismo, já caracterizado como substituição da epistemologia tradicional pelo cientismo (inserido na naturalização da epistemologia), em nome do abandono ao desafio cético.

Acredito que as críticas às consequências da implementação do projeto de naturalização da epistemologia fizeram com que, no plano da filosofia e da teoria do direito a obra de Quine tenha sido, de certa forma, negligenciada. Raros são os trabalhos que procuram pontuar, na obra de autores que viveram as consequências de uma filosofia pós-quineana, elementos que tenham referência ao projeto de naturalização de Quine, justamente em função das críticas deste às concepções filosóficas de justificação e normatividade, tão caras à teoria e à filosofia do direito. Um desses trabalhos está contido no projeto de naturalização de teoria de Brian Leiter, cuja inviabilidade procurei discutir nesta tese.

No entanto, devo alertar para o fato de que, em que pese meu intento de demonstrar a inviabilidade do projeto de naturalização de Leiter e, portanto, de apresentar uma tese no fundo antitética, isto não significa que procurei reforçar a antiga negligência com relação à influência de Quine na teoria do direito. O problema que encontrei na obra de Leiter é que, embora tenha se mantido fiel aos pressupostos quineanos de rejeição ao fundacionismo cartesiano e à distinção analítico-sintética, ele se propõe substituir a racionalidade da teoria do direito por uma racionalidade das ciências empíricas, o que implicaria a perigosa mudança de assunto que tornaria a teoria do direito sem sentido.

Ao contrário, entendo que é possível atribuir uma leitura mais caridosa ao naturalismo de Quine, se o compreendermos como uma teoria que nos diz que não é possível fundar a ciência fora da ciência, de tal sorte que não é possível fundar o direito fora do direito. Assim, é possível encontrar elementos do pensamento quineano, visto sob este ângulo, já na obra de H.L.A. Hart. Afinal, a atitude de aceitação do direito pelo participante da comunidade jurídica, sob o seu ponto de vista interno e sob seu ponto de vista externo⁵¹³ na

⁵¹³ Veja-se a explicação de Brian Bix sobre este importante ponto da teoria hartiana, em que a análise do comportamento social se torna fundamental: “In Hart's sense, “external” sometimes refers to physical distance, sometimes to the means used to analyze behavior (whether the participants’ ‘internal perspective’ is taken into account), and sometimes to the attitude towards the rules or system in question. One could be an observer far removed from the practice, trying to learn what one can simply by watching for regularities of physical action. There is an important variation: one could be an observer, but willing to take into account the reports and comments of the participants regarding their activities” (BIX, 1999, p. 179).

Compare-se, aqui, com a perspectiva de Quine, de importância de identificação de similaridades por meio da detecção de tendências de regularidades no comportamento para implementação do naturalismo: “There must be, we saw, an innate standard of perceptual similarity. It underlies our primitive inductions, and is accountable to natural selection by virtue of its survival value. So we may be confident that what we are looking for under the head of perceptual similarity must persist rather stably, and manifest itself in the subject's behavior a good part of the time, despite sporadic interferences from his ongoing internal states. If it were not thus dominant and persistent, it would not have been so important for survival; it would not have

obra de Hart em muito se assemelha à perspectiva à relação do tradutor de uma língua com o falante nativo, cuja análise é essencial para o desenvolvimento do naturalismo epistemológico de Quine. A questão é que Hart, assim como teóricos do direito que o sucederam, privilegiaram o compromisso teórico com a análise do conceito de direito, o que demandou uma limitação ao papel potencialmente substitutivo da teoria quineana, mas isso não necessariamente invalida os esforços de Quine em direção à revisão da epistemologia enquanto método de investigação do conhecimento. Ronald Dworkin, como indiquei no último capítulo, explicitamente cita o papel de Quine na construção de sua teoria interpretativista (o empenho do juiz ideal Hércules no desenvolvimento do romance em cadeia é, sem dúvida, a aproximação mais evidente entre os dois autores), mas também são notáveis elementos de outras grandes teorias filosóficas do século XX em seu pensamento, muito embora a crítica de Leiter pareça não querer reconhecer tal fato.

Esse não reconhecimento da influência de Quine na teoria dworkiniana, penso eu, em muito se deve à ambição de Leiter de “substituição” do interpretativismo dworkiniano, essencialmente normativo, por uma perspectiva puramente descritiva, causal-nomológica, das decisões judiciais. Tal intento de Leiter teve como fundamento o famoso postulado extraído da leitura mais comum atribuída ao pensamento dworkiniano, de que “para a maioria dos casos, incluindo os casos difíceis, existem ‘respostas corretas’”.

Para realizar tal paralelo, Leiter voltou-se para o lado mais criticado da teoria quineana – o a falha do fundacionismo e a subsequente tese de substituição. Digo mais criticado por que sua plena adoção implica rejeitar boa parte do intento da teoria do direito, inserido na análise conceitual de seu objeto, isto é, o direito. Leiter assume esse risco e, para tanto, apresenta um projeto de naturalização da teoria do direito, buscando raízes teóricas no Realismo Jurídico Norte-Americano para, vagarosamente, tentar adequar seu projeto a uma perspectiva do direito que fosse distinta da dworkiniana, em que os argumentos de moral substantiva fazem parte da justificação do direito enquanto coerção do Estado.

Leiter procurou, como apresentei no segundo capítulo, reviver a crítica Realista ao Formalismo jurídico, em torno da bandeira da indeterminação do direito e da defesa do argumento pragmático de utilização dos métodos das ciências empíricas para a previsão das decisões judiciais, a fim de que os advogados possam aconselhar seus clientes “da forma como melhor funcionar”. A partir daí Leiter traçou a rota do seu projeto de

helped our ancestors so much in recognizing the wholesome and the toxic, the predator and the prey. Moreover, such being the nature of this hypothetical physiological state or mechanism, we may expect it to change only slowly under the influence of experience” (QUINE, 1974, p. 22).

naturalização, a princípio restrito à teoria da decisão judicial para, ao final, estendê-lo a toda a teoria do direito, fincado no ideal de “levar a sério a enorme literatura sócio-científica sobre o direito e as instituições jurídicas para ver qual conceito de direito figura nos modelos preditivos e explanatórios mais poderosos do fenômeno jurídico, tais como o comportamento judicial” (LEITER, 2007a, p. 184).

As limitações de realização desse ideal levaram Leiter a estabelecer um projeto de naturalização mais modesto do que a proposta quineana, cedendo espaço à análise conceitual e a algumas ideias intuitivamente óbvias, atribuídas ao positivismo exclusivista, tais como a de que o direito tem como fonte leis e precedentes, que seu cumprimento depende da existência de uma autoridade ou mesmo de consenso quanto à legitimidade dos atos de coerção do Estado. Tais ideias, por razões pragmáticas (ou, como Leiter chegou a dizer, de perda explicatória), excluem qualquer pretensão de “resposta correta” ou de engajamento em argumentos morais que figurassem decisivamente na determinação da resposta de um litígio, garantindo a melhor justificação para a história institucional do direito como questão de moralidade política. As fronteiras da insistência na indeterminação do direito defendidas em seu naturalismo, portanto, é que conduziram Leiter a estabelecer uma consistência minimamente objetiva ao seu empreendimento jurídico: o consenso se torna tanto o fato bruto, a fonte de legitimidade das decisões judiciais e, assim, provoca a “diferença causal no curso da experiência”.

No entanto, enquanto a ciência, ou mesmo a filosofia experimental, não são suficientes para, em continuidade com o senso comum, “prever e controlar o futuro da experiência”, ao menos no empreendimento jurídico, acredito que o projeto de Leiter, ao invés de nos conduzir ao sucesso de uma perspectiva puramente descritiva do direito, nos abandona às nossas próprias idiosincrasias; estamos todos no barco de Neurath, mas sem uma rota ou destino suficientemente robustos ou, para usar a linguagem dworkiniana, substantivos, que justifiquem a navegação e manutenção da embarcação. O próprio Leiter chegou a notar que a explicação normativa do empreendimento jurídico não pode ser reduzida à linguagem explicativa, causal-nomológica, mas sua insistência na importação dos métodos de investigação das ciências empíricas parece nos reconduzir ao problema da circularidade do cientismo quineano. Tanto é assim que, mesmo tendo a oportunidade de avaliar psicológica ou biologicamente as causas que levaram Benjamin Cardozo a decidir o caso *MacPherson* tal como decidiu, não se valeu dos métodos dessas ciências, o que apenas confirma a inabilidade de seu naturalismo para substituir o potencial do interpretativismo dworkiniano

como melhor visão sobre a prática do direito⁵¹⁴. Ele assumiu a inexistência de ganho prático ou teórico para a solução dos casos concretos, razão pela qual, volta e meia foi forçado a recorrer à racionalidade do positivismo jurídico, visto da forma mais trivial e possível.

Foi no terceiro capítulo em que me dediquei a especificar o quão perigosas foram as relações que Leiter procurou estabelecer entre o naturalismo quineano e a teoria do direito, no sentido de minar a sua capacidade normativa e, portanto, justificadora de nossas práticas. Isso se deve ao fato dos equívocos de leitura de Leiter em relação à pretensão substitutiva estabelecida pelo naturalismo de Quine a qual, no fundo, não deveria ser levada de forma tão rígida como quis Leiter. Isto por que ela não se deve a uma “falha” do fundacionismo cartesiano, mas a uma tentativa de revisão de seu papel na construção da teoria do conhecimento que tivesse a metodologia das ciências naturais o seu melhor argumento. Disse algo semelhante a respeito da ideia de indeterminação, extraída da prática da tradução radical pelo naturalismo quineano⁵¹⁵, donde podemos extrair, de forma frutífera para o direito, o seu projeto de revisão e transformação contínua da rede de crenças, e não o seu lado contraproducente, de conformismo com a ausência de função a ser desempenhada pelas regras jurídicas no processo decisório, de tal sorte que o direito é verdade apenas naquilo que os juízes entendem como sendo direito.

É este o retrato daquilo que Leiter denominou *Core Claim* do Realismo Jurídico, segundo o qual os juízes “respondem primariamente aos estímulos dos fatos”, de tal sorte que, se todo ato decisório é um ato de criação do direito, então não há sentido afirmar a possibilidade de erro. Tal retrato quis eu demonstrar, ao invés de engrandecer o Realismo Norte-Americano, apenas reforça o seu abandono na teoria do direito. Isto por que a indeterminação, mesmo no âmbito do Realismo Jurídico, decorre de uma prática argumentativa e interpretativa dos magistrados e se refere essencialmente à sua atividade de construção do conceito de direito, não meramente a um potencial preditivo para que os advogados possam orientar com maior sucesso os seus clientes. Afinal, de que vale o

⁵¹⁴ Compartilho, pois, da mesma opinião de Dennis Patterson, de que “(...) um relato naturalista sobre o comportamento humano deixa de captar seus traços essenciais. Identificações de nosso comportamento em termos de ‘dados brutos’ deixam de iluminar a intencionalidade que subscreve nossas interações coletivas. São nossas práticas que conferem às regras e normas o seu significado e, assim, seu status dotado de autoridade em nossas práticas” (PATTERSON, 2011, p. 203).

⁵¹⁵ É o que também esta a preocupação de Leslie Green: “Perhaps Quine’s observation shows that knowledge defies inquiry of *any* kind. Now compare Leiter’s proposal: ‘if no normative account of the relation [between legal reasons and judicial decision] is possible, then the only theoretically fruitful account is the descriptive/explanatory account given by the relevant science of that domain.’⁴⁷ A ‘normative account of the relation’ is different from a strict ‘translation’ from one domain to the other, so it is open to doubt how far the Quinean point, if sound, is even relevant here” (GREEN, 2009, p. 28).

conceito de um advogado sobre a previsão sobre o que um juiz pode decidir se isto não provocar nenhuma diferença causal para aquele determinado litígio em questão? Veja-se que a utilidade prática da leitura do Realismo Jurídico, vista sob este ponto de vista pragmático e conservador sobre a indeterminação do direito debilita o projeto naturalista em seus próprios termos.

Com relação à relação entre positivismo e Realismo, também procurei apontar que, na verdade, Leiter a tratou de uma forma rebuscada, apresentando elementos do positivismo exclusivista de Hart, mas que no fundo, é verdadeiramente trivial. A afirmação Realista de que as fontes do direito são as leis e os precedentes não inova ou esclarece as grandes questões da teoria do direito. Mesmo as suas pretensões preditivas, na verdade, eram muito mais intuitivas e inarticuladas do que Leiter poderia supor. E nem se diga que tal inarticulação, correspondente a uma “teoria popular”, não seria algo desimportante, pois, do contrário, ainda dependeríamos de avaliações de psicologia popular dos juízes para compreender e justificar o processo decisório. Ademais, os Realistas não alcançaram e, muito provavelmente, não pretendiam alcançar o rigor científico recomendado pela epistemologia naturalizada de Quine para fins de precisão e confiabilidade.

A pretensão de Leiter de substituir o interpretativismo dworkiniano, portanto, não tem a força esperada pela propaganda que lhe foi atribuída. Em razão de sua postura inadequada em relação ao tema da indeterminação do direito, Leiter atribui erroneamente a Dworkin o “fundacionismo da resposta correta” quando, na verdade, o fundacionismo dworkiniano está contido, antes da defesa da resposta correta, na ideia dos princípios jurídicos como parte importante do direito, o que inclui a moralidade política que faz com que o ordenamento jurídico seja organizado como é. Com isso, procurei demonstrar que a teoria dworkiniana apresenta uma leitura mais caridosa de Quine do que Leiter poderia imaginar, estando inserida desde o método interpretativo esboçado por Hércules, sua participação como coautor na edição do romance em cadeia do empreendimento jurídico, na sua capacidade de identificação de erros e, por conseguinte, revisar, com o mínimo de segurança, a prática jurídica argumentativa. A objetividade está inserida nessa prática interpretativa de Hércules e dizer o contrário é apenas cair na vala comum do ceticismo externo.

A última cartada de Leiter, a confiança na substituição das questões filosóficas inerentes à teoria do direito ainda está por vir. A filosofia experimental ainda é prematura, de tal sorte que os estudos empíricos disponíveis sobre o comportamento dos Tribunais ainda é tão incipiente quanto o ideal revisional dos Realistas Norte-Americanos. A questão que se

coloca é que, diante de todas as dificuldades apontadas acima, será que vale a pena o esforço de abandono da teoria do direito e da análise conceitual em favor de métodos empíricos que forneçam explicações causais-nomológicas das decisões judiciais? Talvez o sucesso desse método seja grande, mas a curva desta rota pode ser demasiado brusca para o nosso barco do conhecimento, tornando a continuidade do percurso inviável.

Uma decisão jurídica é constituída de um elemento objetivo: palavras proferidas em um determinado local ou inscritas num determinado texto ganham status de decisão jurídica no contexto de funcionamento do sistema jurídico. Mas um sistema jurídico é constituído por normas que dizem aos juízes como eles devem decidir, não um conjunto de previsões sobre como eles, de fato decidirão. Sem um conhecimento apriorístico do direito enquanto sistema de normas, a abordagem causal perde seu objeto de estudo, perde seu rumo ou “muda de assunto”.

A lição que fica da avaliação crítica da obra de Leiter é que qualquer abordagem causal de uma atividade ou prática é insuficiente para explicar, racionalmente, o que constitui uma ação correta ou incorreta como, por exemplo, seguir uma regra, de tal sorte que sua simples descrição não faz o menor sentido prático. Mostrar que a violação de certas normas tem tais e tais consequências é importante apenas na medida em que tais consequências são elas próprias indesejáveis e não meramente indesejáveis. E isso implica a apresentação de um argumento normativo, justificativo e, portanto, legitimador de nossas ações.

Julgamentos sobre correção e incorreção de nossas ações são presença constante na vida social. Não raro, quando apontamos as ações de alguém como corretas ou incorretas fazemos isso com fundamento em regras, de sorte que a verdade de nossas afirmações não seja apenas “questão de opinião”. A normatividade que faz com que possamos linguisticamente transmitir nossas afirmações como verdadeiras ou falsas não pode ser reduzida à causalidade, ainda que esta seja transformada em fato bruto – o consenso.

Compreender a normatividade de nossas práticas exige atenção às formas linguísticas com as quais somos treinados para aplicar as regras do jogo. Isso vai além da observância das regularidades de comportamento e da formação de consenso. É preciso concordância, de tal sorte que o direito depende de uma gramática de justificação e do reconhecimento consistente dos participantes da prática jurídica, quanto às formas e ao uso dessas formas de aplicar e argumentar sobre o direito. O direito é, pois, objetivo, na medida em que, enquanto prática argumentativa continua a ser reconhecido como forma legítima de justificação do direito. As formas argumentativas são defendidas pela avaliação jurídica e existem apenas na medida em que continuam a ser empregadas pelos participantes do

sistema jurídico. Nesse sentido, apesar de parecer óbvia esta afirmação, é preciso deixar claro que a física (ou as ciências naturais, sociais ou mesmo a filosofia experimental) e o direito são linguagens de descrição (discursos, portanto) independentes, cada uma com seu vocabulário e que permite responder de formas distintas à questão sobre “o que é conhecimento?” A objetividade do direito é relativa e exclusiva ao seu próprio domínio. A verdade das afirmações de um domínio não podem ser aprovadas ou contestadas por meio da linguagem argumentativa de outros domínios do conhecimento. A ciência não é o metaprincípio reducionista capaz de identificar as formas argumentativas do direito como corretas ou incorretas.

A ideia de que a objetividade do direito dependa, em alguma medida, de nós mesmos e não dos “fatos do mundo” carrega em si o peso de nos atribuir a responsabilidade pelas nossas ações e de nos alertar para o fato de que, interpretações sozinhas são incapazes de determinar o seu significado “independente da mente”. Exige uma postura do cidadão muito mais ativa, abrangente e desconfortável em relação à defesa do que é certo e do que é errado do que a postura conformista e conservadora reduzida a uma avaliação causal-nomológica poderia nos dar.

Entendo que conceitos como direito e objetividade, tal qual destaquei no primeiro capítulo, são conceitos cuja explicação envolve não apenas a apresentação de causas, mas de razões, ou seja, sua explicação caminha com sua justificação. O tipo de explicação em que estamos envolvidos no direito, na medida em que este representa nossas crenças e desejos e, portanto, nossa moralidade, algo que Leiter parece evitar reconhecer, não é a explicação causal, mas uma explicação interpretativa. Seu objetivo não é o simples conhecimento de regras, precedentes ou mesmo regularidades do processo decisório, atribuídas aos insights da “psicologia popular” dos juízes, mas sim a sua compreensão interpretativa. Parece, na verdade, que essa “psicologia de senso comum” que volta-e-meia surge em Leiter, no sentido de fazer generalizações sobre como os juízes pensam, são até mesmo insuficientes para o desenvolvimento de “leis causais”, a ponto de nos referirmos aos “estados mentais” dos juízes como verdadeiras “entidades teóricas”.

Leiter reavivou, em pleno século XXI, o Realismo Jurídico e sua ênfase na previsão das decisões judiciais como guia dos interesses dos litigantes e advogados. Mas as afirmações sobre o que o direito é são oferecidas para sustentar as decisões que parecem contrariar aquilo que razoavelmente preveríamos. Em contrapartida, o interpretativismo dworkiniano é mais feliz em comparação com o Realismo para identificar a racionalidade de decisões jurídicas que podem se desviar, dramaticamente, daquilo que estatisticamente

consideramos que os juízes estão realmente decidindo ou daquilo que eles consideram como juridicamente plausível. Sua avaliação do caso MacPherson, portanto, demonstra um ganho teórico muito mais sofisticado que o proposto por Leiter, justamente por ser capaz de justificar tal decisão do ponto de vista daquele que avalia positivamente uma mudança de rumo na rota do direito em direção à uma postura substantiva e não meramente descritiva da racionalidade do direito. Portanto, ainda que seja interessante o debate proposto pela avaliação naturalista/realista, é difícil imaginar uma abordagem do direito sem uma clara visão sobre sua normatividade.

Nem por isso acredito que o projeto de naturalização de Leiter não tenha seus méritos. Ao defender o Realismo Jurídico da crítica hartiana, Leiter conseguiu reapresentar, para a teoria do direito, a importância da epistemologia quineana, ao mesmo tempo em que apontou que, no futuro, a investigação empírica sobre o fenômeno jurídico pode aumentar nossa confiança no direito e nos juízes. Se nós temos sucesso na interpretação do direito e das decisões judiciais é provável que isso, em parte, se deve ao fato de que temos uma espécie de modelo previsível de como os juízes tendem a pensar e agir a respeito de determinadas questões. Mas tal metodologia é insuficiente e inviável para justificar e sustentar, por si só, a compreensão do conceito de direito e de sua objetividade.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, Thomas. Is there a naturalistic alternative? Realism, Replacement and the theory of adjudication. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Vol. 27, nº 02, July 2014, pp. 311-328.

ARRUDA, Thais Nunes de Arruda. **Como os Juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin – São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

BIX, Brian. H.L.A. Hart and the Hermeneutic turn in Legal Theory. **S.M.U. Law Review**, vol. 52, 1999, pp. 167-200.

BONJOUR, Laurence. A dialética do fundacionismo e coerentismo. In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012, pp. 191-229.

BRINK, David O. Legal Interpretation, Objectivity and Morality. In LEITER, Brian (Ed.). **Objectivity in Law and Morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BROWN, Harold I. Normative epistemology and Naturalized Epistemology. **Inquiry**, nº 31, Northern Illinois University, 1987, pp. 53-78.

CARNAP, Rudolf. **Meaning and necessity**. A study in semantics and modal logic. Chicago, Illinois, USA: The University of Chicago Press, 1947.

_____. Pseudoproblemas na filosofia. Coleção *Os Pensadores*. Tradução Pablo Ruben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. Testabilidade e Significado. Coleção *Os Pensadores*. Tradução Pablo Ruben Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

CHING, Kenneth K. Methodological versus naturalistic legal objectivity. **Saint Louis University School of Law**. Vol. 57, 2012, pp. 59-100.

COLEMAN, Jules L. LEITER, Brian. Determinacy, Objectivity and Authority. **Faculty Scholarship Series**. Paper 4209, 1993.

COLEMAN, Jules. Naturalized Jurisprudence and Naturalized Epistemology. **Philosophical Topics**. Vol. 29, n. 01 & 02, Spring and Fall 2001a.

_____. **Risks and Wrongs**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. The Practice of Principle – in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford, Oxford University Press, 2001b.

COOK, Walter Wheeler. **The Logical and Legal Issues of the Conflicts of Law**, (1924). Faculty Scholarship Series. Paper 4025.

CREATH, Richard, "Logical Empiricism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível [on-line] em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/logical-empiricism/>>.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisa **empírica em Direito**. Rio de Janeiro, IPEA, 2013.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Coleção *Os Pensadores*. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DICKSON, Julie. On Naturalizing Jurisprudence: some comments on Brian Leiter's view of what jurisprudence should become. **Law and Philosophy**, 2011, vol. 30, pp. 477–497.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIPERT, Randall. Naturalism's unfinished project: making philosophy more scientific. In KURTZ, Paul; SHOOK, John R. **The Future of Naturalism**. New York: Humanity Books, 2009, pp. 231-248.

DWORKIN, Ronald M. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2010, 421p.

_____. Do Values Conflict? A Hedgehog's approach. **Arizona Law Review**, vol. 43, 2001, pp. 251-259.

_____. Does law have a function? A comment on the two-level theory of decision. **Yale Law Journal**, v. 74, pp. 640-651, 1965.

_____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2a ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009. 362p.

_____. Hard Cases. **Harvard Law Review**, Vol. 88, April 1975, pp. 1057-1109.

_____. Judicial discretion. **The Journal of Philosophy**, v. 60, nº 21, pp. 624-638, out., 1963.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Harvard University Press, 2011, 506p.

_____. **Justice in robes**. London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. pp. 75-104.

_____. Law as Interpretation. **Texas Law Review**. v. 60, pp. 527-550, 1982.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2a ed. São

Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p.

_____. No Right Answer? **New York University Law Review**. vol. 53, Apr. 1978, nº1. pp. 01-32.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

_____. Objectivity and truth: You'd better believe it. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, nº 2, pp. 87-139, 1996.

_____. Pragmatism, right answers and true banality. In BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. pp.359-388.

_____. Reply by Ronald Dworkin. In COHEN, Marshall. **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence**. London, Duckworth, 1984, pp. 247-300.

_____. Social Rules and Legal Theory. **The Yale Law Journal**. Vol. 81, 1972, pp. 855-890.

_____. The elusive morality of law. **Villanova Law Review**. vol. 10, 1965, pp. 631-639.

_____. The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count? **Journal of International Criminal Justice**, vol. 4 2003, pp. 04-12.

_____. **The Philosophy of Law**. Oxford University Press, 1977.

_____. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 35, 1967, pp. 14-46.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005, 593p.

FELDMAN, Richard. Naturalismo metodológico na epistemologia. In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012a, pp. 271-296.

_____. Naturalized Epistemology. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2012b Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/epistemology-naturalized/> (acesso em 21/09/2014).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Julgar não é gerenciar. Folha de São Paulo, publicação de 29/09/2014. Disponível [on-line] em: < <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/09/1523485-tercio-sampaio-ferraz-junior-julgar-nao-e-gerenciar.shtml>>.

- FINNIS, John. Law and What I Truly Should Decide. **Scholarly Works**. Paper 870, 2003, pp. 107-129.
- FORSTER, Michael Ishi. Scepticism about Scepticism: a Defence of Legal Objectivity. 15 **UCL Jurisprudence Review**., vol. 1 2009, pp. 01-21.
- FRANK, Jerome. Are Judges Human? 80 U. PA. L. REV. 17, 22-23, 30 n.31 (1931).
 _____. **Law and the Modern Mind**. New York. Brentano's, 1930.
- FRATESCHI, Yara. Revolução científica, mecanicismo e método de conhecimento. In MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 291-322.
- FUMERTON, Richard. Skepticism and naturalistic epistemology. Disponível [on-line] em: <<http://homepages.wmich.edu/~mcgrew/fumerton.htm>>.
- GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **The American Journal of Jurisprudence**. vol. 46, 2001, p. 199-227.
- GETTIER, Edmund. Is Justified True Belief Knowledge? **From Analysis**, vol. 23, 1966.
- GIBSON, Roger F. Jr. **The Philosophy of W. V. Quine - An Expository Essay**. University Press of Florida, 1986.
- GOLDMAN. Alvin I. What is justified belief? In KORNBLITH, Hilary. **Naturalizing epistemology**, 2nd ed. Massachusetts Institute of Technology, 1994, pp.
- GRECO, John. Introdução: o que é epistemologia? In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012, pp. 15-61.
- GREEN, Leslie. Law and Causes of Judicial Decisions. April 7, 2009. Oxford Legal Studies Research Paper No. 14/2009. Disponível [on-line] em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1374608>>
- GREEN, Michael Steven. Leiter on the Legal Realists, **Faculty Publications**. 2011, Paper 1365.
- GREENAWALT, Kent. **Law and Objectivity**. New York, NY, Oxford University Press, 1992.
- GREENBERG, Mark. Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II. **Law and Philosophy, Forthcoming**. UCLA School of Law Research Paper No. 11-18. Jun/2011. Disponível [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=1857231>>.

_____. Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law (May 20, 2011). Law and Philosophy, 2011; UCLA School of Law Research Paper N°. 07-17. Disponível [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=987523>>.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, 313p.

HACK, Susan. **Evidence and inquiry: towards reconstruction in epistemology**. Malden Massachusetts, USA: Blackwell Publishers Inc., 1993, 259p.

HANSEN, Peter. Interview with Nicola Lacey. April 2005. Disponível [on-line] em: <<http://www.legalhistory.com/LargeFrame.php?Choice=Interviews&N=Lacey0405>>.

HARRIS, J. W. **Legal philosophies**. 2° ed. New York: Oxford University Press, 2004. 318p.

HART, H.L.A. **Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução: José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Júnior, Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010

_____. **O Conceito de Direito**. Lisboa, Portugal, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HIMMA, Kenneth Einar. **Reconsidering a Dogma: Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy**. May, 2005.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of The Law. **Harvard Law Review**, vol. 10, 1897, pp. 457.

HULSHOF, Monique. O critério da verdade e a Ação Moral no Racionalismo e Empirismo. In MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 385-426.

HUME, DAVID. **Investigação sobre o entendimento humano**. Coleção os Pensadores. Tradução de Leonel Vallandro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

HYLTON, Peter. Willard van Orman Quine. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/quine/> (acesso em 21/09/2014).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Coleção Os Pensadores. Tradução: Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEMP, Gary. **Quine: A guide for the perplexed**. New York, NY, USA. Continuum International Publishing Group, 2006a, 190p.

_____. W. V. Quine – Word and Object. In SHAND, John. **The Twentieth Century: Quine and After**. Central Works of Philosophy Volume 5. Chesham, UK: Acumen Publishing Limited, 2006b.

KIM, Jaegwon. What is ‘naturalized epistemology?’ **Philosophical perspectives**. Vol. 2. Epistemology, 1988, pp. 381-405.

KITCHER, Philip. The Naturalists Return. **The Philosophical Review**, Vol. 101, n° 1, Philosophy in Review: Essays on Contemporary Philosophy (Jan., 1992), pp. 53-114.

KORNBLITH, Hilary. Em defesa de uma epistemologia naturalizada. In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012, pp. 253-269.

_____. Introduction: what is naturalistic epistemology. In KORNBLITH, Hilary. **Naturalizing epistemology**, 2nd ed. Massachusetts Institute of Technology, 1994, pp. 1-14.

KRAMER, Matthew. Brian Leiter: Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. **Criminal Law and Philosophy**, vol. 3:, 2009, pp. 107–110.

KUHN, Thomas S. Objectivity, Value Judgment and Theory Choice. In **The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change**. Chicago, USA, Chicago University Press, 1977.

LEITER, Brian. American Legal Realism. In PATTERSON, Dennis M. (ed.). **A companion to philosophy of law and legal theory**. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy. Blackwell Publishing Ltd., 2010a (pp. 249-266).

_____. Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence. **The University of Texas School of Law, American Journal of Jurisprudence**, vol. 48, 2003, pp. 17-51.

_____. Explaining Theoretical Disagreement. **The University of Chicago Law Review**. Vol. 76, 2009, pp. 1215-1250.

_____. Explanation and Legal Theory. *Iowa Law Review*, vol. 82, 1997a, pp. 905-910.

_____. Holmes, Nietzsche, and Classical Realism. **University of Texas School of Law and Department of Philosophy**. Working Draft of January 25, 2000. Disponível [on-line] em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=215193>

_____. In praise of realism (and against ‘nonsense’ jurisprudence). **The Georgetown Law Journal**. Vol. 100, 2012a, pp. 865-893.

_____. Interview about Legal Philosophy. **Public Law and Legal Theory Research Paper** N° 120 May 2007. Disponible [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=986606>>.

_____. Introduction: From legal realism to naturalized jurisprudence. **The University of Texas School of Law**. Public Law and Legal Theory Research Paper No. 104. Ago/2006. Disponible [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=926079>>.

_____. Law and Objectivity. In COLEMAN, Jules L. SHAPIRO, Scott. **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 969-989.

_____. "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis," in COLEMAN, Jules. **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the concept of law**, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 359-363.

_____. **Legal Realisms, Old and New**. 2013. Disponible [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=2079819>>.

_____. **Moral Skepticism and Moral Disagreement: Developing an Argument from Nietzsche** – Disponible [on-line] em: <<http://onthehuman.org/2010/03/moral-skepticism-and-moral-disagreement-developing-an-argumentfromnietzsche/#sthash.GtS56y4b.dpuf> mach/ march/2010b.

_____. Naturalism in Legal Philosophy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponible [on-line] em = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/lawphil-naturalism/>>.

_____. Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited. 2011a, Disponible [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=1847829>>.

_____. **Naturalizing Jurisprudence: essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy**. New York, USA, Oxford University Press, 2007a.

_____. Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. **The University of Chicago Law School**. Public Law and Legal Theory Working Paper N. 246, 2008. Disponible [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=1288643>>.

_____. Objectivity and the Problems of Jurisprudence (reviewing Kent Greenawalt, Law and Objectivity (1992)), **Texas Law Review**, vol. 72, n 187, 1993.

_____. Objectivity, Morality and Adjudication. In LEITER, Brian (Ed.). **Objectivity in Law and Morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. **Texas Law Review**. Vol. 76, Issue 2, December 1997b, pp. 267-315.

_____. Science and Morality: Pragmatic Reflection on Rorty's Pragmatism. **The University of Texas School of Law**. Public Law and Legal Theory Research Paper No. 128 January 2007b. Disponível [on-line] em: < <http://ssrn.com/abstract=955037>>.

_____. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. 2012b. Disponível [on-line] em: < <http://ssrn.com/abstract=1599620>>.

_____. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. **The University of Texas School of Law**. Public Law & Legal Theory Working Paper No. 70 September 2004.

_____. **The demarcation problem in jurisprudence**: a new case for skepticism. June/2011b. Disponível [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=1599620>>.

_____; LANGLINAIS, Alex. **The methodology of legal philosophy**. (to appear in H. Cappelen, T. Gendler, & J. Hawthorne (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophical Methodology* September 6, 2013).

_____. The theory of esoteric law. Book review of Ronald Dworkin, Justice in Robes. 308 pp. Disponível [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=965459>>.

_____. Why legal Positivism (again)? Public Law and Legal Theory Working Paper nº 2, The Law School of The University of Chicago. Sept/2013b. Disponível [on-line] em: < <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>.

_____. Why Quine Is Not a Postmodernist? **SMU Law Review**, vol. 50, 1997c, pp. 1739-1754.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. Apresentação para o livro de Stephen Guest. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luis Carlos Borges. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

_____. **Do xadrez à cortesia** – Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Kant e a crítica da razão: moral e direito. In MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 427-448.

_____. **O direito em desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. Tese apresentada ao concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

_____. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In LIMA, Maria Lúcia Pádua (Org.) **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo, 2012, pp. 260-281.

MACPHERSON v. Buick Motor Co., **217 N.Y. 382, iii N.E. 1050** (1916).

MALPAS, Jeff. Donald Davidson, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível [on-line] em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/davidson/>>.

MINDA, Gary. One Hundred Years of Modern Legal Thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag. **Indiana Law Review**, v. 28, pp. 353-390, 1995a.

_____. **Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995b. 350p.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 179p.

MOORE, Michael. Metaphysics, Epistemology and Legal Theory. **California Law Review**, vol. 60, 1986-1987, pp. 453-504.

MORRIS, Clarence (org.). Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

MORRISON, WAYNE. **Filosofia do Direito – Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURPHY, Liam. Concepts of law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, Vol. 30, 2005, pp. 01-20.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PAPINEAU, David, Naturalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/naturalism/> (acesso em 21/09/2014).

PATTERSON, DENNIS M. Após a análise conceitual: a ascensão da teoria da prática. In. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Júnior; Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.); São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 26, No. 03, 2006, pp. 545–557.

_____. **Law and Truth**. New York, NY, USA, Oxford University Press, 1996.

_____. Law, Truth, and Interpretation: A Symposium on Dennis Patterson's Law and Truth – Replies to critics. *SMU Law Review*, vol. 50, 1997, pp. 1563-1598.

_____. Normativity and Objectivity in Law. *William. & Mary Law Review*, vol. 43, 2001-2002, pp. 325-363.

POSNER, RICHARD. **Economic analysis of law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007a. 787p.

_____. **How Judges Think**. Cambridge, Massachusetts, USA, Harvard University Press, 2008.

_____. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003. 398p.

_____. On the alleged “sophistication” of academic moralism. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n° 03, pp. 1017-1021, 2000.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. 647p.

_____. The decline of law as an autonomous discipline. *Harvard Law Review*, v. 100, pp. 761-780, 1987a

_____. The problematics of moral and legal theory. *Harvard Law Review*, v. 111, pp. 1637-1717, 1998. Também publicado em: **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002. 320p.

PRIEL, Danny. **Were the Legal Realists Legal Positivists?** Disponível [on-line] em: <<http://ssrn.com/abstract=980705>>. Abril 2007.

PUTNAM, Hilary. Why reason can't be naturalized? *Synthese*, n° 52, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht, Holland, and Boston, U.S.A., 1982, pp. 03-23.

QUINE. Willard van Orman. Dois dogmas do empirismo. In **De um ponto de vista lógico: nove ensaios lógico-filosóficos**. Tradução de Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Editora UNESP, 2011, 272p.

_____. Epistemology Naturalized. In **Ontological Relativity and Other Essays**, New York: Columbia University Press, 1969. (Também disponível em KORNBLITH, Hilary. **Naturalizing epistemology**, 2nd ed. Massachusetts Institute of Technology, 1994, pp. 15-32; Também disponível na Coleção *Os Pensadores*: Tradução de Oswaldo Porchat de Assis Pereira da Silva e Andréa Maria Altino de Campos Loparié, São Paulo, Abril Cultural, 1975).

_____. Indeterminacy of translation again. *The journal of Philosophy*, vol. 84, n°01, jan/1987, pp. 05-10.

_____. Natural kinds. In KORNBLITH, Hilary. **Naturalizing epistemology**, 2nd ed. Massachusetts Institute of Technology, 1994, pp. 57-75. Também disponível na Coleção *Os Pensadores*: Tradução de Oswaldo Porchat de Assis Pereira da Silva e Andréa Maria Altino de Campos Loparié, São Paulo, Abril Cultural, 1975.

_____. Ontological relativity. **The journal of Philosophy**, vol. 65, n° 07, apr/1968, pp. 185-212. Também disponível na Coleção *Os Pensadores*: Tradução de Oswaldo Porchat de Assis Pereira da Silva e Andréa Maria Altino de Campos Loparié, São Paulo, Abril Cultural, 1975.

_____. **The Roots of Reference**. La Salle, Ill.: Open Court, 1974.

_____. The Scope and Language of Science. **The British Journal for the Philosophy of Science**, Vol. 8, n° 29, May, 1957, pp. 1-17.

_____. Two dogmas of empiricism. **The Philosophical Review**. Vol. 60, n° 01 Jan/1951, pp. 20-43.

_____. **Word and Object**. The Massachusetts Institute of Technology, USA, 1960.

RAZ, Joseph. Authority and Justification. **Philosophy & Public Affairs** Vol. 14, No. 1 (Winter, 1985), pp. 3-29.

_____. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Clarendon Press, 1979.

REDMAYNE, Mike. Rationality, Naturalism and Evidence Law. **Michigan State Law Review**. Vol. 04, 2003, pp. 849-883.

RESCHER, Nicholas. The future of naturalism: nature and culture in perspectival duality. In KURTZ, Paul; SHOOK, John R. **The Future of Naturalism**. New York: Humanity Books, 2009, pp. 15-24.

RITCHIE, Jack. **Naturalismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012, 315p.

RODRIGUEZ-BLANCO, Verônica. Objectivity in law. **Philosophy Compass** 5/3 (2010): 240–249.

ROSENTHAL, Sandra B. Pragmatic Natures. In KURTZ, Paul; SHOOK, John R. **The Future of Naturalism**. New York: Humanity Books, 2009, pp. 77-96.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

RUSSELL, Bruce, *A Priori* Justification and Knowledge, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível [on-line] em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/apriori/>>.

- SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2006.
- SALDANHA, Nelson. Epistemologia Jurídica. In BARRETO, Vicente Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 268-271.
- SEGAL, Jeffrey A. SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2002.
- SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: A short guide for the perplexed. **Public law and legal theory working paper series**. Working paper n° 77, march 2007.
- STAVROPULOS, Nicos. **Objectivity**. Unpublished Manuscript. To appear in William A. Edmundson. *The Blackwell Guide of Philosophy of Law and Legal Theory*.
 _____ . **Objectivity in law**. Clarendon Press Oxford, 1996.
- STICH, Stephen. Naturalizing Epistemology: Quine, Simon and the Prospects for Pragmatism. C. Hookway & D. Peterson, eds., **Philosophy and Cognitive Science**, Royal Institute of Philosophy, Supplement no. 34 (Cambridge: Cambridge University Press) 1993, pp. 1-17.
- STOLJAR, Daniel. Physicalism, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming Disponível [on-line] em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/physicalism/>>.
- STRAWSON. P.F. **Ceticismo e Naturalismo: algumas variedades**. Tradução de Jaimir Conte: Editora Unisinos, 2008, 112p.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 810353 / ES. Rel. Min. Aldir Passarinho. J. 16/04/2009. DJe 11/05/2009. Disponível [on-line] em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=810353&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 575469 / RJ. Rel. Min. Jorge Scartezini. J. 18/11/2004. DJ 06/12/2004. Disponível [on-line] em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=575469&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10>>.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 980860/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 23/04/2009. DJe 02/06/2009. Disponível [on-line] em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=980860&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>.
- TUSHNET, Mark. Defending the indeterminacy thesis. QLR, vol. 16 , 1996-1997, pp. 339-356.

UEBEL, Thomas. Vienna Circle, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível [on-line] em: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/vienna-circle/>.

VICKERS, John. The Problem of Induction. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível [on-line] em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/induction-problem/>.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive Legal Positivism**. New York: Oxford University Press, 1994.

WILLIAMS, Michael. Ceticismo. In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012, pp. 65-116.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **On Certainty**. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

ZAGZEBSKI, Linda. O que é conhecimento? In GRECO, John; SOSA, Ernest. **Compêndio de Epistemologia**. Tradução de Alessandra Siedschlag Fernandes e Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Loyola, 2012, pp. 153-189.